THOMSON REUTERS
LA LEY

CASOS DESTACADOS DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO III

LUIS CORDERO VEGA

LEGALPUBLISHING

THOMSON REUTERS

CASOS DESTACADOS DERECHO ADMINISTRATIVO - Tomo III
© Luis Cordero Vega
2015 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 2510 5000 • www.legalpublishing.cl
I.S.B.N. Obra completa 978 - 956 - 346 - 665 - 2
Registro de Propiedad Intelectual Nº 250.885 • 978 - 956 - 346 - 668 - 3
1ª edición marzo 2015 Legal Publishing Chile
Tiraje: 350 ejemplares
Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ADVERTENCIA

La Ley Nº 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

I. ÍNDICE GENERAL

TOMO III

	Órgano	Página
6. ACTIVIDAD MATERIAL		
6.1. Actividad de fomento		
Rol Nº 771-19.06.2007	STC	1033
Dictamen Nº 36.432-05.07.2010	DCGR	1052
6.2. Actividad empresarial del estado		
Dictamen Nº 17.210-15.04.2008	DCGR	1055
Rol Nº 134-09.09.1991	STC	1062
Rol Nº 467-14.11.2006	STC	1070
Dictamen Nº 12.371-28.02.2011	DCGR	1103
Dictamen Nº 63.868-27.10.2010	DCGR	1108
Dictamen Nº 44.462-05.08.2010	DCGR	1113
6.3. Actividad sancionadora		
Dictamen Nº 39.696-26.08.2005	DCGR	1117
Rol Nº 376-17.06.2003	STC	1125
Rol Nº 479-08.08.2006	STC	1134
Rol Nº 1518-21.10.2010	STC	1160
Rol Nº 7117-2008-17.11.2010	SCS	1190
Dictamen Nº 14.571-22.03.2005	DCGR	1199
Dictamen Nº 68.086-15.11.2010	DCGR	1208
Rol Nº 4627-2008-11.05.2010	SCS	1214
Rol Nº 1437-07.09.2010	STC	1223
6.4. Bienes públicos		
Dictamen Nº 24.860-13.06.2003	DCGR	1238
7. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO		
7.1. Normas aplicables y criterios de decisión		
Rol Nº 19.439-28.07.1987	SCS	1247
Rol Nº 4753-2001-15.05.2002	SCS	1258
Rol Nº 371-2008-30.07.2009	SCS	1272
Rol (s/i)-15.11.1941	SCS	1282
Rol Nº 10.156-2010-07.05.2013	SCS	1288
7.2. Falta de servicio		
Rol Nº 1760-2009-24.03.2011	SCS	1302
Rol Nº 6346-2006-05.03.2008	SCS	1308

	Órgano	Página
Rol Nº 3894-2008-27.05.2010	SCS	1314
Rol Nº 3172-2008-19.01.2010	SCS	1319
Rol Nº 2068-2009-18.03.2011	SCS	1325
Rol Nº 1504-2008-26.11.2009	SCS	1332
Rol Nº 3848-2012-19.06.2013	SCS	1344
7.3. Falta personal		
Rol Nº 6210-2008-26.08.2010	SCS	1357
7.4. Falta de servicio por el municipio		
Rol (s/i)-24.03.1981	SCS	1362
Rol Nº 6754-2006-18.03.2008	SCS	1373
Rol Nº 3561-2008-12.08.2010	SCS	1380
7.5. Responsabilidad por acto lícito		
Rol (s/i)-11.01.1908	SCS	1386
Rol (s/i)-07.08.1984	SCS	1394
Rol Nº 2213-2000-23.01.2001	SCS	1405
Rol Nº 944-13.05.2008	STC	1411
Rol Nº 552-2008-05.10.2010	SCS	1425
7.6. Responsabilidad por accidentes en carreteras concesionadas		
Rol Nº 4292-2012-05.11.2013	SCS	1440

II. ÍNDICE POR PREGUNTA JURÍDICA

TOMO III

Página

6. ACTIVIDAD MATERIAL

¿A qué marco normativo deben sujetarse las actividades económicas que reciben subvención estatal?
¿A qué marco normativo debe sujetarse la autoridad administrativa que resuelve controversias sobre la procedencia de subvenciones estatales?..... 1034

¿Pueden utilizarse subvenciones otorgadas para fines similares a los específicos en virtud de los cuales fueron otorgadas?..... 1052

¿Puede una empresa del Estado externalizar aquellos servicios que constituyen su giro, es decir, aquellos mediante los cuales cumple los fines que el legislador le ha encargado?..... 1055

¿Es necesario obtener autorización mediante ley de quórum calificado para que el Estado enajene sus empresas?..... 1062

¿El que una ley otorgue a una empresa estatal la facultad para llamar a licitación pública para que entes privados desarrollen una actividad distinta del giro de la empresa estatal, vulnera la Constitución en relación a la prohibición impuesta al Estado de desarrollar actividades económicas sin contar con autorización otorgada por ley de quórum calificado?
¿El otorgamiento de una autorización a un particular, para desarrollar una actividad económica, le otorga un derecho de propiedad sobre el estatuto jurídico vigente de dicha actividad al momento de ser otorgada?..... 1071

¿Se aplican las normas sobre procedimiento administrativo a las empresas del Estado?..... 1103

¿Es aplicable la Ley de Transparencia a la Empresa Nacional del Petróleo?..... 1108

¿Posee el Consejo para la Transparencia atribuciones para fiscalizar, controlar o supervigilar el cumplimiento de las normas de transparencia activa aplicables a las sociedades en que el Estado tenga participación accionaria superior a 50% o mayoría en el directorio?..... 1113

¿Que el ordenamiento jurídico atribuya a una autoridad Administrativa potestades sancionatorias convierte a dicho organismo en un tribunal?..... 1117

¿Para la aplicación de multas debe la ley siempre otorgar en sede administrativa oportunidades de defensa a los afectados?..... 1125

¿Se encuentra la actividad sancionatoria de la administración sujeta a los mismos principios constitucionales que rigen el derecho penal, en especial el principio de legalidad?..... 1134

¿Puede disponerse la prisión de una persona que no hubiere pagado una multa impuesta por una infracción administrativa con la sola orden de un órgano de la Administración?.... 1161

¿Las garantías para la imposición de sanciones administrativas son iguales a las relativas a las sanciones penales?..... 1190

¿Son aplicables los principios y reglas del derecho penal al derecho administrativo sancionador?
¿Cuál es el plazo de prescripción de sanciones administrativas cuando la ley que establece estas no ha regulado dicho plazo?..... 1199

Página

¿Desde cuándo debe computarse el plazo de prescripción de las sanciones aplicadas por la Administración?
¿La inexistencia de normas de prescripción respecto de las multas impuestas en un sumario sanitario, permite la aplicación de las reglas de prescripción que consagra el Código Penal para las faltas?..... 1208

¿Qué régimen de prescripción debe aplicarse a las obligaciones administrativas en silencio de la ley?..... 1214

¿Afecta el derecho a un debido proceso una norma que permite a la Tesorería General de la República retener, de la devolución de impuestos, el monto del crédito solidario universitario adeudado, con la sola información que de la existencia de dicho crédito formule el acreedor? 1223

¿Las instalaciones de energía eléctrica construidas por el urbanizador pasan a ser bienes nacionales de uso público una vez emitido el correspondiente certificado de recepción definitiva total o parcial?
¿En qué se distinguen los postes de distribución de energía eléctrica y los postes del alumbrado público?..... 1238

7. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

¿A la responsabilidad del Estado le son aplicables las normas del Código Civil? 1247

¿Es la acción de responsabilidad del Estado una de carácter objetivo e imprescriptible? 1258

¿Cómo se configura el sistema de responsabilidad aplicable a las FF.AA., dado que están excluidas por la ley de la regulación que establece el Título II de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado?..... 1272

¿Cuándo existe responsabilidad de Estado por los actos de sus funcionarios de conformidad a las normas del Código Civil? 1282

¿El cumplimiento formal de las leyes y reglamentos que vinculan a un organismo público en el ejercicio de sus funciones es suficiente para eximirlo de responsabilidad si se provoca un daño?..... 1288

¿Es aplicable el régimen de responsabilidad por falta de servicio a los organismos del Estado que no se encuentran sujetos a las disposiciones de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado que establece dicha responsabilidad?..... 1302

¿La responsabilidad por falta de servicio es equivalente a la culpa civil? 1308

¿Es necesario probar la falla del servicio en el sistema de responsabilidad por falta de servicio?
¿La calificación de un hecho como falta de servicio puede ser revisada por medio del recurso de Casación en el Fondo?..... 1314

¿Cómo debe evaluarse la falta de servicio?..... 1319

¿Responde el Estado cuando el daño es consecuencia de la conducta de un tercero?..... 1325

¿Hay responsabilidad por falta de servicio cuando existen errores en los planes y programas de viviendas sociales? 1332

Página

¿Es responsable un servicio público por el daño provocado por un ente colaborador privado de su función, en el contexto de dicha colaboración, cuando su ley orgánica establece que solamente tiene un rol de supervigilancia o fiscalización y asignación de recursos respecto de dicho organismo? 1342

¿Existe falta de servicio del Registro Civil al otorgar a un tercero la cédula de identidad de una persona? 1357

¿Es la responsabilidad por falta de servicio de las municipalidades de carácter objetivo por la mantención en las vías públicas? 1362

¿La responsabilidad por falta de servicio por el mantenimiento de las vías públicas requiere de apreciación concreta?
¿Es posible en el recurso de casación calificar los hechos en los que se funda la falta de servicio? 1373

¿Cuándo un Municipio incurre en responsabilidad por falta de servicio por un daño ocurrido en un bien nacional de uso público que le corresponde administrar? 1380

¿El Estado debe responder por los actos lícitos que afectan la propiedad de un particular? .. 1386

¿Debe indemnizar el Estado al dueño de un predio de bosques cuyas especies el Estado desea proteger imponiendo medidas lícitas y legítimas? 1394

¿Se encuentra el Estado obligado a pagar una indemnización de perjuicios cuando no hay norma expresa que permita dicha reparación? 1405

¿Puede el legislador condicionar la responsabilidad fiscal para responder por créditos de personas cuyos deudores originales desaparecieron por decisión del mismo legislador, considerando además que el cumplimiento de dicha condición depende de la mera voluntad de la Administración? 1411

¿Constituye la declaración de monumento nacional de un bien un daño por el cual el Estado deba responder objetivamente por vulnerar la igualdad ante las cargas públicas y el derecho de propiedad? 1425

¿Cuándo es responsable la Administración por daños producidos en accidentes de tránsito ocurridos en carreteras concesionadas? 1440

III. ÍNDICE POR PRINCIPIO JURÍDICO

TOMO III

Página

6. ACTIVIDAD MATERIAL

El otorgamiento de subvenciones autoriza a imponer condiciones a los beneficiarios ... 1033

El uso y destino de las subvenciones está sometido a la ley ... 1052

La externalización de la actividad de una empresa del Estado sólo procede cuando existe autorización expresa ... 1055

La enajenación de empresas del Estado requiere de ley simple ... 1062

Que una empresa del Estado pueda efectuar una licitación pública no implica permitirle desarrollar la actividad económica a licitar ... 1070

Los actos de las empresas del Estado excepcionalmente pueden ser impugnados ... 1103

El CPLT tiene competencia sobre las empresas del Estado ... 1108

Las sociedades del Estado no están sujetas a la Ley de Transparencia ... 1113

El ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Administración constituye una actividad administrativa y no jurisdiccional ... 1117

Las sanciones administrativas sólo se pueden aplicar previa instrucción de un debido procedimiento administrativo ... 1125

El Derecho administrativo sancionador se encuentra sujeto a los principios de legalidad y tipicidad al formar parte del *ius puniendi* estatal ... 1134

Siempre que exista una privación de libertad, para que sea legítima, es necesaria la intervención del juez ... 1160

El Derecho Administrativo sancionador impone garantías de procedimiento y sustantivas ... 1190

El derecho administrativo sancionador es una de las manifestaciones del *ius puniendi* general del Estado, siéndole aplicable principios de derecho penal ... 1199

Las sanciones administrativas son una manifestación del *ius puniendi* estatal ... 1208

El plazo de prescripción de las sanciones administrativas es de seis meses ... 1214

Un procedimiento administrativo racional y justo debe permitir una defensa amplia del administrado ... 1223

Los bienes nacionales de uso público requieren declaración expresa ... 1238

7. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La responsabilidad del Estado se rige por un estatuto de Derecho público ... 1247

La responsabilidad del Estado es de regulación legal y prescriptible ... 1258

La falta de servicio es equivalente a la culpa del Código Civil ... 1272

Hay responsabilidad del Estado por actos de gestión ... 1282

Página

El cumplimiento de las leyes y reglamentos no exonera necesariamente a un órgano público de responsabilidad patrimonial 1288

La falta de servicio es una regla general de responsabilidad del Estado 1302

La responsabilidad por falta de servicio es distinta a la culpa 1308

La falta de servicio es una calificación jurídica que siempre depende de los hechos 1314

La responsabilidad por falta de servicio debe observarse de acuerdo a estándares y exigencias medias que correspondan al organismo en concreto 1319

Hay falta de servicio por omisión de control 1325

Hay falta de servicio cuando hay error en criterios técnicos de una licitación 1332

La Administración no responde por falta de servicio cuando se producen daños a particulares, por acción de entes privados colaboradores de la función administrativa, si cumplió su deber de supervigilancia 1344

En la responsabilidad del Estado puede existir cúmulo de responsabilidades 1357

La responsabilidad por falta de servicio es objetiva 1362

La responsabilidad por falta de servicio por mantención en las vías públicas requiere de un análisis fáctico 1373

Hay responsabilidad cuando se omite un deber de actuación 1380

El Estado es responsable por actos lícitos 1386

El Estado debe indemnizar cuando impone un gravamen de contenido singular, sobre la base de una medida de beneficio colectivo 1394

El Estado debe indemnizar sus actos lícitos cuando impongan una lesión 1405

El legislador, al realizar cambios regulatorios, no puede privar el derecho de propiedad de los administrados 1411

Los daños ocasionados por actos lícitos no dan derecho a indemnización vía responsabilidad del Estado 1425

La Administración es responsable de los daños que se provoquen con motivo de accidentes en carreteras concesionadas cuando estos se produjeron por medidas impuestas exclusivamente por ella, por no fiscalización de los deberes del concesionario, o por deficiencias viales derivadas de la omisión de sus deberes de planeamiento, estudio, proyección, construcción, mejoramiento y defensa de la obra concesionada 1440

6. ACTIVIDAD MATERIAL

6.1. ACTIVIDAD DE FOMENTO

MATERIA
Otorgamiento de subvenciones estatales

ÓRGANO COMPETENTE
Tribunal Constitucional
Tipo de recurso: Inconstitucionalidad Proyecto de Ley (art. 93 Nº 3 CPR)
Rol: 771
Fecha: 19.06.2007
Resultado recurso: Rechazado
Ministros mayoría: Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes.
Ministro redactor: Raúl Bertelsen Repetto.
Requirentes: Diputados Claudio Alvarado Andrade, Rodrigo Álvarez Zenteno, Gonzalo Arenas Hödar, Ramón Barros Montero, Eugenio Bauer Jouanne, Mario Bertolino Rendic, Sergio Bobadilla Muñoz, Alberto Cardemil Herrera, Francisco Chahuán Chahuán, Sergio Correa de la Cerda, Andrés Egaña Respaldiza, Enrique Estay Peñaloza, Pablo Galilea Carrillo, René Manuel García García, Joaquín Godoy Ibáñez, Javier Hernández Hernández, José Antonio Kast Rist, Juan Lobos Krause, Rosauro Martínez Labbé, Cristián Monckeberg Bruner, Iván Moreira Barros, Iván Norambuena Farías, Osvaldo Palma Flores, Manuel Rojas Molina, Karla Rubilar Barahona, Roberto Sepúlveda Hermosilla, Marisol Turres Figueroa, Jorge Ulloa Aguillón, Alfonso Vargas Lyng y Felipe Ward Edwards.

DESCRIPTORES
Subvención – Derecho a la Educación – Libertad de Enseñanza – Diferenciación Arbitraria, Reserva de Ley – Ley de Base – Potestad Reglamentaria de Ejecución – Asuntos de Carácter Técnico – Jurisdicción – Procedimiento Racional y Justo – Aplicación Supletoria.

PRINCIPIO JURÍDICO
El otorgamiento de subvenciones autoriza a imponer condiciones a los beneficiarios.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Arts. 1º, 19 Nº 2, 3, 10 y 11 y 63 Nº 20 CPR; Art. 6º D.F.L. Nº 2/1998 Ministerio de Educación, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educacionales; Ley Nº 19.880 Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

DISPOSICIÓN CUYA INCONSTITUCIONALIDAD SE SOLICITA

Tres normas del proyecto de ley que introduce modificaciones al D.F.L. Nº 2/1998, Ministerio de Educación, sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales. Las normas impugnadas dicen relación con el otorgamiento de subvenciones especiales a los establecimientos educacionales por alumnos con necesidades educativas especiales y con discapacidades. La primera norma impugnada establece que se entiende por "Necesidades educativas especiales de carácter transitorio" y remite al reglamento el establecimiento de los requisitos, instrumentos o pruebas diagnósticas para determinar los alumnos con dichas necesidades que se beneficiarán de la subvención. La segunda norma impugnada establece que en caso de discrepancia, controversia o apelación, serán los profesionales del Ministerio de Educación, en consulta con organismos auxiliares competentes, los que deberán decidir en última instancia. La tercera norma se refiere a la subvención a otorgar a alumnos con determinadas discapacidades, remitiendo igualmente al reglamento el establecimiento de los requisitos, instrumentos o pruebas diagnósticas para determinar los alumnos con dichas discapacidades que se beneficiarán de la subvención.

PREGUNTA JURÍDICA

¿A qué marco normativo deben sujetarse las actividades económicas que reciben subvención estatal?

¿A qué marco normativo debe sujetarse la autoridad administrativa que resuelve controversias sobre la procedencia de subvenciones estatales?

ALEGACIONES

Las normas impugnadas infringen el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Las normas que remiten al reglamento la determinación de las condiciones en que se entregará subvención a los establecimientos educacionales vulneran la reserva de ley que rige en materia de derechos fundamentales y afectan el derecho a la igualdad al dejar al arbitrio de la Administración la cobertura de la subvención.

Por su parte la norma que establece competencia al Ministerio de Educación para resolver discrepancias que se susciten en la determinación de los alumnos con necesidades o discapacidades vulnera el derecho al debido proceso.

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

La subvención educacional es el "beneficio económico que el Estado otorga a los establecimientos de enseñanza que cumplen las exigencias previstas en la normativa legal respectiva" (C. 7).

La legislación sobre subvenciones es un medio –entre otros posibles– que el Estado utiliza para cumplir el deber que la Constitución le impone en el artículo 19 Nº 10, incisos cuarto y quinto, de concurrir a financiar un sistema gratuito que asegure el acceso de toda la población al segundo nivel de la educación parvularia y a los niveles básico y medio de educación, como también el deber del artículo 1º, inciso quinto,

de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. A través de la subvención se procura que todas las personas gocen efectivamente del derecho a la educación, pero las normas que fijan su monto, clases y requisitos para impetrarla, no tienen el carácter de una ley que regule un derecho constitucional y, por tal razón, ha sido posible que esa legislación esté contenida en un decreto con fuerza de ley, denominado usualmente Ley de Subvenciones, lo que no sería constitucionalmente procedente si la misma tuviese el carácter de ley regulatoria de un derecho constitucional (C. 8).

Aunque el reconocimiento oficial del establecimiento educativo es uno de los requisitos impuestos por la Ley de Subvenciones en su artículo 6º para impetrar el beneficio de la subvención, la determinación y regulación de ésta en sus diversas modalidades no es una materia que el artículo 19 Nº 11, inciso quinto, de la CPR reserve a la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (C. 9).

Al no contener en su texto la CPR una disposición específica que fije el ámbito de la legislación sobre subvenciones, esta ley encuentra su fundamento principal en el Nº 20 del artículo 63 de la CPR que señala como materia de ley: "Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico". Estas leyes son las que, en ocasiones, se denominan leyes de bases, toda vez que el sistema de fuentes del derecho contemplado en la Constitución permite aprobar sobre cualquier asunto en que no esté vedada la intervención del legislador, pero sólo en sus aspectos fundamentales (C. 10).

Atendidas las consideraciones anteriores, debe analizarse si las disposiciones del proyecto que remiten al reglamento contienen la normativa mínima que es propia de una ley que estatuye las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, caso en que será constitucional y no habrá obstáculo para que el reglamento desarrolle o complemente la regulación que la ley haya establecido, o, por el contrario, que el precepto carezca del contenido normativo que la CPR exige a tales leyes, lo que configuraría una transferencia de la potestad legislativa al reglamento que la CPR no autoriza (C. 11).

