

**SECCIÓN DE DERECHO
ADMINISTRATIVO**

SOBRE EL DERECHO A LA AUDIENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE CONCLUYAN CON ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO DESFAVORABLE.

EL CASO DE LA DECLARACIÓN DE MONUMENTO NACIONAL DE LA VILLA SAN LUIS

*Rosa Fernanda Gómez González*¹

Este trabajo tiene por objeto dar cuenta de los aspectos más relevantes del denominado caso “Villa San Luis”, analizando el carácter supletorio que tendría la Ley N° 19.880 y de cómo dicha normativa constituye un estándar base de derechos y garantías para los sujetos interesados en los procedimientos administrativos y, en particular, en aquellos que concluyen con un acto administrativo final de contenido desfavorable, siendo el derecho a la audiencia previa un derecho para los interesados dentro de ese tipo de procedimientos.

1. Aspectos Generales

1.1. El origen histórico de la Villa San Luis

La Villa San Luis constituye un emblemático proyecto desde la perspectiva económico social, ello debido fundamentalmente a que su objetivo era integrar a la población de diversos niveles socioeconómicos en un mismo espacio urbano. En efecto, el proyecto buscó generar un núcleo urbano, político, administrativo y ceremonial armónico, para 60.000 habitantes de los estratos socioeconómicos medio y medio-alto, en edificios escalonados.

La Villa San Luis se enmarcó en este proyecto general, que fue reorientado en el sector sur para dar cabida a la población sin casa del sector oriente, gracias a la gestión de Carlos Cortés Díaz, Ministro de Vivienda y Urbanismo,

¹ Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actualmente es investigadora y profesora del Departamento de Derecho Público PUCV. Esta investigación cuenta con el apoyo del Proyecto FONDECYT Postdoctoral N° 3190494 “Sanciones administrativas y derechos fundamentales. Análisis de temas específicos a partir de los principios, garantías y derechos regulados en la Constitución”.

a través de la Corporación de Mejoramiento Urbano (Cormu) y de la Corporación de Servicios Habitacionales (Corhabit)².

Al efecto, cabe tener presente que en el Santiago de 1970, 1 de cada 6 habitantes residía en una solución habitacional transitoria (16,3% de la población), concentrando el sector oriente de la capital una gran cantidad de campamentos y poblaciones.

1.2. La situación de los inmuebles a 1973

Ahora bien, a septiembre de 1973 los títulos de dominio de las propiedades que componían la Villa San Luis se encontraban en tramitación. La inexistencia de títulos inscritos permitió que entre 1976 y 1980, muchos de sus habitantes fueran desalojados y trasladadas a diversos puntos de la capital, bajo el argumento de que se encontraban ocupando ilegalmente predios fiscales. Sin perjuicio de ello, varias familias lograron mantenerse en el lugar.

Posteriormente, a través del decreto exento N° 38, 1991, el Ministerio de Bienes Nacionales destinó al Ejército de Chile el conjunto para fines habitacionales.

Años más tarde, en 2014, las últimas familias que aún vivían en el lugar hicieron abandono de los complejos habitacionales.

1.3. La propiedad de los inmuebles que componían la Villa San Luis

La Villa San Luis se mantuvo en el patrimonio fiscal hasta que, en 1997, gran parte de sus lotes (salvo el Lote 18-A, del cual el Lote 18 A-1 formaba parte) fueron vendidos por el Ejército de Chile a la Inmobiliaria Parque San Luis S.A. Luego, en el año 2011, mediante contrato de compraventa, la Inmobiliaria Lote 18 S.A. adquirió del Comando de Bienestar del Ejército la parte del Lote 18 denominada Lote 18 A-1, en la cual se ubican los blocks N°s. 14 y 15. El precio de dicha compraventa, que consideró su constructibilidad y potencial inmobiliario, fue por un total de \$4.022.299.676.

Posteriormente, Inmobiliaria Lote 18 S.A. fue dividida, adquiriendo el inmueble la Constructora e Inmobiliaria Presidente Riesco S.A. El objetivo era desarrollar un proyecto inmobiliario bajo la normativa de “conjunto armónico”. El anteproyecto fue aprobado por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Las Condes mediante el Permiso N° 2, de 24 de enero de 2017 y otorgó también un permiso de demolición de los abandonados blocks N°14 y 15, contenido en el Permiso N° 83, de 23 de junio de 2017.

² Por el diseño de la Villa San Luis, que integraba los espacios públicos y privados, el arquitecto y urbanista Miguel Eyquen fue galardonado con el Premio Nacional de Urbanismo en 1971.

1.4. La solicitud de declaración de Monumento Histórico de la Villa San Luis

Mediante cartas ingresadas el 24 y 28 de febrero de 2017, respectivamente, los señores Miguel Lawner, arquitecto y ex Director de la Corporación de Mejoramiento Urbano (Cormu) y Jaime Díaz, cineasta y documentalista, solicitaron a la Comisión de Monumentos Nacionales la declaración del inmueble Villa San Luis como Monumento Histórico.

Al efecto, mediante sesión ordinaria de 28 de junio de 2017 se aceptaron las solicitudes que buscaban declarar Monumento Histórico el lote 18-A-1, y se solicitó al Ministerio de Educación la dictación del correspondiente decreto, el que fue emitido el mismo día. Posteriormente, con fecha 25 de julio de 2017, Contraloría General de la República procedió a tomar razón del Decreto, el cual fue publicado en el Diario Oficial el 29 de julio de 2017.

En todo este procedimiento administrativo, la sociedad propietaria del inmueble no fue notificada de la tramitación de dicha solicitud ni tampoco se dio lugar a una instancia la cual pudiera hacer presente algún tipo de observaciones a la solicitud planteada.

2. Análisis de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 70.638-2017 (16.04.2018)

Contra el Decreto N° 135, de 29 de junio de 2017, que declaró monumento nacional en la categoría de monumento histórico a la “Villa Ministro Carlos Cortés” (Villa San Luis de Las Condes), la Constructora e Inmobiliaria Presidente Riesco S.A. interpuso la acción constitucional de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Según sostiene la recurrente, el acto es ilegal por cuanto desconoce los permisos previos de anteproyecto de construcción aprobados por la DOM de Las Condes. Además, vulnera las garantías constitucionales del artículo 19 N°s. 2, 21 y 24 de la Constitución. Por tanto, solicita que se anule el citado Decreto N° 135 del Ministerio de Educación.

La Corte de Apelaciones acoge la acción constitucional señalando que la recurrente no fue oída en el procedimiento de declaración de monumento nacional ante el Consejo de Monumentos Nacionales, de tal manera que no pudo hacer valer sus derechos y puntos de vista en la materia.

Para la Corte de Apelaciones constituye una garantía del procedimiento administrativo oír a las partes interesadas en la decisión entregada a la competencia de la autoridad respectiva, conforme se establece en el artículo 21 de la Ley N° 19.880, el cual señala que “*Se consideran interesados en el procedimiento*

administrativo... (2) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopten". Si se transgrede este principio de oír a las partes interesadas se desconoce la garantía del artículo 19 N° 2° de la CPR, referido a que "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

Bajo tal contexto, la Corte ordenó retrotraer el referido procedimiento administrativo a la fase de oír a la recurrente en relación con la solicitud que aprobó en definitiva el Consejo de Monumentos Nacionales, debiendo citarse a una audiencia fijando día y hora al efecto o bien estableciendo un término para que pueda hacer valer sus derechos en la citada tramitación, sin perjuicio de lo que resuelva en definitiva en la materia el referido Consejo dentro de su competencia legal.

Junto con ello, como medida cautelar y con la finalidad de resguardar la decisión final que adopte el Consejo de Monumentos Nacionales en su oportunidad y el Ministerio de Educación, con relación a la situación del inmueble que ha sido objeto de declaración de monumento histórico, dispuso que no podría ejecutarse la Resolución de demolición N° 83 ordenada por la DOM de la Municipalidad de Las Condes, hasta en tanto no se resuelva lo pertinente ante los órganos del Estado allí indicados.

3. La sentencia de la Corte Suprema, causa Rol N° 8136-2018 (23.07.2018)

Contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, el Ministerio de Educación interpuso recurso de apelación, sosteniendo, en síntesis, que:

a) La recurrente tuvo conocimiento de la existencia del procedimiento administrativo, y pudo participar en él, no obstante, no haber sido notificada.

b) El vicio del procedimiento o de forma solo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en un requisito esencial del mismo y ello genera perjuicio al interesado (artículo 13 de la Ley N° 19.880). Además, la recurrente rechazó voluntariamente concurrir y tuvo la oportunidad de participar, cuestión que realizó mediante la interposición de un recurso de reposición.

c) El procedimiento administrativo de declaración de Monumento Histórico no es un procedimiento adversarial o contradictorio. La Ley N° 19.880 no establece una exigencia genérica de audiencia previa de quienes pueden ser calificados como interesados, y en el artículo 10 se contiene la facultad para que éstos participen en el procedimiento, en cualquier momento de éste, aduciendo alegaciones y aportando documentos u otros elementos de juicio.

d) La acción de protección no es el instrumento idóneo para las pretensiones e impugnaciones formuladas, requiriéndose al efecto un juicio declarativo de derecho. Finaliza la presentación de su recurso solicitando la revocación de la sentencia apelada.

Luego de conocer los antecedentes de la causa, la Corte Suprema revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rechazando la acción cautelar, en base a los siguientes fundamentos:

a) Que la omisión acusada, esto es, la ausencia de notificación a la sociedad interesada no configura un actuar ilegal y arbitrario del Consejo de Monumentos Nacionales y en consecuencia ésta no puede ser considerada como fundamento para anular el Decreto Supremo N° 135.

b) Que los procedimientos administrativos no contemplan la participación de la persona que puede ser afectada por el acto, sin perjuicio que con posterioridad pueda reclamar por éste, como ocurre con el acto expropiatorio.

c) Que constituyen una excepción a la regla general los procedimientos sancionatorios, en los cuales, por tratarse del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, se aplican –con matices– los principios del Derecho penal, en especial el del debido proceso, que obliga al emplazamiento del afectado.

d) Que la calificación de los valores patrimoniales de un Monumento Histórico no puede efectuarla la judicatura en un procedimiento de naturaleza cautelar. Ello sin perjuicio de que el juez, en un juicio de lato conocimiento, pueda pronunciarse sobre la legalidad de la decisión contenida en el Decreto recurrido.

e) Que existen hechos que no están establecidos, y que son relevantes para la resolución acerca del mérito de la fundamentación y de la apreciación de los valores de carácter históricos, incluyendo, los relacionados con la historia de la arquitectura o urbanismo. Por ejemplo, ello ocurre con el estado de conservación de los inmuebles o la viabilidad de mantención de los mismos.

4. Análisis crítico de la sentencia de la Corte de Suprema en el caso de la Villa San Luis

4.1. Aspectos generales de los actos administrativos de contenido desfavorable

Según Parejo³, este tipo de actos se sitúa dentro de una clasificación que atiende a la perspectiva de la esfera jurídica del sujeto destinatario del acto. En

³ Parejo Alfonso, Luciano, *Derecho Administrativo*, (Valencia, Tirant lo Blanch), 2018, p. 783.

términos generales, establece la incidencia que el acto administrativo tendrá en dicha esfera, la cual podrá ser favorable, por ejemplo si crea un derecho, si establece una facultad o una posición jurídica de ventaja o beneficio; o suprime una limitación, un deber o una posición de desventaja o negativa)⁴ o, por el contrario, será desfavorable si impone un deber, un gravamen, una limitación o desventaja; o extingue o suprime un derecho, facultad o beneficio con que ya se contaba⁵.

En derecho comparado se habla de actos declarativos de derechos, ampliatorios de la esfera jurídica del destinatario o favorables⁶, de un lado, y actos no declarativos o restrictivos de derechos o limitativos de derechos subjetivos o intereses legítimos o de gravamen o desfavorables⁷.

De esta manera, los actos administrativos de carácter desfavorable son aquellos actos que generan algún gravamen sobre el patrimonio u otros derechos del sujeto destinatario del mismo.

Bajo tal contexto, y en lo que para efectos de este trabajo interesa, el acto que declara monumento nacional una propiedad puede ser considerado dentro de la categoría de acto de carácter desfavorable por cuanto:

a) Somete a la propiedad privada a un régimen especial de protección estatal, esto es, sujeta el ejercicio del derecho de propiedad a un especial régimen autorizador por parte del Consejo de Monumentos Nacionales (v. gr. para destruirlo, transformarlo, repararlo o hacer construcciones a sus alrededores. Tampoco podrá excavarse o edificarse).

b) Establece cargas para el dueño del inmueble, como es la obligación de conservación, cuya infracción podrá ser sancionada con una multa de 5 a 200 UTM, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25, 27 y 38 de la Ley 17.288, de Monumentos Nacionales y de la paralización de las obras mediante el uso de la fuerza pública⁸.

4 Por ejemplo, las autorizaciones, las concesiones, las liberaciones de expropiaciones, entre otros.

5 V. gr. la revocación de una concesión o autorización, la expropiación de un bien, la imposición de una multa, etc.

6 Artículo 107.1 de la LPAC de España.

7 Artículos 35.1, a) y 109.1 LPAC de España.

8 En este sentido, la Corte Suprema en la causa Rol N° 38.745-2017 "Inmobiliaria Casa de Italia S.A. con Ministerio de Educación", ha señalado que:
"Quinto: [...] no se advierte la necesidad de estar frente a un procedimiento de carácter sancionatorio para recurrir a la aplicación supletoria de las normas contenidas en la Ley N° 19.880, tal es así, que en la primera parte del primer inciso de su artículo 2° se consigna expresamente su aplicación a los ministerios, de forma que la alegación que supone como presupuesto de procedencia de las reglas contenidas en ella, carece de sustento normativo que la sostenga, de forma que debe ser desestimada."

Ahora bien, contrariamente a lo que acontece a nivel comparado, en el procedimiento administrativo chileno no existe la obligación de informar o decretar una etapa obligatoria de audiencia previa en el caso de actos administrativos de contenido desfavorable⁹, salvo en la resolución de las cuestiones conexas al procedimiento¹⁰, la invalidación administrativa¹¹ y la interposición de recursos administrativos¹².

Sin embargo, pese a la inexistencia de una norma expresa, cualquier persona que pueda ser afectada por un acto administrativo terminal desfavorable tiene el derecho a ser informado por el órgano administrativo respectivo sobre las consecuencias de la adopción de su decisión y a que se decrete una audiencia para que manifieste lo que estime pertinente, debiendo la autoridad resolver el asunto acorde con las observaciones que el interesado pueda formular dentro del procedimiento administrativo.

En este sentido, Huergo Lora señala que el derecho de audiencia se aplica a todas las medidas de gravamen con independencia de que tengan naturaleza sancionadora o no¹³, lo cual también constituye un derecho en nuestro ordenamiento jurídico, y que es posible establecer a partir de una interpretación de reglas constitucionales y legales vigentes, como se verá a continuación.

4.2. Sobre el derecho a un debido procedimiento administrativo

El no reconocimiento por parte de la Corte Suprema del derecho a la “audiencia o comunicación previa” al sujeto interesado en un procedimiento que culminará con un acto administrativo terminal de contenido desfavorable,

Sexto: Que no obstante lo razonado y aun siguiendo el planteamiento de la recurrida, se debe tener en consideración que la declaratoria de un inmueble como monumento histórico implica para su propietario la obligatoriedad de su conservación, que incluso conlleva multas en caso de incumplimiento según se consigna en el inciso final del artículo 12 de la Ley 17.288, conforme al cual: “La infracción a lo dispuesto en este artículo será sancionada con una multa de cinco a doscientas unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25°, 27° y 38° de esta ley y de la paralización de las obras mediante el uso de la fuerza pública”. De este modo, la prevención que efectúa la autoridad recurrida acerca de ser necesario un procedimiento sancionatorio para hacer aplicable el contenido de la Ley N° 19.880, pareciera verse igualmente satisfecho de aquel modo en que si bien no existe la imposición directa de un castigo, se advierte la prescripción de cargas y gravámenes que pueden devenir en multas en caso de contravención, de forma que al menos como una hipótesis de amenaza concreta, aquel requisito, aunque innecesario, podría entenderse satisfecho.”

9 Cordero Vega, Luis, “Villa San Luis y el derecho al Procedimiento Administrativo”, en El Mercurio Legal, de 30 de julio de 2018.

10 Artículo 41 de la Ley N° 19.880.

11 Artículo 53 de la Ley N° 19.880.

12 Artículo 55 de la Ley N° 19.880.

13 Huergo Lora, Alejandro, Las sanciones administrativas, (Madrid, Iustel), 2007, p. 119.

contradice la noción amplia de “debido proceso”, que la misma había venido sosteniendo en fallos anteriores.

Al efecto, de manera previa al fallo en análisis, la Corte Suprema en la causa Rol N° 4987-2017 (sentencia de reemplazo), caratulados “*Sociedad Química Minera Salar S.A. con Dirección General de Aguas*”, sostuvo que los interesados deben tener la posibilidad de impugnar, refutar o contradecir el contenido de los antecedentes técnicos que han servido de fundamento a su decisión. En dicha sentencia, la Corte Suprema señaló que la imposibilidad de conocer por parte del interesado los antecedentes que disponía la Administración para decidir un acto administrativo que lo afectaba, implicaba violentar el “debido proceso” que el órgano administrativo debía respetar en sus propios procedimientos, en la medida que al impedir acceder a discutir dicha información se afectaba el “derecho a la defensa” del interesado para “[...] *esgrimir en defensa de los propios intereses todas aquellas alegaciones y defensas que se estimen adecuadas y pertinentes*” en relación al acto administrativo que se desea dictar. En dicho caso, la Corte acogió la reclamación y ordenó retrotraer el procedimiento a una etapa previa para conocer los antecedentes por parte del afectado y esperar sus observaciones¹⁴.

Por su parte, en la sentencia Rol N° 38.509-2017 (24.04.2018), la Corte reconoció que “[...] *la garantía del debido proceso establecida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, en cuanto comprende el derecho de las partes a ser oídas en la tramitación de los asuntos que puedan afectar sus derechos, [...] no sólo alcanza la instancia jurisdiccional sino que, además, debe entenderse que se extiende a la sede administrativa.*”. Enseguida, señala el fallo que “8°- *Que este planteamiento cobra pleno vigor en la especie si se considera que, conforme a lo expuesto en el recurso de queja y también en estrados, no ha sido emplazado el tercero ya referido en lo que precede siendo del caso que, según lo expresado por el propio recurrente, esta información pudiere afectar sus derechos.*”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 3.770-2017, ha señalado que el debido proceso se aplica no solo tratándose de actos sancionatorios, sino que también aquellas medidas de carácter extremo, como la clausura:

“TRIGÉSIMO Que, la aplicación de una medida tan extrema como la clausura, pese a que no tenga, en todo caso, la naturaleza de sanción, de todas formas requiere de un procedimiento claro que cumpla con el estándar cons-

¹⁴ Cordero Vega, Luis, “Villa San Luis y el derecho al Procedimiento Administrativo”, en *El Mercurio Legal*, de 30 de julio de 2018.

titucional de ser racional y justo, en que la potestad del Alcalde haya sido ejercida después de haber concluido el trámite procedimental que acredite fehacientemente, de un modo irrefragable el ilícito administrativo en que funda su decisión.

Esta M. en diversos pronunciamientos ha expresado que “aunque se trate de potestades que no suponen el ejercicio de jurisdicción, ciertamente deben sujetarse a los parámetros propios de un debido proceso” (STC Rol N° 799 considerando 12°);”.