La primera norma impugnada, si bien entrega al reglamento la determinación de los requisitos, instrumentos o pruebas diagnósticas que permitan establecer si concurre en un alumno una "Necesidad Educativa Especial de Carácter Transitorio", la cual, cuando existe, permite al establecimiento educativo percibir la correspondiente subvención especial, no es una disposición que carezca de la densidad normativa propia de una ley de bases. En efecto, además de señalar ella misma de modo nominativo algunas discapacidades, la norma señala también los factores que sirven para determinar su existencia en otros casos al decir que, son "aquellas [necesidades] no permanentes que requieran los alumnos en algún momento de su vida escolar a consecuencia de un trastorno o discapacidad diagnosticada por un profesional competente, y que necesitan de ayudas y apoyos extraordinarios para acceder o progresar en el curriculum por un determinado período de su escolarización". No estamos, ante una remisión en blanco al reglamento sino frente una disposición que fija principios

y criterios que constituyen una delimitación legal suficiente para el debido ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución en una materia que por su carácter técnico y especializado resulta adecuado que sean reguladas por ella (C. 12).

En cuanto a la infracción a la garantía constitucional de igualdad ante la ley (artículo 19 Nº 2 de la CPR), esta ocurriría al resultar indeterminada en la ley la existencia de las necesidades educativas especiales de carácter transitorio y quedar entregada su determinación al arbitrio de la autoridad administrativa, con lo cual pudiera ocurrir que algunas discapacidades resultaran sin cobertura causando una discriminación arbitraria respecto de las personas que las padecen. La infracción expuesta debe descartarse, atendido que el precepto impugnado regula de modo suficiente las materias que le corresponde normar acorde con su carácter de ley de bases y porque es razonable que la determinación de los instrumentos técnicos necesarios para la aplicación de la ley y que, por su misma índole, requieren de una regulación más detallada y específica, quede entregada a un reglamento de ejecución que enmarcará la actuación de los funcionarios y órganos encargados de aplicar la ley. En cuanto al derecho a la educación, a la libertad de enseñanza, y a su libre ejercicio el Tribunal considera que no son afectados negativamente por la primera norma impugnada del proyecto. Al contrario, al otorgar una subvención especial para hacer frente a la educación de aquellas personas respecto a las cuales concurre una necesidad educativa especial de carácter transitorio, se facilita, a la vez, su educación, la que, como dice la Constitución en el artículo 19 Nº 10, inciso segundo, "tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida", puesto que su formación será más acorde con su realidad personal, como también se favorece el ejercicio de la libertad de enseñanza ya que el establecimiento educativo que atienda a las personas con tales carencias tendrá mayores recursos para realizar sus labores, facilitándose de este modo su libre ejercicio (C. 13).

En relación a la norma del proyecto que establece competencia para el Ministerio de Educación para resolver controversias que se sucinten en la materia, aunque esta norma contenga expresiones como "apelación" o "decidir en última instancia", que se utilizan habitualmente en la legislación procesal, lo cierto es que al establecer el proyecto quiénes resolverán en la vía administrativa una discrepancia relativa a la procedencia de un beneficio, no ha creado tribunal alguno, lo que, de haberlo procurado, tendría que haberse efectuado a través de una ley orgánica constitucional que, por afectar la organización y atribuciones de los tribunales necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República, requiere ser consultada a la Corte Suprema (C. 15).

Aunque esta nueva norma se refiere a la decisión de un asunto de carácter técnico, necesario para determinar la procedencia de un beneficio, y no a un asunto de índole jurisdiccional, de igual modo en la tramitación administrativa que tenga lugar deben aplicarse las reglas legales que configuren un procedimiento racional y justo. No es necesario, sin embargo, que sea la propia ley que contemple una nueva actuación de la Administración la que regule de modo completo el procedimiento a seguir, puesto que, existiendo una ley que se aplica con carácter supletorio, cual es la LBPA, los

vacíos que contenga la legislación especial en materia de procedimiento se cubren por las disposiciones de la legislación general que se aplica supletoriamente, satisfaciéndose de esta manera las exigencias de racionalidad y justicia a las que todo órgano administrativo debe ajustarse en sus actuaciones (C. 16).

Por último la tercera norma impugnada que remite al reglamento la determinación de discapacidades que hagan procedente el pago de subvenciones tampoco infringe la CPR por las razones ya señaladas con respecto a la primera norma impugnada. La norma no ha entregado a la autoridad administrativa la regulación de materias propias de la potestad legislativa, sino que estatuye las bases esenciales del ordenamiento jurídico de las subvenciones. El incremento de la subvención a la existencia de ciertas discapacidades, no puede sino ser calificada de razonable y, lejos de constituir una amenaza a la libertad de enseñanza y a su libre ejercicio, significa una condición favorable para la misma. Únicamente si se aceptara, lo que el Tribunal ha rechazado, que la disposición impugnada incurre o permite introducir una diferenciación arbitraria, resultarían también lesionados el derecho a la educación de los discapacitados injustamente excluidos y la libertad de enseñanza de los establecimientos educativos a los que se negara sin motivo válido el incremento de subvención. Pero, no es ése el alcance de las normas impugnadas, las cuales no contemplan un ejercicio discrecional de la autoridad administrativa, sino que prescriben la aplicación de instrumentos técnicos que enmarquen sus decisiones, los que, por su misma índole, requieren de una regulación más detallada que es propia de la potestad reglamentaria de ejecución (C. 19 y 20).

CONCLUSIÓN

Las actividades económicas que reciben subvención estatal deben sujetarse a las exigencias que imponga la ley con el objeto de colaborar con el Estado en el cumplimento de un interés público. Las subvenciones son materia de ley de bases por lo que cabe la remisión al reglamento para regular su procedencia, más aun cuando se requieren decisiones de carácter técnico o especializado para decidir de forma adecuada dicha procedencia.

Puede la ley otorgar competencia a los órganos de la Administración para resolver las controversias que se susciten en el otorgamiento de subvenciones, toda vez que se trata de decisiones técnicas y no de carácter jurisdiccional. Sin perjuicio de lo anterior, a la tramitación administrativa que tenga lugar deben aplicarse las reglas legales que configuren un procedimiento racional y justo, el que puede ser regulado por la misma ley que otorgue competencias al órgano de la Administración o bien aplicarse de manera supletoria el procedimiento establecido en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Con esta sentencia el TC ratifica que el Estado puede imponer condiciones al desarrollo de actividades privadas cuando otorga subvenciones (STC Rol 410).

Por otro lado, en esta sentencia el TC aplica un criterio en relación a la calificación de las potestades adjudicativas de la Administración. Mientras en algunas sentencias, como las del artículo 116 del Código Tributario, el TC ha señalado que estas potestades son jurisdiccionales, en este caso considera que resolver reclamaciones en materia de subvenciones es una cuestión técnica, que no puede ser calificada de jurisdiccional.

TEXTO COMPLETO

Santiago, diecinueve de junio de dos mil siete.

VISTOS:

Mediante presentación de fecha trece de abril de dos mil siete, rectificada y complementada por escrito del día once de mayo del mismo año, treinta señores diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de esa Corporación, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, Nº 3º, de la Carta Fundamental, han formulado un requerimiento con el objeto de que este Tribunal declare la inconstitucionalidad de tres disposiciones del proyecto de ley contenido en el Boletín Nº 3953-04, que introduce modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación –que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales–, por contravenir los artículos 1º; 7º; 19, numerales 2º, 3º, 10º, 11º y 26º; y 64 de la Constitución Política.

La nómina de los diputados que suscriben el requerimiento es la siguiente: señor Claudio Alvarado Andrade, señor Rodrigo Álvarez Zenteno, señor Gonzalo Arenas Hödar, señor Ramón Barros Montero, señor Eugenio Bauer Jouanne, señor Mario Bertolino Rendic, señor Sergio Bobadilla Muñoz, señor Alberto Cardemil Herrera, señor Francisco Chahuán Chahuán, señor Sergio Correa de la Cerda, señor Andrés Egaña Respaldiza, señor Enrique Estay Peñaloza, señor Pablo Galilea Carrillo, señor René Manuel García García, señor Joaquín Godoy Ibáñez, señor Javier Hernández Hernández, señor José Antonio Kast Rist, señor Juan Lobos Krause, señor Rosauro Martínez Labbé, señor Cristián Monckeberg Bruner, señor Iván Moreira Barros, señor Iván Norambuena Farías, señor Osvaldo Palma Flores, señor Manuel Rojas Molina, señora Karla Rubilar Barahona, señor Roberto Sepúlveda Hermosilla, señora Marisol Turres Figueroa, señor Jorge Ulloa Aguillón, señor Alfonso Vargas Lyng y señor Felipe Ward Edwards.

Se impugna en primer lugar, el Nº 2º, letra c), del artículo 1º del referido proyecto de ley en trámite, en virtud del cual se agrega un nuevo inciso segundo al artículo 9º del D.F.L. Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación, por cuanto, a su juicio, en dicha disposición se contempla una delegación impropia que el legislador hace al reglamento, vulnerando el artículo 64, inciso segundo, en relación con el artículo 19, Nº 11º, de la Carta Fundamental.

Al respecto afirman que no puede entregarse al reglamento la determinación de aspectos que limiten o afecten el ejercicio de una garantía constitucional, como lo es la libertad de enseñanza, sin violentar la Constitución Política, ya que ésta, conforme a lo dispuesto en los preceptos recién aludidos, entrega expresa y exclusivamente tal potestad al legislador orgánico constitucional. Agregan que el mismo Tribunal Constitucional ha declarado en su sentencia Rol 423 que: "el ejercicio de la libertad de enseñanza sólo puede ser regulado por ley... dejando a la potestad reglamentaria el desarrollo pormenorizado y adjetivo de la legislación que se trata de ejecutar".

En concreto, se indica que no corresponde al reglamento, sino a la mencionada ley aprobada con quórum especial establecer qué niños, de acuerdo a sus características diagnósticas, serán incluidos o excluidos, en su caso, dentro de las denominadas "Necesidades Educativas Especiales Transitorias" que el mismo proyecto define.

En este orden de consideraciones, continúan manifestando los señores diputados que si, como ocurre en la especie, la ley no contiene los límites normativos suficientes y precisos respecto de la regulación de la libertad de enseñanza y se le entrega al reglamento, es decir, al Ministerio de Educación, el control discrecional y la definición de "las Necesidades Educativas Especiales", esto es, de ciertas ramas o especialidades de la educación diferencial, queda abierta la posibilidad de que la Administración pueda imponer instrumentos o pruebas diagnósticas que no estén influenciados por criterios técnicos, como corresponde, sino que, más bien, por consideraciones "de Hacienda".

Esta situación, según se plantea, puede impedir, también, el libre ejercicio del derecho de los particulares de mantener abiertos sus establecimientos educacionales, contrariando lo dispuesto en el Nº 26º del artículo 19 de la Constitución.

Por otra parte, la omisión de los requisitos de "determinación" y "especificidad" en la que incurre el precepto impugnado, violenta, asimismo, lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley Fundamental, en tanto con tal actitud el Estado no contribuye a crear las condiciones que permitan a todas las personas participar en la vida nacional con igualdad de oportunidades; la misma indefinición legal, según se afirma, atenta contra la igualdad ante la ley reconocida constitucionalmente en el Nº 2º del artículo 19 y contra el derecho a la educación a que se refiere el Nº 10º del mismo precepto fundamental.

Similares argumentos a los señalados precedentemente se aducen por los actores para fundar la impugnación que adicionalmente formulan respecto de la modificación que el artículo 1º, Nº 3, del proyecto de ley de que se trata, introduce en el artículo 9º bis del D.F.L. Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación, entregando a la potestad reglamentaria del Presidente de la República la regulación de estas materias al margen de lo dispuesto en la Constitución.

Los individualizados señores diputados, por último, cuestionan la constitucionalidad del artículo 1º, Nº 2, letra c), del proyecto, en la parte que agrega nuevo inciso sexto al artículo 9º del mencionado decreto con fuerza de ley, manifestando, en síntesis, que dicha norma se opone a lo dispuesto en los artículos 7º y 19, Nº 3º, inciso cuarto, de la Constitución, por cuanto es imprecisa al determinar el tribunal que deberá conocer de las discrepancias que se susciten respecto de los diagnósticos y evaluaciones a que se refiere, como tampoco precisa quiénes son los organismos auxiliares competentes en la materia y si sus opiniones tienen o no carácter vinculante.

Añaden que tal disposición estaría estableciendo el juzgamiento por comisiones especiales, y que no contempla ninguna norma procesal que garantice la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Con el objeto de fundar tal cuestionamiento, los actores efectúan referencias acerca del sentido y alcance que ha de darse a los aludidos preceptos constitucionales, conforme a las opiniones expresadas por alguna doctrina especializada (se cita a los profesores José Luis Cea Egaña y Juan Colombo Campbell) y a lo resuelto por este Tribunal Constitucional en sus fallos Roles 376; 389; 205; y 184.

Concluyen los requirentes solicitando que se declare la inconstitucionalidad de los preceptos que impugnan por las razones antes señaladas.

Con fecha seis de junio de dos mil siete, el Vicepresidente de la República, señor Belisario Velasco Barahona, junto a la Ministra de Educación, señora Yasna Provoste Campillay, formulan sus observaciones al requerimiento en un escrito dividido en ocho capítulos.

En los dos primeros capítulos se entregan antecedentes generales acerca del sistema jurídico vigente aplicable a la discapacidad en el ámbito educacional. Por su parte, el tercer capítulo contiene re-

ferencias a los objetivos y alcances del proyecto de ley en cuestión, a su tramitación en el Congreso y respecto de las normas específicas que son objeto del presente requerimiento.

El cuarto capítulo, en tanto, se ocupa de exponer elementos que permiten calificar la Ley de Subvenciones Educacionales contenida en el D.F.L. Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación, como una "ley de bases".

Finalmente, la autoridad dedica los capítulos quinto, sexto, séptimo y octavo de su informe a exponer las consideraciones que la llevan a pedir a este Tribunal el rechazo del requerimiento deducido, declarando la plena sujeción a la Constitución de las normas del proyecto de ley cuestionadas.

En primer lugar, refiriéndose a la supuesta violación de la reserva legal que los requirentes denuncian en relación con los preceptos del proyecto de ley de que se trata (el nuevo inciso segundo del artículo 9º –incorporado por el artículo 1º, Nº 2, letra c)– y el nuevo inciso segundo del artículo 9º bis –incorporado por el artículo 1º, Nº 3–), en el informe del Ejecutivo se plantea que la Constitución le reconoce un ámbito propio a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cual es el de colaboración con la ley.

En tal sentido, se afirma que el proyecto cuestionado no innova respecto de las numerosas referencias que hace la ley vigente al reglamento. Además, se indica que el Nº 11º del artículo 19 de la Ley Fundamental no sólo define el ámbito de la ley orgánica constitucional de enseñanza, sino también el del reglamento que será la norma lógicamente llamada a regular todo aquello que la ley no ha dispuesto.

Se agrega que la colaboración reglamentaria no supone una excepción a la reserva legal, sino una modalidad de su ejercicio y que cuando la ley hace un llamamiento al reglamento, para que se ajuste éste a la reserva anotada, debe dar las instrucciones suficientes para que complete su labor, como ha ocurrido en este caso.

La autoridad recuerda lo que ha declarado esta Magistratura Constitucional en cuanto a que el decreto no puede ir más allá del "complemento indispensable" de la ley, es decir, éste no puede incluir más de lo que sea estrictamente necesario para garantizar el desarrollo y la ejecución de la ley; por ello, el acto administrativo reglamentario puede precisar las normas de la ley en lo que tengan vago o incompleto, incluir normas de organización y procedimiento que no afecten el contenido normativo sustancial de la ley; incluso podría paliar las eventuales deficiencias de la ley.

A su juicio, además, los requirentes cometen el error de confundir la legislación delegada (D.F.L). con la potestad reglamentaria, cuando argumentan sobre la supuesta violación de la reserva legal que la Constitución establece en los preceptos que se invocan. En el primer caso, se señala, la intervención es mucho más intensa y por ello se justifica que el constituyente haya vedado dicha delegación al Poder Ejecutivo en materias que incidan en garantías constitucionales; no sucede lo mismo, según se expresa, en el caso de la potestad reglamentaria, donde ya existe una regulación de rango legal que el reglamento sólo está llamado a pormenorizar y desarrollar (sentencias roles 325-01, 370-03 y 480-06).

En cuanto al argumento sostenido por los requirentes de que las normas impugnadas no respetarían los límites de contenido y precisión a que obliga el artículo 19, Nº 11º, de la Constitución, el Ejecutivo señala, por una parte, que el ámbito del reglamento se amplía cuando se está ante leyes de bases, y la ley de subvenciones educacionales que el proyecto en cuestión modifica tiene tal carácter.

Por otra parte, las mismas disposiciones del proyecto de ley cumplen con los "test" de habilitación legal previa suficiente, así como con los de determinación y especificidad que han sido definidos

por el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones en las que le ha correspondido pronunciarse sobre el ámbito constitucionalmente lícito de la regulación reglamentaria.

Particularmente, en cuanto concierne a la habilitación legal previa y suficiente (a que se refieren las sentencias de esta Magistratura roles 373 y 388), se señala que, en la especie, es la ley la que: a) convoca expresamente al reglamento para su ejecución en determinados contenidos, estrechando la discrecionalidad del Presidente; b) ordena incluir en la regulación reglamentaria ciertas situaciones especiales; c) establece la intervención de expertos; d) determina que el reglamento debe referirse a requisitos, instrumentos o pruebas diagnósticas, entre otros; e) indica que debe regularse un mecanismo de acceso al subsidio.

En lo que dice relación con la esencialidad y no deslegalización (definidas en las sentencias roles 325 y 370 del Tribunal Constitucional), la autoridad indica que el nuevo inciso segundo del artículo 9º del decreto con fuerza de ley de que se trata, que agrega el artículo 1º, Nº 2, letra c), del proyecto impugnado, define el concepto de "Necesidades Educativas Especiales de Carácter Transitorio" y, al hacerlo, entrega sus elementos esenciales obligando a interpretarlo en contraposición a las necesidades permanentes.

Por su parte, el reglamento a que se refieren las normas en comentario, sólo estará llamado a determinar los requisitos, instrumentos o pruebas diagnósticas para establecer los alumnos que presentan estas necesidades, y para ello la ley obliga a escuchar previamente a expertos, esto es, impone a la Administración adoptar una decisión con sustento técnico.

Por último, respecto de la determinación y especificidad (descritas por el Tribunal Constitucional en su fallo Rol 388), la autoridad estima que el objeto del reglamento, en este caso, es la regulación de un subsidio determinado que materializa el derecho a la educación; en cuanto a la especificidad, la misma ley convoca al reglamento para definir los requisitos, instrumentos o pruebas diagnósticas que permitan identificar a los alumnos con necesidades educativas especiales de carácter transitorio que se beneficiarán de la referida subvención.

Haciéndose cargo de la denuncia que los requirentes plantean en cuanto a que las citadas normas del proyecto de ley quebrantarían también la igualdad ante la ley, el informe contiene, en síntesis, las siguientes consideraciones:

El proyecto identifica una categoría de sujetos que por sus condiciones especiales deben ser objetos de un trato distinto por parte de la ley. La misma norma legal es la que provee los medios por los que estos sujetos serán identificados y señala, también, las consecuencias concretas de esta distinción.

Se añade, en el mismo aspecto, que no es contrario al principio de igualdad ante la ley que el propio legislador establezca diferencias entre personas si existe una categoría identificable y razonable; en este caso, hay sujetos: los alumnos en algún momento de su vida escolar; se tipifican las características de la necesidad: no permanentes, que necesitan de ayudas y apoyos extraordinarios; se señala una causa: trastorno o discapacidad; y se indica el medio para acreditar la causa: diagnóstico elaborado por un profesional competente.

En el mismo orden de consideraciones, se observa que la identificación del alumno que tenga una "Necesidad Educativa Especial de Carácter Transitorio" es un asunto de hecho que la ley encarga al reglamento señalándole sus tareas específicas y, para eliminar la posibilidad de que se cometan arbitrariedades o errores, se obliga a la Administración a que antes de regular escuche a los expertos en las áreas pertinentes.

Se han establecido, además, procedimientos técnicos de solución de diferencias de criterios, como asimismo se han señalado a vía ejemplar algunas patologías que deberán incluirse en tales necesidades, las que servirán para la determinación de las demás.

De la manera expresada, continúa la autoridad, el legislador, obrando dentro de su competencia, ha aceptado que lo importante no es la enumeración legal de los trastornos que pueden generar las necesidades, sino que por el contrario, lo que interesa es fijar en el texto legal sus características más relevantes, permitiendo que sea la Autoridad Administrativa experta en estas materias la encargada del diseño e implementación de los procesos tendientes a discernir la existencia de esas necesidades.

La autoridad hace presente que, a su entender, no resulta una buena opción tipificar las patologías o trastornos en la ley, ya que ello implicaría dejar fuera de su ámbito de acción a otros que surjan con posterioridad, lo cual sí generaría una vulneración a la igualdad constitucional invocada en el requerimiento.

Por último se aduce que el juicio particular que tengan los requirentes respecto de la norma es un análisis de mérito que no corresponde examinar al Tribunal Constitucional.

En cuanto a la supuesta afectación de la libertad de enseñanza que se alega también por los diputados requirentes, el Ejecutivo, en primer lugar recuerda el fallo Rol 410-04 de este Tribunal Constitucional, en el cual se admitió como legítima la intervención del legislador en la medida que no afecte la esencia del derecho de los particulares para abrir, organizar y mantener establecimientos de enseñanza.

También hace referencia a lo que esta misma Magistratura ha declarado en materia de subvenciones escolares, en cuanto a que éstas constituyen beneficios económicos que el Estado otorga a los establecimientos de enseñanza que cumplen los requisitos legales, y de los cuales también surgen deberes para los sostenedores que las reciben.

La autoridad que informa sostiene, por otra parte, que las normas del proyecto cuestionadas no restringen ni condicionan en sentido alguno el derecho de los sostenedores para abrir, organizar y mantener un establecimiento educacional, porque ellas se limitan a actualizar las disposiciones que regulan la subvención específica de la educación diferencial, definiendo un nuevo segmento beneficiario. Asimismo, las normas en trámite sólo intervienen en el pago de la subvención especial que el Estado hace a sus colaboradores privados en materia de derecho a la educación; por consiguiente, no establecen una restricción, sino el derecho a obtener recursos del Estado en estos casos.

Más que la libertad de enseñanza, según entiende la autoridad, las disposiciones del proyecto de ley en comento regulan el derecho a la educación de los menores que no tienen recursos suficientes y que poseen una discapacidad de carácter transitorio, profesionalmente diagnosticada; también permite que se creen establecimientos a los que aquéllos puedan acceder o establece incentivos para que los mismos individuos sean recibidos en colegios donde se integren con niños sin tal déficit.

Del modo descrito, las normas cuestionadas fortalecen la libertad de enseñanza porque establecen una subvención para dar satisfacción a las especiales necesidades educativas a que se ven enfrentados los establecimientos educacionales. Las mismas disposiciones obedecen, por último, a fomentar el deber del Estado de asegurar el derecho a la educación –previsto en el artículo 19, Nº 10º, de la Constitución–, considerando las "Necesidades Educativas Especiales" de personas con discapacidades específicas para el otorgamiento de un beneficio económico especial destinado a hacerles frente, y para ello se tiene en cuenta, además, la permanencia o transitoriedad del trastorno de que se trate.

Con respecto del cuestionamiento de constitucionalidad que los requirentes plantean en contra del artículo 1º, Nº 2, letra c), del proyecto, en la parte que agrega un nuevo inciso sexto al artículo 9º del D.F.L. Nº 2, de 1998, la autoridad afirma que dicha norma no constituye una novedad completa, ya que actualmente el diagnóstico de las discapacidades que determinan la necesidad especial de una persona se encuentra regulado en la Ley de Integración Social de las Personas con

Discapacidad, Nº 19.284 (artículo 28); también por el D.S. Nº 1, del Ministerio de Educación, que reglamenta el Capítulo II, Título IV, de la referida ley; y por el D.S. Nº 787, de 2001, del mismo Ministerio.

Señala el informe en comentario que los citados cuerpos normativos, básicamente, establecen que la necesidad de acceder a la educación especial será determinada sobre la base de informes de profesionales del Ministerio. El diagnóstico de dichas necesidades, por su parte, es efectuado por profesionales inscritos en la respectiva Secretaría Regional Ministerial, y si aparecen discrepancias, prevalecerá el diagnóstico efectuado por los equipos del Ministerio.

La disposición impugnada, según sostiene la autoridad, establece quién es el órgano encargado de decidir en última instancia (apelación) acerca de un asunto de carácter técnico que ha suscitado un conflicto entre los entes que pueden diagnosticar, de conformidad a la ley y la reglamentación vigentes, para efectos del establecimiento de "Necesidades Educativas Especiales de Carácter Transitorio"; por ejemplo, sobre la corrección de un diagnóstico científico, cuál es la determinación de trastornos o discapacidades transitorias específicas.

Según lo anotado, debe entenderse que los profesionales del Ministerio llamados a resolver en esta última instancia la controversia, son los que prestan servicios en el nivel central, específicamente, en la Jefatura de Educación Especial (artículo 7º de la Ley Nº 18.956).

Se aclara también por la autoridad que informa, que como consecuencia de la calificación técnica que se efectúe por funcionarios del Ministerio de Educación, no se impone una sanción, sino que se establece la procedencia de un beneficio económico; tampoco la norma se refiere al ejercicio de una potestad jurisdiccional, por lo que no se está regulando la creación de un tribunal especial.

Asimismo, como en todo procedimiento administrativo, en la especie, se aplican supletoriamente las normas de la Ley Nº 19.880, que cumple las reglas y principios del debido proceso constitucionalmente reconocidos en el artículo 19, Nº 3º.

Por todas las consideraciones anotadas precedentemente, la autoridad concluye solicitando que se declare que el proyecto de ley se ajusta en su integridad a la Constitución Política.

Con fecha seis de junio de dos mil siete se decretó autos en relación y se amplió el plazo que tiene el Tribunal para resolver este asunto.

Considerando:

I.- Consideraciones generales.

Primero.- Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, Nº 3, de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal "resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso";

Segundo.- Que en base a lo dispuesto, asimismo, en el inciso cuarto del referido precepto constitucional, "el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del Tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación";

Tercero.- Que, en el caso objeto de este requerimiento e invocando las normas constitucionales antes citadas, más de una cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados ha solicitado se declare la inconstitucionalidad de los siguientes artículos del proyecto de ley que

modifica el Decreto con Fuerza de Ley Nº 2, de Educación, de 1998, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley Nº 2, de Educación, de 1996, sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales:

a) Artículo 1º, Nº 2, letra c), del proyecto, que agrega los nuevos incisos segundo y sexto al artículo 9º del Decreto con Fuerza de Ley Nº 2, de Educación, de 1998, cuyo texto es el siguiente:

Inciso segundo: "Para los efectos de esta ley, se entenderá por Necesidades Educativas Especiales de Carácter Transitorio, aquellas no permanentes que requieran los alumnos en algún momento de su vida escolar a consecuencia de un trastorno o discapacidad diagnosticada por un profesional competente, y que necesitan de ayudas y apoyos extraordinarios para acceder o progresar en el currículo por un determinado período de su escolarización.

El Reglamento determinará los requisitos, instrumentos o pruebas diagnósticas para establecer los alumnos con necesidades educativas especiales que se beneficiarán de la subvención establecida en el inciso anterior, debiendo primero escuchar a los expertos en las áreas pertinentes. Con todo el Reglamento considerará entre otras discapacidades a los déficit atencionales y a los trastornos específicos del lenguaje y aprendizaje";

Inciso sexto: "En caso de discrepancia, controversia o apelación, serán los profesionales del Ministerio de Educación, en consulta con organismos auxiliares competentes, los que deberán decidir en última instancia";

b) Artículo 1º, Nº 3, que sustituye el inciso primero del artículo 9º bis, del Decreto con Fuerza de Ley Nº 2, de Educación, de 1998, por los siguientes:

"Artículo 9º bis.- Sin perjuicio de lo establecido en las tablas del artículo precedente, los establecimientos que atiendan alumnos con discapacidad visual, auditiva, disfasia severa, trastorno autista, deficiencia mental severa o con multidéficit, que de acuerdo a las necesidades educativas especiales de dichos alumnos deban ser atendidos en cursos de no más de ocho estudiantes, percibirán por ellos un incremento de la subvención establecida en el artículo anterior, en 4,00 Unidad de Subvención Educacional (USE), y en 4,51 Unidad de Subvención Educacional (USE) si se encontraren adscritos al sistema de Jornada Escolar Completa Diurna, el que se pagará conforme a las normas generales establecidas para los montos de subvención señalados en el artículo 9º.

El reglamento determinará los requisitos, instrumentos o pruebas diagnósticas para establecer los alumnos con discapacidades que se beneficiarán de lo dispuesto en el inciso anterior, debiendo primero escuchar a los expertos en las áreas pertinentes";

Cuarto.- Que las normas constitucionales que se estiman infringidas por los requirentes son los artículos 1º; 7º; 19 Nºs. 2º, 3º, 10º, 11º y 26º, y 64 de la Constitución Política, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 1º. "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".

Artículo 7º. "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

Artículo 19. "La Constitución asegura a todas las personas:"

2º. "La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

3º. "La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella".

10º. "El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia y garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal al segundo nivel de transición, sin que éste constituya requisito para el ingreso a la educación básica.

La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación".

11º. "La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna.

Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.

Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel".

26º. "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Artículo 64. "El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley.

Esta autorización no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado.

La autorización no podrá comprender facultades que afecten a la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional ni de la Contraloría General de la República.

La ley que otorgue la referida autorización señalará las materias precisas sobre las que recaerá la delegación y podrá establecer o determinar las limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen convenientes.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, el Presidente de la República queda autorizado para fijar el texto refundido, coordinado y sistematizado de las leyes cuando sea conveniente para su mejor ejecución. En ejercicio de esta facultad, podrá introducirle los cambios de forma que sean indispensables, sin alterar, en caso alguno, su verdadero sentido y alcance.

A la Contraloría General de la República corresponderá tomar razón de estos decretos con fuerza de ley, debiendo rechazarlos cuando ellos excedan o contravengan la autorización referida.

Los decretos con fuerza de ley estarán sometidos en cuanto a su publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para ley";

II.- Constitucionalidad del artículo 1º, Nº 2, letra c), que agrega un nuevo inciso segundo al artículo 9º del decreto con fuerza de ley Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación.

Quinto.- Que la primera inconstitucionalidad invocada se refiere al artículo 1º, Nº 2, letra c), del proyecto, que agrega un nuevo inciso segundo al artículo 9º del D.F.L. Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación, Ley de Subvenciones, disposición que, a juicio de los diputados requirentes, vulnera el mandato de reserva legal que la Constitución Política impone para la regulación de las garantías constitucionales al entregar al reglamento la determinación de las Necesidades Educativas Especiales de Carácter Transitorio de cuya existencia depende el otorgamiento de la subvención correspondiente, lo que, además, contraviene lo dispuesto en los artículos 1º y 19 Nºs. 2º, 10º, 11º y 26º de la Carta Fundamental;

Sexto.- Que, para determinar el alcance de la reserva legal en una materia y la participación que en su regulación complementaria pueda corresponder a la potestad reglamentaria de ejecución, debe atenderse a lo que, en cada caso, dispongan los preceptos constitucionales que dan competencia al legislador. No debe olvidarse, en efecto, que dichas normas contemplan graduaciones diversas para la concurrencia de la potestad legislativa con la potestad reglamentaria de ejecución.

Así, en un extremo encontramos la exigencia constitucional de agotar en la ley la regulación de una materia; luego, existen situaciones intermedias en que, con diversa intensidad, es posible la concurrencia de la ley con los reglamentos de ejecución, y por último, se encuentra la reserva a la ley únicamente de las disposiciones básicas de una materia, casos estos últimos en que la potestad reglamentaria de ejecución tendrá su extensión máxima;

Séptimo.- Que la subvención educacional, como el Tribunal Constitucional lo precisara en su sentencia de catorce de junio de dos mil cuatro, es el "beneficio económico que el Estado otorga a los establecimientos de enseñanza que cumplen las exigencias previstas en la normativa legal respectiva" (considerando decimonoveno);

Octavo.- Que la legislación sobre subvenciones es un medio –entre otros posibles– que el Estado utiliza para cumplir el deber que la Constitución le impone en el artículo 19 Nº 10º, incisos cuarto y quinto, de concurrir a financiar un sistema gratuito que asegure el acceso de toda la población al segundo nivel de la educación parvularia y a los niveles básico y medio de educación, como también el deber del artículo 1º, inciso quinto, de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

A través de la subvención se procura que todas las personas gocen efectivamente del derecho a la educación, pero las normas que fijan su monto, clases y requisitos para impetrarla, no tienen el carácter de una ley que regule un derecho constitucional y, por tal razón, ha sido posible que esa legislación esté contenida en un decreto con fuerza de ley, denominado usualmente Ley de Subvenciones, lo que no sería constitucionalmente procedente si la misma tuviese el carácter de ley regulatoria de un derecho constitucional, ya que, atendido lo dispuesto en el artículo 64, inciso segundo, de la Carta Fundamental, se prohíbe delegar facultades legislativas al Presidente de la República en materias comprendidas en las garantías constitucionales;

Noveno.- Que aunque el reconocimiento oficial del establecimiento educativo es uno de los requisitos impuestos por la Ley de Subvenciones en su artículo 6º para impetrar el beneficio de la subvención, la determinación y regulación de ésta en sus diversas modalidades no es una materia que el artículo 19 Nº 11º, inciso quinto, de la Constitución Política reserve a la ley orgánica constitucional de enseñanza, a la cual, como es sabido, únicamente corresponde establecer los

requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media, señalar las normas objetivas de general aplicación que permitan al Estado velar por su cumplimiento, y establecer las exigencias para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel;

Décimo.- Que, al no contener en su texto la Constitución Política una disposición específica que fije el ámbito de la legislación sobre subvenciones, en el caso de esta ley ésta encuentra su fundamento principal en el Nº 20 del artículo 63 de la Carta Fundamental que señala como materia de ley: "Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico".

Estas leyes son las que, en ocasiones, se denominan leyes de bases, toda vez que el sistema de fuentes del derecho contemplado en la Constitución permite aprobar sobre cualquier asunto en que no esté vedada la intervención del legislador, pero sólo en sus aspectos fundamentales;

Decimoprimero.- Que, atendidas las consideraciones anteriores, debe analizarse si el nuevo inciso segundo del artículo 9º de la Ley de Subvenciones contiene la normativa mínima que es propia de una ley que estatuye las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, caso en que será constitucional y no habrá obstáculo para que el reglamento desarrolle o complemente la regulación que la ley haya establecido, o, por el contrario, que el precepto carezca del contenido normativo que la Constitución exige a tales leyes, lo que configuraría una transferencia de la potestad legislativa al reglamento que la Carta Fundamental no autoriza;

Decimosegundo.- Que la norma en análisis, si bien entrega al reglamento la determinación de los requisitos, instrumentos o pruebas diagnósticas que permitan establecer si concurre en un alumno una "Necesidad Educativa Especial de Carácter Transitorio", la cual, cuando existe, permite al establecimiento educativo percibir la correspondiente subvención especial, no es una disposición que carezca de la densidad normativa propia de una ley de bases.

En efecto, además de señalar ella misma de modo nominativo algunas discapacidades -déficit atencionales, trastornos específicos del lenguaje y aprendizaje– que son indicativas de tales necesidades educativas especiales de carácter transitorio, la norma señala también los factores que sirven para determinar su existencia en otros casos al decir que, son "aquellas [necesidades] no permanentes que requieran los alumnos en algún momento de su vida escolar a consecuencia de un trastorno o discapacidad diagnosticada por un profesional competente, y que necesitan de ayudas y apoyos extraordinarios para acceder o progresar en el curriculum por un determinado período de su escolarización".

No estamos, como puede apreciarse de la sola lectura de la norma legal impugnada, ante una remisión en blanco al reglamento sino frente una disposición que fija principios y criterios –transitoriedad de la necesidad educativa, origen en un trastorno o discapacidad diagnosticada por un profesional competente y exigencia de ayudas y apoyos extraordinarios para su superación–, elementos que, a juicio de este Tribunal, constituyen una delimitación legal suficiente para el debido ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución en una materia que por su carácter técnico y especializado resulta adecuado que sean reguladas por ella;

Decimotercero.- Que el requerimiento señala igualmente como infringidas por el nuevo inciso segundo del artículo 9º de la Ley de Subvenciones el artículo 1º y el artículo 19 Nºs. 2º, 10º, 11º y 26º de la Constitución Política, infracciones que, por lo que se expone a continuación, serán también rechazadas por este Tribunal.

1. La infracción del artículo 1º se produciría porque la norma legal objetada no contribuiría a crear las condiciones sociales que permiten a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad

nacional su mayor realización espiritual y material posible y porque tampoco asegura el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

El reproche de inconstitucionalidad supone, por una parte, que su aplicación será discriminatoria por la autoridad administrativa encargada de hacer cumplir la normativa existente, lo que no es un asunto del que corresponda ocuparse a este Tribunal al ejercer el control abstracto de constitucionalidad de la ley, o bien, que la norma será ineficaz, apreciación ésta que es propia de una cuestión de mérito para cuya estimación no tiene competencia esta magistratura constitucional;

2. La infracción a la garantía constitucional de igualdad ante la ley asegurada a toda persona en el Nº 2 del artículo 19 de la Constitución Política ocurriría al resultar indeterminada en la ley la existencia de las necesidades educativas especiales de carácter transitorio y quedar entregada su determinación al arbitrio de la autoridad administrativa, con lo cual pudiera ocurrir que algunas discapacidades resultaran sin cobertura causando una discriminación arbitraria respecto de las personas que las padecen.

El requerimiento hace consistir precisamente la infracción a la garantía constitucional en análisis en la omisión, en el proyecto de ley, de los elementos normativos suficientes para fijar su alcance, los cuales, al faltar, pudieran provocar que el reglamento no contemplara ciertas discapacidades, realmente existentes, como constitutivas de necesidades educativas especiales de carácter transitorio.

La infracción expuesta debe descartarse, atendido que este Tribunal, por las razones que ha indicado anteriormente, considera que el precepto impugnado regula de modo suficiente las materias que le corresponde normar acorde con su carácter de ley de bases y porque es razonable que la determinación de los instrumentos técnicos necesarios para la aplicación de la ley y que, por su misma índole, requieren de una regulación más detallada y específica, quede entregada a un reglamento de ejecución que enmarcará la actuación de los funcionarios y órganos encargados de aplicar la ley;

3. En cuanto al derecho a la educación, a la libertad de enseñanza, y a su libre ejercicio que el requerimiento señala asimismo como infringidos sin explicar mayormente el modo cómo se produciría su vulneración, este Tribunal considera que no son afectados negativamente por el nuevo inciso segundo que el proyecto propone agregar al artículo 9º de la Ley de Subvenciones.

Al contrario, al otorgar una subvención especial para hacer frente a la educación de aquellas personas respecto a las cuales concurre una necesidad educativa especial de carácter transitorio, se facilita, a la vez, su educación, la que, como dice la Constitución en el artículo 19 Nº 10º, inciso segundo, "tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida", puesto que su formación será más acorde con su realidad personal, como también se favorece el ejercicio de la libertad de enseñanza ya que el establecimiento educativo que atienda a las personas con tales carencias tendrá mayores recursos para realizar sus labores, facilitándose de este modo su libre ejercicio.

Únicamente si se aceptara, lo que este Tribunal ha rechazado, que la disposición impugnada del proyecto de ley incurre en una diferenciación arbitraria, resultarían también lesionados el derecho a la educación de las personas discapacitadas injustamente excluidas y la libertad de enseñanza de los establecimientos educativos a los que se negara indebidamente la subvención especial correspondiente.

III.- Constitucionalidad del artículo 1º, Nº 2, letra c), que agrega un nuevo inciso sexto al artículo 9º del decreto con fuerza de ley Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación.

Decimocuarto.- Que la segunda inconstitucionalidad invocada se refiere al artículo 1º, Nº 2, letra c), del proyecto, que agrega un nuevo inciso sexto al artículo 9º del D.F.L. Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación, Ley de Subvenciones, disposición que, a juicio de los diputados requirentes,

vulnera el artículo 19 Nº 3º y el artículo 7º de la Constitución Política, por la imprecisión en que incurre al determinar el tribunal que conocerá de las discrepancias, controversias o apelaciones que se susciten respecto de los diagnósticos y evaluaciones que se establezcan con relación a los alumnos con necesidades educativas especiales, lo que significa que se constituye una comisión especial prohibida por la Constitución, la cual, además, actuará sin sujeción a reglas legales que aseguren un proceso racional y justo;

Decimoquinto.- Que, aunque la norma impugnada contiene expresiones como "apelación" o "decidir en última instancia", que se utilizan habitualmente en la legislación procesal, lo cierto es que al establecer el proyecto quiénes resolverán en la vía administrativa una discrepancia relativa a la procedencia de un beneficio, no ha creado tribunal alguno, lo que, de haberlo procurado, tendría que haberse efectuado a través de una ley orgánica constitucional que, por afectar la organización y atribuciones de los tribunales necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República, requiere ser consultada a la Corte Suprema.

El inciso impugnado, al señalar que serán "los profesionales del Ministerio de Educación, en consulta con organismos auxiliares competentes", los que decidirán en definitiva, o "en última instancia", lo que hace es enunciar una regla de competencia administrativa, que puede estimarse poco clara por la necesidad de ser concordada con lo dispuesto en la Ley Nº 19.284, de Integración Social de las Personas con Discapacidad, y con la normativa que rige al Ministerio de Educación, para determinar qué órganos o funcionarios serán competentes, pero no por ello resulta contraria a la Constitución;

Decimosexto.- Que, aunque el nuevo inciso sexto que el proyecto propone agregar al artículo 9º de la Ley de Subvenciones se refiere a la decisión de un asunto de carácter técnico, necesario para determinar la procedencia de un beneficio, y no a un asunto de índole jurisdiccional, de igual modo en la tramitación administrativa que tenga lugar deben aplicarse las reglas legales que configuren un procedimiento racional y justo, como este Tribunal lo ha decidido en forma reiterada.