De manera previa, el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 376-2003, afirmó que el artículo 19 N° 3 “[...] consagra el principio general en la materia, al imponer al legislador el deber de dictar las normas que permitan a todos quienes sean, o puedan ser afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, ser emplazados y tener la oportunidad de defenderse de los cargos que le formule la autoridad administrativa” (c. 30°). Además, agregó en aquel fallo que “[...] el derecho a la defensa jurídica debe poder ejercerse, en plenitud en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, en los cuales se podrán ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles” (c. 37°).

Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido que todo acto de efectos desfavorables exige de las garantías de un procedimiento justo y racional, contenido en el citado artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución. Así, en la Sentencia Rol N° 437-2005, señaló que: “[...] los principios del artículo 19 N° 3 de la Constitución, en la amplitud y generalidad ya realzada, se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 N° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales. Además y de los mismos razonamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional”¹⁵.

Por su parte, el principio del racional y justo procedimiento implica, a su vez, un conjunto de derechos y garantías reconocidas por nuestra jurisprudencia

¹⁵ En el mismo sentido STC Roles N°s. 176; 437; 478; 616; 808; 1393; 2111, entre otras.

constitucional, una de las cuales es el derecho a la defensa jurídica (artículo 19 N° 3 inciso 2°). De esta forma, no resultan admisibles aquellos procedimientos que no permiten a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad¹⁶.

4.3. Sobre los derechos y garantías de los interesados en los procedimientos administrativos, en particular, el derecho a audiencia previa

El artículo 21 de la LBPA establece un concepto de amplio de interesados al considerar como tales en el procedimiento administrativo no solo a los titulares de derechos, sino que también a aquellos que tengan intereses individuales o colectivos.

Además, dicho precepto considera la posibilidad de que un procedimiento que se haya iniciado por la concurrencia de un solo interesado, pueda devenir posteriormente en un procedimiento de carácter adversarial cuando existan otros interesados que tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte (artículo 21 N° 2 LBPA) o se trate de aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva (artículo 21 N° 3 LBPA).

De este modo, según lo sostiene Luis Cordero, será necesario reconocer el carácter adversarial de aquellos procedimientos administrativos que concluyan con la emisión de un acto administrativo de gravamen o desfavorable, más aún cuando existe un sujeto claramente identificado o identificable y del cual el organismo administrativo tiene perfecto conocimiento de su existencia¹⁷.

El reconocimiento de dicho carácter obliga a la Administración a desplegar dentro del procedimiento un conjunto de principios, garantías y derechos respecto de los sujetos interesados intervinientes en el mismo. Lo anterior, responde a una interpretación razonable de diversos preceptos de las Leyes N°s. 18.575, de Orgánica Constitucional Bases generales de la Administración del Estado (LOCBGAE) y 19.880, de Bases de los procedimientos administrativos (LBPA), a través de la cual se le brinda plena vigencia a:

¹⁶ Véase las STC Roles N°s. 1411; 1429; 1437; 1438; 1449; 1473; 1535; 1994; 2053; 2166; 2546; 2628; 2748; 2757; 3107, entre otras. Véase a Cordero, Eduardo, *Acto y procedimiento administrativo*, Material Docente 2019.

¹⁷ Cordero Vega, Luis, "Villa San Luis y el derecho al Procedimiento Administrativo", en *El Mercurio Legal*, de 30 de julio de 2018.

a) El principio de contradicción (artículo 10 LBPA), el cual exige el debido emplazamiento de los interesados en el acto terminal del procedimiento administrativo.

b) Las exigencias para imponer actos de gravamen (artículo 11 LBPA), esto es, que los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio.

c) Principio de no formalización (artículo 13, inciso 1º LBPA), conforme al cual el procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquellas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares. Por lo tanto, el otorgar una instancia de audiencia a los interesados se encontraría acorde a este principio si a través de ella se busca evitar un perjuicio a los mismos.

d) Los principios de publicidad y transparencia de la actividad administrativa¹⁸ (artículo 13 LOCBGAE y 16 LBPA), conforme a los cuales, la función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella. De esta forma, los interesados deben tener acceso al expediente administrativo, salvo la existencia de una norma legal expresa que consagre el secreto o la reserva del mismo.

e) El derecho a formular alegaciones que la ley reconoce a las personas (artículo 17, letra f) LBPA), como medio para incidir en la decisión final o al menos para obligar a la Administración a motivar adecuadamente su decisión de acuerdo con las observaciones formuladas por el destinatario del acto y potencial afectado por el contenido de aquel¹⁹.

f) Concepto de procedimiento administrativo (artículo 18 LBPA), el cual está compuesto, entre otros, por los documentos presentados por los interesados y por las alegaciones que haga valer dentro del procedimiento.

g) El concepto de interesados (artículo 21 LBPA), los cuales serán no solo los titulares de derechos, sino que también los titulares de intereses individuales o colectivos, sea que hayan iniciado el procedimiento o se apersonen posteriormente a él.

18 Sentencia de la Corte Suprema en la causa Rol N° 4987-2017 (sentencia de reemplazo), caratulados “Sociedad Química Minera Salar S.A. con Dirección General de Aguas”, considerando G.

19 Cordero Vega, Luis, “La motivación del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en Revista de Estudios Judiciales N° 4, 2017, pp. 231-250.

h) Actos de instrucción (artículo 34 LBPA), esto es, aquéllos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse el acto. Si bien se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, los interesados tiene derecho a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención, o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos.

En definitiva, dado que la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales, regula escuetamente el procedimiento para la declaración de un bien como monumento histórico²⁰, cabe aplicar supletoriamente los principios y derechos contenidos en la Ley N° 19.880, debiendo conceder la Administración “audiencia” al interesando. Dicha audiencia debe ser entendida en un sentido amplio, como la posibilidad que se le otorga a los interesados para poder formular observaciones o hacer alegaciones en el marco de un procedimiento administrativo. Por tal razón, puede tener lugar mediante una actuación escrita dentro de cierto plazo o mediante una exposición oral²¹.

De este modo, la violación de las formas esenciales del procedimiento administrativo, como sería la omisión de audiencia y de motivación del acto terminal, constituyen infracciones graves del procedimiento establecido para la emisión de tales actos, los cuales darán lugar a la nulidad del acto terminal de que se trate y, además, a la vulneración de la garantía constitucional de un justo y racional procedimiento²².

4.4. Sobre los efectos de la declaración de monumento nacional respecto de inmuebles que disponen de un permiso de edificación previo

Al efecto, cabe tener presente que la sociedad propietaria del predio correspondiente a la Villa San Luis, al momento de declarado Monumento Histórico,

²⁰ Es un texto legal que data de 1970 y que contiene una escueta regulación procedimiento declaratoria de monumento histórico. Al efecto, sólo contempla dos normas procedimentales, a saber, el artículo 10 que señala que “Cualquier autoridad o persona puede denunciar por escrito ante el Consejo la existencia de un bien mueble o inmueble que pueda ser considerado Monumento Histórico, indicando los antecedentes que permitirían declararlo tal” y el artículo 6 N° 1 que indica que “Son atribuciones y deberes del Consejo [...] 1.- Pronunciarse sobre la conveniencia de declarar Monumentos Nacionales los lugares, ruinas, construcciones u objetos que estime del caso y solicitar de la autoridad competente la dictación del decreto correspondiente”.

²¹ Cordero, Eduardo, *Acto y procedimiento administrativo*, Material Docente 2019.

²² Actualmente, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea ha establecido un conjunto de derechos, inherentes al fundamental de buena administración, cuya infracción constituye de suyo una violación de formas sustanciales, como el derecho del interesado a ser oído antes de que se adopte un acto de gravamen (“medida individual que le afecte desfavorablemente”, dice la Carta), o el de acceder al expediente administrativo (art. 41 de la Carta), en Parejo Alfonso, Luciano, *Derecho Administrativo*, (Valencia, Tirant lo Blanch), 2018, p. 766.

contaba con un permiso de edificación municipal e inclusive con un permiso de demolición de los edificios existentes en el inmueble.

Sobre el particular, cabe tener presente los pronunciamientos de Contraloría General de la República sobre este punto. Al respecto, el órgano de control ha sostenido que debe dejarse sin efecto el decreto que declara monumento nacional el inmueble, en aquellos casos en que exista un permiso de edificación, el cual no puede ser alterado retroactivamente por un acto administrativo posterior²³.

El mismo órgano de control ha sostenido que un decreto de modificación de deslindes de un santuario de la naturaleza no puede afectar o restringir los derechos que tiene la interesada con respecto a su inmueble, que cuenta con un anteproyecto y un permiso de edificación sin condiciones, en relación con dicho monumento nacional²⁴.

Esta jurisprudencia es plenamente armónica con los principios de certeza y seguridad jurídica, así como también con las disposiciones que regulan los efectos retroactivos de los actos administrativos de contenido desfavorable para los interesados²⁵, en atención a los cuales no resulta conforme a Derecho que un acto administrativo posterior afecte retroactivamente derechos válidamente adquiridos por los particulares.

4.5. Sobre la imposibilidad de homologar el acto que dispone la expropiación de un inmueble con aquel que lo declara monumento nacional

Uno de los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema para revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones Santiago, es aquél que sostiene que:

“Los procedimientos administrativos no contemplan la participación de la persona que puede ser afectada por el acto, sin perjuicio que con posterioridad pueda reclamar por éste.

Un claro ejemplo en esta materia es el acto expropiatorio por causa de utilidad pública, en que en el procedimiento en que se dicta la resolución expropiatoria, el expropiado no participa, pudiendo con posterioridad entablar las reclamaciones que en el Decreto Ley N° 2.186 se establecen.”

²³ Dictamen N° 49.531, de 2008.

²⁴ Dictamen N° 77.490, de 2011.

²⁵ Conforme al artículo 52 de la LBPA, “Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros.”

Al respecto, si bien el acto expropiatorio y el que declara monumento nacional un inmueble pueden ser considerados a priori como actos de carácter desfavorable para su destinatario, se trata de una afirmación que no permite hacer homologables ambos tipos de actos.

En primer lugar, la expropiación no siempre será considerado por el sujeto destinatario del acto como un acto de contenido desfavorable, lo anterior debido a que en ocasiones la expropiación tendrá un carácter favorable para el sujeto destinatario, por ejemplo, si las obras que se realizarán en el predio expropiado aumentan la plusvalía de la propiedad no expropiada, o si se considera la realización de obras públicas que permitirán una mejor conectividad del inmueble, mejorando con ello la calidad de vida del propietario. Por ello, la doctrina sostiene que la categoría de favorable/desfavorable de un acto, no es binaria sino que cabe analizarla en concreto, esto es, en la situación específica de que se trate²⁶.

En segundo lugar, uno de los elementos esenciales del acto expropiatorio es un monto por concepto de indemnización, el cual debe constar expresamente en dicho acto con señalamiento de la comisión que lo fijó y de la fecha de su informe, y la forma y plazos de pago de la indemnización que corresponda conforme a la ley²⁷. En tanto, la Ley N° 17.288 no contempla contraprestación alguna, por lo que el acto que declara monumento nacional un inmueble no dispone de indemnización alguna para el dueño, puesto que, aquél mantiene la propiedad del inmueble en su patrimonio. Con todo, el acto somete el inmueble, como se ha indicado, a un especial régimen autorizatorio, limitando los atributos esenciales del dominio, disminuyendo, en la mayoría de los casos, su plusvalía e impidiendo la libre ejecución de actos de disposición

²⁶ Bocanegra Sierra, Raúl, "La Revisión de oficio de los actos administrativos", (Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local), 1977, pp. 253-254. Según este autor, la determinación concreta de situaciones favorables para los particulares no puede nunca ignorarse mediante una calificación a priori, debido a que la mayor parte de los actos administrativos, incluso los no declarativos de derechos pueden producir perjuicios a los propios destinatarios o a terceros. En otros términos, para este autor no existen acto absolutamente favorables y desfavorables, ni dicho carácter pueda ser entendido en términos generales, puesto que bien puede acto ser favorable para algunos sujetos y para otros no. Por lo tanto, la distinción entre actos favorables o declarativos de derechos y actos desfavorables o de gravamen en términos lineales es un error, por cuanto la mayor parte de los actos administrativos no son favorables o desfavorables en un único sentido, sino que por lo general son favorables y restrictivos al mismo tiempo o favorables para algunos y desfavorables para otros.

En estos términos, es factible sostener que ciertos actos pueden tener un importante contenido desfavorable para algunos destinatarios, llegando inclusive a limitar de manera significativa derechos constitucionales, como ocurre con la propiedad en el caso de la declaratoria de monumento nacional, y constituir, al mismo tiempo, para otros, un acto de carácter favorable, como sería el mismo acto para aquello que buscan la conservación del patrimonio histórico.

²⁷ Artículo 6° inciso 2° del Decreto Ley N° 2.186.

que impliquen modificaciones al inmueble afectado²⁸ o el desarrollo de actividades económicas que se podrían desarrollar antes de la declaratoria, como lo es, la ejecución de proyectos inmobiliarios. Además, la inobservancia de las cargas de carácter patrimonial que impondrán al propietario del bien raíz, consistentes en el pago de las expensas necesarias para la conservación del inmueble y la obligatoriedad de su mantención, bajo la amenaza de ser sancionado en caso de incumplimiento de dichas cargas.

5. Reflexiones finales

Por regla general, podrán intervenir en un procedimiento administrativo todos aquellos que tengan derechos o intereses que puedan ser afectados por la emisión de un acto administrativo terminal.

En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el derecho consagrado en el artículo 19 N° 3 consagra el principio general, al imponer al legislador el deber de dictar las normas que permitan a todos quienes sean, o puedan ser afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, ser emplazados y tener la oportunidad de defenderse de los cargos que le formule la autoridad administrativa. Además, el derecho a la defensa jurídica debe poder ejercerse, en plenitud en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, en los cuales se podrán ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles, por lo que se trata de un derecho que se puede hacer valer tanto en sede judicial como administrativa.

Lo anterior, adquiere especial relevancia cuando se trata de actos de contenido desfavorable para el destinatario de este, caso en el cual podrá intervenir como interesado en cualquier etapa del procedimiento administrativo.

En tal contexto, la declaratoria de monumento nacional constituye un acto de contenido desfavorable para su destinatario, por lo cual tiene derecho a ser oído dentro del procedimiento administrativo que conozca de la solicitud de declaratoria, ello aun cuando la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales, no contemple el trámite de “audiencia”, por cuanto en aquella parte cabe aplicar supletoriamente los principios, garantías y derechos que la Ley 19.880, contempla para los interesados dentro de los procedimientos administrativos,

28 El artículo 12 de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales, establece que:
*“Si el Monumento Histórico fuere un inmueble de propiedad particular, el propietario deberá conservarlo debidamente; no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, el que determinará las normas a que deberán sujetarse las obras autorizadas.
Si fuere un lugar o sitio eriazos, éste no podrá excavarse o edificarse, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, como en los casos anteriores.”*

siendo esta instancia esencial para que pueda hacer valer las alegaciones que estime pertinentes en relación con la solicitud de declaratoria.

En definitiva, el caso en análisis nos invita a reflexionar sobre la existencia de un deber jurídico de Administración de abrir una instancia de audiencia para el particular, en aquellos casos en los cuales el acto terminal tendrá un contenido desfavorable para su destinatario, siendo del caso señalar que la inexistencia de una instancia de “audiencia” no implica su exclusión, sino que, por aplicación de la Ley N° 19.880, cabe dar lugar a ella a todos los interesados en la declaratoria, sea que la hayan promovido o que tengan derechos o intereses que puedan ser afectados con la misma²⁹.

29 En junio de 2019, el Consejo de Monumentos Nacionales (CMN) revirtió la declaración de monumento histórico del último edificio de la Villa San Luis, declarando que “[...] tras varios meses de análisis, con informes técnicos a la vista y después de escuchar a todas las partes interesadas, el Consejo de Monumentos Nacionales (CMN) aprobó en general la propuesta del propietario del predio, la Inmobiliaria Presidente Riesco, de construir a su costa un espacio de memoria en los terrenos pertenecientes a la ex Villa San Luis de Las Condes, con lineamientos, condiciones y observaciones, que serán entregados por el CMN en su resolución”, en <https://radio.uchile.cl/2019/06/27/villa-san-luis-ya-no-es-monumento-historico-ex-vecinos-piden-transparencia-al-cnm/>

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA BANDA 700MHZ: UNA CUESTIÓN DE DISEÑO INSTITUCIONAL

Catalina Medel¹

Resumen

El objetivo de este artículo es discutir los alcances del fallo de la Corte Suprema en relación al concurso de la banda 700 MHz, respecto de la relación Corte Suprema-Tribunal de la Libre Competencia-Subsecretaría de Telecomunicaciones, y en particular del rol de la Corte Suprema como revisor de las decisiones del Tribunal, es decir, discutir sobre el diseño institucional en el mercado de telecomunicaciones. Así es discutible que el diseño institucional en materia de telecomunicaciones haya sido estructurado para que la Corte Suprema, en su rol de revisor, pueda reemplazar las decisiones del Tribunal de la Libre Competencia; por otro lado también es debatible que la Corte Suprema pueda obviar las interpretaciones y decisiones que toman los dos reguladores en materia de telecomunicaciones, realizar su propio análisis y tomar decisiones que tienen efectos por sobre todo el mercado, teniendo el carácter de regulatorias. Sumario: 1. Introducción; 2. La historia detrás del fallo de la Corte Suprema; 3. El rol de la revisión judicial; 4. La revisión judicial a la luz del fallo de la banda 700; 5. Conclusiones.

Introducción

El día viernes 29 de junio del año 2018, la Tercera PM titulaba un artículo “ ‘Es una locura’: Experto mundial de telecomunicaciones pide al gobierno ‘empoderarse’ tras fallo de la Suprema”.² Esta era una de las reacciones que

¹ Abogada, MSc in Regulation por la London School of Economics, Candidata a Doctor por la Universidad de Chile. Profesora de la Universidad de Chile y de la Universidad Adolfo Ibáñez.

² *La Tercera PM*, ‘Es una locura’: Experto mundial de telecomunicaciones pide al gobierno ‘empoderarse’ tras fallo de la Suprema”, 29 de junio de 2018, disponible en <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/una-locura-experto-mu...unicaciones-pide-intervenir-al-gobierno-tras-fallo-la-suprema/225172/> (9 de septiembre de 2019).

generó el fallo de la Corte Suprema que había sido publicado cuatro días antes, en el cual la Corte había tomado una decisión opuesta a la del regulador sectorial (la Subsecretaría de Telecomunicaciones, en adelante “Subtel”) y a la del tribunal especialista en materia de libre competencia (el Tribunal de la Libre Competencia, en adelante “TDLC”), remeciendo la estructura regulatoria del mercado de las telecomunicaciones.

En dicho fallo la Corte Suprema señaló que:

[...] Movistar, Claro y Entel han incurrido en una conducta anticompetitiva al adjudicarse bloques en la licitación del concurso público de la banda 700, sin respetar el límite de 60 MHz impuesto como máximo que puede tener cada incumbente en el mercado de servicios avanzados de comunicaciones móviles, infringiendo el artículo 3° del D.L. N° 211,³ y ordenó a dichas empresas de telecomunicaciones a “[...] desprenderse de la misma cantidad de espectro radioeléctrico que fue adquirida en el concurso de la banda 700 [...]”.⁴

Así las cosas, la Corte Suprema establecía, por una parte, que los agentes del mercado de telecomunicaciones sólo podían ser titulares de una cierta cantidad de espectro -cuestión que no se encontraba -ni se encuentra- en la ley ni en algún reglamento y, por la otra parte, establecía la sanción para la infracción a esta regla, que era la obligación de desprendimiento de aquella parte del espectro que superara el límite de 60 MHz.