No es necesario, sin embargo, que sea la propia ley que contemple una nueva actuación de la Administración la que regule de modo completo el procedimiento a seguir, puesto que, existiendo una ley que se aplica con carácter supletorio, cual es la Ley Nº 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, los vacíos que contenga la legislación especial en materia de procedimiento se cubren por las disposiciones de la legislación general que se aplica supletoriamente, satisfaciéndose de esta manera las exigencias de racionalidad y justicia a las que todo órgano administrativo debe ajustarse en sus actuaciones, que es lo que sucede en el caso sub lite;

IV.- Constitucionalidad del artículo 1º, Nº 3, que sustituye el inciso primero del artículo 9º bis del decreto con fuerza de ley Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación.

Decimoséptimo.- Que la última inconstitucionalidad que contiene el requerimiento se refiere al artículo 1º, Nº 3, del proyecto, que sustituye el inciso primero del artículo 9º bis del Decreto con Fuerza de Ley Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación, Ley de Subvenciones, por dos nuevos incisos, de los cuales, sin embargo, el cuerpo del requerimiento sólo cuestiona el inciso segundo.

El nuevo inciso primero del artículo 9º bis de la Ley de Subvenciones establece un incremento en la subvención del artículo anterior a favor de "los establecimientos que atiendan alumnos con discapacidad visual, auditiva, disfasia severa, trastorno autista, deficiencia mental severa o con multidéficit, que de acuerdo a las necesidades educativas especiales de dichos alumnos deban ser atendidos en cursos de no más de ocho estudiantes", mientras que el nuevo inciso segundo añade que "el reglamento determinará los requisitos, instrumentos o pruebas diagnósticas para establecer los alumnos con discapacidades que se beneficiarán de lo dispuesto en el inciso anterior, debiendo primero escuchar a los expertos en las áreas pertinentes";

Decimoctavo.- Que, para rechazar en esta parte el requerimiento, además de las razones que expondrá, el Tribunal tiene presente los fundamentos incluidos en los considerandos quinto a decimotercero de esta sentencia, formulados para rechazar las inconstitucionalidades aducidas contra el nuevo inciso segundo del artículo 9º de la Ley de Subvenciones, porque una y otra impugnación de constitucionalidad aducen el mismo vicio y afectan a disposiciones similares;

Decimonoveno.- Que una comparación del nuevo inciso segundo del artículo 9º con los nuevos incisos primero y segundo del artículo 9º bis, de la Ley de Subvenciones, muestra que si bien una y otra disposición entregan al reglamento la determinación de los requisitos, instrumentos o pruebas diagnósticas para establecer –la primera de dichas disposiciones– los alumnos con necesidades educativas especiales, y la segunda, los alumnos con discapacidades, la regulación contenida en los nuevos incisos del artículo 9º bis es más precisa que la del artículo 9º, pues señala nominativamente las discapacidades que dan derecho a un incremento de la subvención, de modo que el ámbito del reglamento queda más acotado y su conformidad a la Constitución es más indubitada;

Vigésimo.- Que las consideraciones expuestas llevan también a concluir que los nuevos incisos primero y segundo del artículo 9º bis de la Ley de Subvenciones no han entregado a la autoridad administrativa la regulación de materias propias de la potestad legislativa, sino que estatuyen las bases esenciales del ordenamiento jurídico de las subvenciones.

La vinculación, en el caso de los citados preceptos, de un incremento de la subvención a la existencia de ciertas discapacidades, no puede sino ser calificada de razonable y, lejos de constituir una amenaza a la libertad de enseñanza y a su libre ejercicio, significa una condición favorable para la misma. Únicamente si se aceptara, lo que este Tribunal ha rechazado, que la disposición impugnada incurre o permite introducir una diferenciación arbitraria, resultarían también lesionados el derecho a la educación de los discapacitados injustamente excluidos y la libertad de enseñanza de los establecimientos educativos a los que se negara sin motivo válido el incremento de subvención.

Pero, no es ése el alcance de las normas impugnadas, las cuales no contemplan un ejercicio discrecional de la autoridad administrativa, sino que prescriben la aplicación de instrumentos técnicos que enmarquen sus decisiones, los que, por su misma índole, requieren de una regulación más detallada que es propia de la potestad reglamentaria de ejecución.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 1º; 7º; 19 Nºs. 2º, 3º, 10º, 11º y 26º; 64 y 93, inciso primero, Nº 3, e inciso cuarto, de la Constitución Política, y 38 a 45 de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE: Que se rechaza el requerimiento de fojas uno.

Redactó la sentencia el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto.

Comuníquese, regístrese y archívese.

Rol Nº 771-07-CPT.

Se certifica que el Ministro señor Jorge Correa Sutil entró a la vista de la causa y al acuerdo del fallo pero no firma por encontrarse ausente con permiso.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente (S) don Juan Colombo Campbell, y los Ministros señores, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larrain Cruz.

MATERIA
Otorgamiento de subvenciones estatales

ÓRGANO COMPETENTE
Contraloría General de la República
Dictamen: 36.432
Fecha: 05.07.2010

DESCRIPTORES
Fomento – Subvenciones – Municipalidad – Fines de Subvención – Acto de Otorgamiento.

PRINCIPIO JURÍDICO
El uso y destino de las subvenciones está sometido a la ley.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Arts. 5º y 65 letra g) Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

DICTÁMENES RELACIONADOS
Dictámenes 39.448/2004, 53.269/2008, 25.953/2000 y 46.389/2002.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Pueden utilizarse subvenciones otorgadas para fines similares a los específicos en virtud de los cuales fueron otorgadas?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
El Director de Control de la Municipalidad de Maipú, solicita pronunciamiento que determine si procede que una subvención otorgada por ese municipio sea destinada al cumplimiento de un objetivo que, siendo diverso a aquel tenido específicamente en consideración al autorizarse, se le asemeja, por implicar, al igual que el original, el desarrollo de los fines de la organización beneficiaria, traduciéndose en la satisfacción de la necesidad de cooperación mutua entre ésta y esa entidad edilicia.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)
La jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General contenida, entre otros, en los dictámenes 39.448, de 2004 y 53.269, de 2008, ha sostenido que los montos entregados por concepto de subvención deben aplicarse estrictamente a los fines para cuyo cumplimiento ésta fue otorgada.

En consecuencia, cabe indicar que los recursos que los municipios entreguen a título de subvención deben, necesariamente, ser utilizados para el fin específico considerado en el correspondiente acto de otorgamiento, sin perjuicio de la posibilidad que este último pueda ser modificado por la entidad edilicia, de estimarlo procedente atendidas las circunstancias del caso, con las formalidades pertinentes, admitiéndose otro destino, también específico, siempre que éste se vincule directamente con el

cumplimiento de la función municipal para la cual la subvención fue originalmente otorgada (aplica criterio contenido en los dictámenes 25.953, de 2000, 46.389, de 2002 y 39.448, de 2004).

CONCLUSIÓN

No pueden utilizarse subvenciones otorgadas para fines similares a los específicos en virtud de los cuales fueron otorgadas. Sin embargo, puede modificarse el fin específico, debiendo cumplir con todas las formalidades respectivas.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Con esta decisión se confirma el criterio de que si bien la subvención es un instrumento propio de la actividad de fomento, de manera que es utilizado como una técnica de incentivo de actividades privadas, su destino y uso están condicionados por la ley, que es el mecanismo a través del cual se garantiza el fin público que se persigue.

Este criterio es el mismo sostenido por el TC en materia de legitimidad de condiciones impuestas a quien recibe subvenciones por parte del Estado (STC rol 410).

TEXTO COMPLETO

Nº 36.432 Fecha: 05-VII-2010

Se ha dirigido a esta Contraloría General el Director de Control de la Municipalidad de Maipú, solicitando un pronunciamiento que determine si procede que una subvención otorgada por ese municipio sea destinada al cumplimiento de un objetivo que, siendo diverso a aquel tenido específicamente en consideración al autorizarse, se le asemeja, por implicar, al igual que el original, el desarrollo de los fines de la organización beneficiaria, traduciéndose en la satisfacción de la necesidad de cooperación mutua entre ésta y esa entidad edilicia.

Sobre el particular, cumple manifestar que en virtud de lo dispuesto en los artículos 5º, letra g), y 65, letra g), de la ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, procede que el alcalde, con acuerdo del concejo municipal, otorgue subvenciones, para fines específicos, a personas jurídicas de carácter público o privado, sin fines de lucro, que colaboren directamente en el cumplimiento de funciones municipales, con el objeto de que con esos fondos se financien actividades comprendidas entre dichas funciones.

En tanto, la jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General contenida, entre otros, en los dictámenes Nºs. 39.448, de 2004 y 53.269, de 2008, ha sostenido que los montos entregados por concepto de subvención deben aplicarse estrictamente a los fines para cuyo cumplimiento ésta fue otorgada, y que, por ende, corresponde a las municipalidades, a objeto de resguardar debidamente su patrimonio, adoptar las medidas que en derecho correspondan con el propósito de que las cantidades transferidas a ese título y utilizadas para fines distintos de aquellos para los que se concedieron, les sean reintegradas.

En consecuencia, cabe indicar que los recursos que los municipios entreguen a título de subvención deben, necesariamente, ser utilizados para el fin específico considerado en el correspondiente acto de otorgamiento, sin perjuicio de la posibilidad que este último pueda ser modificado por la entidad edilicia, de estimarlo procedente atendidas las circunstancias del caso, con las formalidades pertinentes, admitiéndose otro destino, también específico, siempre que éste se vincule directa-

mente con el cumplimiento de la función municipal para la cual la subvención fue originalmente otorgada (aplica criterio contenido en los dictámenes Nºs. 25.953, de 2000, 46.389, de 2002 y 39.448, de 2004).

6.2. ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO

En esta materia es relevante revisar el dictamen 39.562/1997 de Contraloría General de la República que se encuentra en el apartado "4.2. Estructura de la Administración". Dicha decisión hace una clasificación de empresas del Estado, diferenciándolas entre "empresas públicas" y "sociedades del Estado".

MATERIA
Externalización de actividad empresarial del Estado

ÓRGANO COMPETENTE
Contraloría General de la República
Dictamen: 17.210
Fecha: 15.04.2008

DESCRIPTORES
Actividad Empresarial del Estado – Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas – Externalización de Servicios – Servicio Público – Principio de Subsidiariedad

PRINCIPIO JURÍDICO
La externalización de la actividad de una empresa del Estado sólo procede cuando existe autorización expresa.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Art. 6º CPR; Arts. 1º y 2º Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Arts. 2º y 8º D.F.L. Nº 274/1960 Ministerio de Hacienda, Crea una Empresa del Estado Denominada Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas.

DICTÁMENES RELACIONADOS
Dictámenes 6.274/1995, 41.158/1997.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Puede una empresa del Estado externalizar aquellos servicios que constituyen su giro, es decir, aquellos mediante los cuales cumple los fines que el legislador le ha encargado?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
La División de Auditoría Administrativa de Contraloría solicitó un pronunciamiento acerca del denominado "proceso de externalización" que ha llevado a cabo la Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas (EMAZA), en virtud del cual entregó a personas naturales, en su mayoría ex funcionarios de la empresa, la explotación, operación o administración de sus puntos de venta o agencias o subagencias, según consta de los contratos de comodato de inmuebles, de arrendamiento de bienes muebles y de abastecimiento al por mayor; celebrados por esa empresa.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

De los antecedentes tenidos a la vista se advierte que EMAZA está traspasando a particulares lo que es parte sustancial de sus bienes y las funciones que le son propias, cuales son "atender el abastecimiento de productos esenciales a la población en comunas aisladas que no cuenten con proveedores particulares de dichos bienes", según lo prescribe el artículo 2º del D.F.L. Nº 274, de 1960, del Ministerio de Hacienda, que contiene el Estatuto Orgánico de esta empresa.

Al respecto se debe señalar la improcedencia jurídica de la externalización en análisis. Lo anterior, por cuanto EMAZA es una empresa del Estado, creada por el D.F.L. Nº 274, de 1960, del Ministerio de Hacienda, de duración indefinida, con personalidad jurídica y patrimonio propio; se relaciona con el Supremo Gobierno por intermedio del Ministerio de Economía, a quien le corresponde la fijación de la política general de la Institución y su administración está a cargo de un Consejo.

A su vez, el artículo 2º del citado D.F.L. señala que su objeto es "atender el abastecimiento de productos esenciales a la población en comunas aisladas que no cuenten con proveedores particulares de dichos bienes".

En relación a los fines de la empresa en cuestión; es menester recordar que la Ley Nº 18.899 transformó la Empresa de Comercio Agrícola, ECA, en la actual EMAZA, especificando su giro, en términos de limitar su actividad empresarial a un plano estrictamente subsidiario, consistente en el abastecimiento de productos esenciales de la población en comunas aisladas del país que no cuenten con proveedores particulares de dichos bienes.

Sobre el particular, es útil manifestar que el Vicepresidente Ejecutivo de EMAZA la representa y administra legalmente, quedando "especialmente facultado para comprar, adquirir, vender, transferir o arrendar toda clase de bienes muebles o inmuebles (…)", pudiendo "celebrar y ejecutar todos los actos, contratos y convenciones necesarios para la consecución de los fines de la Empresa y suscribir los instrumentos públicos y privados correspondientes", conforme lo dispone el artículo 8º del citado D.F.L. Nº 274, de 1960.

Luego, atendido que EMAZA es una empresa pública creada por ley, que acorde con lo dispuesto en el artículo 1º, inciso segundo, de la LOCBGAE, forma parte de ésta, debe someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, de acuerdo con lo que establecen los artículos 6º de la CPR y 2 de la LOCBGAE.

De lo anterior puede apreciarse que constituye una exigencia indispensable para la juridicidad de la actuación de esta empresa pública que las facultades que se le han conferido, entre otras, la de administrar el patrimonio público que el legislador le otorgó, se ejerciten con miras a lograr los fines que la ley le ha encargado, esto es, atender el abastecimiento de productos esenciales a la población en comunas aisladas que no cuenten con proveedores particulares de dichos bienes. La función pública de

la empresa así descrita por el legislador, estaría siendo desarrollada, en los hechos, por las personas naturales con quienes ha celebrado los contratos ya indicados.

Lo precedentemente señalado consta, además, en la Memoria del Comité de Empresas de COREO (SEP), del año 2006, publicada en la página web del mencionado Comité, donde se expresa que en virtud del Plan de Acción Estratégica aprobado por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y el SEP para los años 2000-2006, se modificó la modalidad de operación de EMAZA, desde el abastecimiento en forma directa a un abastecimiento indirecto con participación de privados. Añade que "En cumplimiento a lo anterior EMAZA externalizó, con la sola excepción de Isla de Pascua que es atendida por EMAZA, la operación comercial de la totalidad de sus almacenes de ventas a ex funcionarios de la empresa, quienes operan comercialmente dichos locales como empresarios privados. Esta externalización o nueva forma de operar permitió mejorar los horarios de atención al público consumidor, diversificar la oferta de productos, disminuir los costos de control y la dotación de personal de la empresa y optimizar el uso de los recursos financieros fiscales".

Asimismo, resulta pertinente atender a lo dispuesto en el dictamen 41.158, de 1997 –que aplica el criterio contenido en el dictamen 6.724, de 1995, entre otros–, que consigna que en ningún caso los contratos que se celebren pueden significar una limitación o impedimento al ejercicio de las funciones propias, de EMAZA en este caso, por lo que las amplias facultades que su ley orgánica le otorga a esta empresa no comprende la de desprenderse de una parte sustancial de sus bienes y con los cuales cuenta para el cumplimiento de sus funciones.

En este sentido, las empresas públicas son organizaciones de la Administración del Estado que responden a fines públicos y se sujetan a estatutos de derecho público. Además, este tipo de empresas se encuentran reconocidas y amparadas en la CPR y deben cumplir con objetivos sociales específicos, que no guardan necesariamente relación con el principio de eficacia económica. Así, de acuerdo a su propia ley orgánica, EMAZA sólo puede realizar actos de comercialización en el mercado de abastecimiento de productos que tengan la categoría de esenciales, es decir, indispensables para la población, en tanto que dicha comercialización debe realizarse en zonas aisladas y donde la ausencia de proveedores constituya un motivo calificado para evaluar la intervención de la empresa. Por lo tanto, el servicio público que presta esta empresa en zonas consideradas aisladas no puede ser prestado por terceros sin que exista una habilitación legal para ello.

En consecuencia, de los hechos y antecedentes expuestos, queda de manifiesto la efectividad del traspaso del giro de la aludida empresa pública a particulares, lo que acorde con la jurisprudencia citada no resulta admisible en derecho.

CONCLUSIÓN

Una empresa del Estado no puede externalizar aquellos servicios que constituyen su giro, es decir, aquellos mediante los cuales cumple los fines que el legislador le ha encargado, si no posee habilitación legal expresa para ello.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta decisión es relevante, considerando el caso y las políticas de flexibilización de gestión en empresas y servicios públicos. Bajo el estándar de esta decisión, no puede un organismo administrativo externalizar sus actividades, bajo el pretexto de que de ese modo es más eficiente, sin que exista norma legal expresa que autorice tal externalización, pues por tal vía se estaría produciendo una especie de privatización encubierta de la actividad o cometido público entregado a la entidad.

TEXTO COMPLETO

Nº 17.210 Fecha: 15-IV-2008

La División de Auditoría Administrativa solicita un pronunciamiento acerca del denominado "proceso de externalización" que ha llevado a cabo la Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas (EMAZA), descrito en su Informe Nº 107/2007, sobre Auditoría a Estados Financieros e Informe de Observaciones de la Auditoría realizada a la mencionada empresa.

De acuerdo a lo que allí se expone, EMAZA aparece entregando a personas naturales, en su mayoría ex funcionarios de la empresa, la explotación, operación o administración de sus puntos de venta o agencias o subagencias, según consta de los contratos de comodato de inmuebles, de arrendamiento de bienes muebles y de abastecimiento al por mayor; celebrados por esa empresa y que se han tenido a la vista, además de lo expresado por ella misma en su oficio VP Nº 200/2007, en el que solicita informe sobre la forma de dar de baja sin enajenación los bienes muebles que indica (Referencia Nº 62.392, de 2007).

Lo anterior consta además del oficio VP Nº 354/2007 (Referencia Nº 3.008, de 2008), de esa empresa, por el que consulta acerca de la propiedad de las construcciones efectuadas en inmuebles de ella con recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional.

De tal modo, de los antecedentes consignados se advierte que EMAZA está traspasando a particulares lo que es parte sustancial de sus bienes y las funciones que le son propias, cuales son "atender el abastecimiento de productos esenciales a la población en comunas aisladas que no cuenten con proveedores particulares de dichos bienes", según lo prescribe el artículo 2º del decreto con fuerza de ley Nº 274, de 1960, del Ministerio de Hacienda, que contiene el Estatuto Orgánico de esta empresa.

Esa División adjunta Informe en Derecho elaborado por don Enrique Silva Cimma, a solicitud de la propia empresa, que expresa que los contratos mediante los cuales se materializa la externalización pueden ser considerados ilegales, por las razones que latamente expone, y manifiesta que concuerda con el criterio sostenido por la jurisprudencia de este Organismo de Control en los dictámenes Nºs. 9.188 y 11.160, de 1989; 2.601, de 1996 y 5.014, de 2004.

Al respecto, esta División cumple con señalar que comparte el criterio de la improcedencia jurídica de la externalización en análisis, sostenido por el Área Empresas de la División de Auditoría Administrativa.

Lo anterior, por cuanto EMAZA es una empresa del Estado, creada por el decreto con fuerza de ley Nº 274, de 1960, del Ministerio de Hacienda, de duración indefinida, con personalidad jurídica y patrimonio propio; se relaciona con el Supremo Gobierno por intermedio del Ministerio de Economía, a quien le corresponde la fijación de la política general de la Institución y su administración está a cargo de un Consejo.

A su vez, el artículo 2º del citado decreto con fuerza de ley señala que su objeto es "atender el abastecimiento de productos esenciales a la población en comunas aisladas que no cuenten con proveedores particulares de dichos bienes".

En relación a los fines de la empresa en cuestión; es menester recordar que la ley Nº 18.899 transformó la Empresa de Comercio Agrícola, ECA, en la actual EMAZA, especificando su giro, en términos de limitar su actividad empresarial a un plano estrictamente subsidiario, consistente en el abastecimiento de productos esenciales de la población en comunas aisladas del país que no cuenten con proveedores particulares de dichos bienes.

Sobre el particular, es útil manifestar que el Vicepresidente Ejecutivo de EMAZA la representa y administra legalmente, quedando "especialmente facultado para comprar, adquirir, vender, transferir o arrendar toda clase de bienes muebles o inmuebles (…)", pudiendo "celebrar y ejecutar todos los actos, contratos y convenciones necesarios para la consecución de los fines de la Empresa y suscribir los instrumentos públicos y privados correspondientes", conforme lo dispone el artículo 8º del citado decreto con fuerza de ley Nº 274, de 1960.

Luego, atendido que EMAZA es una empresa pública creada por ley, que acorde con lo dispuesto en el artículo 1º, inciso segundo, de la ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, forma parte de ésta, debe someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, de acuerdo con lo que establecen los artículos 6º de la Constitución Política de la República y 2º del texto legal citado.

De lo transcrito anteriormente, puede apreciarse que constituye una exigencia indispensable para la juridicidad de la actuación de esta empresa pública que las facultades que se le han conferido, entre otras, la de administrar el patrimonio público que el legislador le otorgó, se ejerciten con miras a lograr los fines que la ley le ha encargado, esto es, atender el abastecimiento de productos esenciales a la población en comunas aisladas que no cuenten con proveedores particulares de dichos bienes. La función pública de la empresa así descrita por el legislador, estaría siendo desarrollada, en los hechos, por las personas naturales con quienes ha celebrado los contratos ya indicados.

Lo precedentemente señalado consta, además, en la Memoria del Comité de Empresas de CORFO (SEP), del año 2006, publicada en la página web del mencionado Comité, donde se expresa que en virtud del Plan de Acción Estratégica aprobado por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y el SEP para los años 2000-2006, se modificó la modalidad de operación de EMAZA, desde el abastecimiento en forma directa a un abastecimiento indirecto con participación de privados. Añade que "En cumplimiento a lo anterior EMAZA externalizó, con la sola excepción de Isla de Pascua que es atendida por EMAZA, la operación comercial de la totalidad de sus almacenes de ventas a ex funcionarios de la empresa, quienes operan comercialmente dichos locales como empresarios privados. Esta externalización o nueva forma de operar permitió mejorar los horarios de atención al público consumidor, diversificar la oferta de productos, disminuir los costos de control y la dotación de personal de la empresa y optimizar el uso de los recursos financieros fiscales".

Asimismo, resulta pertinente atender a lo dispuesto en el dictamen Nº 41.158, de 1997 –que aplica el criterio contenido en el dictamen Nº 6.724, de 1995, entre otros–, que consigna que en ningún caso los contratos que se celebren pueden significar una limitación o impedimento al ejercicio de las funciones propias, de EMAZA en este caso, por lo que las amplias facultades que su ley orgánica le otorga a esta empresa no comprende la de desprenderse de una parte sustancial de sus bienes y con los cuales cuenta para el cumplimiento de sus funciones.

En este sentido, las empresas públicas son organizaciones de la Administración del Estado que responden a fines públicos y se sujetan a estatutos de Derecho Público. Además, este tipo de empresas se encuentran reconocidas y amparadas en la Constitución y deben cumplir con objetivos sociales específicos, que no guardan necesariamente relación con el principio de eficacia económica. Así, de acuerdo a su propia ley orgánica, EMAZA sólo puede realizar actos de comercialización en el

mercado de abastecimiento de productos que tengan la categoría de esenciales, es decir, indispensables para la población, en tanto que dicha comercialización debe realizarse en zonas aisladas y donde la ausencia de proveedores constituya un motivo calificado para evaluar la intervención de la empresa. Por lo tanto, el servicio público que presta esta empresa en zonas consideradas aisladas no puede ser prestado por terceros sin que exista una habilitación legal para ello.

En consecuencia, de los hechos y antecedentes expuestos, queda de manifiesto la efectividad del traspaso del giro de la aludida empresa pública a particulares, lo que acorde con la jurisprudencia citada no resulta admisible en derecho.

Precisado lo anterior, y en relación con las consultas formuladas por EMAZA, cabe señalar, en primer término, en cuanto a la forma de dar de baja sin enajenación los bienes muebles que indica que, si bien esa empresa cuenta con facultades para administrar su patrimonio, pudiendo transferir sus bienes, tales atribuciones, como se ha visto, sólo pueden ejercerse en la medida que ello sea necesario para el cumplimiento de sus fines,

En este contexto, la materia planteada, esto es, el procedimiento para dar de baja bienes deteriorados de la recurrente, se encuentra aclarada en el dictamen Nº 42.828, de 2005; de este Organismo de Control, que dispone que es procedente aplicar en casos como el presente el artículo 24, inciso quinto, del decreto ley Nº 1.939, de 1977, sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, y agrega que el inciso sexto de dicho artículo permite donar las especies a que se refiere el inciso anterior, o los residuos de ellas, a otras instituciones, entidades y personas que indica. El citado oficio aplica, por lo demás, el criterio contenido en los dictámenes Nºs. 73, de 2003 y 42.384, de 1997.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta necesario señalar que para aplicar el procedimiento establecido en el inciso quinto del artículo 24, del citado decreto ley Nº 1.939, de 1977, EMAZA deberá proceder a declarar los bienes muebles inutilizables, destruidos o deteriorados, mediante el correspondiente acto administrativo.

En relación con lo anterior, el ínfimo valor unitario por los años de uso de los bienes muebles descritos en el listado que se ha acompañado, permite presumir su deterioro o destrucción, aspecto que debe ser calificado por esa empresa y declarado formalmente.

Además, es menester hacer presente la improcedencia de aplicar el inciso séptimo del artículo 161 del decreto ley Nº 574, de 1974, como propone la empresa recurrente, por cuanto fue derogado por el artículo 99 del decreto ley Nº 1.939, de 1977.

Enseguida, y respecto a la consulta acerca de las edificaciones construidas sobre bienes raíces de propiedad de EMAZA con recursos FNDR, cabe señalar que el dictamen Nº 29.076, de 2007, emitido a solicitud de la misma recurrente y que aplica la jurisprudencia administrativa existente sobre la materia, ha expresado, en lo que interesa, que las edificaciones construidas sobre suelo ajeno pasan al dominio del dueño del terreno en que se edificó, según las reglas generales del derecho común, contempladas en los artículos 668 y 669 del Código Civil.

Sobre el particular, cabe precisar que, no obstante que la empresa recurrente se hizo dueña de las edificaciones construidas sobre los terrenos inscritos a su nombre, en este caso específico, por haberse realizado con recursos del FNDR, pasó a ser dueña de lo construido por aplicación del artículo 70, letra f), de la ley Nº 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, que prescribe, en lo que interesa, que "El dominio de los bienes inventariables, muebles o inmuebles, que se adquieran o construyan con recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional, se entenderá transferido a las entidades encargadas de su administración o de la prestación del servicio correspondiente, en los términos del convenio respectivo, sean públicas o

privadas sin fines de lucro, que atiendan servicios de utilidad pública, desde el momento en que estos bienes sean asignados por el intendente a dichas entidades".

Acorde con lo anterior, en el evento que hubiese sido el gobierno regional quien asumió directamente la gestión del proyecto consistente en la construcción de un inmueble en un terreno de EMAZA, debe entenderse transferido a dicha empresa la referida obra, en la medida que se cumpla con los supuestos establecidos en la citada disposición legal, esto es, que sea en los términos del convenio celebrado y que el intendente asigne los bienes a la entidad encargada de su administración o de la prestación del servicio correspondiente.

MATERIA
Enajenación de empresas del Estado

ÓRGANO COMPETENTE
Tribunal Constitucional
Tipo de recurso: Inconstitucionalidad Proyecto de Ley (art. 82 Nº 2 CPR)
Rol: 134
Fecha: 09.09.1991
Resultado recurso: Rechazado.
Ministros mayoría: Marcos Aburto Ochoa, Manuel Jiménez Bulnes, Hernán Cereceda Bravo, Luz Bulnes Aldunate, Ricardo García Rodríguez y Eugenio Velasco Letelier.
Ministro minoría: Osvaldo Faúndez Vallejos.
Ministro redactor: Eugenio Velasco Letelier.
Requirentes: Senadores Olga Feliú Segovia, Julio Lagos Cosgrove, Mario Ríos Santander, Francisco Prat Alemparte, Hugo Ortiz de Filippi, Alberto Cooper Valencia, Ronald Mac-Intyre Mendoza, Sergio Romero Pizarro y Bruno Siebert Held.

DESCRIPTORES
Actividad Empresarial del Estado – Ley de Quórum Calificado – Enajenación Empresas del Estado

PRINCIPIO JURÍDICO
La enajenación de empresas del Estado requiere de ley simple.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Arts. 19 Nº 21, 60 Nº 10 y 63 CPR; Art. 39 Ley Nº 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional; Arts. 1º y 10 Ley Nº 18.846 Autoriza la Actividad Empresarial del Estado en Materia de Administración y Explotación de la Zona Franca de Iquique.

DISPOSICIÓN CUYA INCONSTITUCIONALIDAD SE SOLICITA
Proyecto de ley que deja sin efecto la obligación del Estado de vender las acciones que posee en la sociedad anónima que administra y explota la Zona Franca de Iquique, deber que había sido impuesto por la misma ley que lo había autorizado a desarrollar tales actividades económicas.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Es necesario obtener autorización mediante ley de quórum calificado para que el Estado enajene sus empresas?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
Mediante la Ley Nº 18.846, que es de quórum calificado, se autorizó al Estado para desarrollar actividades empresariales en materia de administración y explotación de la Zona Franca de Iquique (artículo 1º), mediante la constitución de una sociedad anónima que pertenezca en un 99% a la Corporación de Fomento de la Producción

y en un 1% al Fisco de Chile. La misma ley estableció, en su artículo 10 que se venderá las acciones de propiedad de ambos dueños, en determinados porcentajes y plazos contados desde la fecha de constitución de la sociedad.

Posteriormente, se aprobó la Ley Nº 18.983, que prorrogó por el término de un año desde el 30 de mayo de 1990, los plazos establecidos en el artículo 10 de la Ley Nº 18.846.

Se presentó un proyecto de ley mediante la que se deroga el artículo 10 de la Ley Nº 18.846, eliminando la obligación de la Corporación de Fomento de la Producción de enajenar la sociedad anónima Zona Franca de Iquique. Un grupo de 9 senadores, que representa más de la cuarta parte de los senadores en ejercicio, requirieron al Tribunal Constitucional por considerar que este proyecto de ley no se ajusta a la CPR.

ALEGACIONES

El proyecto impugnado vulnera el artículo 19 Nº 21 de la CPR, ya que autoriza actividades empresariales del Estado en forma indefinida al derogar el artículo 10 de la Ley Nº 18.846 (cuerpo normativo que si bien en su artículo 1º había permitido al Estado ejercer la administración y explotación de la Zona Franca de Iquique, lo hizo por un plazo breve al ordenar el artículo 10 la privatización de la empresa), sin que la aprobación del proyecto de ley se haya dado por la mayoría absoluta de los parlamentarios de ambas Cámaras del Congreso. Dicha falta de quórum infringe además el artículo 63 inciso segundo de la CPR.

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

De los artículos 63 de la CPR y 39 de la Ley Nº 17.997 Orgánica del Tribunal Constitucional se desprende que el carácter de ley orgánica constitucional o de ley de quórum calificado se asigna a determinadas normas legales en el sentido de preceptos específicos, de tal manera que dentro de un mismo cuerpo legal pueden coexistir y coexisten preceptos que tienen esa naturaleza junto con otros que constituyen simplemente leyes comunes. Es, pues, necesario analizar precepto por precepto para desentrañar su verdadera condición jurídica (C. 2).

El artículo 1º de la Ley Nº 18.846 autorizó al Estado para desarrollar actividades empresariales en materia de administración y explotación de la Zona Franca de Iquique, lo cae de lleno en la regla básica del artículo 19 Nº 21 de la CPR. En consecuencia, el artículo 1º en referencia es una ley de quórum calificado y como tal fue considerada y aprobada en la Junta de Gobierno (C. 3).

El artículo 10 de la Ley Nº 18.846 tuvo como objetivo y finalidad la pronta privatización de la sociedad anónima creada para la actividad empresarial del Estado con relación a la Zona Franca de Iquique, y dentro de la filosofía económica de la Constitución de 1980, expresada en el artículo 19 Nº 21 de la CPR, solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la norma

general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares. De allí que para poner en movimiento esa excepción sea necesaria una ley de quórum calificado, pero no para el regreso a la norma general, lo cual se logra mediante la privatización de la empresa estatal. Por eso no existe ninguna disposición constitucional que, para la privatización de una empresa estatal exija ley de quórum calificado, como el artículo 19 Nº 21 de la CPR lo hace para el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado o de sus organismos. Debe, entonces, concluirse que el artículo 10 de la Ley Nº 18.846 no tiene el carácter de ley de quórum calificado (C. 5).

A idéntica conclusión se llega si se analiza el problema desde otro ángulo: el artículo 10 en examen estatuye una obligación para el Fisco y para la Corporación de Fomento de la Producción cual es la de vender sus acciones en la sociedad anónima creada por ella misma para la administración y explotación de la Zona Franca de Iquique, en la forma y en los plazos que señala. Se trata, por consiguiente, de una ley de las que menciona en forma expresa la CPR en su artículo 60 Nº 10, cuando dispone que sólo en virtud de una ley es posible fijar normas "sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión", leyes que no son de quórum calificado desde que no hay precepto constitucional que así lo disponga (C. 6).

Así, es inevitable concluir que el artículo 10 de la Ley Nº 18.846 es una ley común que no necesita de quórum calificado y que, en consecuencia, otra ley que la modifique o derogue tiene igual carácter y tampoco requiere, para su aprobación en el Congreso, de quórum calificado (C. 7).

CONCLUSIÓN

No es necesario obtener autorización mediante ley de quórum calificado para que el Estado enajene sus empresas, por cuanto la excepción es que el Estado desarrolle actividades empresariales, siendo la norma general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares, por lo que para volver a esta última, lo que se logra en este caso mediante la enajenación indicada, no se requiere ley de quórum calificado.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

El TC aclara que si bien para que el Estado o sus organismos desarrollen actividades económicas se requiere de una autorización otorgada mediante ley de quórum calificado, para la enajenación de las empresas creadas bajo ese estatuto (privatización) no es necesario más que una autorización otorgada por ley simple, lo que implica analizar la regla del artículo 19 Nº 21 de la CPR sólo desde la perspectiva del ingreso al mercado de parte de los organismos administrativos.

TEXTO COMPLETO

Santiago, nueve de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

VISTOS:

Con fecha 13 de agosto recién pasado, los Honorables Senadores señora Olga Feliú S., y señores Julio Lagos C., Mario Ríos S., Francisco Prat A., Hugo Ortiz de Filippi, Sergio Díez U., Enrique

Larre A., Miguel Otero L., Alberto Cooper V., Ronald Mac-Intyre M., Sergio Romero P. y Bruno Siebert H., que representan más de la cuarta parte de los senadores en ejercicio, han hecho uso de la facultad que confiere el artículo 82, inciso primero, Nº 2º e inciso cuarto de la Constitución Política en relación con los artículos 38 a 45 de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal y han requerido para que se declare la inconstitucionalidad del Nº 1 del artículo 3º del proyecto de ley que modifica la Ley Nº 6.640, Orgánica de la Corporación de Fomento de la Producción, por transgredir las disposiciones de los artículos 19, Nº 21, y 63 de la Constitución Política de la República.

En apoyo de su requerimiento sostienen:

La Ley Nº 18.846, de 8 de noviembre de 1989, que es de quórum calificado en conformidad con el artículo 19, Nº 21 de la Constitución Política, autorizó al Estado, en su artículo 1º, para desarrollar actividades empresariales en materia de administración y explotación de la Zona Franca de Iquique, disponiendo que se constituiría una sociedad anónima que perteneciera en un 99% a la Corporación de Fomento de la Producción y en un 1% al Fisco de Chile.

Pero la misma ley, agregan, en su artículo 10 ordenó que esta sociedad anónima estatal se privatizara en su totalidad, señalando la forma y el plazo en que este proceso debería llevarse a efecto. El plazo fue de 90 días, contado desde la fecha de constitución de la sociedad y venció el 30 de mayo de 1990, según lo reconoce el propio Mensaje.

Aduciendo que se requería de mayor plazo para analizar la situación y para determinar el destino definitivo de la sociedad anónima estatal, se aprobó la Ley Nº 18.983 que prorrogó por el término de un año, a contar del 30 de mayo de 1990, los plazos establecidos en el artículo 10 de la Ley Nº 18.846.

Afirman que en el proyecto de ley que se cuestiona, el Ejecutivo ha propuesto restablecer la vigencia, con carácter permanente, a contar del 1º de enero de 1991, de la facultad de la Corporación de Fomento de la Producción para enajenar sus bienes y, en el artículo 3º, Nº 1º, deroga el artículo 10 de la Ley Nº 18.846, es decir, elimina la obligación que pesa sobre la mencionada Corporación de enajenar la Sociedad Anónima Estatal Zofri S.A. y, en virtud de esa derogación, la actividad empresarial del Estado se prolonga indefinidamente, sin que exista una ley de quórum calificado que así lo disponga.

El proyecto de ley en análisis modifica una ley de quórum calificado como lo es la Nº 18.846, sin cumplir con el requisito de tener igual carácter. Es decir, sólo por otra ley de quórum calificado se puede autorizar al Estado para que prolongue indefinidamente en el tiempo, una autorización concedida por un plazo breve y determinado: sólo hasta el mes de mayo de 1990.

La Ley Nº 18.846 constituye un solo todo en sus catorce artículos. El artículo 1º, que autoriza al Estado para desarrollar actividades empresariales en materia de administración y explotación de la Zona Franca de Iquique, no puede considerarse separadamente del artículo 10, que establece la forma y el plazo en que dicha empresa debe privatizarse.

En consecuencia, el proyecto cuya constitucionalidad se cuestiona, infringe el artículo 19, Nº 21 de la Constitución Política por autorizar las actividades empresariales del Estado en forma indefinida, al derogar el artículo 10 de la Ley Nº 18.846 que, junto con autorizar tal actividad, la había limitado a un plazo breve, sin que su aprobación se haya producido por la mayoría absoluta de los parlamentarios de ambas ramas del Congreso. Infringe, igualmente, el artículo 63, inciso segundo de la Carta Fundamental, por modificar una ley de quórum calificado sin el requisito de hacerlo por la mayoría de los Diputados y Senadores en ejercicio, como lo exige dicha norma.

De acuerdo con lo que demanda el artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue puesto en conocimiento del Presidente de la República, de la H. Cámara de Diputados y del H. Senado.

El Presidente de la República y el Presidente en ejercicio de la Cámara de Diputados sostuvieron, en síntesis, que dentro de una "ley" como sinónimo de "cuerpo legal", puede haber disposiciones de quórum calificado y otras propias de ley común, por lo cual pueden requerir mayorías distintas para su aprobación, verdad ésta que ha sido reconocida jurisprudencialmente en forma reiterada por este Tribunal; que si bien es cierto que el artículo 1º de la Ley Nº 18.846 es de quórum calificado, el artículo 10 no tiene ese carácter porque se refiere a la forma de enajenar bienes del Estado, materia que es propia de una ley común, y porque esta norma no da plazo para privatizar sino que se limita a señalar ciertos plazos para hacer ofertas de ventas a los sectores que indica, de manera que lleva implícita la posibilidad de que las acciones permanezcan en poder de la Corporación y del Fisco por tiempo indeterminado. En suma, el artículo 10 en examen no es de quórum calificado y, por lo mismo, el precepto que lo deroga tampoco tiene ese carácter.

Por todo ello, pidieron el rechazo del requerimiento.

El Presidente del Senado expresó únicamente que el Nº 1º del artículo 3º del Proyecto cuya inconstitucionalidad se ha objetado, fue aprobado como ley común correspondiendo en definitiva al Tribunal Constitucional determinar su verdadera naturaleza.

Con fecha 3 de septiembre la Corporación de Fomento de la Producción acompañó un informe en derecho del profesor señor Alejandro Silva Bascuñán que el Tribunal ordenó agregar a los antecedentes.

Se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

1º. Que el requerimiento sostiene la inconstitucionalidad del artículo 3º, Nº 1º del proyecto de ley que modifica la Ley Nº 6.640, Orgánica de la Corporación de Fomento de la Producción, por estimar que no fue aprobado en el Congreso con el número de votos que requiere una ley de quórum calificado, naturaleza que incuestionablemente tendría desde que deroga el artículo 10 de la Ley Nº 18.846, que a su vez es precepto de quórum calificado, según las razones que ha expuesto y que se han mencionado en la parte expositiva;

2º. Que como resulta con claridad de los artículos 63 de la Constitución Política y 39 de la Ley Nº 17.997, Orgánica del Tribunal Constitucional, el carácter de ley orgánica constitucional o de ley de quórum calificado se asigna a determinadas normas legales en el sentido de preceptos específicos, de tal manera que, como este Tribunal Constitucional ha decidido de manera reiterada y permanente, dentro de un mismo cuerpo legal pueden coexistir y coexisten preceptos que tienen esa naturaleza junto con otros que constituyen simplemente leyes comunes. Es, pues, necesario analizar precepto por precepto para desentrañar su verdadera condición jurídica;

3º. Que el artículo 1º de la Ley Nº 18.846, de 8 de noviembre de 1989, dispuso: "Autorízase al Estado para desarrollar actividades empresariales en materia de administración y explotación de la Zona Franca de Iquique". Aunque esta norma legal reiteró lo que ya, con mucha anterioridad, había dispuesto el texto definitivo del Decreto Ley Nº 1.055, de 1975, modificado por el Decreto Ley Nº 1.845, de 4 de agosto de 1977, al dar origen a las Zonas Francas de Iquique y Punta Arenas y crear la Junta de Administración y Vigilancia de la Zona Franca de Iquique, cae de lleno en la regla básica del artículo 19, Nº 21 de la Constitución Política de la República que, tras señalar como garantía constitucional "El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea

contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen", agrega: "El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado". En consecuencia, el artículo 1º en referencia es una ley de quórum calificado y como tal fue considerada y aprobada en la H. Junta de Gobierno;

4º. Que el artículo 10 de la misma Ley Nº 18.846 dispuso: "Artículo 10.- El Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción venderán al público, desde la fecha de la constitución, el 34% de las acciones de su propiedad en la sociedad anónima a que se refiere esta ley.