Hay al menos tres cuestiones que pueden analizarse y discutirse a la luz del fallo. La primera, si bajo la regulación de telecomunicaciones sería eficiente o ineficiente regular hoy límites a la titularidad del espectro radioeléctrico. La segunda, si el análisis de libre competencia realizado por la Corte Suprema va en línea con el desarrollo de esta disciplina a nivel nacional e internacional. La tercera se refiere a una cuestión de diseño institucional, donde cabe preguntarse si es la Corte la llamada a tomar este tipo de decisiones y si no tenemos un problema en materia recursiva respecto de los tribunales especiales.

En este documento me referiré a la tercera cuestión. Tal como señala MacCormick,⁵ al final lo esencial cuando hablamos de políticas públicas y de

3 Corte Suprema, Rol N° 73923-2016, 25 de junio de 2018, p.73.

4 Ibid.

5 Ver MacCormick, Neil, *Imperfect Alternatives*, (The University of Chicago Press) 2007.

regulación (como ocurre en este caso) no es sólo discutir sobre la política pública y la regulación en si misma (como sería discutir sobre la eficiencia o ineficiencia del establecimiento de límites en relación a la titularidad del espectro radioeléctrico), sino que discutir sobre quién toma las decisiones de dicha política pública y regulación.

En efecto, las políticas públicas y regulaciones se modifican y transforman en el tiempo (y se espera que así sea).⁶ Lo que se mantiene más o menos estable en el tiempo son las instituciones que toman las decisiones al respecto. Como demostraré en este artículo,⁷ si bien el diseño institucional elegido por el legislador determina que sean la Subtel y el TDLC quienes tomen las decisiones en materia de libre competencia, el sistema recursivo y la interpretación que ha realizado la Corte Suprema de dicho sistema, ha definido que sea ésta quien se erija como el tercer regulador en materia de telecomunicaciones. Ya sea por una cuestión de competencia otorgada por el aparato recursivo, por una necesidad de regulación o por poca deferencia de parte de la Corte, hoy las decisiones respecto del sector de telecomunicaciones también son tomadas por la Corte Suprema.

No pretendo discutir en este artículo si la posición que ha tomado la Corte Suprema respecto de la limitación de 60 MHz es correcta o incorrecta. Lo interesante es analizar la posición de poca deferencia de la Corte Suprema con entes especializados a los cuales el legislador les ha delegado poder. Otras cortes han tomado posiciones similares de poca deferencia, cuando sienten que ciudadanos se ven afectados por una insuficiente o por la falta de regulación.⁸ Tampoco analizaré el fallo desde una perspectiva de libre competencia; el objetivo de este artículo es poner sobre la mesa la forma en que se están relacionando nuestras instituciones dada la estructura del espacio regulatorio en materia de telecomunicaciones. Al final esta relación tiene que ver con una elección del legislador de cómo quiere que se relacionen los otros dos poderes del Estado. Como señala Komesar “el rol de una institución (el poder judicial) como revisor de otra (el proceso político) parece una cuestión obvia

6 No confundir la necesidad de modificaciones por avances tecnológicos o cambios culturales en la sociedad con problemas de credibilidad o de certeza en las regulaciones por el problema tiempo-consistencia de las promesas políticas.

7 Ver también Medel, Catalina, ¿Dónde están los límites de la revisión judicial? El caso de la Norma Secundaria de Calidad Ambiental del Río Valdivia y los Tribunales Ambientales como entidad de control, *Anuario de Derecho Público*, Ediciones UDP, 2017, pp. 209-226.

8 Ver Dubash, N. y Morgan B., *Understanding the rise of the regulatory state of the South*. En Navroz K., Dubash N. y Morgan B. (Eds.) *The Rise of the Regulatory State of the South: Infrastructure and Development in Emerging Economies* (Oxford, Inglaterra: Oxford University Press), 2012, pp. 261-281.

de elección institucional.”⁹ El asunto acá se centra en que no se ha definido de manera clara la relación Corte Suprema-TDLC, dejando que la Corte la defina cayendo en un rol poco deferente desde la perspectiva de la especialidad.

Así, en primer lugar desarrollaré la historia detrás de la decisión de la Corte Suprema, para luego analizar los alcances de la revisión judicial, analizar la revisión judicial a la luz del fallo de la banda 700 y finalmente concluir.

2. La historia detrás del fallo de la Corte Suprema

Para entender el fallo de la Corte Suprema es necesario volver 15 años atrás, y revisar la compra de Bellsouth y posteriormente el concurso por la banda 3G que se realizó en el año 2008. Son estos dos precedentes, presentados por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (“Conadecus”) y tomados por la Corte Suprema, sobre los cuales se basa la limitación impuesta al concurso de la banda 700 MHz.

2.1. La compra de Bellsouth y el concurso 3G

El 5 de marzo del año 2004 Telefónica Móviles recurrió al TDLC con el fin de realizar una consulta en relación a la compra de Bellsouth. El TDLC aprobó el proceso de compra y, dadas las condiciones del mercado de telecomunicaciones de esa época y considerando que no era deseable que se concentrara en una compañía ciertos anchos de banda, el tribunal determinó que Telefónica debía desprenderse de una cantidad de espectro y licitarlo. Asimismo, el tribunal fijó que el adjudicatario de las concesiones licitadas sólo podría ser titular de derechos de uso y goce de espectro hasta un límite de 60MHz.

Así el TDLC determinó para un caso particular y dadas las condiciones del mercado de telecomunicaciones en esos años, un límite a la titularidad del espectro radioeléctrico de manera de evitar la concentración y fomentar la libre competencia.¹⁰

Por otro lado, en el año 2008, y en relación a una consulta efectuada por la Subsecretaría de Telecomunicaciones en relación a la participación de concesionarios de telefonía móvil en el concurso público de espectro radioeléctrico para telefonía móvil avanzada de tercera generación (concurso 3G), la Corte Suprema consideró que las medidas fijadas por el TDLC a efectos de preservar la libre competencia eran insuficientes e incorporó una nueva medida, un

⁹ Komesar, Neil, *Imperfect Alternatives*, (The University of Chicago Press), 2007, p. 232.

¹⁰ Tribunal de la Libre Competencia, Resolución 2-2005, pp. 73 y ss.

límite de 60 MHz. El TDLC había considerado que no era conveniente limitar o condicionar la participación de los agentes de la época.

Sin embargo, la Corte Suprema estimó que la cantidad de espectro radioeléctrico del cual podía ser titular un agente del mercado era esencial para evitar la afectación de la libre competencia, y garantizar el acceso al mercado, permitiendo el ingreso de nuevos entrantes. Así, determinó que:

VIGESIMO TERCERO: Que, por tanto, esta Corte optará por establecer límites en la tenencia de espectro de que puede disponer un operador que participe en el mercado de las telecomunicaciones móviles en Chile, cautelando el uso efectivo del espectro radioeléctrico y la necesaria homogeneidad en la distribución del mismo, toda vez que no se advierte cómo una condición que apunte a buscar simetría en las porciones de espectro pueda afectar el grado de competencia en el concurso; VIGESIMO CUARTO: Que conforme a los antecedentes técnicos acompañados a estos autos, ha de concluirse que el límite máximo de cantidad de espectro radioeléctrico que puede tener cada operador móvil, actual o potencial, es de 60 MHz en total, considerando todas las bandas destinadas actualmente a comunicaciones móviles, debiendo ellos desprenderse en su oportunidad de aquella cantidad que exceda de dicho límite máximo.¹¹

2.2. El concurso por la banda 700 MHz

2.2.1. *Conadecus, Entel, Claro, Movistar y la Subtel*

Basado en los dos precedentes anteriores Conadecus solicitó el 6 de marzo de 2014 al TDLC que declarara que Entel, Claro y Movistar habían acaparado espectro radioeléctrico, y que, por tanto, se pusiera término a su participación en la licitación o que se les obligara a desprenderse de parte de las bandas de frecuencia de las cuales eran titulares. Así, Conadecus alegó que la limitación a la titularidad de espectro es necesaria en un mercado que adolecía de fallas regulatorias (barreras de entrada, operadores dominantes, cargos de acceso excesivamente altos).¹² Conadecus estimó que el fallo de la Corte Suprema del concurso 3G y la sentencia del TDLC sobre la compra de Bellsouth mostraban

¹¹ Corte Suprema, Rol N° 4797-2008, 27 de enero de 2009.

¹² Ver Demanda de Conadecus en contra de Telefónica Móvil y otros. Disponible en https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=3&idCausa=41277 (25 de septiembre de 2019).

que existía un límite a la cantidad de espectro radioeléctrico del cual una empresa podía ser titular.

Las empresas en contra de las cuales se presentó la demanda por parte de Conadecus tenían una posición distinta a la de dicho organismo, y alegaron que no existiría tal limitación:

[...]no existe una prohibición o impedimento que impida o condicione la adición y tenencia de espectro por sobre los 60 MHz. Así, afirma que los precedentes que invoca Conadecus emanan de procedimientos no contenciosos sobre hechos, actos o contratos concretos y específicos, y que la cosa juzgada que emanaría de tales pronunciamientos sería eficaz sólo en los procesos concretos en que se produjeron o en relación al estado de cosas tenido en consideración al decidir, por lo que lo dispuesto en tales resoluciones no podría ser extrapolado y aplicado a otros procesos o a un estado de cosas sustancialmente diverso.

Así, en lo relevante a este análisis, las compañías demandadas argumentaron que el mercado de telecomunicaciones era distinto al que existía a la época en el cual se dictaron la sentencia 3G y la sentencia de la compra de Bellsouth, reflejándose en el desarrollo de los Operadores Móviles Virtuales (“OMV”) y la exigencia en la licitación de presentar facilidades para los OMV, la portabilidad numérica, entre otros.

Por último, la Subtel, en su oficio N° 1283 de fecha 17 de febrero de 2014, señaló que el límite de 60 MHz era inexistente:

[El límite de 60 MHz] se refería exclusivamente y agotó sus efectos en el proceso concursal específico que concluyó con la adjudicación de las respectivas concesiones de telefonía móvil digital avanzada a las entonces Centennial Cayman Coop. Chile S.A. y VTR Móvil S.A., no encontrándose vigente en la actualidad dicha restricción.¹³

2.2.2. La sentencia del TDLC

Tomando en consideración lo señalado por la Subtel y su propio análisis, el TDLC rechazó lo solicitado por Conadecus.¹⁴ Así, el tribunal estableció que si

¹³ Tribunal de la Libre Competencia, Sentencia N°154/2016, 15 de septiembre de 2016, considerando sexagésimo octavo.

¹⁴ Existió una larga tramitación de la demanda de Conadecus, puesto que se discutió la legitimidad activa

bien hay ciertos casos en los cuales una sentencia puede tener efectos sobre terceros que no son parte en el juicio que dio lugar a dicha sentencia (siendo una excepción al artículo tercero del Código Civil), este no era uno de esos casos. Así, el TDLC determinó que no era posible interpretar o afirmar en base a la Resolución 2/2005 o a la sentencia de la Corte Suprema respecto del concurso 3G que existía un límite general aplicable a la titularidad de derechos de uso y goce sobre el espectro radioeléctrico.

Más aún, el TDLC señaló que la evolución de las condiciones de mercado, la convergencia tecnológica, el ingreso de nuevos competidores y la ausencia de monopolización de bandas específicas hacían innecesario el establecimiento de límites al respecto.

De esta forma el TDLC concluyó que:

[...] no puede sostenerse que el límite de 60 MHz fijado en la Resolución N°2/005 [sic] en el contexto de una operación de concentración y en la Sentencia de la Corte Suprema para el concurso de las bandas de 1700-2100 MHz (Concurso 3G) tenga efectos generales o sea un antecedente lógico que haya creado una situación que debió ser respetada por las demandadas en el Concurso 700 MHz [...]

Y adicionalmente señaló:

Que, además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la imposición de un límite permanente implicaría la atribución por parte de los tribunales de justicia de una función de carácter regulatorio en un proceso contencioso como el de autos.

2.2.3. *La definición de la Corte Suprema*

Sin perjuicio de lo señalado por la Subtel y de lo determinado por el Tribunal de la Libre Competencia, la Corte Suprema estableció que la restricción de 60 MHz se encontraba vigente.¹⁵

de Conadecus para presentar la demanda. Sin embargo este tema no se analizará dentro de este artículo.

15 La Corte Suprema señaló: “[e]n efecto, al estar vigente un límite de espectro radioeléctrico como una medida necesaria e imprescindible para la competencia del mercado de que se trata, el solo desconocimiento de aquello por parte de los actores permite configurar la conducta anticompetitiva.” Corte Suprema, Rol N° 73923-2016, 25 de junio de 2018, considerando décimo séptimo.

Así, la Corte señaló que históricamente “desde que se abre el mercado de las telecomunicaciones a la participación de entes privados”¹⁶ se han impuesto limitaciones a la titularidad de espectro radioeléctrico que puede tener un agente participante de dicho mercado. Más aún, y en particular respecto del fallo del concurso 3G señaló que:

[...] es clarísimo el tenor del fallo dictado en los autos Rol N° 4797 al establecer en el fundamento vigésimo cuarto que el límite máximo de cantidad de espectro radioeléctrico de 60 MHz se impone a todo operador móvil, actual o potencial, razón por la que sólo cabe concluir que tal restricción constituyó una declaración que iba más allá de la sola consulta de las bases de licitación del concurso 3G, sino que es una medida que se dispuso determinado el margen incluso a futuro, pues claramente a ello se refiere al establecer que el límite debe ser respetado por los actuales operadores como los que ingresen al mercado a futuro.

Más aún, la Corte le hace presente a la Subtel que no debería haber omitido el límite de 60 MHz a los incumbentes o al menos debería haber iniciado una consulta para eliminar la limitación vigente o en general para modificarla.

La Corte Suprema en su rol de revisor de las decisiones del TDLC determinó una nueva regla para el mercado de telecomunicaciones: los titulares de espectro radioeléctrico tienen una restricción respecto de la cantidad de espectro sobre los cuales pueden tener derechos de uso y goce.

3. El rol de la revisión judicial

Ante todo, hay que tener en cuenta que parte de los desafíos que van envueltos en el desarrollo del Estado tiene relación con la revisión de las decisiones de políticas públicas, como es la decisión respecto de la titularidad de espectro radioeléctrico. En este sentido, es una necesidad que la Subtel y que el Tribunal de Libre Competencia, como agentes decisores en el mercado de las telecomunicaciones deban rendir cuentas respecto de sus actos.¹⁷

El rendir cuentas, entregar explicaciones respecto de las decisiones tomadas, otorga legitimidad a los políticos y autoridades públicas, porque sugiere el

¹⁶ Corte Suprema, Rol N° 73923-2016, 25 de junio de 2018, considerando décimo cuarto.

¹⁷ Busuioc, Madalina, *European Agencies: Law and Practices of Accountability* (Oxford University Press) 2013, pp. 44-65. Bovens, Mark. (2007). Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework, en *European Law Journal*, 13 (4), 2007, pp.447-468.

cumplimiento de un cierto estándar de conducta exigido; supone una demanda hacia las autoridades de actuar de forma transparente, abierta y confiable. Puede entenderse como la obligación de una persona para con otra persona, conforme la cual la primera debe rendir cuentas, explicar y justificar sus acciones y decisiones enfrentando ciertos criterios y haciéndose responsable.¹⁸ No hay duda que el que las decisiones de la Subtel o del TDLC sean revisadas por la Corte Suprema las hacen más legítimas frente a los ojos ciudadanos.

En general, el poder judicial -como uno de los tres poderes del Estado- constituye un foro de rendición de cuentas de las agencias reguladoras, en cuanto las cortes revisan la legalidad de las decisiones tomadas por dichas agencias.¹⁹ De acuerdo a Dragu y Board “[l]a revisión judicial es un método institucional de verificar la legalidad de las políticas públicas, incluyendo la consistencia de la acción gubernamental con los derechos y libertades de los individuos.”²⁰ La revisión judicial es, al final, la forma en que las cortes supervisan las decisiones de las agencias, en cuanto a la forma en que tomó la decisión y en cuanto a la competencia del ente que tomó dicha decisión. La revisión judicial no debiese ser respecto de la decisión de política pública en sí.

A primera vista se podría pensar que la revisión judicial sólo contempla un castigo o un reproche cuando las decisiones son ilegales o son inconsistentes jurídicamente. Sin embargo, en una revisión judicial también va envuelta un incentivo a que la administración cumpla con lo prometido, o un desincentivo a actuar fuera de la legalidad. En efecto, la revisión por una entidad ajena al gobierno, no sometida a presiones e intereses políticos, puede moldear y determinar a futuro las actividades de las agencias.²¹ Este rol que cumplen las cortes es esencial y necesario para el buen funcionamiento del Estado: implica que las decisiones se encuentran dentro de la legalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, *la revisión judicial* como una actuación de las cortes no es tan sencilla de conceptualizar, ya que a través de la revisión judicial, los jueces no sólo resuelven aquellos problemas que se dan entre

18 Lastra, Rosa y Shams, Heba, *Public accountability in the financial sector*. En E. Ferran and C.A Goodhart (Eds.) *Regulating Financial Services and Markets in the 21st Century* (pp. 165–188) (Hart Publishing), 2001, p.117.

19 Ogus, Anthony, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*,(Hart Publishing), 2004.

20 Dragu, Tiberiu y Board, Oliver, On Judicial Review in a Separation of Powers System, *The European Political Science Association*, 3(3), 2015, pp.474.

21 Ver Hamilton, Jonathan y Slutsky, Steven, Judicial review and the power of the executive and legislative branches, *Research in Economics*, 71, 2016 pp. 67.

particulares y las decisiones de la administración, sino que también –en una dimensión normativa- establecen estándares de conducta para la misma, se convierten en una garantía ante eventuales arbitrariedades de las autoridades públicas, y además conocen de cuestiones que tienen impacto en terceros que no son parte del juicio que se está ventilando.²²

La revisión judicial además es la forma en que el poder judicial y el poder ejecutivo se relacionan. Esta relación puede ser deferente o no deferente. La deferencia tiene dos dimensiones: (i) la primera se refiere al peso que las cortes le atribuyen a las decisiones de entes fuera del poder judicial y (ii) la segunda se refiere al reconocimiento de la distribución de poder en un Estado democrático.²³ La deferencia es al final el respeto al diseño institucional escogido por el legislador. Así, cuando un revisor es deferente hay un respeto a la forma en que los legisladores han delegado poderes para tomar decisiones de políticas públicas. No es deferente cuando reemplaza las decisiones de las agencias, tomando las cortes las decisiones de políticas públicas que fueron delegadas a otros entes.

4. La revisión judicial a la luz del fallo de la banda 700

No es la primera vez que la Corte Suprema toma una decisión contraria a la del TDLC. La pregunta es si bajo el diseño institucional debiese tomar este tipo de decisiones, o si está actuando con poca deferencia, es decir sin reconocer la delegación de poder que se le hace a los entes que caen bajo su revisión. También es posible cuestionarse la forma de esta poca deferencia: la Corte fue más allá de una simple declaración respecto de la vigencia de una regla, esta no existía, por lo cual es posible señalar que la Corte Suprema estableció- considerando precedentes pasados- una limitación a la titularidad del espectro radioeléctrico.