"Un 33% será ofrecido en venta directa, por un plazo de 90 días contado desde la fecha de dicha constitución, a los trabajadores de la Junta de Administración y Vigilancia de la Zona Franca de Iquique y a los trabajadores de los usuarios de Zona Franca de Iquique. Para tal efecto, la Corporación de Fomento de la Producción les otorgará un crédito cuyo monto se establecerá en relación a su remuneración y antigüedad y que tendrá un plazo mínimo de cinco años, siendo determinadas por la propia Corporación las demás condiciones del crédito, las que no podrán ser superiores a las del mercado bancario.

"El otro 33% será ofrecido en venta directa, por el mismo plazo de 90 días ya indicado, para su adquisición por los usuarios de la Zona Franca.

"Vencidos los plazos antes indicados, las acciones que no hubieren sido enajenadas así, serán vendidas al público";

5º. Que a este respecto, el requerimiento afirma con razón que la Ley Nº 18.846, junto con autorizar en su artículo 1º al Estado para desarrollar actividades empresariales en materia de administración y explotación de la Zona Franca de Iquique y la constitución de una sociedad anónima para la ejecución de esa finalidad, ordenó en el artículo 10 que dicha sociedad se privatizara en su totalidad, señalando la forma y el plazo en que este proceso debería llevarse a efecto. En otras palabras, el aludido artículo 10 tuvo como objetivo y finalidad la pronta privatización de la sociedad anónima creada para la actividad empresarial del Estado con relación a la Zona Franca de Iquique; y dentro de la filosofía económica de la Constitución de 1980, expresada en el artículo 19, Nº 21 antes transcrito, solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la norma general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares. De allí que para poner en movimiento esa excepción sea necesaria una ley de quórum calificado, pero no para el regreso a la norma general, lo cual se logra mediante la privatización de la empresa estatal. Por eso no existe ninguna disposición constitucional que, para la privatización de una empresa estatal exija ley de quórum calificado, como el citado artículo 19, Nº 21, lo hace para el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado o de sus organismos. Debe, entonces, concluirse que el artículo 10 de la Ley Nº 18.846 no tiene el carácter de ley de quórum calificado;

6º. Que a idéntica conclusión se llega si se analiza el problema desde otro ángulo: el artículo 10 en examen estatuye una obligación para el Fisco y para la Corporación de Fomento de la Producción cual es la de vender sus acciones en la sociedad anónima creada por ella misma para la administración y explotación de la Zona Franca de Iquique, en la forma y en los plazos que señala. Se trata, por consiguiente, de una ley de las que menciona en forma expresa la Constitución Política en su artículo 60, Nº 10 cuando dispone que sólo en virtud de una ley es posible fijar normas "sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión", leyes que no son de quórum calificado desde que no hay precepto constitucional que así lo disponga;

7º. Que de esta manera es inevitable concluir que el artículo 10 de la Ley Nº 18.846 es una ley común que no necesita de quórum calificado y que, en consecuencia, otra ley que la modifique o derogue tiene igual carácter y tampoco requiere, para su aprobación en el Congreso, de quórum calificado, como ocurre con el artículo 3º, Nº 1º del proyecto de ley que ha derogado dicho artículo 10 de la Ley Nº 18.846.

Y, VISTO, lo dispuesto en los artículos 19, Nº 21, 60, Nº 10 y artículo 82, Nº 2º de la Constitución Política y artículos 38 a 45 de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE DECLARA:

Que no ha lugar al requerimiento de fojas 1 formulado por los señores Senadores individualizados en la parte expositiva y que constituyen más de la cuarta parte de los senadores en ejercicio, por el cual se pide que el Tribunal declare la inconstitucionalidad del artículo 3º, Nº 1º del proyecto de ley que modifica la Ley Nº 6.640, Orgánica de la Corporación de Fomento de la Producción.

Acordada con el voto en contra del Ministro don Osvaldo Faúndez, quien fue de opinión de acoger el requerimiento de fojas 1 y declarar, en consecuencia, la inconstitucionalidad del proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica de la Corporación de Fomento de la Producción y otros textos legales relacionados con dicha institución, en la parte en que por el Nº 1º de su artículo 3º deroga el artículo 10 de la Ley Nº 18.846, por las consideraciones que pasa a exponer:

1º) Que para llegar a precisar el real sentido y alcance de las disposiciones de los artículos 1º y 10 de la referida Ley Nº 18.846, de manera que entre ellas exista la debida correspondencia y armonía dentro del contexto de dicho cuerpo legal, necesario se hace transcribir el contenido de una y otra. Se dice en la primera: "Autorízase al Estado para desarrollar actividades empresariales en materia de administración y explotación de la Zona Franca de Iquique", y se expresa en la segunda: "El Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción venderán al público, desde la fecha de la constitución, el 34% de las acciones de su propiedad en la sociedad anónima a que se refiere esta ley.

"Un 33% será ofrecido en venta directa, por un plazo de 90 días contado desde la fecha de dicha constitución, a los trabajadores de la Junta de Administración y Vigilancia de la Zona Franca de Iquique y a los trabajadores de los usuarios de Zona Franca de Iquique. Para tal efecto, la Corporación de Fomento de la Producción les otorgará un crédito cuyo monto se establecerá en relación a su remuneración y antigüedad y que tendrá un plazo mínimo de cinco años, siendo determinadas por la propia Corporación las demás condiciones del crédito, las que no podrán ser superiores a las del mercado bancario.

"El otro 33% será ofrecido en venta directa, por el mismo plazo de 90 días ya indicado, para su adquisición por los usuarios de la Zona Franca.

"Vencidos los plazos antes indicados, las acciones que no hubieren sido enajenadas así, serán vendidas al público".

2º) Que de la apreciación conjunta y armónica de los preceptos transcritos, hecha en el entorno que proporcionan los demás que integran la ley que los contiene, fluye que existe entre ellos una vinculación tan estrecha y profunda que los hace en el fondo uno solo, en términos de que el primero, ausente el segundo, cambia su naturaleza propia y se transforma en otro distinto, de significación y efecto del todo diversos, pues si el artículo 1º de la ley citada autoriza al Estado para desarrollar actividades empresariales en materia de administración y explotación de la Zona Franca de Iquique y el artículo 10 de la misma establece de manera circunstanciada e imperativa la forma y las condiciones en que la respectiva empresa debe privatizarse, lógico es considerar que la autorización otorgada por el primero está limitada y condicionada en el tiempo por la privatiza-

ción que el último ordena de la empresa de que se trata y que, por ello, si se elimina la obligación legal de privatizarla, la dicha autorización del Estado para desarrollar actividades empresariales se desnaturaliza en su concepción original y existente en forma tal que se transforma en otra, en una nueva, que nace para durar indefinidamente;

3º) Que al tenor de lo dispuesto por los artículos 19, Nº 21, y 63, inciso tercero, de la Constitución Política de la República, el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza, y las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los Diputados y Senadores en ejercicio. Luego, y de acuerdo con todo lo razonado y con los antecedentes proporcionados a este Tribunal, la nueva autorización que, al derogarse el artículo 10 tantas veces citado, se concede al Estado para que desarrolle actividades empresariales sin condiciones ni plazo, como toda otra de la misma índole, necesita para su aprobación legislativa de quórum calificado, requisito que en el caso del proyecto impugnado no se ha cumplido;

4º) Que, en tales condiciones, de manera natural y espontánea se llega a la conclusión definitiva de que el proyecto de ley que introduce modificaciones a la Ley Nº 6.640, Orgánica de la Corporación de Fomento de la Producción y a otros cuerpos legales relacionados con esa institución es inconstitucional en la parte en que por el Nº 1º de su artículo 3º deroga el artículo 10 de la Ley Nº 18.846, por no haber sido aprobada esta derogación –que vendría a autorizar al Estado para desarrollar por tiempo indefinido y sin condiciones actividades empresariales en la empresa Zofri S.A.– por el quórum calificado que para el efecto requiere la Constitución Política de la República.

Redactó la sentencia el Ministro señor Velasco y la disidencia su autor.

Comuníquese, regístrese y archívese.

Rol Nº 134.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional integrado por su Presidente don Marcos Aburto Ochoa y por sus Ministros señores Manuel Jiménez Bulnes, Hernán Cereceda Bravo, señora Luz Bulnes Aldunate, Ricardo García Rodríguez, Eugenio Velasco Letelier y Osvaldo Faúndez Vallejos.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

MATERIA
Actividad Empresarial del Estado

ÓRGANO COMPETENTE
Tribunal Constitucional
Tipo de recurso: Inaplicabilidad precepto legal (art. 93 Nº 6 CPR)
Rol: 467
Fecha: 14.11.2006
Resultado recurso: Rechazado
Ministros mayoría: josé Luis Cea Egaña, Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes.
Ministro redactor: Enrique Navarro Beltrán.
Requirente: Sociedad Visal Limitada.

DESCRIPTORES
Actividad Empresarial del Estado – Autorización – Derecho a Desarrollar Cualquier Actividad Económica – Concesión – Derecho de Propiedad – Puertos – Muellaje.

PRINCIPIO JURÍDICO
Que una empresa del Estado pueda efectuar una licitación pública no implica permitirle desarrollar la actividad económica a licitar.

Conceder una autorización no implica la petrificación de la normativa legal vigente al momento de su otorgamiento.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Art. 19 Nº 21 y 24 CPR; Arts. 5º, 23 y 53 Ley Nº 19.542 Moderniza el Sector Portuario Estatal; D.S. Nº 48/1986 Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Reglamento sobre Trabajo Portuario.

CAUSA EN QUE INCIDE
Causa Rol 361-2004 caratulada "Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica", sobre nulidad de derecho público, encontrándose en apelación de la sentencia definitiva de primera instancia ante la Corte de Apelaciones de Arica bajo el Rol 635-2005.

DISPOSICIÓN CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA
Inciso segundo del artículo 23 de la Ley Nº 19.542, que permite que el directorio de la empresa, mediante licitación pública, implemente un esquema monooperador de los frentes de atraque, concesionados de conformidad a la misma ley, para lo que deberá existir, en los puertos o terminales estatales de la región, otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la licitación, operado

bajo un esquema multioperador, y en caso de que no exista tal, el directorio requerirá un informe de la Comisión Preventiva Central establecida en el D.L. Nº 211 que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia, debiendo en ese caso efectuarse la licitación conforme a los términos establecidos en el informe.

PREGUNTA JURÍDICA

¿El que una ley otorgue a una empresa estatal la facultad para llamar a licitación pública para que entes privados desarrollen una actividad distinta del giro de la empresa estatal, vulnera la Constitución en relación a la prohibición impuesta al Estado de desarrollar actividades económicas sin contar con autorización otorgada por ley de quórum calificado?

¿El otorgamiento de una autorización a un particular, para desarrollar una actividad económica, le otorga un derecho de propiedad sobre el estatuto jurídico vigente de dicha actividad al momento de ser otorgada?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La Empresa Portuaria de Arica efectuó una licitación con el fin de concesionar un sistema monooperador en los frentes de atraque 1 al 6 del puerto de Arica, para lo cual contaba con el respectivo informe favorable de la Comisión Preventiva Central establecida en el D.L. Nº 211 que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia, facultad que le reconoce el artículo 23 inciso segundo de la Ley Nº 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal.

La empresa Sociedad Visal Ltda., dedicada al muellaje en el puerto de Arica, interpuso una demanda de nulidad de derecho público en contra de la Empresa Portuaria de Arica por efectuar dicha licitación, la que fue rechazada en primera instancia y posteriormente apelada por la sociedad, quien requirió al Tribunal Constitucional para que declarara inaplicable el artículo 23 inciso segundo de la Ley Nº 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal por vulnerar diversos artículos de la CPR en el caso concreto.

ALEGACIONES

La legislación dictada durante los años sesenta (D.F.L. Nº 290 de 1960) permitía a la Empresa Portuaria de Chile un giro amplio, lo que se modificó a partir de los años ochenta, como consecuencia de la política de privatizaciones emprendida. Al excluirse del ámbito estatal los servicios portuarios de movilización (estiba, desestiba, transferencia y porteo), éstas se trasladaron al sector privado; de modo tal que el Estado, por una decisión legal (Leyes 18.042 y 18.966), se autoexcluyó de ejercer una actividad económica, pudiendo realizarla sólo en forma subsidiaria al tenor de la CPR. Ello no se vio alterado con la Ley Nº 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal y en que se crearon 10 empresas del Estado, entre las que se encuentra la Empresa Portuaria de Arica, y que son continuadoras legales de la Empresa Portuaria de Chile, no pudiendo haber adquirido estas más derechos y atribuciones que los que

tenía esta última, no encontrándose por tanto facultadas para desarrollar los servicios de movilización. Así, no es posible concesionar las labores de muellaje por parte del Estado, ya que no le pertenecen por mandato legal, y permitir la concesión de ellos implicaría que se habrían reincorporado en el objeto de la empresa, lo que solamente se podría efectuar mediante ley de quórum calificado al tenor del artículo 19 Nº 21 inciso segundo de la CPR.

Por otra parte, el artículo 19 Nº 21 inciso primero de la CPR faculta al Estado para regular, pero no para limitar la actividad económica, lo que se produciría como consecuencia del llamado a licitación bajo modalidad de monooperador que efectuó la Empresa Portuaria de Arica en virtud del precepto legal impugnado. Además, no se ajusta a la CPR que se delegue esta materia en el Directorio de la empresa, considerando el principio de reserva legal, dado que el ejercicio de toda actividad económica debe efectuarse respetando las normas legales que la regulen.

Por último, la sociedad requirente incorporó en su patrimonio un "derecho de propiedad" para emprender la actividad de muellaje, cumpliendo las normas legales, pudiendo solamente privarla de él una ley expropiatoria, calidad que no posee la Ley Nº 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal. Esta última establece una barrera de entrada para poder continuar ejerciendo la actividad a que tenía derecho y de la que se le habría impedido su continuación con la nueva normativa legal.

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

En cuanto a la primera alegación, debe indicarse que en conformidad a la ley, las labores de movilización de carga en los frentes de atraque sólo pueden ser desarrolladas por "particulares debidamente habilitados" y no por la propia empresa portuaria (artículo 5º de la Ley Nº 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal). Ello también lo señala de manera categórica el mismo artículo 23 que se impugna, al indicar que "estos servicios deberán ser prestados por empresas de muellaje habilitadas". El legislador también definió ciertos términos, entendiendo por esquema monooperador "el sistema de operación portuaria en que la movilización de carga en el frente de atraque es realizada por una única empresa de muellaje", mientras que multioperador es "el sistema de operación portuaria donde las distintas empresas de muellaje pueden prestar sus servicios en un mismo frente de atraque" (artículo 53 de la Ley que Moderniza el Sector Portuario Estatal), de todo lo cual se deduce que siempre las actividades habrán de ser realizadas por las empresas de muellaje previamente autorizadas o habilitadas y jamás por la empresa portuaria, sea que los frentes de atraque concesionados se encuentren sometidos a un esquema multioperador o monooperador. En este último caso, el precepto legal faculta expresamente al directorio de la empresa portuaria para implementarlo, mediante licitación pública, para lo cual es menester que en los respectivos puertos o terminales estatales de la región exista otro frente de atraque capaz de atender la nave, operado bajo un sistema multioperador, salvo que exista al efecto un informe favorable de la Comisión Preventiva Central (actualmente el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia), que

establezca la forma en que deba realizarse la licitación respectiva (esto último es lo que ha ocurrido en el presente caso). Así, en la especie no existe actividad empresarial del Estado, permaneciendo las labores de movilización en manos de los particulares. Lo único que ha realizado la empresa portuaria, es resolver entre una de las dos modalidades de operación que prevé la ley y, en conformidad a lo perentoriamente ordenado por el inciso segundo del artículo 23 de la Ley Nº 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal, llamar a una licitación para adjudicar la actividad referida, la que será realizada por la empresa adjudicataria, que ciertamente tendrá el carácter de privada, de modo tal que ni el Estado ni sus organismos se encuentran facultados para ejecutar tal actividad (C. 20 a 22).

En cuanto a la segunda alegación, la actividad económica que trata el presente caso, se encuentra precisamente regulada por el legislador, en el artículo 23 de la Ley Nº 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal, la que señala con absoluta precisión la forma en que debe ejercerse la actividad de muellaje, bajo la modalidad multioperador o monooperador, de modo tal que no resulta atendible la objeción que formula la requirente en cuanto a que se estaría en presencia de una regulación normativa infralegal. Así, no se trata que el Directorio de las empresas portuarias por sí y ante sí determine soberanamente las modalidades de operación del sistema. Es el propio legislador quien se encarga de señalar de manera detallada la forma en que debe ejercerse la actividad económica, cualquiera sea su modalidad, de modo que no cabe sostener que pudiera tratarse en la especie de regulaciones administrativas o de similar calificación. El precepto legal contenido en el inciso segundo del artículo 23 de la Ley Nº 19.542 no se encuentra en contradicción con el inciso primero del artículo 19 Nº 21 de la CPR, desde el momento que el ejercicio de la actividad económica de muellaje que entre otras es realizada precisamente por la empresa requirente en calidad de subcontratista la que conserva su condición de empresa habilitada se encuentra regulada expresamente en una norma legal, que señala la forma en que debe efectuarse la misma, de modo de facilitar la libre concurrencia de los diversos entes privados interesados en realizarla, estableciéndose suficientes y adecuados mecanismos para cautelar la libre competencia (C. 28 a 31).

En cuanto a la última de las alegaciones, se debe indicar que la legislación no ha privado a la requirente de la actividad que ejercía, sino que ha establecido la forma en que puede efectuarse la actividad de muellaje (en un esquema monooperador, bajo un sistema de licitación), la que ciertamente puede ser realizada por la propia peticionaria, que conserva su calidad de habilitada y que tendría en la actualidad el carácter de una empresa subcontratista. Sostener lo contrario importaría la pretensión por parte del titular de una autorización habilitante (ciertamente no convencional o contractual) de un verdadero "derecho de propiedad" sobre toda la legislación, de modo que se incorporaría al patrimonio de cualquier entidad la totalidad de la normativa vigente al momento de iniciar una actividad económica, la que se petrificaría y sólo podría modificarse previa expropiación, argumentación que no admite en principio justificación constitucional dada la naturaleza del título de la requirente.

Además, importaría en el hecho el establecimiento de una verdadera obligación de contratar sus servicios profesionales, lo que no guarda armonía alguna con el libre emprendimiento de las actividades económicas que garantiza y tutela la CPR y que en este caso expresamente resguarda la normativa contenida en el artículo 23 de la Ley Nº 19.542 (C. 36 a 38).

El Reglamento sobre Trabajo Portuario, D.S. Nº 48 de 1986, Ministerio del Trabajo y Previsión Social, establece, a grandes rasgos, que la habilitación para el ejercicio de la actividad de muellaje le compete a la Dirección de Territorio Marítimo, lo que se materializa a través de un acto administrativo en un procedimiento reglado, sin perjuicio de las respectivas autorizaciones sectoriales (C. 39).

La doctrina ha definido la autorización como "el acto de la Administración que habilita a una persona física o jurídica, pública o privada, para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente" (Enrique Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, p. 414). El mismo autor señala que dicho acto administrativo se caracteriza esencialmente: a) por la circunstancia que puede recaer tanto en particulares como en personas públicas; b) habilita indistintamente para desarrollar una actividad jurídica o una actividad material; c) es un acto unilateral, aunque sea dictado a instancia del interesado; d) es previo al acto o hecho que realiza la persona autorizada; e) no es imperativo, de modo que habilita para realizar un acto o hecho, quedando el interesado en libertad de decidir su realización; f) usualmente debe ser expresa; y g) pueden ser revocadas cuando el interés público lo exija, salvo que se hubiere acordado por plazo determinado o existan normas que limiten dicha potestad. La doctrina además ha diferenciado entre autorizaciones por operación y autorizaciones de funcionamiento, en las que existe una vinculación permanente con la administración, con el fin de tutelar el interés público, admitiéndose "la posibilidad de modificar el contenido de la autorización para adaptarlo, en forma constante, a dicha finalidad, durante todo el tiempo en que se realice la actividad autorizada" (Juan Carlos Cassagne, *La intervención administrativa,* p. 81). De esta forma, como también lo ha precisado la doctrina, la autorización presenta serias diferencias con la concesión. Esta última importa un acto esencialmente creador de derechos, mientras que la autorización permite el ejercicio de un derecho preexistente "cuyo ejercicio se halla restringido porque puede afectar la tranquilidad, la seguridad o la salubridad públicas, y por ello para dicho otorgamiento deben satisfacerse distintos requisitos que permitan al particular el ejercicio de aquel derecho previo en su interés personal, pero sin descuidar el interés colectivo o general. Es un interés personal condicionado. Por lo general está vinculada la autorización, licencia o permiso al ejercicio del poder de policía. De allí su distinción con la concesión, que es contractual y que no reconoce un derecho previo del particular, sino que se le otorga o delega sólo en función de la relación contractual, que es la que lo crea" (José Canasi, *Derecho Administrativo,* Tomo II, p. 260). Ciertamente la doctrina *ius publicista* ha cuestionado la existencia o no de un derecho previo del administrado. Así, mientras Ranelletti situaba como esencial de la autorización la preexistencia en el sujeto autorizado de un derecho subjetivo a

realizar la actividad, de modo que tendría la naturaleza más bien de un acto declarativo del contenido de dicho derecho, Otto Mayer enfatizaba la descripción del mecanismo en que la autorización actúa, levantando las prohibiciones. Por lo mismo, se ha concluido por autores modernos que "supuesto que entre una y otra concepción las diferencias no son irreductibles, se debe partir, por ser más garantista, de la existencia de un derecho o libertad en el solicitante de la autorización y considerar ésta como un acto de control reglado que determina si se cumplen las exigencias legales o reglamentarias previstas en la norma" (Ramón Parada, *Derecho Administrativo,* Tomo I, p. 381). De lo anterior se desprende que el precepto legal contenido en el inciso segundo del artículo 23 de la Ley Nº 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal no vulnera el derecho de propiedad, desde el momento que el requirente, titular de una autorización que lo habilita para ejercer la actividad de muellaje, conserva dicha calidad y puede incluso optar a la pertinente concesión, careciendo de un derecho de propiedad sobre el estatuto jurídico vigente al momento de otorgársele su autorización, habida consideración de su título, sin perjuicio de que adicionalmente no cabe suponer el establecimiento de una verdadera obligación de contratar que el habilitado pudiera exigir imperativamente a terceros, como en este caso las empresas portuarias que solicitan el respectivo servicio a particulares (C. 40 a 42).

CONCLUSIÓN

El que una ley otorgue a una empresa estatal la facultad para llamar a licitación pública para que entes privados desarrollen una actividad distinta del giro de la empresa estatal, no vulnera la Constitución, ya que no implica permitirle al Estado desarrollar actividades económicas sin contar con autorización otorgada por ley de quórum calificado, sino que sólo la faculta llamar a licitación con el fin de adjudicar la actividad referida, la que será realizada por el ente privado que resulte seleccionado en la licitación.

El otorgamiento de una autorización a un particular, para desarrollar una actividad económica, no le otorga un derecho de propiedad sobre el estatuto jurídico vigente que regula dicha actividad al momento de ser otorgada.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Se establece que el permitir, mediante una ley, que una empresa estatal llame a licitación para adjudicar a un particular una actividad empresarial conexa o relacionada con el giro de la empresa estatal, no implica incluir dentro de la autorización otorgada por ley de quórum calificado la actividad a licitar, ya que no será el Estado quien la desarrolle, sino que serán los privados. Así, la autorización que debe otorgarse por ley de quórum calificado sólo se limita a la actividad misma que ejercerá la empresa, y no las demás facultades que se otorguen por ley a la empresa estatal.

El TC, además, habla en extenso acerca de las autorizaciones, y cómo y por qué la doctrina la diferencia de las concesiones. Señala que el que se otorgue una autorización a un particular, por cumplir con todos los requisitos que la normativa vigente le impone para desarrollar una actividad económica, no implica un derecho de pro-

piedad sobre el estatuto jurídico vigente al momento de otorgársele la autorización. Así, si se produce un cambio en la regulación o si se pone en funcionamiento un mecanismo contemplado en la ley que hace variar la situación vigente al momento del otorgamiento de la autorización, no se vulnera el derecho de propiedad.

TEXTO COMPLETO

Santiago, a catorce de noviembre de dos mil seis.

VISTOS:

1. El abogado RODRIGO MUÑOZ PONCE, en representación de la Sociedad Visal Ltda., ha requerido a este Tribunal para que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 23, inciso segundo, de la Ley Nº 19.542, en los autos "Sociedad VISAL Ltda. con EMPRESA PORTUARIA de ARICA" sobre nulidad de derecho público, seguidos ante el Primer Juzgado Civil de Arica, actualmente en apelación de la sentencia definitiva ante la Corte de Apelaciones de esa ciudad.

Expone el requirente que el 26 de abril de 2004 se presentó ante el 1er Juzgado Civil de Arica, demanda de nulidad de derecho público en contra de la Empresa Portuaria de Arica por haberse efectuado por parte de ésta una licitación pública con el objeto de lograr inversiones en la reparación de un frente de atraque constituido por los sitios números 1 al 6 del puerto de Arica, a través de la denominada "Licitación Internacional del frente de atraque Nº 1", bajo un sistema monooperador. Esta licitación ha provocado que los empresarios de muellaje que hasta esa fecha desarrollaban libremente la actividad económica de movimiento de carga, estiba, desestiba, transferencia y porteo, se hayan visto desplazados e impedidos de ejercer dicha actividad, quedando en la más absoluta indefensión. 2. El artículo 23 de la Ley Nº 19.542, que moderniza el sector portuario estatal, dispone al efecto en su inciso 1º:"Las labores de movilización de carga de los frentes de atraque existentes a la fecha de publicación de esta ley, sus extensiones o mejoramientos, así como en los nuevos frentes de atraque que sean construidos por las empresas directamente, en el caso de excepción previsto en el inciso primero del artículo 19, estarán sometidas a un esquema multioperador. Estos servicios deberán ser prestados por empresas de muellaje habilitadas".

Por su parte, en su inciso segundo indica que: "No obstante lo señalado en el inciso anterior, el directorio de la empresa podrá, mediante licitación pública, implementar un esquema monooperador en dichos frentes de atraque, concesionados de conformidad a esta ley. Para ello, en los puertos o terminales estatales de la región deberá existir otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la licitación, operado bajo un esquema multioperador; de lo contrario, el directorio deberá contar con un informe de la Comisión Preventiva Central, establecida en el Decreto Nº 211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por decreto supremo Nº 511, de 1980, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. En este último caso, la licitación deberá realizarse conforme a los términos señalados en el respectivo informe". Es respecto de este último inciso que la requirente pide la declaración de inaplicabilidad. 3. El primer reproche que formula la requirente dice relación con un vicio de forma que afectaría al precepto legal.

Al efecto, indica el actor que el Estado, a través de la Empresa Portuaria (EMPORCHI), tuvo históricamente el monopolio de la gestión portuaria. De acuerdo al artículo 4º, inciso primero, del D.F.L. Nº 290, de fecha 6 de abril de 1960, que la creó "El objeto principal de la Empresa será la explotación, administración y conservación de puertos de la República, y por lo tanto ella constituirá la autoridad portuaria. Con tal fin operará en los puertos de: Arica, Iquique, Antofagasta,

Coquimbo, Valparaíso, San Antonio, Talcahuano, Valdivia, Puerto Montt y Punta Arenas, y en los demás puertos que determine el Presidente de la República, a propuesta del Director". Su artículo 5º dispuso: "Corresponderá exclusivamente a la Empresa Portuaria de Chile la recepción, traslado dentro del recinto portuario, y ubicación en sus almacenes, patios y demás sitios destinados al efecto, de las mercaderías y otros bienes que se desembarquen o que estén destinados a embarcarse". Esta situación –se sostiene– se mantuvo hasta la década de los años ochenta, época en que comenzó una política de privatizaciones ejecutada mediante diversas leyes. Entre ellas, la Ley Nº 18.042, publicada el 15 de octubre de 1981, que autorizaba al Estado a desarrollar actividades empresariales de orden portuario, en los términos que ella establecía, creando al efecto una Corporación Nacional Portuaria, con el único objeto de constituir con el Fisco las sociedades anónimas portuarias y ejercer en ellas sus derechos de socia. Los bienes, derechos y obligaciones que pertenecían a EMPORCHI se transfirieron, por el solo ministerio de la ley, a esta Corporación, cuya vida fue muy corta, puesto que esta normativa con posterioridad se derogó. Lo importante de esta ley, recalca la requirente, fue que fijó, por primera vez, un ámbito de actuación más restringido al Estado, toda vez que las sociedades anónimas portuarias tendrían "como único objeto el de administrar la infraestructura de los puertos respectivos" (artículo 6º) y en ningún caso podrían hacer "la transferencia, porteo o almacenaje de las mercancías". (mismo artículo).

Pocos años después, la Ley Nº 18.966, de 10 de marzo de 1990, en su artículo primero, sustituyó el artículo 5º del Decreto con Fuerza de Ley Nº 290 de 1960 por una nueva disposición que señalaba en su inciso primero: "No se comprenderá en el objeto de explotación señalado en el artículo anterior la entrega de servicios de estiba, desestiba, transferencia de la carga desde el puerto a la nave y viceversa ni el porteo en los recintos portuarios".

Agregando su inciso cuarto: "Cuando en un puerto se determine, mediante resolución fundada del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, que la provisión de alguno de los servicios de transferencia o porteo de mercancías es insuficiente o no competitivo, se procederá a licitar públicamente un subsidio entre particulares con el fin de proveer dichos servicios". Por último, su inciso sexto dispuso: "En el evento que no concurriere el sector privado a la licitación aludida, por decreto supremo fundado expedido a través del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, el que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, se autorizará a la Empresa Portuaria de Chile para que, subsidiariamente, lleve a cabo estos servicios".

De lo dicho anteriormente, la requirente desprende que las actividades económicas de movilización de las mercancías al interior del puerto dejaron de pertenecerle al Estado desde el año 1981, ya que por ley fueron entregadas a los particulares. Observa que el Estado sólo se reservó la administración, la explotación (sin incluir los servicios de movilización intraportuaria) y conservación de los puertos de la República (artículo 4º, D.F.L. Nº 290). Agrega la requirente que al excluirse del ámbito estatal las actividades mencionadas, consistentes en los servicios portuarios de movilización (estiba, desestiba, transferencia y porteo), éstas se trasladaron al sector privado. En este orden de cosas, el Estado, por una decisión legal, se autoexcluyó de ejercer una actividad económica, pudiendo realizarla sólo en forma subsidiaria. En virtud de lo dispuesto en la Ley Nº 19.542 de 19 de diciembre de 1997, que moderniza el sector portuario estatal, se crean diez empresas del Estado. En su artículo primero se señala que dichas empresas (entre las cuales está la Empresa Portuaria de Arica, en adelante indistintamente "EPA") serán "las continuadoras legales de la Empresa Portuaria de Chile en todas sus atribuciones, derechos, obligaciones y bienes, de conformidad a las disposiciones que establece esta ley". Así las cosas, si la EPA es continuadora legal y, por ende, no pudo haber adquirido más derechos y atribuciones que los que tenía la antigua Empresa Portuaria de Chile (en adelante indistintamente "EMPORCHI") y, de acuerdo al artículo primero de la Ley Nº 18.966, se había excluido del concepto de explotación de los puer-

tos los servicios de movilización, ¿cómo es posible que se considere que a la EPA le corresponde efectuarlos? se pregunta el requirente.

Queda claro entonces, a su juicio, que a la EPA sólo le pudo ser transmitida la facultad de "explotar" desprovista de las labores de movilización, que ya habían sido otorgadas por ley al sector privado. Argumenta que de este modo, el Estado mantiene, a través de sus empresas portuarias, el derecho a cobrar, entre otras, las tarifas a los barcos mientras se encuentren surtos en el puerto, denominada tarifa de puerto (TUP), derecho que efectivamente cobra EPA. Según la terminología portuaria, esto ocurre desde que el barco ha soltado la primera "espía" (cuerda). Pero no ocurre lo mismo con otros derechos que constitucionalmente no le corresponden, como la titularidad de las labores de muellaje.

En consecuencia, la EPA carece de atribuciones para licitar dichas actividades que no son de ningún modo concesibles, toda vez que dejaron de pertenecerle al Estado desde hace casi dos décadas.

Si se estimase que el Estado, en conformidad al artículo 23, inciso segundo, de la Ley Nº 19.542, está autorizado para hacerlo, esto quiere decir que habría vuelto a incorporar en el objeto propio de la Empresa las "actividades de movilización", lo que sólo podría haberse efectuado de acuerdo a lo que dispone el artículo 19, Nº 21, de la Constitución Política, norma con la cual, en concepto del requirente –ha de entenderse– que no se cumplió.

Por lo tanto, el precepto que se objeta se califica por la requirente de inconstitucional al permitir que una empresa del Estado se atribuye una actividad económica excluida expresamente por una ley anterior y concesione dicha actividad, sin que exista una ley de quórum calificado que así lo autorice. 4. Las abogados Paola Flores Clunes y Margarita Blanco García, en representación de la Empresa Portuaria de Arica, han formulado observaciones al requerimiento:

En relación con este primer vicio de inconstitucionalidad, indican que de acuerdo a la Constitución Política de la República, para que proceda el requerimiento de inaplicabilidad, deben cumplirse, de acuerdo a la doctrina mayoritaria, los siguientes requisitos:

a) Que exista una gestión pendiente ante otro tribunal;

b) Que se pretenda invocar un precepto legal determinado;

c) Que las normas legales impugnadas se encuentren en vinculación directa con la gestión;

d) Que exista absoluta contradicción entre el precepto legal y la Constitución;

y finalmente, e) Que el precepto impugnado no haya sido declarado constitucional por el Tribunal Constitucional con anterioridad. Plantean que en el presente requerimiento no se cumplen los requisitos segundo, tercero y cuarto. Al respecto afirman:

a) Que la sentencia de primera instancia ha declarado: "tal como expuso don Enrique Silva Cimma, la demandada (se refiere a la EPA) responde a un sistema de economía mixto y de allí la dificultad y la confusión que su actuar en el mundo del derecho pueda generar, pues es una empresa pública por definición, pero privada en su gestión y desarrollo y las decisiones que adopte, como ente privado, luego pueden ser atacadas por las mismas vías que los actos de los particulares, pero no por la institución de la nulidad de derecho público, que no se inmiscuye en las actuaciones de los privados en tanto actúan como tales y no ejerciendo potestad administrativa". De esta manera, expresan, se constata que en "la gestión pendiente" se indica expresamente que respecto del desarrollo y gestión de la EPA, ésta actúa como ente privado, de manera que a su respecto resultaría incorrecta la aplicación del inciso segundo del artículo 19, No.21, de la Constitución.

b) En segundo lugar, es errado sostener, como lo hace el requirente, que para entregar en concesión una actividad debe necesariamente existir la posibilidad previa de desarrollarla directamente.

Nuestro ordenamiento jurídico contempla varios casos en que dicha condición no se cumple. Señalan, por vía de ejemplo, que de acuerdo a la Ley Eléctrica, el Estado no distribuye energía, sólo otorga en concesión los servicios de distribución. La Ley General de Concesiones dispone que la concesión puede recaer sobre bienes nacionales de uso público, los que, por su naturaleza, son aquellos que pertenecen a la Nación toda. Y la Ley sobre Municipalidades también establece que la concesión puede recaer sobre bienes nacionales de uso público. Dichos bienes no pertenecen a la empresa o al órgano público que concesiona, por lo que el argumento del requirente en el sentido que la EPA debió ser propietaria y, adicionalmente, tener la facultad previa para poder desarrollar directamente la actividad empresarial, lo que le hubiese permitido más tarde licitar en concesión los servicios de muellaje en la modalidad de monooperador, no corresponde a los principios del derecho chileno. A la EPA le basta el mandato legal para licitar la concesión de los servicios portuarios en dicha modalidad.

Agregan que de este modo llamar a concesión no es desarrollar ni participar en una actividad empresarial. Por el contrario, es entregar la misma a los particulares en ejercicio de un mandato legal. Por esta razón, a su juicio, el artículo 23 no infringe el artículo 19, No.21, ni tiene como requisito necesario el que sea ley de quórum calificado, ya que no es el Estado ni sus organismos los que están desarrollando la actividad de transporte de carga.

c) En relación con la gestión pendiente, lo que actualmente se discute en segunda instancia es si la EPA es un organismo del Estado capaz de incurrir en una nulidad de derecho público, dado que por su naturaleza se regula por las disposiciones de su propio estatuto y por las normas del derecho privado. La sentencia de primera instancia que rechazó la nulidad de derecho público no se fundamenta en el artículo 23, inciso segundo, cuya inaplicabilidad se solicita, sino que niega la calidad de sujeto pasivo de la acción de nulidad a la EPA, no tratándose la licitación de un acto administrativo. d) Por último, afirman que la demanda de nulidad de derecho público discurre sobre la ilegalidad que estima se produce por la incorrecta aplicación de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Nº 19.542, y no sobre su constitucionalidad. Añaden al respecto que el requirente en ella sostiene que el artículo 23 ha sido mal aplicado en cuanto a su legalidad, con lo cual ha validado su constitucionalidad. Concluyen que ello es contradictorio con lo que argumenta en esta sede en que plantea su inconstitucionalidad formal. 5. En relación a los vicios de inconstitucionalidad de fondo, la requirente indica en la presentación que el artículo 23, inciso segundo, de la Ley Nº 19.542 contravendría diversos derechos fundamentales comprendidos en el artículo 19 de la Carta Fundamental, en particular los Nº 21, 22, 24 y 26.

6. En efecto, sostiene la requirente que el precepto legal que se impugna infringiría el artículo 19 Nº 21 de la Constitución Política de la República, que reconoce a las personas "El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen". Explicitando la infracción, consigna que el inciso segundo del artículo 23 de la Ley Nº 19.542 al otorgar al Directorio de la Empresa Portuaria la atribución de licitar las labores de movilización bajo sistema monooperador, estaría infringiendo dicho mandato constitucional, habida consideración que, como explica el tratadista don Alejandro Silva Bascuñán, "lo que la Constitución asegura a todas las personas en la garantía del 19 Nº 21 es el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente o en sociedad, organizados en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita bajo el requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad".

De este modo, sostiene la peticionaria, el Estado sólo puede regular –no limitar– dichas actividades. Y así lo ha hecho. Durante todo este tiempo ha dictado un sinnúmero de normas de distinta

naturaleza: sanitarias, marítimas, tributarias, etc.; todas las que, en conjunto, constituyen la regulación que el Estado de Chile ha establecido para el ejercicio de estas actividades.

Destaca el requirente que las empresas de muellaje debidamente habilitadas, como es el caso de su representada, han cumplido con las normas legales que "regulan" esta actividad desde hace casi dos décadas, conforme el mandato constitucional. El ejercicio de estas actividades empresariales estaba, por tanto, reglado, hasta que la EPA, en virtud del inciso segundo del artículo 23 de la Ley Nº 19.542, procedió a licitarlas y concesionarlas bajo la modalidad de "monooperador". Cita la solicitante, en relación con esta materia, la sentencia dictada por este Tribunal en los autos Rol Nº 157 (1993) en la cual declaró: "Que, si bien por "regular", conforme al Diccionario de la Real Academia, debe entenderse: "Ajustado y conforme a reglas", ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho. Que regular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de "regular" un accionar privado, se puede llegar hasta obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el derecho, consagrado en el artículo 19 Nº 21, de la Constitución Política". Expone, por otra parte, que la ley no puede delegar en un directorio la regulación de materias que se refieren a derechos fundamentales, como lo hace el inciso segundo del artículo 23 de la Ley Nº 19.542. Es más, la Constitución ni siquiera permite que se le otorgue autorización al Presidente de la República para dictar disposiciones con fuerza de ley (inciso segundo del artículo 61 de la Carta fundamental, hoy artículo 64) en aquellas materias comprendidas en las garantías constitucionales. Así, si no se le permite constitucionalmente al legislador dictar este tipo de normas, menos aún podría aquél facultar a un directorio de una empresa pública para que, por medio de un acuerdo, limite y restrinja el legítimo acceso a ejercer las actividades de empresario de muellaje.

En conclusión, señala el requirente que el texto constitucional es clarísimo al expresar que la actividad económica debe realizarse "respetando las normas legales que la regulen", siendo el "regular" el único mandato, preciso y estricto, que la Constitución le da al legislador para que éste señale la forma en que se ejercerá este derecho, pero no para limitar su ejercicio, y menos para vulnerar la garantía del mismo. 7. Sobre esta infracción que imputa la requirente, la EPA, por su lado, en sus observaciones, afirma que la libre iniciativa económica tiene como limitación el respeto a "las normas legales que la regulen". El artículo 23 de la Ley Nº 19.524 es una norma de jerarquía legal que regula el derecho a libre iniciativa de diversos servicios portuarios obligando bajo ciertos supuestos a abrir un proceso de licitación. Añade que el artículo 23 de la Ley Nº 19.542 no impide desarrollar una actividad económica.

Por el contrario, la concesión licitada genera una competencia por el mercado del servicio público de monooperador portuario que no excluye al requirente de actuar en este negocio. Cosa diferente es que su empresa, por cualquier razón, no logre ganar en dicha competencia que se abre por el mercado, como es propio de una licitación. Tener la posibilidad de competir no es lo mismo que obtener la seguridad de desarrollar un negocio pues, en caso de no salir adelante en la licitación, no existe ley que pueda forzar a los usuarios a contratar con determinada persona. Por lo demás, el propio inciso segundo de la disposición impugnada como inaplicable establece como requisito para establecer el sistema monooperador que exista un sistema multioperador en otras instalaciones portuarias de la región y, en caso contrario, exige que se consulte al órgano que antecedió en las materias antimonopolios en Chile, al recientemente creado Tribunal de Libre Competencia, lo que se ha cumplido en este caso.