¿Puede una corte generalista -como lo es la Corte Suprema- reemplazar la decisión del TDLC? ¿Puede realizar un análisis distinto a la del tribunal especial e incluso distinta a la del regulador sectorial?

Respecto de la primera cuestión, la Corte Suprema ha considerado que sí puede reemplazar las decisiones del TDLC. En efecto, considera que la competencia establecida por el recurso de reclamación sí le permite reemplazar las decisiones del TDLC.

²² Ver Cassese, Sabino, *Las Bases del Derecho Administrativo*, (Instituto Nacional de Administración Pública) 1994; y Sunstein, Cass, *On the Costs and Benefits of Aggressive Judicial Review of Agency Action*, *Duke Law Journal*, 3, 1989, pp.522-537.

²³ Ver Daily, Paul, *A Theory of Deference in Administrative Law*, (Cambridge University Press), 2012.

Así la Corte Suprema ha señalado que:

SEXTO: Que según se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del recurso de reclamación tal como aparece de la discusión producida en las distintas etapas de gestación de la ley- la Corte Suprema puede en virtud de este medio de impugnación revisar íntegramente los fundamentos que tuvo en cuenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para arribar a su decisión, incluyendo el análisis jurídico y económico que ha permitido arribar a la resolución del asunto de que dicho tribunal conoce;

SEPTIMO: Que, en este sentido, la Corte Suprema puede examinar entonces no sólo las condiciones impuestas en el proceso, sino también la globalidad de la materia del asunto resuelto, y ello en razón tanto de la estrecha vinculación existente entre dicha materia y las condiciones que se determinen o que puedan determinarse, como de las situaciones de influencia recíproca que pueden producirse entre ellas;²⁴

De esta forma, la Corte Suprema ha considerado que el recurso de reclamación funciona como el recurso de apelación, cuando en realidad -y como se desprende de la misma Historia de la Ley 19.911- queda claro que ambos son distintos y que el legislador finalmente decidió optar por el recurso de reclamación. Debíésemos entender entonces, que el recurso de reclamación busca evitar arbitrariedades en el TDLC y no significa que la Corte pueda tener una revisión amplísima de las decisiones del TDLC.

Sin embargo, y asumiendo que una mirada a la Historia de la Ley 19.911 admite esta interpretación, esta no debiese hacerse de forma aislada, sin mirar el diseño institucional elegido por el legislador. Así, ¿para qué crear un tribunal especial -integrado por personas de diferentes ámbitos, con conocimientos especialistas respecto del tema- si finalmente las decisiones las va a tomar una corte generalista?

El Tribunal de la Libre Competencia es parte del diseño institucional del sector de telecomunicaciones; es un regulador, no sólo revisa decisiones de otras agencias. Entonces, el que la Corte Suprema pueda reemplazar las decisiones del TDLC a significa que más que una *revisión judicial* de las decisiones de dicho tribunal, se convierte en un regulador. El reemplazo implica que no

²⁴ Corte Suprema, Rol N° 4797-2008, 27 de enero de 2009.

hay límites a la revisión judicial, lo cual va en contra de un diseño institucional basado en tribunales y reguladores especializados. Esto no implica en caso alguno que la Corte Suprema deba abstenerse de revisar, el punto es *como* y *con qué profundidad* revisa.

Por otro lado, y tal como se desarrolló en puntos anteriores, si bien en ciertos casos específicos se estimó que existía una limitación a la cantidad de espectro radioeléctrico del cual podía ser titular una empresa, el TDLC y la Subtel señalaron claramente que no existía el límite de 60 MHz. Desde la Resolución 2/2005 del TDLC y desde el fallo de la Corte sobre el concurso 3G el mercado se ha modificado: se introdujo la portabilidad, han entrado nuevos actores, se ha intensificado la demanda de transmisión de datos móviles, los precios por servicios móviles han bajado en la última década y el mercado se ha vuelto más competitivo. Más aún, no sólo el mercado evolucionó, sino que análisis técnicos determinaron que “[n]o se considera necesario establecer nuevos spectrum caps agregados ni tampoco implementar políticas de set aside spectrum para nuevos competidores”²⁵

La Corte Suprema obvió que las condiciones bajo las cuales se había dictado la Resolución 2/2005 y el fallo del concurso 3G eran distintas a las que existían en la licitación del concurso por la banda 700 MHz. Más aún, obvió que -a diferencia de la posición de la Subtel respecto del concurso de la banda 700 MHz- la agencia en el caso del concurso 3G señaló de manera expresa que había llegado al convencimiento que el concurso público debía “permitir e incentivar el ingreso de, al menos, un nuevo competidor al mercado del servicio público de telefonía móvil,”²⁶ y que era necesaria una limitación.

Dado el diseño institucional y aún cuando asumiésemos que el recurso de reclamación permite el reemplazo de las decisiones del Tribunal de la Libre Competencia por aquellas tomadas por la Corte Suprema, al menos estas decisiones de reemplazo debieran considerar los análisis técnicos realizados por expertos. De otra forma, el objetivo de que las decisiones sean tomadas por expertos en la materia (como cabe entender de la Historia de la Ley 19.911 y como se entiende cuando hay agencias reguladoras especialistas) se pierde si no se consideran las cuestiones técnicas envueltas en la decisión.

25 Tribunal de la Libre Competencia, Sentencia N°154/2016, 15 de septiembre de 2016, considerando sexagésimo séptimo.

26 Corte Suprema, Rol N° 4797-2008, 27 de enero de 2009, vistos.

5. Conclusiones

La forma en que se relacionan los agentes dentro de un mercado está determinado por la competencia que le entregamos a los entes decisores y en particular a los agentes revisores. La competencia de la Corte Suprema para revisar las decisiones del TDLC es un área gris. Así, el legislador no ha definido claramente los límites del recurso de reclamación o el rol de la Corte Suprema cuando revisa decisiones del TDLC.

Sin embargo, esta indefinición no implica que la Corte pueda ser el reemplazante del TDLC. En primer lugar, porque este reemplazo en las decisiones significa que la Corte puede comportarse como regulador, desdibujando la separación de poderes y la delegación que ha realizado el poder legislativo. En segundo lugar, porque obvia el nivel de especialidad que tiene el TDLC. Más aún, en este caso incluso obvia la posición del regulador sectorial. En tercer lugar, porque la Corte Suprema omite la propia relevancia de su rol como revisor: es el lugar para discutir arbitrariedades de los entes decisores, sin embargo no para reemplazarlas cuando éstas se encuentran dentro de lo que ha establecido la ley.

Esta es una sentencia que nos muestra la problemática actual de las relaciones que se dan entre entes especializados y cortes generalistas, como es el caso del TDLC y la Corte Suprema. La pregunta que queda es si realmente queremos que la Corte Suprema pueda actuar como reemplazante del TDLC, o queremos que se ajuste a su rol de revisor. En cualquiera de los dos casos es una decisión que debiésemos tomar en conciencia de las consecuencias que trae. Es decir, tener en mente la cuestión de diseño institucional es la que determina al final la forma en que hacemos política pública.

LA PRETENDIDA INAMOVILIDAD DE LA SUBCONTRALORA GENERAL DE LA REPÚBLICA

*Pablo Soto Delgado*¹

Resumen

Sobre la base de algunos rudimentos de Teoría del Derecho, el trabajo evalúa la argumentación de la sentencia de la Corte Suprema que resolvió el recurso de protección presentado por la Subcontralora General de la República en contra de la resolución del Contralor General de la República que declaró vacante su cargo.

Palabras clave: Contraloría General de la República — Inamovilidad del Subcontralor — Antinomias

1. Presentación y plan

Entre los casos de interés público para el Derecho administrativo durante el año 2018 se encuentra uno que afectó a la Contraloría General de la República (CGR), a saber, la acción de protección presentada por quien desde el año 2016 ejerce como Subcontralora, a causa de que el Contralor declarara vacante su cargo luego de que aquella no renunciara a pesar de habérselo solicitado este último.

En una situación inédita, que ha quebrado la tradición de que quienes en la entidad ejercían altas responsabilidades pusieran sus puestos a disposición del Contralor cuando este se los solicitaba, el asunto acabó resuelto por la Corte Suprema en un fallo que calificó como ilegal el acto administrativo mediante el cual se definió la vacancia en el cargo de Subcontralor, infringiéndose asimismo con él la garantía constitucional de igualdad ante la ley de la recurrente.

¹ Doctor en Derecho, Universidad Diego Portales. Profesor de Derecho administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: pablo.soto@mail.udp.cl.

La decisión de la Tercera Sala de la Corte Suprema es importante puesto que a su través quedó mutilada la relación jerárquica² entre el Contralor y el Subcontralor en lo que concierne a la facultad del jefe de la CGR de disponer de su personal con el objeto de cumplir con las funciones y los fines que la Constitución y la ley establecen.

Este texto revisa la sentencia que resolvió el arbitrio constitucional imputado por la Subcontralora Dorothy Pérez, con el objeto de analizar críticamente la argumentación proporcionada por la Corte³. Al efecto, se emplearán algunos componentes básicos de Teoría del Derecho, especialmente, referidos a las antinomias, en torno a lo cual versó la solución de la controversia. Para llevar a cabo lo anterior, el itinerario del trabajo es el siguiente: luego de esta presentación, se explica el conflicto jurídico que confrontó al Contralor con la Subcontralora. Enseguida, serán expuestos los argumentos de la sentencia de la Corte Suprema. El artículo continúa con una evaluación del fallo y sus consecuencias, para cerrar con una suma de conclusiones.

2. Subcontralora versus Contralor

A las 16:30 horas del 20 de agosto de 2018, el Contralor General de la República solicitó a la Subcontralora Dorothy Pérez, de manera verbal, que renunciara a su cargo, y habiendo transcurrido 48 horas sin que la renuncia se presentara, el Contralor dictó la Resolución N° 21 de fecha 22 de agosto del mismo año, mediante la cual se declaró vacante el cargo servido. Los fundamentos legales de este acto administrativo fueron las normas sobre cargos de exclusiva confianza contenidas en los artículos 7° y 148 del Estatuto administrativo, así como el artículo 3° de la Ley N° 10.336, orgánica constitucional de la CGR (en adelante, LOCCGR).⁴

Conforme al artículo 7° del primero de los cuerpos normativos, son “cargos de la exclusiva confianza [...] de la autoridad facultada para efectuar el nombramiento: [...] En los servicios públicos, los jefes superiores de los servicios, los subdirectores, los directores regionales o jefaturas de niveles jerárquicos equivalentes o superiores a dichas jefaturas, existentes en la estructura del servicio, cualquiera sea su denominación.” De acuerdo con el artículo 148 del Estatuto administrativo:

2 Sobre la naturaleza jerárquica de la CGR, véase la reciente tesis doctoral de Jiménez, Guillermo, *Nonjudicial administrative justice in Latin America: A case study of the Chilean Comptroller-General*, (University College London), 2018, p. 57.

3 Junto al fallo, se ha tenido a la vista el expediente del recurso de protección.

4 Contraloría General de la República, Resolución N° 21, de fecha 22 de agosto de 2018.

“En los casos de cargos de exclusiva confianza, la remoción se hará efectiva por medio de la petición de renuncia que formulará el Presidente de la República o la autoridad llamada a efectuar el nombramiento. Si la renuncia no se presenta dentro de las cuarenta y ocho horas de requerida, se declarará vacante el cargo.”

Por su parte, en lo que concierne al artículo 3° de la LOCCGR, la disposición establece:

“El Contralor General será nombrado por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado.

Los demás empleados de la Contraloría serán de la exclusiva confianza del Contralor, quien podrá nombrarlos, promoverlos y removerlos con entera independencia de toda otra autoridad.”

Como se desprende de las citadas reglas, puesto que el Contralor General de la República había efectuado el nombramiento de la Subcontralora, y habida cuenta de que esta se considera, conforme al artículo 3° de la LOCCGR, dentro de la categoría “demás empleados” de la CGR, diferentes al Contralor, este tenía competencia para decidir su remoción, por tratarse de un cargo de exclusiva confianza. De ahí que el procedimiento seguido para hacer efectiva la renuncia se produjera con arreglo a lo previsto por el Estatuto administrativo para este tipo de empleos.

Ahora bien, en contra de la Resolución N° 21 y del Contralor —por sí y en representación de la CGR— la funcionaria depuesta presentó una acción de protección con el objeto de que aquel acto se declarara ilegal, arbitrario y vulnerador de derechos, dejándose sin efecto y restituyéndose en el cargo⁵. En cuanto a lo legal, el fundamento de la acción de protección se hallaba en que el Contralor no tiene la atribución de removerla ya que la propia LOCCGR contiene, en los incisos 1° y 2° del artículo 4°, una regla que establece que es el Presidente de la República aquel que puede remover a quien oficia de Subcontralor:

“Artículo 4°. El Contralor General y el Subcontralor gozarán de las prerrogativas e inamovilidad que las leyes señalan para los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia.

5 Escrito de interposición de la acción de protección, pp. 43-44.

La remoción del Contralor General y del Subcontralor corresponderá al Presidente de la República, previa resolución judicial tramitada en la forma establecida para los juicios de amovilidad que se siguen contra los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia y por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema.”

A juicio de la recurrente, al no respetar esta disposición, el Contralor ha actuado ilegalmente, puesto que para separarla de su cargo debió llevarse a cabo el juicio de amovilidad que, previa intervención del Presidente de la República, se tramita con arreglo al procedimiento contenido en los artículos 338 y 339 del Código Orgánico de Tribunales.⁶ Esta inamovilidad se funda en “la autonomía e independencia [del Contralor y el Subcontralor] para tomar las decisiones que la Ley les encomienda.”⁷ Esto adquiere mayor sentido —afirma la Subcontralora depuesta—especialmente cuando entre las funciones desempeñadas por el Subcontralor, este ejerce como juez de cuentas de primera instancia, que corresponde a un tribunal especial de acuerdo con el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales⁸.

Respondiendo los anteriores cuestionamientos, en su informe del recurso de protección, el Contralor General de la República defendió los siguientes argumentos:

i) El Subcontralor es un cargo de exclusiva confianza, lo cual significa que no puede sustraerse de la regla general de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que en su artículo 49 establece que legalmente pueden existir en los tres primeros niveles jerárquicos empleos con esa calidad, situación coherente con el artículo 7° del Estatuto administrativo más arriba explicado.⁹

(ii) La consecuencia de lo señalado previamente es que puede removerse al Subcontralor por la sola pérdida de confianza.¹⁰

(iii) El artículo 4° esgrimido por la recurrente está derogado tácitamente,

6 Escrito, ob. cit., p. 23.

7 Escrito, ob. cit., p. 22.

8 Escrito, ob. cit., p. 22.

9 Contralor General de la República, Informe recurso de protección causa Rol N° 61.877-2018, de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, pp. 8-9.

10 Contralor General de la República, Informe recurso de protección, ob. cit., pp. 12-14.

conforme al artículo 52 del Código Civil¹¹, puesto que la Constitución de 1980 elevó a rango constitucional el nombramiento y la remoción del Contralor, lo cual adquiere sentido al revisarse que entre las atribuciones del Presidente de la República no figura velar por el buen comportamiento del Contralor ni del Subcontralor, de manera que “no cabe entender que aquella autoridad pueda remover a estas últimas”¹².

(iv) La derogación tácita del artículo 4° de la LOCCGR se ve confirmada por la incorporación del artículo 3° mediante el Decreto Ley N° 3.551 de 1980 que introdujo ese año el régimen de exclusiva confianza de los empleados de la CGR. Se trata de una norma posterior que derogó tácitamente al primer precepto¹³.

(v) Acoger el recurso generaría consecuencias indeseables: (a) el cargo de Subcontralor en vitalicio porque carecería de los límites que la Constitución establece para el Contralor, “gozando así de un estatuto privilegiado no tan solo respecto del resto de los funcionarios de la institución, sino de su propio superior jerárquico”¹⁴; (b) se impondría al Contralor el deber de mantener en el cargo al Subcontralor aun cuando se hubiese perdido la confianza y terminado el período de ocho años del primero, quedando obligado el siguiente Contralor a mantener un Subcontralor que no ha designado¹⁵.

(vi) Aun si se entendiera vigente el artículo 4° esgrimido por la recurrente, este tiene una aplicación restringida, pues el juicio de amovilidad corresponde ser ejercido solo tratándose de las funciones administrativo-jurisdiccionales que ejerce el Subcontralor. Este es, según el Contralor, el supuesto de aplicación de la norma en cuestión¹⁶. Por lo mismo, no puede ser el único mecanismo de separación de funciones; de lo contrario, “se llegaría a la irracional conclusión de que jamás podría ser alejado de su cargo con ocasión del irregular o insatisfactorio ejercicio de sus restantes atribuciones, revistiendo, en la práctica, la calidad de un funcionario exento de control y responsabilidad”¹⁷.

11 Este artículo dispone:

“La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.”

12 Contralor General de la República, Informe recurso de protección, ob. cit., p. 16.

13 Contralor General de la República, Informe recurso de protección, ob. cit., p. 17.

14 Contralor General de la República, Informe recurso de protección, ob. cit., p. 18.

15 Contralor General de la República, Informe recurso de protección, ob. cit., p. 18.

16 Contralor General de la República, Informe recurso de protección, ob. cit., p. 19.

17 Contralor General de la República, Informe recurso de protección, ob. cit., pp. 19-20.

3. Los argumentos de la sentencia de la Corte Suprema

La acción presentada por la Subcontralora removida fue acogida por la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁸, y confirmada en apelación por la Corte Suprema¹⁹, aunque descartando totalmente los fundamentos del primer tribunal²⁰, por lo cual, carece de interés para este texto el fallo de primera instancia.

En su sentencia, la Corte Suprema comienza identificando el problema jurídico que le corresponde resolver, que se asienta en los artículos 3° y 4° de la LOCCGR:

“el [recurso de protección] se erige sobre la base de estimar que el Contralor General y el Subcontralor gozan de inamovilidad en sus cargos no pudiendo, en consecuencia, ser removidos de ellos, sino en tanto, medie un juicio de amovilidad, sin perjuicio de la sujeción del Jefe de la Contraloría al procedimiento del juicio político que contempla la Carta Fundamental (artículo 4°). En cambio, para llegar a la conclusión contraria, se asume que los funcionarios de la Contraloría, incluyendo al Subcontralor, son de la exclusiva confianza del Contralor General, de tal forma que la decisión impugnada es producto del ejercicio de una potestad discrecional, fundada en la pérdida de la confianza depositada en quien hasta ese entonces ejercía el cargo de Subcontralor (artículo 3°).”²¹

Ahora bien, para resolver y acoger el recurso, la Corte procede con tres argumentos principales, los que se explican a continuación.

3.1. No hay antinomias en las leyes orgánicas constitucionales y el criterio de especialidad

A juicio de la Corte, como la LOCCGR es de carácter orgánico constitucional, asume que esta clase de normas son “textos armónicos y sistemáticos”, y por ello, “en principio no es necesario acudir a criterios de selección de normas”²².

18 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 61877-2018, sentencia de fecha 16 de octubre de 2018.

19 Corte Suprema, Rol 26588-2018, sentencia de fecha 30 de noviembre de 2018.

20 Como se señala en los vistos de Corte Suprema, Rol 26588-2018, ob. cit.: “De la sentencia en alzada, se reproduce solo su parte expositiva.”

21 Corte Suprema, Rol 26588-2018, ob. cit., considerando 5°.

22 Corte Suprema, Rol 26588-2018, ob. cit., considerando 6°.

El fallo, pues, metodológicamente, considera que debe armonizar ambas disposiciones, lo que para la Corte Suprema significa interpretar sistemática y no aisladamente las disposiciones, puesto que de ese modo se prescinde de “cualquier interpretación que conduzca sin más a privar de eficacia a alguna norma contenida en ella. [...] Todo ello, siempre condicionado a que se reconozca en todo momento como límite más importante, el mismo texto constitucional.”²³ Bajo este supuesto interpretativo, no es posible antinomia alguna entre las reglas de que se trata.

Sobre la base de la imposibilidad de que haya antinomias en la ley orgánica constitucional de la CGR, y del empleo del criterio de sistematicidad en la interpretación, la Corte afirma que la relación entre los artículos 3° y 4° de la LOCCGR es de generalidad y especialidad. En efecto, mientras el primer precepto establece la regla general en la designación y separación de los empleados de la entidad fiscalizadora, la segunda disposición establece una excepción. Es así como:

“en el artículo 4° de la Ley Orgánica, se prevé una norma de especialidad que escapa a la generalidad contenida en la regla que le antecede, puesto que en dicho precepto legal se establece una garantía o privilegio de inamovilidad que únicamente concierne a las personas que ejercen una determinada función y que, por lo demás, resulta ser contraria al modo habitual de separación de los funcionarios de la institución, en tanto el Contralor General y el Subcontralor no pueden ser removidos de sus funciones, sino mediante la adopción de un procedimiento que contempla determinadas garantías en su favor, dentro de las cuales se exige que la decisión sea adoptada por el Presidente de la República, previa resolución judicial tramitada en la forma establecida para los juicios de amovilidad, siempre y cuando sobrevenga una incapacidad en el ejercicio de su encargo, por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema.”²⁴

Es, pues, el carácter especial del artículo 4° de la LOCCGR aquello que en opinión de la Corte determina que esa disposición debe prevalecer respecto al artículo 3°. Siendo así, la conclusión es que la regla que resolvía la cesación

²³ Corte Suprema, Rol 26588-2018, ob. cit., considerando 8°.

²⁴ Corte Suprema, Rol 26588-2018, ob. cit., considerando 9°.

en el cargo era la primera, y no la segunda, como el Contralor decidió en su Resolución N° 21 de fecha 22 de agosto de 2018.

3.2. La inamovilidad de la Subcontralora fortalece la autonomía constitucional de la CGR

Luego de revisar las normas sobre nombramiento y distintas responsabilidades que, respectivamente, rigen al Contralor y al Subcontralor, afirma la Corte que en ningún caso este último queda en una mejor posición a causa de la inamovilidad. Al efecto, sostiene la sentencia que:

“las características peculiares de la designación y las causales que ponen término al ejercicio del cargo, se producen a causa de la notable divergencia entre las funciones que a cada uno de ellos corresponde, siendo entonces evidente que en la especie no se trata de privilegiar a uno de ellos en desmedro del otro, sino de imponer una mayor severidad en cuanto al nombramiento, permanencia y las causales de remoción que le son aplicables a quien es el jerarca del órgano superior de fiscalización de la Administración del Estado.”²⁵

La interpretación de que el artículo 4° de la LOCCGR es el precepto que debe emplearse para remover a la Subcontralora, mediante un juicio de amovilidad, asimismo, es compatible —según la Corte— con la Constitución. Esto obedece a que las normas sobre autonomía e independencia que protegen a la CGR justifican la inamovilidad de los dos más altos funcionarios del órgano, “como quiera que la mentada autonomía, les permite desempeñarse con plena libertad en el ejercicio de sus tareas, en relación a los restantes órganos sobre los que recaen primordialmente sus acciones de fiscalización, tanto más de los órganos principales que forman parte de la Administración del Estado.”²⁶

La Corte no ve que exista una contradicción entre la inamovilidad del Contralor y el Subcontralor y la autonomía constitucionalmente asegurada a la CGR, sino que considera que, derechamente, la vigencia del mecanismo contenido en el artículo 4° de la LOCCGR fortalece el carácter autónomo de la institución.

²⁵ Corte Suprema, Rol 26588-2018, ob. cit., considerando 14°.

²⁶ Corte Suprema, Rol 26588-2018, ob. cit., considerando 15°.

3.3. No hay derogación tácita

Habiendo posibilidad de conciliar —según la interpretación de la Corte— las disposiciones involucradas, no puede existir la derogación tácita reclamada por el Contralor en su informe, puesto que:

“privar de fuerza obligatoria a una norma jurídica anterior por estar en contraposición con una posterior, torna indispensable que se evidencie una antinomia entre ellas, cuestión que en la especie resulta inexistente. En efecto, la sistematicidad anotada en los considerandos preliminares, permite reconocer en ambas normas jurídicas una relación que les torna plenamente compatibles, en vista de que el artículo 4° de la Ley Orgánica, establece una norma de especialidad que escapa a la generalidad contenida en la regla que le antecede, por cuanto se establece a reglón seguido una garantía o privilegio en resguardo de la independencia de quienes ejercen una determinada función y que por lo demás resulta ser contraria al modo habitual de separación de los demás funcionarios de la institución.”²⁷

Por otro lado, la Corte, mediante la revisión de las sucesivas modificaciones del estatuto orgánico de la CGR, afirma que la inamovilidad incorporada a través del Decreto Ley N° 258 de 1932 ha permanecido inalterada desde ese momento, de manera que no cabe dudar de la vigencia de la norma²⁸.

4. Las razones del fallo puestas en cuestión

4.1. Algunos rudimentos de Teoría del Derecho para el análisis: en torno a las antinomias

Previo a la valoración del fallo se explicará aquí de modo conciso en qué consisten las antinomias, así como las técnicas para evitarlas y solucionarlas. La pertinencia de este contenido que de manera clásica es tratado por la Teoría del Derecho viene dada porque la decisión sobre la que recae este texto versa o se relaciona con una antinomia, que la Corte Suprema considera solo “aparente” —ergo, inexistente— aunque la soluciona con arreglo al criterio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*), como si la antinomia existiera, según se explicará luego.

²⁷ Corte Suprema, Rol 26588-2018, ob. cit., considerando 18°.

²⁸ Corte Suprema, Rol 26588-2018, ob. cit., considerandos 19°-26°.

Siguiendo a Guastini, se presenta una antinomia en alguna de las siguientes situaciones:

“a) en un sistema jurídico existe una antinomia siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado en dos modos incompatibles por dos diversas normas pertenecientes al sistema; o bien b) en un sistema jurídico existe una antinomia siempre que para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema.”²⁹

Respecto a las antinomias hay dos posibilidades: se las elude o se las soluciona, pero no es posible desplegar las dos operaciones a la vez.

Sobre la primera opción, en lo que concierne a las técnicas de interpretación que permiten prevenir una antinomia se encuentran (i) la interpretación adecuadora que adapta “el significado de una disposición a un principio o a una norma de rango superior (previamente identificados), de modo que se evite el surgimiento de conflictos”³⁰, o bien, (ii) la interpretación restrictiva que “tiene el efecto de excluir del campo de aplicación de una cierta norma un determinado supuesto de hecho que, interpretado diversamente (por ejemplo, a la letra), entraría en ese campo.”³¹

Para la segunda posibilidad, ya cuando se ha diagnosticado una antinomia, proceden para su solución los criterios clásicamente empleados: (a) el principio jerárquico, (b) el principio cronológico, y (c) el criterio de especialidad. Mientras el principio jerárquico (en caso de conflicto una norma superior invalida a la inferior) y el cronológico (en caso de conflicto una norma posterior produce la ineficacia parcial de la anterior) no generan mayores dificultades, otra cosa sucede con el criterio de especialidad que “en su formulación típica, suena así: la norma especial deroga a la norma general”³². Sin embargo, esta enunciación es problemática, como lo explica el citado Guastini, puesto que solo se trata de una definición de lo que es una norma especial. “Por ‘norma especial’, de hecho, se entiende propiamente esto: una norma que deroga a

29 Guastini, Riccardo, “Antinomias y lagunas”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 29, (Universidad Iberoamericana), 1999, p. 437.

30 Guastini, Riccardo, “Antinomias y lagunas”, *ob. cit.*, p. 438.

31 Guastini, Riccardo, “Antinomias y lagunas”, *ob. cit.*, p. 439.

32 Guastini, Riccardo, “Antinomias y lagunas”, *ob. cit.*, p. 441.

una norma (más) general. Pero una definición, por sí misma, no puede ofrecer una regla de decisión de las controversias.”³³

Efectivamente, la máxima de la especialidad nada dice acerca de cuándo y por qué una norma es especial, de modo que siempre es necesario acudir a otros elementos para determinar la excepcionalidad de la regla especial respecto a la general. Estos criterios no son otros que los principios jerárquico y cronológico.³⁴ Así, si una norma especial es superior, prevalece sobre la general inferior; si, en cambio, la norma especial es inferior, prevalece la superior. En ambos casos, la norma supraordenada predomina sobre la infraordenada, conforme al criterio *lex superior derogat legi inferiori*. Por otro lado, en un caso en el cual la regla especial sea anterior a la regla general, esta última deroga a la primera por ser posterior; si, en cambio, la norma especial fuera posterior, se entiende que ha delimitado el ámbito de aplicación de la primera. Todo acorde al criterio de que *lex posterior derogat legi priori*.

Con estos elementos en consideración, es posible analizar el fallo de la Tercera Sala de la Corte Suprema.

4.2. Por una interpretación restrictiva del artículo 4° de la LOCCGR

Prima facie, en el caso específico existe una antinomia, es decir, hay dos normas que confieren soluciones jurídicas distintas a un mismo supuesto de hecho. En efecto, si se pretende llevar a cabo la destitución del Subcontralor General de la República: (i) basta con la pérdida de la confianza del Contralor (artículo 3° de la LOCCGR) o (ii) se requiere un juicio de amovilidad iniciado por el Presidente de la República (artículo 4° de la LOCCGR).

Según se adelantó, para la Corte Suprema no existe, en el recurso de protección interpuesto por la Subcontralora, una antinomia, cuestión que se despacha prontamente en el fallo, sosteniéndose que como los artículos 3° y 4° de la LOCCGR se hallan contenidos en una norma orgánica constitucional, no pueden tener contradicciones, lo que se expresa en la sentencia bajo el lema de que estas leyes son “textos armónicos y sistemáticos”³⁵, tal como —debe recordarse aquí— lo definiera el año 1981 el Tribunal Constitucional³⁶. Este es

33 Guastini, Riccardo, “Antinomias y lagunas”, ob. cit., p. 442.

34 Guastini, Riccardo, “Antinomias y lagunas”, ob. cit., pp. 443-444.

35 Corte Suprema, Rol 26588-2018, ob. cit., considerando 6°.

36 Tribunal Constitucional, Rol 7, sentencia de fecha 22 de diciembre de 2018, considerando 8°: “Que para determinar el contenido específico que deben tener las materias reservadas a las leyes orgánicas constitucionales, es necesario recurrir al espíritu del constituyente al incorporarlas a nuestro

el principio al que acude la Corte con el objeto de evitar la antinomia y así no excluir una de las normas de la solución del problema.

Pero aquel supuesto para eludir la antinomia es problemático, puesto que se trata de un prejuicio, que se corresponde con la ideología dogmática del legislador racional, que, entre otros aspectos, postula que quien dicta la legislación actúa a todo evento de manera consciente, omnisciente y coherente, sin que su voluntad pueda contradecirse. Este supuesto es simplemente falso, como afirmó Carlos Nino en un trabajo clásico acerca de la dogmática jurídica. En efecto:

“El análisis desprejuiciado de los ordenamientos jurídicos vigentes muestra que ellos no poseen necesariamente tales propiedades, lo cual implica la falsedad de la premisa de la cual se partió. Como el legislador real se contradice a veces, no tiene en cuenta siempre todos los casos relevantes; el ordenamiento por él dictado tiene a veces contradicciones, casi siempre lagunas y muchas otras imperfecciones.”³⁷

La armonía y sistematicidad, que pueden ser propósitos meritorios de las leyes orgánicas constitucionales, no necesariamente se concretan en la realidad debido a que, según se dijo, la propiedad de coherencia del legislador —y en consecuencia del ordenamiento— es una ficción. La armonía y sistematicidad menos puede predicarse en la especie cuando lo que cuenta hoy como ley orgánica constitucional de la CGR es un cuerpo base de 1927 (el Decreto con Fuerza de Ley N° 400 bis), que ha sido modificado y refundido en épocas distintas y que tiene el referido rango sólo por la disposición 4° transitoria de la Constitución de 1980³⁸, puesto que ni el legislador de la dictadura y hasta ahora tampoco el de la democracia han dictado un texto completo que tenga una pretensión regulatoria “armónica y sistemática”.

Esto es importante en la sentencia en cuestión porque del planteamiento ideológico señalado desprende el fallo la inexistencia de una antinomia entre

sistema jurídico, reflejado en su objetivo, en los preceptos que las consagran y en sus características esenciales.

Su objetivo es desarrollar en un texto armónico y sistemático los preceptos constitucionales en aquellas materias que el constituyente ha reservado a dichas leyes.”

37 Nino, Carlos, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, (Universidad Nacional Autónoma de México), 1989, p. 92.

38 Como se sabe, aquella regla establece —desde 1980— que: “Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales.”

los artículos 3° y 4° de la LOCCGR. Tal conclusión, que podría ser el resultado de un razonamiento, aparece, sin embargo, como pura decisión fundada en una concepción acerca de la coherencia —ficta— de la voluntad del legislador. Es decir, incluso sin necesidad de estudiar el fondo, la sola existencia de una norma que contiene la inamovilidad del Subcontralor (artículo 4° de la LOCCGR), no obstante que otro precepto establece la exclusiva confianza a la que se encuentra sujeto (artículo 3° inciso 2° de la LOCCGR), hacen que la primera deba ser aplicable en la especie, cuestión que queda resuelta desde los primeros considerandos del fallo como un *presupuesto* del razonamiento judicial y no como su consecuencia argumentada.

En lugar de lo anterior, en este caso procedía emplear uno de los mecanismos técnicos para evitar la antinomia descritos por Guastini, a saber, generando una interpretación restrictiva de las normas en conflicto. Para ello, era necesario determinar quién es el *sujeto* de las normas sobre inamovilidad, esto es, el agente a quien la regla se dirige³⁹: el Presidente de la República y no el Contralor, a diferencia de lo que la sentencia de la Corte Suprema decide.

La conclusión anterior se funda en que la inamovilidad y la acción para iniciar el juicio de remoción constituyen las dos caras de una misma moneda que tiene una explicación normativa histórica, a saber, que originalmente el Contralor era un funcionario del Presidente⁴⁰, “a quien [debía] dar cuenta del recto desempeño de su cargo”⁴¹ y el subcontralor desde siempre ha sido un empleado de alto rango que reemplaza al primero⁴². En este contexto, siendo necesario dar independencia a la CGR, según lo dispuso el artículo 1° del DFL 400 bis de 1927 que creó el órgano⁴³, se agregó mediante el Decreto Ley N° 258 de 1932 la inamovilidad del Contralor y del Subcontralor conforme al

39 Von Wright, G. H., Norma y acción. *Una investigación lógica*, (Tecnos), 1970, p. 93.

40 Cuestión que confirma Jiménez, Guillermo, ob. cit., p. 101.

41 Artículo 2° del DFL 400 bis de 1927.

42 Artículo 3° del DFL 400 bis de 1927. Al respecto, véase Jara, Manuel, *Manual de Derecho administrativo*, (Editorial Jurídica de Chile), 1948, p. 266.

43 El artículo 1° del DFL N° 400 bis de 1927 estableció: “Refúndense en una Oficina que se llamará Contraloría General de la República, las actuales reparticiones denominadas Tribunal de Cuentas, Dirección General de Contabilidad, Sección de Bienes Nacionales y Dirección General de Estadística. Esta oficina administrativa será independiente de todos los Ministerios y de las demás oficinas del Estado.”

modelo que rige a los miembros de los tribunales superiores de justicia⁴⁴⁻⁴⁵, para así atenuar la intervención *del Presidente* en la remoción⁴⁶, que quedaba entregada a una decisión judicial, porque el vigilado no debía tener acceso expedito a la destitución de quienes lo controlaban⁴⁷. En efecto, el arreglo institucional en que consiste la CGR se funda en que no sea el órgano que emite el acto administrativo aquel que tenga la última palabra para vigilar su conformidad con el ordenamiento⁴⁸ y el diseño del órgano, incluyendo nombramientos y destituciones, está dispuesto para ese fin.

Justamente, en concordancia con lo anterior, la norma *en comento* agregó: “Los jefes de departamento serán considerados jefes de oficina”, cuestión que, a juicio de un antiguo comentarista, también dificultaba la remoción de esos funcionarios en la medida que, de acuerdo con la Constitución de 1925, el Presidente tenía la atribución especial de destituir a esos funcionarios solo “con acuerdo del Senado”⁴⁹. Esto confirma que históricamente el estatuto de la CGR tuvo como *leit motiv*, durante la vigencia de la Carta Fundamental de 1925, optimizar el alejamiento del Presidente en las destituciones de los funcionarios de la entidad fiscalizadora⁵⁰ bajo un modelo en el *que no era posible excluirlo completamente* sino solo atenuar su intervención, porque el

44 Artículo 5° del Decreto Ley N° 258 de 1932: “El Contralor General y el Subcontralor gozarán de las prerrogativas e inamovilidad que las leyes señalan para los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia. Los jefes de departamento serán considerados jefes de oficina.”

45 Por su parte, en la primera versión de la Ley N° 10.336 se incorporó la referencia al procedimiento de remoción, detallando el juicio de amovilidad, solo por las causales que permiten remover a los ministros de la Corte Suprema y estableciendo la exclusividad de la acción del Presidente al respecto. El artículo 6° inciso 2° de la Ley N° 10.336 de 1952 dispuso: “La remoción del Contralor General y del Subcontralor corresponderá al Presidente de la República, previa resolución judicial firme tramitada en la forma establecida para los juicios de amovilidad que se siguen contra los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia y por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema.”

46 Jiménez, Guillermo, ob. cit., p. 102.

47 Fundamentando este principio, que tiene por objeto evitar el conflicto de interés, dijo Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, (Tecnos), 1995, p. 5: “Si algo es indudable es que ninguna otra instancia es menos idónea para [la seguridad de que los límites jurídicos no serán transgredidos] que aquella, precisamente, a la que la Constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla.”

48 Letelier, Raúl, “Contraloría General de la República”, en Bassa, Jaime, *et al.* (eds.), *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, (Lom Ediciones), 2015, p. 285.

49 Jorquera, Francisco, “La doctrina de los poderes públicos y la Contraloría General de la República”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XLIX, N° 1, 1952, p. 509. Debe aclararse, sin embargo, que el artículo 72 regla 8a de la Constitución de 1925 se refería a los empleados de propia designación del Presidente, a diferencia de aquellos de la CGR que son nombrados por el Contralor desde el Decreto Ley N° 258 de 1932. Con todo, dado el contexto de la norma, tiene sentido que ella tenga por objeto la intervención presidencial en la destitución de esos funcionarios.

50 En un contexto político, además, en que sistemáticamente el Presidente eludió a la CGR, como explica Faúndez, Julio, *Democratización, desarrollo y legalidad. Chile, 1831-1973*, (Ediciones UDP), 2011, p. 142.

nombramiento presidencial del Contralor estaba establecido solo en la ley y no en la Constitución, admitiéndose que el Presidente, según el artículo 72 regla 8a de la Carta de 1925 destituyera a los funcionarios que nombraba, entre los que se incluía el Contralor, aunque, con arreglo a una remisión constitucional a la ley, mediante una forma específica: incoándose primero el juicio de amovilidad⁵¹. Esto, sin perjuicio de la acusación constitucional de la cual podía ser objeto el Contralor por notable abandono de deberes⁵².

En este entorno normativo, garantizar también la inamovilidad del Subcontralor estaba plenamente justificado porque de ese modo se intentaba prevenir que la institución quedase acéfala y sin remplazante si el Presidente o el Congreso decidieran poner en marcha el mecanismo de destitución y en caso de ausencia por otra causa. De ahí que existiera plena armonía entre el modelo constitucional de 1925 y la inamovilidad del Contralor, del Subcontralor y el juicio de amovilidad para removerlos. No así, como se verá, con el esquema de 1980.

Lo anterior permite elucidar que el sujeto específico de las reglas sobre inamovilidad es el Presidente de la República y no el Contralor General de la República, puesto que el sistema está diseñado para resguardar a la entidad fiscalizadora del vigilado y proteger al vigilante y no para que este no pueda disponer de los recursos humanos para satisfacer las funciones del órgano. Entonces, debido a la explicación del fundamento histórico de las normas, *no rigen para el Contralor las reglas sobre inamovilidad del Subcontralor*⁵³, constituyendo esta una interpretación restrictiva del artículo 4° lo cual, en consecuencia, permite hacer aplicable el artículo 3° de la LOCCGR que admite la cesación de todos los empleados del órgano por pérdida de confianza del

51 Si bien desde 1943, mediante el artículo 1° de la Ley N° 7.727 de 23 de noviembre de 1943 se otorgó a la CGR el carácter de “organismo autónomo” con rango constitucional, se trataba en verdad de un servicio de la Administración del Estado independiente, con una autonomía imperfecta en comparación con las autonomías constitucionales de la Constitución de 1980. Sobre los servicios independientes bajo la Constitución de 1925, incluyendo entre ellos a la CGR, véase Varas, Guillermo, *Derecho administrativo*, (Editorial Nascimento), 1948, p. 439.

52 Incorporada a la Constitución de 1925 a través del artículo 4° de la Ley N° 7.727 de 23 de noviembre de 1943 y ejercida respecto al Contralor Agustín Vigorena en 1945, en un intento del Congreso por fortalecer a la CGR y estimular un control más intenso de los actos de la Administración del Estado, como se explica en Faúndez, Julio, ob. cit., pp. 142-144.

53 Ya en Silva Cimma, Enrique, *La Contraloría General de la República*, (Imprenta Nascimento), 1945, p. 109, señalaba que la inamovilidad tenía como una de sus funciones evitar o eliminar “las influencias políticas o de otro orden que pueden hacer presión sobre [el Contralor] para torcer sus decisiones y actuaciones.” Se trata, en buenos términos, de una inmunidad respecto de terceros ajenos a la Contraloría y no, como es obvio, de una obligación dirigida al Contralor.

Contralor⁵⁴. Esto efectivamente disuelve la antinomia, para el caso específico, entre la regla de inamovilidad y la de la exclusiva confianza.

4.3. La antinomia entre el artículo 4° de la LOCCGR y la Constitución: una inaplicabilidad que debió litigarse

Con todo, el artículo 4° de la LOCCGR pugna con la Constitución de 1980. Esto obedece a que el diseño constitucional en vigor deja la vigilancia de la CGR en manos del Parlamento mediante la acusación constitucional por notable abandono de deberes (artículo 52 N° 2) letra c) de la Constitución), y del Poder Judicial a través del contencioso administrativo general en contra de sus actos⁵⁵ (artículos 38 inciso 2° y 76 de la Constitución), quedando fuera de este modelo el Presidente de la República precisamente porque —ya se dijo— lo fiscalizado por la CGR es la Administración del Estado, a cuya cabeza, según el artículo 24 de la Carta, se halla el Presidente. Como el fiscalizado no debe controlar al fiscalizador, sin que se corra el riesgo de que el último sea presionado por el primero, el Presidente no debe intervenir, en virtud del esquema constitucional, en la vigilancia de la CGR. Bajo este entendido, constitucionalizado en un modelo de contrapesos que excluyen al Presidente del control de la CGR, el mecanismo del artículo 4° de la LOCCGR, que establece la inamovilidad del Subcontralor y el Contralor, entregando al Presidente la titularidad de la acción para remover a esos altos funcionarios es incompatible con la Constitución, sin que sea posible hacer una interpretación adecuada del artículo 4° referido. En tal sentido, no queda más que reconocer la antinomia entre esta norma y la Carta de 1980, de manera que no es posible, por esta vía, eludir el conflicto normativo, que debió resolverse conforme al criterio jerárquico, primando, por ello la Carta de 1980.

El artículo 4° de la LOCCGR tampoco puede adecuarse a la Constitución de 1980 sosteniendo —como lo hizo la sentencia— que con su vigencia se promueve la autonomía constitucional de la CGR. Esa cualidad consiste, según la doctrina, en un ámbito de poder exclusivo dentro del cual un determinado órgano puede ejercer sus funciones y atribuciones, entre las que se incluyen

54 Por esta razón no es posible estar de acuerdo con el argumento del Contralor con arreglo al cual el juicio de amovilidad solo procede tratándose de las atribuciones jurisdiccionales asociadas al carácter de juez de cuentas de primera instancia del Subcontralor, como se afirma en Contralor General de la República, Informe recurso de protección, ob. cit., p. 19.

55 Habiéndose convertido la acción constitucional de protección en el contencioso privilegiado al efecto.

el poder de generar sus propias normas, sin intervención de otros órganos⁵⁶. La fuente de todo lo anterior es la Constitución y, ciertamente, las leyes que, complementariamente a la Carta, rigen al órgano, siempre que no contraríen la autonomía constitucional. El entendimiento del referido artículo 4° como una regla que impide al Contralor organizar el personal del servicio del cual es jefe porque requiere que el Presidente de la República impulse el juicio de amovilidad importa que un tercero ajeno a la entidad constitucionalmente protegida en su autonomía decida sobre la organización de su personal, interpretación que no puede aceptarse si se toma en serio la Constitución, porque los empleados de la CGR constituyen el medio humano a través del cual se satisfacen las funciones y objetivos que la Carta le ha atribuido para desempeñarlos autónomamente a través de la dirección superior del Contralor.

Lo anterior significa que haber resuelto el caso sobre la base del artículo 4° —indiscutiblemente, norma *decisoria litis*— produjo una consecuencia inconstitucional que afectó directamente la posición de uno de los litigantes del recurso de protección. Este resultado pudo prevenirse mediante la presentación de un requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional⁵⁷.

De haber tenido éxito la inaplicabilidad, se habría excluido el artículo 4° de la LOCCGR del razonamiento de la Corte, que no había sido empleado por el Contralor General de la República en la Resolución N° 21 de 22 de agosto de 2018 mediante la cual se declaró vacante el cargo de la Subcontralora Pérez. De esta manera, no se habría producido en la gestión pendiente el problema de la falta de efecto de la inaplicabilidad, como ha acontecido en casos en que *ya se ha aplicado administrativamente* el precepto que se pretende inaplicar, con lo cual, el marco de legalidad queda fijado en la gestión desde la dictación del acto administrativo a pesar de la declaración de inaplicabilidad que es siempre posterior⁵⁸. Aquí, como antes de la presentación del recurso de protección no se aplicó el artículo 4° que establecía la inamovilidad de la Subcontralora,

56 Como lo explica Zúñiga, Francisco, “Autonomías constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (a propósito de las aporías de la ‘democracia constitucional’)”, en Revista Ius et Praxis, Año 13, N° 2, (Universidad de Talca), 2007, p. 230: la autonomía es “un haz de ‘propios poderes’ de naturaleza constitucional, cuya fuente directa es la Constitución. Tal haz de ‘propios poderes’ importa un conjunto de funciones y atribuciones, que entrañan entre otros poderes jurídicos una potestad de autonomización, y el ejercicio de tales ‘poderes’ con independencia en los cuadros orgánicos del Estado.”

57 Instancia en la que, de concederse la suspensión del procedimiento, podría haber mejorado la posición de la nueva Subcontralora nombrada en el intertanto.

58 Sobre el punto, Soto, Pablo, “Sanciones administrativas, principio de proporcionalidad y efecto de la inaplicabilidad cuando la gestión pendiente revisa un acto administrativo. El Tribunal Constitucional como contencioso de multas en el Caso Cascada”, en Figueroa, Rodolfo (dir.), Anuario de Derecho Público, (Ediciones UDP), 2017, pp. 298-305.

la inaplicabilidad habría privado a la Corte de esa disposición para confrontarla con la resolución del Contralor y en consecuencia, el acto administrativo cuestionado debió ser considerado legal por fundarse en los artículos 3° de la LOCCGR (pérdida de confianza), 7° y 148 del Estatuto administrativo (que definían los cargos de exclusiva confianza y la vacancia en 48 horas de no ser presentada la renuncia), rechazándose la acción de protección.

La presentación del requerimiento de inaplicabilidad, además, tenía la ventaja de evitar que se dejara a la Corte en la posición de resolver la derogación tácita del artículo 4° de la LOCCGR con fundamento en su inconstitucionalidad, como le fue planteado por el Contralor⁵⁹. Según se sabe, y lo ha mostrado Henríquez, esa solución es problemática en el ordenamiento jurídico nacional, primero, porque la Corte Suprema mantiene tesis contradictorias al respecto, y segundo, puesto que confronta al Poder judicial con el Tribunal Constitucional, sin que sobre el punto exista un diálogo entre ambos órganos⁶⁰.

4.4. La contradicción a propósito del criterio de especialidad

Como se explicó al reseñarse los argumentos de la sentencia de la Corte Suprema, la resolución del asunto se fundó en el criterio de especialidad, señalando que lo que regulaba el artículo 4° (la inamovilidad de la Subcontralora) era una regla excepcional frente a la general contenida en el artículo 3° de la LOCCGR que establece el régimen de exclusiva confianza de los empleados de la CGR.

Este argumento es contradictorio con la idea, planteada en el fallo, de que no existe antinomia en la especie, puesto que, como se ha dicho, los criterios de jerarquía, cronológico y especialidad son técnicas para solucionar antinomias y no para evitarlas. Emplear la máxima de que *lex specialis derogat legi generali* significa, automáticamente, reconocer la existencia de la antinomia entre el artículo 3° inciso 2° y 4° de la LOCCGR.

Ahora bien, de acuerdo con lo que se ha señalado en este texto, el empleo del criterio de especialidad depende de los otros dos. Es decir, una norma es especial siempre que sea superior o posterior a la regla general. No es lo que acontece en la especie, debido a que el artículo 4° que establece la

59 Contralor General de la República, Informe recurso de protección, ob. cit., pp. 14-15. La derogación tácita del artículo 4° de la LOCCGR fue defendida durante la tramitación del recurso de protección por el profesor Alejandro Vergara. Véase, al efecto, *El Mercurio*, Participación del Presidente en remoción de subcontralor, 24 de noviembre de 2018, página A2.

60 Henríquez, Miriam, “¿Derogación tácita o inaplicabilidad de preceptos legales preconstitucionales?”, en *Estudios Constitucionales*, Año 15, N° 1, (Universidad de Talca), 2017, pp. 315 y ss.

inamovilidad del Subcontralor es anterior al establecimiento del inciso 2° del artículo 3° que estatuye la exclusiva confianza como modo genérico que empleará el Contralor para cesar en sus funciones a quienes se desempeñan en la CGR. De ahí que el criterio correcto en este caso sea el cronológico⁶¹ y conforme a ello, lo que prima es la expresión legislativa escrita en el Decreto Ley N° 3.551 de 1980, con arreglo a la cual la remoción de los funcionarios de la CGR pende de la confianza exclusiva del Contralor. En esta hipótesis tenía sentido reconocer, bajo el criterio *lex posterior derogat legi priori*, que se había derogado tácitamente el artículo 4° de la LOCCGR, puesto que el artículo 3° del mismo cuerpo, agregado en 1980, manifestaba una voluntad legislativa distinta que deja a todo el personal de la CGR (los “demás empleados” distintos del Contralor) pendiendo de la exclusiva confianza del jerarca del órgano, lo cual permite considerar que “la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”, como el artículo 52 del Código Civil lo establece.

La prevalencia del artículo 3° de la LOCCGR, por lo demás, se conforma con el régimen general de los funcionarios de cargos superiores de la Administración pública en virtud de lo dispuesto por el artículo 49 de la Ley N° 18.575 de Bases generales de la Administración del Estado⁶², que admite establecer como de exclusiva confianza los primeros tres niveles jerárquicos de un órgano, en concordancia con el artículo 7° de la Ley N° 18.834 (Estatuto administrativo). De ahí que, en rigor, junto con declarar que la subcontralora es inamovible, la Corte dejó inaplicables al caso toda la estructura normativa general de los cargos superiores de la Administración del Estado, cuestión que no fue argumentada en la sentencia.

61 Y no el jerárquico porque no hay escalonamiento entre las normas de la Ley N° 10.336, a pesar de que algunas de sus disposiciones pudieran ser ley común y otras orgánicas constitucionales: no hay diferencia jerárquica entre los tipos de leyes en el ordenamiento chileno.

62 Los dos primeros incisos de esa norma establecen:
“Artículo 49.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los N°s. 9° y 10° del Artículo 32 de la Constitución Política de la República, la ley podrá otorgar a determinados empleos la calidad de cargos de la exclusiva confianza del Presidente de la República o de la autoridad facultada para efectuar el nombramiento. No obstante, la ley sólo podrá conferir dicha calidad a empleos que correspondan a los tres primeros niveles jerárquicos del respectivo órgano o servicio. Uno de los niveles jerárquicos corresponderá, en el caso de los Ministerios, a los Secretarios Regionales Ministeriales, y en el caso de los servicios públicos, a los subdirectores y a los directores regionales. Si el respectivo órgano o servicio no contare con los cargos antes mencionados, la ley podrá otorgar la calidad de cargo de la exclusiva confianza, sólo a los empleos que correspondan a los dos primeros niveles jerárquicos. Para estos efectos, no se considerarán los cargos a que se refieren las disposiciones constitucionales citadas en el inciso precedente.”

4.5. Las consecuencias: una Subcontralora para siempre y el quiebre del sistema constitucional de contrapesos

Aplicar el artículo 4° de la LOCCGR como impedimento dirigido específicamente al Contralor para remover al subcontralor no solo acarrea los problemas anteriormente detectados, sino que genera, además, consecuencias que debieron evaluarse al resolverse el recurso. Como lo ha explicado Carbonell, las consecuencias positivas o negativas que produce una decisión jurídica son una razón para apoyarla o rechazarla⁶³. Estas “consecuencias pueden ser jurídicas, económicas, sociales o políticas.”⁶⁴

En el caso de que se trata, sostener, como hizo la Corte Suprema, que el Contralor General de la República está impedido de remover a la subcontralora puesto que para ello se requiere un juicio de amovilidad iniciado por el Presidente de la República produce una consecuencia jurídica difícil de aceptar: que —salvo renuncia voluntaria— la Subcontralora General de la República durará en su cargo hasta que jubile, pudiendo superar el período del Contralor Bermúdez⁶⁵ y el de los contralores siguientes⁶⁶. Esta es una consecuencia jurídica disfuncional con la estructura de cualquier órgano jerarquizado de la Administración del Estado que no es justificada suficientemente por la Corte Suprema en la sentencia del recurso de protección presentado por la Subcontralora Pérez.⁶⁷

En efecto, según se explicó, la Corte afirmó que la diferencia en las funciones entre el Contralor y el Subcontralor justifica un régimen más severo de responsabilidad, incluso política para el primero⁶⁸. Pero esto, que es una

63 Carbonell, Flavia, “La argumentación consecuencialista en la aplicación judicial del Derecho”, en Martínez, Alejandra (coord.), *La Constitución como objeto de interpretación*, (Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), 2016, p. 8.

64 Carbonell, Flavia, ob. cit., p. 12.

65 Como se sabe, desde la reforma constitucional de 2005 el Contralor General de la República dura en su oficio ocho años, conforme a lo dispuesto por el artículo 98 inciso 2° de la Constitución.

66 Esto es distinto de que la CGR se haya convertido luego de la decisión de la Corte Suprema en un “órgano bicéfalo”, con “dos autoridades superiores”, según lo sugiere el profesor Alejandro Vergara en *El Mercurio*, *La Contraloría, ¿un órgano bicéfalo?*, 04 de diciembre de 2018, página A2. Como el Contralor es el titular del órgano de fiscalización y el Subcontralor tiene funciones que, si bien importantes, son al mismo tiempo, limitadas y dependen en medida bastante de la delegación que le haga el primero, el Subcontralor continúa siendo un funcionario de menor jerarquía de la única cabeza que puede tener la entidad: el Contralor.

67 Según se ha señalado, además, el personal de la Administración del Estado constituye un medio para satisfacer las finalidades públicas del respectivo órgano, en este caso, la CGR, cuyo cumplimiento encarga la Constitución al Contralor, a través de los recursos humanos de que la entidad dispone.

68 Corte Suprema, Rol 26588-2018, ob. cit., considerando 14°.

buena explicación de la existencia de una regulación diferente para cada uno de esos altos funcionarios, *no constituye un fundamento* para que el Subcontralor no pueda ser removido con facilidad por quien es su superior jerárquico sino al contrario: como sobre el Contralor recae la responsabilidad pública por los actos de la CGR, e incluso por acciones y omisiones del Subcontralor, no tiene justificación que aquel no pueda remover a quien puede representar un obstáculo para el cumplimiento de las funciones del órgano, al punto de que incluso si en el ejercicio de su cargo el subcontralor pusiera al Contralor en la situación de ser constitucionalmente responsable, el jerarca de la CGR nada podría hacer sino recurrir al Presidente de la República, dejando a la CGR —como correctamente afirma Vergara— transformada en “un órgano dependiente de quien controla”⁶⁹.

La anterior circunstancia, que quiebra el sistema constitucional de contrapesos en donde quien fiscaliza a la CGR es el Congreso mediante la acusación constitucional por notable abandono de deberes del Contralor y el Poder Judicial en el contencioso administrativo, junto a la duración sin límite de la Subcontralora, son consecuencias jurídicas que debieron tenerse en consideración al momento de resolver el recurso de protección, pues funcionan como razones en contra de la decisión que finalmente adoptó la Corte Suprema.

5. Suma de conclusiones

A modo de resumen, el escrutinio de la sentencia objeto de este trabajo da cuenta de que la solución a que arribó la Tercera Sala de la Corte Suprema es problemática por las siguientes razones:

(i) Por descartar la antinomia entre los artículos 3° y 4° de la LOCCGR sobre la base de la ideología —ficta— del legislador racional, negando la posibilidad de que existan contradicciones dentro de una ley con carácter orgánico-constitucional.

(ii) Al no explorar una interpretación restrictiva del artículo 4° de la LOCCGR (siempre bajo el supuesto de que se quería evitar la antinomia entre los artículos 3° y 4° de la LOCCGR), que considerara al Presidente y no al Contralor como destinatario de la norma de inamovilidad del Subcontralor.

(iii) Debido al no reconocimiento de la antinomia entre el diseño de control constitucional al cual está sujeto la CGR y el artículo 4° de la LOCCGR que establece la inamovilidad del subcontralor. Esto, sin embargo, pudo haberse

⁶⁹ *El Mercurio*, La Contraloría, ¿un órgano bicéfalo?, 04 de diciembre de 2018, página A2.

litigado por el Contralor mediante una inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, y así evitar la dificultad de la derogación tácita del mencionado artículo en sede judicial.

(iv) En virtud del empleo del criterio de especialidad para sostener que en el caso debía prevalecer el artículo 4° de la LOCCGR como regla excepcional frente a la regulación general de la cesación por pérdida de confianza en el cargo. Si no había una antinomia en la especie, como lo establece la sentencia, el criterio de especialidad no debió utilizarse, pues técnicamente opera cuando sí la hay.

(v) Porque, por otro lado, el uso correcto del criterio de especialidad exigía acudir a la voluntad legislativa cronológicamente posterior que para el conflicto estaba manifestada en el artículo 3° de la LOCCGR, que, modificada por el Decreto Ley N° 3.551 de 1980 estableció como de exclusiva confianza a los empleados de la CGR. En esta línea, pudo proceder la derogación tácita del artículo 4° de la LOCCGR porque, siguiendo el artículo 52 del Código Civil, “la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”.

(vi) Por no contemplar las consecuencias jurídicas de la decisión, dejando a la Subcontralora regida por un estatuto excepcional que puede tenerla en su cargo hasta que jubile y con todos los contralores futuros hasta que ese momento llegue; y porque con la sentencia de la Corte Suprema se adultera el sistema constitucional de contrapesos que fiscalizan a la CGR: es ahora el Presidente, el fiscalizado por la CGR, quien debe solicitar la destitución del Subcontralor, rompiendo con el esquema de la Constitución de 1980.

CONTRALORÍA Y DICTÁMENES SOBRE PERMISOS DE EDIFICACIÓN ILEGALES: LA (IN) VALIDEZ DE LOS GUETOS VERTICALES DE ESTACIÓN CENTRAL

Javiera Tohá Saavedra¹

Resumen

Este trabajo tiene como punto de partida el análisis del dictamen N°27.918, de 12 de noviembre de 2018, mediante el cual Contraloría ordenó a la Municipalidad de Estación Central que invalidara los permisos de edificación que otorgó a diversas constructoras e inmobiliarias, por tratarse de actos administrativos dictados en contravención a la normativa urbanística aplicable e instruida por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo mediante DDU 313, de 2016. A partir de ello, se analizará la legitimidad en el actuar de Contraloría al declarar actos administrativos como ilegales mediante su potestad dictaminadora, ordenando su invalidación, y el efecto retroactivo que le habría otorgado a dicho dictamen. También se ahondará sobre el límite particular que se le impone a la Administración en el ejercicio de su potestad invalidatoria -la confianza legítima- y su relación con otros principios jurídicos, la seguridad jurídica y la buena fe.

Finalmente concluiré con una breve reflexión en torno a los efectos prácticos que generó este dictamen y el debate social que queda como telón de fondo de este conflicto aparentemente jurídico.

1. Antecedentes

La Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC) contempla en su artículo 4° la facultad que tiene el Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MIN-VU) para dictar circulares. Mediante las circulares el Ministerio puede impartir instrucciones sobre la aplicación de las disposiciones de la LGUC y su

¹ Abogada, Universidad Diego Portales.

respectiva Ordenanza General de Urbanismo y Construcción (OGUC). Con ello, se obtiene una directriz general en torno a una determinada disposición legal -un caso concreto- que resulta vinculante para todos aquellos supuestos en que aplique la normativa.

El 16 de mayo de 2016, el MINVU -en ejercicio de la potestad mencionada en el párrafo anterior- dictó la Circular N°0203, también denominada ‘DDU 313’. En ella se interpretó la aplicación de los artículos 1.1.2. y 2.6.1. de la OGUC, en relación con las zonas de edificación continua no normadas, ya sea por inexistencia de un Plan Regulador Comunal (PRC) o porque el mismo no establece entre otras materias, la altura máxima permitida. Esto último es de gran relevancia en atención a que Estación Central es una comuna que no cuenta -hasta la fecha- con PRC aprobado.

Es importante destacar además que la DDU 313 aclaró y reafirmó -en atención a una circular previa que estableció el criterio de la libre determinación para ciertas edificaciones²- que dicho principio de libre determinación encontraba su límite en la altura de la edificación, dado que ésta sería una de las condiciones imprescindibles con que debe cumplir la edificación continua conforme a lo prescrito en el artículo 1.1.2. de la OGUC.

Agrega que, en caso de no contemplarse un límite máximo de altura por la norma -como sucede en el caso de la comuna de Estación Central- se trataría de una norma incompleta. Por lo anterior, y en palabras de la autoridad, “no sería posible aplicar en una edificación, un sistema de agrupamiento con edificación continua – y por lo mismo tampoco susceptible de ser aprobada por parte del Director de Obras Municipales -, en tanto no se perfeccione dicha norma en el instrumento de planificación territorial respectivo conforme a su definición.”

El hecho de que la comuna en que se solicitaron los permisos anulados por Contraloría no cuente con PRC no es un antecedente más de la causa. Es el antecedente normativo que permite desvirtuar muchos de los argumentos y reclamos que sobrevinieron al dictamen en cuestión.

El Plan Regulador Comunal -como instrumento de planificación territorial- es reconocido por el propio MINVU como “la mejor herramienta para

2 El 14 de mayo de 2014, el MINVU dictó la Circular N°0547, también denominada como DDU Específica N°03/2014- con el propósito de fijar los alcances de aplicabilidad del artículo 2.6.1. de la OGUC, en relación con la profundidad de la edificación continua y otras materias. Esta directriz determinó que en aquellos casos en donde el instrumento de planificación territorial comunal no haya establecido disposiciones en relación la profundidad de la edificación continua, éstas serán de libre determinación para el arquitecto. Sin embargo, se hizo presente que ello no excluía del cumplimiento de la altura máxima permitida para la zona y las demás normas urbanísticas.

el desarrollo del centro urbano al que está dirigido.”³ Asimismo, la ley de urbanismo dispone que la Planificación Urbana Comunal es “aquella que promueve el desarrollo armónico del territorio comunal, en especial de sus centros poblados, en concordancia con las metas regionales de desarrollo económico social.”⁴ Agrega la misma normativa que las disposiciones del PRC regularán materias cruciales, entre ellas menciona, el uso del suelo o la zonificación, los límites urbanos, densidades y determinación de prioridades en la urbanización de terrenos para la expansión de la ciudad, en función de la factibilidad de ampliar o dotar de redes sanitarias y energéticas, y demás aspectos urbanísticos.

No es para nadie una sorpresa que Estación Central no cuenta con PRC y, por tanto, para regular sus edificaciones se le aplica el Plan Regulador Metropolitano de Santiago (PRMS). Así quedó de manifiesto en los dictámenes en que Contraloría se refirió a este conflicto.⁵ Ello en términos prácticos se traduce en que no existiendo norma urbanística local que contemple una altura máxima de edificación para la zona en cuestión, no pueden aprobarse proyectos bajo el sistema de agrupamiento de edificación continuo, pues éste por definición requiere de dicha norma.

2. Consecuencias de los dictámenes de Contraloría

Si bien el dictamen que generó revuelo en el mundo inmobiliario, y se materializó en una masiva judicialización ante la Corte de Apelaciones de Santiago a través de diversas acciones de protección, fue el denominado ‘dictamen N°27.918’, de 12 de noviembre de 2018, no se debe olvidar que previo a este, la Contraloría ya había resuelto y esgrimido la misma opinión en torno a la juridicidad de la DDU 313 a través de actos anteriores. Se trata de los dictámenes N°43.367 y N°44.959, ambos de 2017.

En el dictamen N°43.367 Contraloría se pronunció en torno a la juridicidad de diversos documentos,⁶ concluyendo que todos ellos instruían sobre una misma materia, esto es, la edificación continua en zonas en que no se ha

3 Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Circular Ord. N°935, DDU 227, 1 de diciembre de 2009.

4 Ley General de Urbanismo y Construcciones, Artículo 41°.

5 Contraloría General de la República, dictámenes N°43.367, 11 de diciembre de 2017, y N°44.959, 28 de diciembre de 2017.

6 Sobre el Oficio N°143, de 7 de abril de 2016, de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (DDU); el Oficio N°2.138, de 27 de abril, de esa anualidad, de la Secretaría Regional Ministerial Metropolitana de esa cartera de Estado (SEREMI) y la Circular N° 203, de 16 de mayo, de ese mismo año, DDU 313, de 2016, de aquella repartición.

establecido una norma urbanística de altura máxima, ya sea porque no existe un instrumento de planificación territorial o porque el mismo no ha fijado una.

En dicha oportunidad el ente contralor no sólo concluyó que no existía ningún reproche que realizar contra la interpretación materializada en DDU 313, advirtiendo que no sería posible aplicar el sistema de agrupamiento de edificación continua en tanto no se determine la altura máxima en el correspondiente instrumento de planificación territorial, sino que – y en defensa de la planificación territorial comunal- interpeló a las Municipalidades, fundándose en la normativa que las rige⁷, para que éstas adoptaran las medidas que procedieran con fin de regularizar la planificación territorial a nivel comunal, considerando para ello la participación ciudadana en el marco del procedimiento de elaboración y aprobación de PRC y sus respectivas modificaciones.

En el dictamen N°44.959 se reitera la conclusión en torno a sostener que no hay reproche que formular contra la interpretación realizada mediante la DDU 313 sobre el punto que instruye que, si una determinada zona no se encuentra regida por una norma urbanística de altura máxima, en ella no es posible aplicar el sistema de agrupamiento de edificación continua, ya que por definición dicho sistema requiere de aquella.

Con todos estos antecedentes se puede anticipar que el dictamen tan controversial no significó un giro inesperado por parte del órgano contralor. Lo anterior se reafirma si atendemos a la naturaleza jurídica de la DDU 313, que al ser una de las instrucciones dictadas para la aplicación de las disposiciones de la LGUB y la OGUC, no puede entenderse como un cambio normativo. Por tanto, habiéndose otorgado los permisos de edificación en virtud de anteproyectos aprobados por la DOM respectiva con anterioridad a la mencionada DDU, y respecto de edificaciones que contemplaron el sistema de agrupamiento continuo, no cabe sino concluir que los mismos fueron dictados en contravención a la legislación.

Lo que sí diferenció a este último dictamen de los anteriores, fue la orden expresa dirigida hacia la DOM de Estación Central de invalidar dichos permisos conforme al artículo 53 de la Ley N°19.880 (LBPA). Además de ello, dispuso que procedería que dicho municipio instruya un sumario administrativo para determinar y hacer efectivas las eventuales responsabilidades funcionarias involucradas por haberse otorgado dichos permisos en condiciones irregulares.

⁷ Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en relación con las normas de los artículos 47 y 48 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

3. Potestad dictaminadora de Contraloría: algunos alcances

La potestad dictaminadora de Contraloría encuentra su fundamento legal en la Ley Orgánica Constitucional N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República (LOCCGR), específicamente en el inciso final del artículo 6°, en relación con el artículo 1° del mismo cuerpo legal.

Si bien la función dictaminante comúnmente es descrita como la potestad de interpretar la legalidad administrativa por parte de un órgano determinado, en el caso de Contraloría ésta implica algo más allá de ello. Hay diversos órganos de la Administración a los que se les reconoce la facultad interpretativa de fijar alcances generales sobre los textos normativos que les compete por materia. Ejemplo de ello son el Servicio de Impuestos Internos, las Superintendencias, o el mismo Ministerio de Vivienda y Urbanismo al dictar instrucciones que se conocen como DDU, ya sea de alcance específico o general. Sin embargo, la función que realiza Contraloría al pronunciarse sobre el derecho aplicable en un caso concreto o al determinar la (i) legalidad de un determinado acto administrativo, implica una labor que se extiende más allá de la mera facultad interpretativa. El ente contralor califica ciertas situaciones jurídicas y a partir de ello determina si los actos revisados se ajustan o no a derecho.⁸

Esto último encuentra su límite en la función jurisdiccional que exclusivamente detentan los Tribunales de Justicia, que se consagra legalmente en el artículo 6° inciso tercero de la LOCCGR). Asimismo, encuentra un límite sustantivo en la misma ley -artículo 21.B- conforme al cual es llamada a pronunciarse sólo acerca de la legalidad administrativa, mas no sobre aspectos de mérito. Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando se trate del ejercicio de facultades discrecionales de la Administración, existe espacio para el control de Contraloría en lo que respecta a constatar la habilitación legal expresa para ejercer dicha discrecionalidad por parte de los órganos administrativos.

La circular N° 24.143 de 2015 del órgano contralor, imparte algunas indicaciones prácticas respecto del procedimiento que se debe seguir al emitir un dictamen. Esta parte de la base de que contraloría emite dictámenes cuando han existido requerimientos por parte de otros servicios públicos -materializados a través de sus respectivos jefes de servicios- y cuyo fin es esclarecer la normativa que resulta aplicable. Sin embargo, Contraloría también puede pronunciarse respecto de requerimientos provenientes de funcionarios públicos o particulares -en principio, cuando exista una resolución previa que

8 Valdivia, José Miguel, *Manual de Derecho Administrativo*, (tirant lo blanch), 2018, pp. 346-347.

deniegue una solicitud o cuando haya existido demora en resolver por otro órgano- pero la realidad es que mediante esta facultad Contraloría está habilitada para pronunciarse en torno a cualquier solicitud que diga relación con alguna objeción de legalidad proveniente de un servicio público. Así ocurre con la revisión de legalidad de los actos de carácter favorables para terceros, como lo son los permisos de edificación que otorga el Departamento de Obras Públicas de una Municipalidad.

No ahondaré más de lo necesario sobre a quiénes se les impone el carácter vinculante de los dictámenes, pues nadie discute a estas alturas que la jurisprudencia de Contraloría tiene fuerza normativa para todos los abogados, fiscales, o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la administración.⁹ Tampoco es necesario profundizar sobre las diferencias evidentes que existen entre los efectos que produce una sentencia judicial y los que se les reconoce a un dictamen. En este último punto basta con mencionar que las sentencias judiciales generan efectos subjetivos y que de ello se sigue que su cumplimiento sea obligatorio sólo para quienes ahí se mencionen -a diferencia de los dictámenes que alcanzan a más funcionarios o servicios públicos completos que no necesariamente participaron del requerimiento que originó dicha resolución-, y que a éstas se les reconoce el efecto de cosa juzgada, cuestión que los dictámenes no poseen pues no afectan a particulares, que podrían impugnar los mismos ante los Tribunales de Justicia.¹⁰

4. Potestad invalidatoria y efectos retroactivos de un dictamen

Se ha sostenido por ciertos actores del mundo inmobiliario que el actuar de Contraloría sería ilegal por otorgarle efecto retroactivo a la ‘nueva’¹¹ interpretación normativa sobre la DDU 313 contenida en el dictamen N°27.918, y ordenar invalidar los permisos de edificación otorgados por la Municipalidad de Estación Central. Se indicó por parte del director ejecutivo de la Asociación de Desarrolladores Inmobiliarios (ADI) que la nueva interpretación normativa de Contraloría resultaba imposible de prever y que, por lo mismo, debía hacerse efectiva desde su dictación en adelante, no pudiendo en cambio, ser aplicada hacia casos anteriores.

9 Ley N°10.336, de Organización y atribuciones de la Contraloría General de la República, artículo 19.

10 Valdivia, José Miguel, *Manual de Derecho Administrativo*, (tirant lo blanc), 2018, p. 349.

11 No olvidar que existieron dos dictámenes previos durante el año 2017 donde Contraloría se refirió a la interpretación normativa de la DDU 313.

Estas afirmaciones son -a priori- erróneas. Para hacerse cargo de ellas conviene diferenciar dos instituciones jurídicas que estarían en jaque y sus respectivos efectos. Por un lado, estas declaraciones dejan entrever que los efectos de los dictámenes de Contraloría no pueden ser retroactivos, es decir, las interpretaciones normativas que en ellos se contengan sólo resultan aplicables a casos futuros y no en cambio, a casos anteriores donde se haya aplicado erróneamente la normativa objeto del dictamen. Por otro lado, se atacaría el proceso invalidatorio que ordenó Contraloría a la Municipalidad de Estación Central para que dicho organismo declarara la nulidad de los permisos en atención a que ellos resultan contrarios a derecho vigente.

Desde ya se puede adelantar que cualquiera de las dos -sea la facultad dictaminadora de Contraloría que se materializa a través de dictámenes vinculantes para la Administración o los efectos anulatorios propios que se siguen de la potestad de invalidación- se encuentran respaldados por nuestro ordenamiento jurídico y aún más, resultan coherentes con los principios de legalidad y justicia a los que un Estado de Derecho aspira.

La potestad invalidatoria se consagra en el artículo 53 de la LBPA de manera escueta y con dos garantías centrales para proceder: la audiencia previa del interesado y el plazo límite de dos años desde que se notificó o publicó el acto que se busca invalidar.

Este trabajo no busca analizar las garantías procedimentales que debe respetar la DOM de Estación Central al invalidar dichos permisos, sino que justificar la orden de Contraloría que, en ejercicio de su potestad dictaminadora, está llamada a fijar la correcta interpretación de las normas jurídicas que rigen la actividad de los órganos administrativos cuando éstos han realizado una errónea aplicación de la misma, y ello se ejecuta en este caso en la orden de invalidar los actos administrativos que hayan sido dictados conforme a dichas interpretaciones.

Esto último declaró Contraloría, y si bien existe un límite temporal para ejercer dicha potestad por parte de la Municipalidad que otorgó los permisos, en teoría este el mecanismo mediante el cual se busca restablecer el derecho. En la medida que ya se constató que su dictación fue en abierta contravención a la normativa vigente no podía sino ordenar una acción concreta destinada a revertir la situación.

Por otro lado, los efectos que se seguirán de la dictación de dicho dictamen son los que se tienden a confundir con los efectos propios de la invalidación: aunque ambos se materialicen en este caso en lo mismo, retrotraer

la situación fáctica existente previo a la dictación de los permisos declarados ilegales o invalidados. Eso sí, los efectos posteriores a la declaración de invalidación de los permisos existirán sólo en la medida que primero éstos se invaliden mediante un procedimiento que está a cargo de la misma autoridad que los dictó, es decir, la DOM de la comuna de Estación Central. Y esa situación hasta el momento no se ha concretado.

Lo que sí es un hecho es que Contraloría al calificar normativamente la situación de los permisos de edificación otorgados en el año 2017 por la DOM de Estación Central, concluyó que ellos fueron otorgados en contravención a la normativa urbana vigente. Cabe reiterar que la interpretación normativa recaía en las normas de los artículos 1.1.2. y 2.6.1. de la OGUC, en relación con las zonas de edificación continua no normadas, ya sea por inexistencia de un Plan Regulador Comunal (PRC) o porque el mismo no establecía, entre otras materias, la altura máxima permitida. Situación que había sido esclarecida previamente por el MINVU mediante DDU 313, pero que según algunos solicitantes de los permisos antedichos no le serían aplicables estos criterios por haber sido previamente aprobados en sus respectivos anteproyectos por parte de la DOM.

Los efectos que se siguen de la calificación jurídica que realiza Contraloría mediante su dictamen se retrotraen -por la propia naturaleza jurídica del dictamen- a la fecha en que esta normativa fue interpretada y publicada por el órgano competente, y no en cambio, desde la fecha del dictamen en adelante. Esto último es lo que se ha denominado en doctrina como ‘retroactividad por naturaleza’¹² y tiene relación con los actos administrativos declarativos que dicta el órgano contralor al emitir un dictamen, constatando una situación preexistente que, en este caso, despeja la incertidumbre en torno a la normativa aplicable, produciendo sus efectos desde el momento en que concurren los requisitos o condiciones para ello y no en cambio, desde el momento en que esto se verifica por la Administración. Por ello es que anteriormente en este trabajo se sostuvo que, de no comprenderse la labor de Contraloría de esta forma, no tendría sentido práctico reconocerle la potestad dictaminadora y los efectos propios que ella trae consigo. Quedaría en letra muerta la función de verificar y restablecer situaciones jurídicas irregulares.

¹² Cordero Vega, Luis, “Nulidad y dictaminación de Contraloría; nuevas formas de declaraciones de ilegalidad. Comentario a las sentencias del caso CMPC”, en Anuario de Derecho Público, (Universidad Diego Portales) 2013, p. 264.

Algunos de los dictámenes que respaldan esto último -que ha sido declarado así por la misma Contraloría de manera reiterada en el tiempo- son los que configuran la jurisprudencia administrativa en torno a las atribuciones que contiene la LOCCGR, que señalan que al interpretar la ley administrativa, la Contraloría fija su sentido y alcance y produce sus efectos desde la fecha de vigencia de la disposición interpretada y no en cambio, desde la fecha del dictamen en que se materializa esta interpretación normativa.¹³ Ello tiene sentido también con el principio de legalidad, en la medida que los dictámenes sólo cumplen la función de esclarecer la ley, razón por la cual también su aplicabilidad se retrotrae hasta el momento de la entrada en vigencia de dichas normas y se entienden incorporados a las mismas.

Esta es la situación que el sector inmobiliario no termina de comprender. Por ello, insisten en que Contraloría habría aplicado su criterio interpretativo de manera retroactiva para el caso de los permisos de edificación que son objeto del dictamen N°27.918, de 2018, y considerarían ello como un actuar ilegal por parte del ente contralor. Es más, han dirigido cartas personales hacia el actual contralor exigiendo aclarar esta situación y solicitando que los criterios normativos que se contienen en el instrumento apliquen desde la fecha de su publicación en adelante, y no a los mismos permisos que fueron los que originalmente requirieron a que Contraloría se pronuncie.¹⁴ Como se puede ver, no tiene ningún fundamento lógico, ni desde lo normativo, ni desde lo funcional por las atribuciones que se le reconocen a la Contraloría en su Ley Orgánica Constitucional, adherir a una tesis así.

En síntesis, en lo que respecta a los permisos de edificación otorgados por la DOM de Estación Central cuya normativa aplicable fue interpretada no una, sino que tres veces mediante distintos dictámenes, no se requeriría aclarar por el ente contralor que los efectos de estos se entienden incorporados a la normativa desde la fecha en que la misma entra en vigencia, y no en cambio desde que se emiten y publican los dictámenes por Contraloría. Comprender lo contrario no tendría ningún sentido y dejaría en letra muerta la función propia que ejerce Contraloría al declarar la ilegalidad de un acto administrativo.

¹³ Cordero Vega, Luis, "Nulidad y dictaminación de Contraloría; nuevas formas de declaraciones de ilegalidad. Comentario a las sentencias del caso CMPC", en Anuario de Derecho Público, (Universidad Diego Portales) 2013, p. 264.

¹⁴ <https://www.paiscircular.cl/ciudad/contraloria-vs-inmobiliarias/> "Lucha de gigantes: el conflicto entre Contraloría e inmobiliarias y el camino para avanzar hacia una ciudad más equilibrada", 11 de febrero de 2019.

5. Límite de la potestad invalidatoria: la confianza legítima

La confianza legítima, según el actual contralor, supone el amparo que debe otorgar el juez a los particulares que se han enfrentado a una Administración que ha venido actuando bajo un determinado patrón, para que éste se mantenga en la medida que existan las mismas circunstancias políticas, sociales, económicas.¹⁵

Se puede afirmar respecto de este principio, en primer lugar, que no se encuentra consagrado formalmente en ningún texto legal; no obstante, su desarrollo ha sido extenso en la jurisprudencia nuestro país.¹⁶ En segundo lugar, para algunos autores el desarrollo dogmático surgiría como una manifestación de otros principios que inspiran el ordenamiento jurídico, tales como, la presunción de legitimidad del acto administrativo, el principio de conservación de los actos administrativos, la seguridad jurídica y la protección de la buena fe con que actúa el administrado.

El objeto de este capítulo consistirá en exponer la debilidad del argumento de los particulares que se fundan en la confianza legítima para exigir a Contraloría que aplique su interpretación normativa sólo a casos futuros de edificación en la comuna, y no en cambio, a los que ya se encuentran aprobados -aunque éstos sean declarados inválidos-. Para ello, es necesario leerlo a la luz de otros dos principios que también resultan fundamentales para nuestro ordenamiento jurídico, y en atención a su estrecha relación. Se trata de la seguridad jurídica y la buena fe con que actúan los particulares que enfrentan a la Administración. Estos últimos -según se verá- aplicados en los hechos que originan el conflicto, debilitan toda argumentación que se pueda construir en base a la confianza legítima, por parte de quienes solicitaron los permisos de edificación ante la DOM de Estación Central.

Para comprender el desarrollo de lo que viene se deben considerar los siguientes antecedentes sobre el proceso de judicialización que devino al pronunciamiento de Contraloría.

El 12 de diciembre de 2018, Inmobiliaria Fortaleza Placilla SpA interpuso recurso de protección en contra de la Contraloría General de la República, por haber dictado el dictamen N°27.918 de fecha 12 de noviembre de 2018, arguyendo que mediante ese instrumento Contraloría instruyó a la Municipalidad

¹⁵ Bermúdez, Jorge, "El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria", en *Revista de Derecho*, 2005, pp. 83-105.

¹⁶ Jara, Ana María, "Efectos del Principio de Confianza Legítima, aplicado al ejercicio de la Potestad Invalidatoria de la Administración Pública", *Repositorio Universidad de Concepción*, 2016, pp. 69-86.

de Estación Central -específicamente a su Dirección de Obras Municipales (DOM)- a iniciar un procedimiento de invalidación por cada permiso de edificación otorgado en virtud de los anteproyectos aprobados con anterioridad a la mencionada DDU. Según los requirentes dicha instrucción sería ilegal y constituiría una vulneración de las garantías constitucionales consagradas en los artículos 19 N°3, 21 y 24 de la Constitución.

Esta acción se presentó ante la Corte de Apelaciones de Santiago, y en lo sucesivo de su tramitación, se hicieron parte distintos actores involucrados, entre ellos, la Agrupación de Defensa Barrios de Estación Central -Comité de Defensa, Protección y Desarrollo de Estación Central-, Fundación Defendamos la Ciudad, Consejo de Defensa del Estado, la Cámara Chilena de la Construcción A.G., y empresas constructoras individualizadas como Grevia SpA, Engever S.A., Euro Constructora SpA, e Inmobiliaria Placilla SpA.¹⁷

Además de ello, con fecha 27 de junio de 2019, la ya individualizada Inmobiliaria Placilla SpA presentó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por los artículos 6°, inciso primero, artículo 9°, inciso final de la Ley N°10.336 y el artículo 52 de la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, a propósito del recurso de protección que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol N°88.101-2018 y acumulados, fundamentado en que dicho precepto sería el sustento legal que habilitaría al Contralor para emitir el dictamen recurrido -que consiste en el poder reconocido a dicho órgano para emitir informes o dictámenes obligatorios para los funcionarios públicos- y que permitió en los hechos que el contralor se atribuyera una potestad inconstitucional.¹⁸

¿Qué es lo que realmente se busca mediante estas acciones legales?

Como ha quedado de manifiesto en capítulos anteriores, el actuar de Contraloría en este caso no sólo se justifica en su ley orgánica constitucional, sino que además resulta imperativo el pronunciamiento sobre la ilegalidad con que fueron otorgados ciertos permisos a diversos particulares, en atención a la normativa vigente al momento de tramitarse la obtención de estos. En consecuencia, la interrogante más bien apunta a despejar si es que acaso la confianza legítima -a pesar de no tener fundamento legal- podría limitar el ejercicio de la potestad invalidatoria ordenada por Contraloría a la DOM, y en

¹⁷ A la fecha, los recursos presentados se encuentran en relación y se han agregado extraordinariamente a la Tabla para su resolución. El rol causa de ingreso corresponde al N°88101-2018, y se acumularon a este los Rol N°88.161-2018, 88.170-2018, 88.186-2018, 88.218-2018, 88.219-2018.

¹⁸ Tribunal Constitucional, Rol N°6.900-2019.

concreto, evitar que los permisos se anulen independiente de su carácter de actos administrativos viciados por tratarse de particulares que confiaron en el actuar previo de la Administración.

Considero que para hacerse cargo correctamente de dicho argumento -tal como señalé al inicio de este capítulo- es necesario conjugarlo con otro al que constantemente se le atribuye un rol fundamental en todo ordenamiento jurídico y estado de Derecho, el principio de la seguridad jurídica.

Siguiendo con el criterio del actuar contralor, la protección de la confianza legítima se encuentra fundada en el principio de la seguridad jurídica.¹⁹ Este último para algunos se traduciría en una garantía de previsibilidad sobre el contenido y las consecuencias de las actuaciones de la Administración, comprendiendo ésta última las actuaciones que provengan de cualquier sujeto público, sea el legislador, la autoridad administrativa o el juez.²⁰

Se puede sostener entonces, que la seguridad jurídica -en un sentido jurídico- se posiciona como una garantía ante el poder público, que consiste “en la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado y en la adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de éste.”²¹

Sin perjuicio de lo anterior y la validez de su fundamentación, en los hechos no aplica alegar la seguridad jurídica como garantía ante la Administración. Ello porque no ha existido un cambio normativo, ni un giro en su interpretación. Como ya se advirtió anteriormente, tanto el MINVU a través de su DDU 313, como la Contraloría en dos dictámenes previos al que se busca dejar sin efecto, ya habían interpretado las normas aplicables en materia de edificación por agrupamiento continuo en la comuna de Estación Central, y en concreto, concluyó que al no contarse con una norma que estableciera una altura máxima resultaba inviable la edificación bajo el sistema de agrupamiento continuo en dicha comuna. Por tanto, mal puede sostenerse que existe un problema de certeza jurídica.

Mas bien se trataría de una alteración en el statu quo que favoreció a estos particulares, a quienes hoy les afectan las consecuencias de un acto administrativo que busca restablecer una situación de derecho irregular. No se debe

19 Bermúdez, Jorge, “El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria”, en *Revista de Derecho*, 2005, pp. 83-105.

20 Jara, Ana María, “Efectos del Principio de Confianza Legítima, aplicado al ejercicio de la Potestad Invalidatoria de la Administración Pública”, *Repositorio Universidad de Concepción*, 2016, p. 256

21 Bermúdez, Jorge, “El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria”, en *Revista de Derecho*, 2005, pp. 83-105.

olvidar que Contraloría está llamada a velar por la aplicación del principio de legalidad, y a resolver conforme al principio de probidad administrativa²², por ello su labor consiste en verificar la legalidad de los actos administrativos, y no proteger los intereses privados. En relación con esto último, se debe deducir que la mantención de situaciones ilegales -como ocurre con los permisos de edificación de los guetos verticales- no pueden dotar de seguridad jurídica a las decisiones administrativas, sino que es justamente lo contrario. Sólo el ajuste a la ley de aquellos actos que fueron dictados en su inobservancia puede aportar predictibilidad y seguridad jurídica a los particulares que alegan la confianza legítima en las decisiones de la Administración.²³

A mayor abundamiento, no debe confundirse la confianza legítima con la impermeabilidad de las decisiones administrativas al control de legalidad. Como señala el profesor Letelier, proponer la seguridad de esta forma significaría defender una ficción.²⁴ Si hay algo que no se discute en la actualidad es que las decisiones administrativas una vez dictadas quedan sujetas a control, por parte de la misma Administración como por la justicia ordinaria. Por lo mismo, la garantía de seguridad no vendría dada por la mantención de actos viciados, sino más bien por la limitación temporal de la potestad que puede invalidarlos. Como también se había advertido anteriormente, dicho plazo es el que establece el artículo 53 de la LBPA, que deberá ser revisada caso a caso para verificar su caducidad al aplicarse esta potestad por parte de la DOM de Estación Central y cumplir con la invalidación de los permisos ilegales.

Por otro lado, resta analizar la confianza legítima como defensa de los particulares desde la perspectiva subjetiva de la buena fe con que actuaron al solicitar los permisos de edificación a la Administración. Ello porque en la medida que entendamos la misma como límite a la potestad de invalidación, interesa su concepción subjetiva concebida como el estado interno de convicción de un sujeto de encontrarse en una situación jurídica regular o de desconocimiento, ignorancia o creencia errónea de estar amparado por la ley.²⁵ Se ha sostenido con frecuencia en literatura además que ambos principios, tanto

22 Ley N°19.880, establece Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, artículo 11°.

23 Letelier, Raúl, “Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos”, en *Revista Chilena de Derecho*, 2014.

24 Letelier, Raúl, “Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos”, en *Revista Chilena de Derecho*, 2014.

25 Jara, Ana María, “Efectos del Principio de Confianza Legítima, aplicado al ejercicio de la Potestad Invalidatoria de la Administración Pública”, *Repositorio Universidad de Concepción*, 2016, p. 111.

el de la buena fe como el de la confianza legítima, derivarían de otro mayor, a saber, el de seguridad jurídica.²⁶

Como se puede advertir, en materia de urbanismo y construcción existe una densidad y dispersión normativa importante. No obstante, ese espacio de dudas sobre la edificabilidad bajo el sistema de agrupamiento continuo en la comuna de Estación Central -enhorabuena- fue salvado y despejado por las circulares del Ministerio, como por los dictámenes de Contraloría. El resto es oportunismo inmobiliario, y las asesorías normativas que recibieron quienes igualmente insistieron en construir donde no existía norma que los habilitara, no pueden escudarse bajo el alero de la confianza legítima -menos en un actuar de buena fe- para exigir que tales actos viciados y sus efectos se mantengan como tales.

Es posible sostener que los riesgos de invalidación fueron asumidos por parte de los particulares. Contraloría se pronunció consecuentemente desde su primer dictamen en torno a la materia, insistiendo en que la DDU 313 exigía una altura máxima para aplicar el sistema de agrupamiento continuo y si el Plan Regulador de Estación Central no contenía dicha altura, entonces, ¿no resulta contrario a derecho, a la buena fe y a cualquier principio que proteja la confianza entre privados y la Administración, solicitar permisos de edificación con pleno conocimiento que la normativa presenta un vacío en esta materia?

Es escasamente probable que haya existido un actuar de buena fe -incluso diligente- por quienes optaron por construir en una comuna donde ni siquiera existía Plan Regulador vigente que fijará reglas básicas de edificabilidad, tal como ocurre con la altura máxima. Por tanto, abogar a la protección de la confianza legítima por parte de los particulares para que ésta opere como límite en el ejercicio de la potestad invalidatoria que se le ordenó a la DOM, no es opción en este caso.

Conclusiones

El desarrollo de este trabajo plantea bastantes interrogantes. Partiendo por los vacíos de nuestra legislación urbanística, o los Planes Reguladores que jamás se dictaron. Las objeciones en contra de la legitimidad que tendría el 'efecto retroactivo' del último dictamen publicado por Contraloría sobre la ilegalidad de los permisos. La buena fe -o más bien, la falta de ella- con la que habría actuado el sector inmobiliario al obtener los permisos de edificación.

²⁶ Jara, Ana María, "Efectos del Principio de Confianza Legítima, aplicado al ejercicio de la Potestad Invalidatoria de la Administración Pública", Repositorio Universidad de Concepción, 2016, p. III.

Los efectos prácticos que genera la invalidación de estos, ya sea por aquellos que se encontraban en construcción -hoy suspendidos- y aquellos materializados en obras concretas.

Desde luego que el debate no es baladí. Detrás de todas esas interrogantes actualmente existen compradores cuyas expectativas de habitar una vivienda propia, decaen. El telón de este aparente conflicto jurídico son las múltiples personas -que con fundadas expectativas- aspiran a adquirir una de estas viviendas que en principio aparentan una real oportunidad de accesibilidad urbana y a su vez, cumplen la expectativa asentada en nuestra sociedad como máxima social de obtener una casa propia.

El cuestionamiento debiese ir más allá de la certeza jurídica que demanda el sector inmobiliario. Incluso más allá de las facultades interpretativas y dictaminadoras reconocidas a Contraloría, que por lo demás no debiese seguir siendo objeto de debate a estas alturas. La verdadera inquietud que estos múltiples casos plantean tiene que ver con algo más del debate jurídico. El derecho social a la vivienda. No existen políticas sociales-urbanas claras en nuestro país, ni tampoco regulaciones consistentes a nivel local que se materialicen en PRC completos y suficientes para cada comuna, según sus propias características. Esto genera un escenario perfecto para el oportunismo inmobiliario. El Plan Regulador que nunca se dictó en la comuna de Estación Central fue el incentivo perverso para las constructoras e inmobiliarias que proyectaron en ello, un excelente negocio.²⁷

El desarrollo de este trabajo permite sostener que actualmente no hay protección real de los derechos de las personas dentro el sistema inmobiliario. El déficit normativo no sólo es un caos para quienes operan en el sistema: abogados, arquitectos, constructores, empresarios, asesores, alcaldes, funcionarios administrativos, sino que también un enorme problema para quienes aspiran a obtener su propia vivienda, pues son a la larga quienes resultan más afectados por las consecuencias prácticas que dejan estos casos.

De materializarse la orden de Contraloría, los permisos de edificación impugnados en el dictamen N°27.918 se declararán inválidos por la DOM de Estación Central, y como es de conocimiento general, los efectos de la invalidación equivalen a los de la nulidad. Por tanto, debiesen remontarse los hechos a la situación en la que se encontraban antes de que estos se dictaran.

²⁷ <https://www.paiscircular.cl/ciudad/contraloria-vs-inmobiliarias/> "Lucha de gigantes: el conflicto entre Contraloría e inmobiliarias y el camino para avanzar hacia una ciudad más equilibrada", 11 de febrero de 2019.

Es decir, a la situación de no edificación. Ello equivale a sostener que las torres que actualmente están construidas o las que se encontraban en construcción, debiesen demolerse. ¿Realmente es ese el efecto más justo o deseable? Claramente el análisis sobre el bienestar social o la ausencia del mismo que pueda hoy existir en quienes habitan los guetos verticales de Estación Central escapa a la línea de este trabajo, pero como ya se advertía en el resumen, es justamente ello lo que supone el mayor desafío para resolver el conflicto que trasciende a lo meramente jurídico.

Aún resta saber qué decidirán los Tribunales que actualmente conocen de este conflicto, pero confiando en que se respetará la labor interpretativa administrativa que se encomienda por ley a Contraloría, la atención debiese dirigirse a cómo resolver los efectos prácticos que devienen a la invalidación de los permisos de edificación y los eventuales reasentamientos humanos que ello generaría. Esto es lo que representa el desafío real y debiese ser el antecedente que impulse una planificación urbana eficaz en la comuna, y trascender como ejemplo para otras.