Lo anterior demuestra, a juicio de la EPA, que se han tomado los resguardos jurídicos de cuidar la libre competencia y, por lo mismo, el derecho a desarrollar una actividad económica que subyace tras ella. Otra cosa –argumenta– es que el requirente quiera perpetuar su actividad sin cumplir con requisitos legales y/o decida no presentarse a la licitación o pierda la misma y a pesar de todo

ello quiera conservar sus privilegios. Más adelante expone que la libertad empresarial del artículo 19, No.21, no es un derecho radicado en determinado muelle, es un derecho sobre la expectativa de acceder a contratos en condiciones de igualdad y libertad en el proceso reglado por la ley en que ha consistido la licitación por los servicios de monooperador. Por ello, el requirente no puede ampararse en norma alguna para sostener que el hecho que EPA no contrate con ella o la circunstancia de licitarse una concesión puede ser equivalente a impedir el desarrollo de una actividad económica libre, sea respecto de sí mismo, sea respecto de terceros.

Destaca que la actuación de las empresas portuarias estatales para otorgar mediante una licitación concesiones portuarias en esquema monooperador sobre frentes existentes, ya ha sido vista y resuelta por los tribunales superiores de justicia. Indica que, entre otras acciones judiciales, se pronunciaron acerca del recurso de amparo económico presentado en el año 1999 por la Asociación Nacional de Agentes de Nave (ASONAVE A. G)., entidad que agrupa a empresas de muellaje, en contra de las empresas portuarias estatales de Valparaíso, San Antonio y Talcahuano-San Vicente por llamar a licitación para otorgar concesiones en esquema monooperador en frentes de atraque ya existentes, el cual, al igual que los demás recursos presentados, fue rechazado.

Concluye la EPA afirmando que el sistema monooperador establecido mediante la Ley Nº 19.542 no impide el desarrollo de actividades económicas de los privados, simplemente establece la forma en que tales actividades, al interior de los frentes de atraque concesionados bajo dicho esquema, han de efectuarse, por razones de eficiencia social e interés nacional, habida consideración que para una economía abierta como la chilena, cuyo crecimiento es altamente dependiente de sus exportaciones, los puertos representan una plataforma logística estratégica para los fines de generar un comercio exterior expedito y con un bajo costo en la cadena de transporte. 8. El segundo reproche de inconstitucionalidad formulado por la requirente consiste en la vulneración del precepto legal al artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política de la República, que asegura: "el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales". Se señala por la peticionaria que la incorporación al sector privado del derecho a ejercer libremente una actividad económica, ha hecho que los particulares –y la requirente entre ellos– hayan adquirido un derecho de propiedad como consecuencia de la libertad de empresa, en la medida que cumplan con las normas legales que la regulan. Es decir, esta libertad abstracta, consistente en la posibilidad de ejercer una actividad económica para todos los habitantes, se transforma en un derecho concreto y determinado incorporado al patrimonio del sujeto, en la medida que éste cumpla, en particular, con los requisitos habilitantes para ello.

Sostiene la requirente que Sociedad Visal Ltda. ha cumplido con todas las "normas legales que regulan la actividad económica" según los términos constitucionales del artículo 19, Nº 21, de manera que la libertad en abstracto que la Carta fundamental otorga a todas las personas se materializó en ella como empresaria de muellaje desde el momento que cumplió con los requisitos respectivos, quedando de esta manera bajo la categoría de "particular debidamente habilitado", situación jurídica que la diferencia del resto de los ciudadanos y que generó un derecho que se incorporó a su patrimonio. Cualquier cambio de condiciones que se pretenda por parte del Estado y que afecte el derecho incorporado a su patrimonio, implica una vulneración al artículo 19, Nº 24, de la Carta Fundamental, que asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Agrega que el legislador no ha respetado sus actos propios, ya que por voluntad unilateral ha pretendido retrotraer una situación jurídica a un estado anterior a aquel en que determinó que los particulares debían realizar las labores de movilización intra portuaria. Estos, creyendo de buena fe en el Estado, hicieron inversiones y comprometieron su patrimonio. Con el cambio de las condiciones que se ha operado se han visto afectados en su derecho de propiedad.

Cita en relación con esta materia la sentencia de 10 de febrero de 1995 de este Tribunal en que señala: "Se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados. Esa confianza se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquéllas con las cuales quién los realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones". En otro orden de ideas expone también el requirente que una licitación como la que dispone el inciso segundo del artículo 23 de la Ley Nº 19.542 es, además, jurídicamente imposible, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19, Nº 23, de la Constitución, que garantiza a las personas la libre accesibilidad a todos los bienes corporales e incorporales (como los servicios de movilización) y consagra lo que los autores han denominado "la interdicción de la reserva estatal de bienes". Así las diversas leyes que ha mencionado han "despublificado" las labores de muellaje, quitándolas de la esfera o reserva estatal y la misma Ley Nº 19.542 en su artículo 23, inciso primero, ha reconocido esta situación de libertad y acceso de los "particulares debidamente habilitados" a servicios que ya les correspondían.

El inciso segundo del artículo 23 viene a constituir, así, una norma incoherente con el sistema jurídico y constitucional puesto que subyace en ella una "recuperación" de bienes incorporales (labores de movilización o muellaje) para que los disponga, mediante licitación, una empresa estatal en desmedro de los derechos de los agentes de muellaje. Agrega la requirente que al crear y normar, por medio de la norma impugnada, una licitación para poder desarrollar esta actividad económica (servicios portuarios de muellaje) se está colocando una verdadera barrera de entrada al derecho fundamental de adquirir toda clase de bienes –corporales e incorporales–, cuestión que viola el artículo 19, Nº 23, de la Constitución, toda vez que –y aquí se observa cómo nuestra Carta Magna constituye un todo orgánico– obliga a que la ley que establezca requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes, debe ser de quórum calificado, calidad que el inciso segundo de la mencionada ley no tiene.

9. La EPA en sus observaciones responde en relación a la invocación de los números 23 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que la esencia del derecho de propiedad radica en la existencia y vigencia de sus tres atributos esenciales: el uso, el goce y la disposición.

El uso implica el servirse de la cosa, el goce importa su explotación y poder percibir todos sus frutos, y la disposición conlleva la posibilidad de enajenarla o gravarla. ¿Cuál de estos atributos del dominio detenta el requirente? Agregando la EPA que no tiene propiedad ni derecho adquirido alguno sobre la operación en el frente de atraque ni sobre la posibilidad de acceder a él para efectuar su actividad económica en las condiciones que la ha venido realizando. Lo contrario sería reconocer la existencia de una especie de propiedad sobre meras expectativas o calidades circunstanciales.

Sobre este punto, agrega que es doctrina asentada y mayoritaria la establecida por los Tribunales Superiores de Justicia que señala que "la propiedad o dominio protegido por la Carta Fundamental se refiere a un derecho de directo contenido patrimonial, transferible, renunciable y prescriptible, que puede recaer sobre cosas incorporales, pero no se extiende a cualquier beneficio, prerrogativa o interés que corresponda a un titular".

Concluye afirmando que la licitación, conforme al inciso segundo del artículo 23 de la Ley Nº 19.542, no impide que el requirente pueda seguir desarrollando su negocio de prestación de servicios de muellaje. 10. En tercer lugar se reprocha por la requirente que el precepto legal que motiva la presentación de inaplicabilidad infringiría el artículo 19 Nº 22, que asegura "La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica".

Señala en este sentido el requirente que el artículo 23, inciso segundo, que se impugna, faculta al Directorio de una empresa estatal (que vela por sus propios intereses empresariales) a licitar las labores de movilización, actividad económica de la cual se priva a aquellos agentes de muellaje que, por no invertir en bienes fiscales de patrimonio de una empresa pública, son excluidos forzosamente de desarrollarla. La discriminación por parte del Estado se provoca, entonces, porque privilegia a un inversionista en desmedro de otro por la arbitraria razón que aquél invertirá en el patrimonio de la EPA. Alega la requirente que la norma permite condicionar el ingreso de los particulares al ejercicio de una actividad económica lícita, lo que constituye en sí una restricción grave. Si a lo anterior se agrega que quien se adjudique la licitación operará el mercado como monooperador ejerciendo dicha actividad en forma única, privativa y excluyente, entonces se está en presencia, además, de una discriminación arbitraria por parte del Estado y sus organismos al hacer diferencias y entregar un monopolio a quien invierta en la infraestructura de la empresa pública. Como contrapartida el Estado (la EPA) obtendrá un enriquecimiento injusto, un enriquecimiento sin causa, pues habrá obtenido un beneficio pagando con algo que no le pertenece. 11. La EPA plantea en sus observaciones que es dudosa la aplicación del artículo 19, Nº 22, de la Constitución Política, a dicha empresa. La sentencia de primera instancia ha señalado que ella en su actuar se rige por su propio estatuto o por las normas de derecho privado. Agrega que es importante tener en cuenta que la discriminación no se encuentra proscrita por la Constitución Política de la República, en la medida que no sea arbitraria, esto es, contraria a la razón y el bien común. Poderosas razones de bien común se tuvieron a la vista cuando el legislador aprobó el sistema del artículo 23 en lo relativo al carácter monooperador, asegurando, eso sí, la competencia y transparencia en virtud de una licitación. A juicio del informante bajo ningún respecto se ha discriminado arbitrariamente al requirente puesto que:

a) El mismo se ha podido presentar a la licitación;

b) Se le han exigido los mismos requisitos que a todos los demás para ser monooperador;

c) Él ha reconocido que EPA ha consultado al Tribunal de la Libre Competencia;

d) No se le niega que preste servicios de multioperador en los demás puertos que cuentan con este sistema, en condiciones de igualdad a los demás prestadores de este servicio. 12. Finalmente, la requirente sostiene que el precepto legal contravendría el artículo 19 Nº 26 de la Constitución Política, que establece: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio". Expone el actor que el precepto impugnado impone condiciones o requisitos que impiden el libre ejercicio de su actividad por parte de los empresarios o agentes de muellaje autorizados. Ello, por cuanto autoriza a concesionar los servicios portuarios de movilización en los frentes de atraque existentes, implementándolos, a mayor abundamiento, de acuerdo a un modelo monooperador. Esto es, mediante una "licitación pública" establece condiciones a los empresarios de muellaje que, bajo la modalidad de monooperación, significa simplemente la exclusión de aquellos que no participen en ella. Los empresarios de muellaje no tienen por qué estar obligados a una "opción" para poder ejercer su actividad participando en dicha licitación, si su derecho se da en libertad, sin necesidad de presentarse a ella y sin tener que cumplir otras condiciones que no sean las de respetar las normas legales que la regulen. En este mismo orden de ideas agrega que el Estado, mediante la aplicación de la Ley Nº 19.542, permite que la EPA pueda impedir el libre ejercicio de su trabajo a los empresarios de muellaje. Indica que, en su caso, afecta su derecho, excluyéndolo del trabajo portuario, situación que no se condice con la declaración constitucional en el sentido que el Estado está al servicio de la persona humana y no a la inversa.

Añade que el precepto impugnado afecta el derecho de los empresarios o agentes de muellaje en su esencia. Una vez adjudicada la licitación han de abandonar el puerto, salvo aquel que la gane.

El requirente, en tal evento, sólo podría realizar su actividad en otro lugar, lo que es obviamente absurdo. De este modo, la ley terminará, si se continúa en esta senda, por aplicarse a todos los puertos del país (quedan los cuatro menores), de manera que no habrá dónde ejercer estas actividades. Concluye afirmando que aquellas que son propias de los agentes de muellaje tienen un contenido esencial, definido y concreto, y no se ve por qué han de ser empresarios en otras actividades o negocios. 13. Por su lado, la EPA, en sus observaciones, aclara que el requirente no ha definido en que consiste su derecho sobre los servicios que en forma precaria prestó sobre el muelle de Arica. Por eso su argumentación sobre la prohibición constitucional de afectar el contenido esencial de un derecho fundamental de propiedad, tal como la alega, es infundada.

Agrega que licitar o concesionar lo licitado en ningún caso equivale a privar –total o parcialmente– del dominio legalmente adquirido. Señala que el establecer las bases de una licitación no es necesariamente un acto arbitrario, ni consiste en privación alguna, ni tampoco en afectación del contenido esencial de un supuesto derecho del requirente. Concluye afirmando que las inversiones realizadas a cambio de recibir la explotación de servicios concesionados permiten mejorar la infraestructura sin gastar recursos públicos, los que se liberan para otras actividades en pro del bien común. 14. Se trajeron los autos en relación escuchando las alegaciones de los abogados de las dos partes, con fecha veintiocho de septiembre de dos mil seis. Previamente la requirente acompañó informe en derecho del jurista don Alejandro Silva Bascuñan.

CONSIDERANDO:

I. Inaplicabilidad de preceptos legales y gestión pendiente

Primero: Que el artículo 93 Nº 6 de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional "resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución";

Segundo: Que la misma norma constitucional expresa en su inciso décimo primero que, en este caso, "la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto" y agrega que "corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley";

Tercero: Que, de este modo, para que sea declarada admisible la acción de inaplicabilidad es necesario que concurran los siguientes requisitos:

a) que se indique la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial;

b) que la aplicación del precepto legal en cuestión pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto;

c) que la impugnación esté fundada razonablemente;

y d) que se cumplan los demás requisitos legales;

Cuarto: Que, como se ha señalado en la parte expositiva, en el caso de autos se solicita la inaplicabilidad, en la gestión judicial de nulidad de derecho público que actualmente se sigue ante la Corte

de Apelaciones de Arica, del inciso 2º del artículo 23 de la Ley Nº 19.542, que moderniza el sector portuario estatal, el cual dispone: "No obstante lo señalado en el inciso anterior, el directorio de la empresa podrá, mediante licitación pública, implementar un esquema monooperador en dichos frentes de atraque, concesionados de conformidad a esta ley. Para ello, en los puertos o terminales estatales de la región deberá existir otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la licitación, operado bajo un esquema multioperador; de lo contrario, el directorio deberá contar con un informe de la Comisión Preventiva Central, establecida en el Decreto Nº 211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por decreto supremo Nº 511, de 1980, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. En este último caso, la licitación deberá realizarse conforme a los términos señalados en el respectivo informe";

Quinto: Que la recurrida hace presente la inexistencia de una vinculación entre el precepto legal impugnado y la gestión pendiente en la que pudiera aplicarse el mismo, ya que el tribunal de primera instancia habría rechazado la demanda de nulidad de derecho público, acogiendo así una de las excepciones opuestas por la demandada EPA, al considerar a esta última como una empresa de economía mixta, de modo que se encontraría sujeta al derecho común aplicable a los particulares y, en consecuencia, no le sería aplicable el inciso segundo del artículo 19 Nº 21 de la Constitución Política de la República, desechando en definitiva la aplicación del artículo 23 de la Ley Nº 19.542;

Sexto: Que en relación a este primer punto es menester reiterar que para que sea procedente la acción de inaplicabilidad, es necesaria la concurrencia de determinados supuestos que establece el propio texto fundamental ya transcrito y que se desprenden de lo dispuesto en el artículo 93 Nº 6, en concordancia con el inciso décimo primero del mismo artículo. Así, es indispensable, en primer lugar, que exista una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, lo que en este caso se da como consecuencia de la demanda de nulidad de derecho público incoada por la requirente en contra de la EPA, rechazada en primera instancia, acogiéndose una de las excepciones opuestas por la demandada, cuya apelación se encuentra actualmente pendiente de ser resuelta ante la I. Corte de Apelaciones de Arica, según consta de autos. En segundo lugar, es necesario que la petición de inaplicabilidad sea formulada por alguna de las partes del juicio, calidad que tiene la requirente Sociedad Visal Limitada, dado su condición de demandante en la acción de nulidad de derecho público. En tercer lugar, debe invocarse un precepto legal, que en la especie es el inciso segundo del artículo 23 de la ley Nº 19.542. Además, debe fundarse la contravención de la norma legal con la Carta Fundamental, que en estos autos se formula en relación a los artículos 19 Nº 21, 22, 23, 24 y 26. Finalmente, es menester que la aplicación del precepto legal pueda resultar decisiva en la decisión de un asunto, aspecto que cuestiona la requirente;

Séptimo: Que en relación a este último presupuesto, como lo ha señalado este mismo Tribunal recientemente, en los autos rol Nº 472, independiente de la naturaleza del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, el artículo 93 Nº 6 de la Constitución Política exige que el precepto legal pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto o una gestión pendiente, "lo que implica que la inaplicabilidad declarada deba ser considerada por el juez llamado a resolverla, tanto en lo que se refiere a los fundamentos de ésta cuanto a todo otro razonamiento que implique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución".

Así, la exigencia contenida en el artículo 93, décimo primero, en orden a que "la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto", no puede, entonces, interpretarse prescindiendo de la finalidad que anima a la institución de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. Lo mismo señaló en su momento la Corte Suprema, al precisar que la carta fundamental no distinguía entre normas sustantivas y adjetivas (sentencia de 18 de marzo de 2005, Rol Nº 1589-2003, considerando 5º). En otras palabras "en sede de inaplicabilidad, el

Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución" (sentencia de 27 de julio de 2006, Rol 480, considerando 27º). Que de todo lo señalado se desprende que uno de los supuestos fundamentales para la procedencia de la acción de inaplicabilidad es la circunstancia que la aplicación del precepto legal –tanto de carácter sustantivo como adjetivo– sea decisivo para la resolución de un asunto, en los términos que establece el artículo 93 Nº 6 de la Constitución Política de la República;

Octavo: Que en el caso de autos y de la lectura de los antecedentes se desprende que el inciso 2º del artículo 23 de la ley Nº 19.542 puede resultar decisivo para la resolución de un asunto, en este caso el asunto de fondo controvertido, desde el momento que constituye una de las normas que invoca la requirente ni más ni menos que para fundar la parte petitoria de su propia demanda. En efecto, se sostiene de manera textual en la parte petitoria de la misma "tener por deducida acción de nulidad de derecho público, acogerla a tramitación y, en definitiva, declarar la nulidad de la licitación internacional del frente de atraque Nº 1 a que llama la Empresa Portuaria de Arica, por contravenir los artículos 14 y 23 de la Ley Nº 19.542 de la manera y en relación a las otras normas pertinentes de la misma, como se ha expresado en esta presentación, ya que con ella se vulnera lo establecido fundamentalmente en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política del Estado, con expresa condenación en costas". Si bien el sentenciador de primera instancia no aplicó el precepto legal en cuestión desde el momento que acogió una de las excepciones opuestas por la demandada, al estimar improcedente la nulidad de derecho público por tratarse de actos sujetos al derecho común y a la normativa administrativa, no puede caber duda alguna que se trata de un precepto fundamental que sí puede ser considerado por la Corte de Apelaciones al momento de decidir la litis, tal como, por lo demás, lo señala la misma según consta en certificado que rola a fojas 43;

Noveno: Que así las cosas, se desprende de autos la circunstancia que aun cuando el sentenciador de primera instancia rechazó la demanda de nulidad de derecho público, el artículo 23 inciso 2º de la Ley Nº 19.542 sí tiene el carácter de norma decisiva para la resolución de un asunto, por lo que se desestimará la petición formulada por la requerida en cuanto a que no se darían los presupuestos de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad, en los términos que preceptúa el artículo 93 Nº 6 de la Constitución Política de la República;

II. Inaplicabilidad por vicios de forma

Décimo: Que, en primer lugar, la requirente solicita la inaplicabilidad del inciso 2º del artículo 23 de la Ley Nº 19.542, fundada en la circunstancia que dicho precepto legal adolecería de ciertos vicios de forma, particularmente al pretender la empresa portuaria incursionar en actividades empresariales sin contar –al efecto– con una ley de quórum calificado, en los términos que preceptúa el inciso 2º del artículo 19 Nº 21 de la Constitución Política de la República;

Décimo Primero: Que, en efecto, el reproche se sustenta en la circunstancia de que el estatuto jurídico de la Empresa Portuaria de Chile (EMPORCHI) impediría a ésta –y a sus sucesoras jurídicas, como la EPA– realizar las actividades económicas de movimiento de carga, estiba, desestiba, transferencia y porteo, denominadas en general "actividades de muellaje", que corresponden precisamente al giro de la requirente y respecto de las cuales se convocó a licitación. Sostiene la peticionaria que si bien la primitiva legislación dictada durante los años sesenta, específicamente el D.F.L. Nº 290, de 6 de abril de 1960, permitía a dicha empresa un giro amplio, ello se modificó de manera sustancial a partir de la década de los ochenta, como consecuencia de la política de privatizaciones emprendida. Así, la Ley Nº 18.042, publicada en el Diario Oficial con fecha 15 de octubre de 1981, preceptúa que las empresas portuarias no podrán efectuar la transferencia, porteo o almacenaje de mercaderías. Del mismo modo, la Ley Nº 18.966, de 10 de marzo de 1990, reiteró

la prohibición de realizar labores vinculadas al servicio de estiba, desestiba, transferencia de carga o porteo. En síntesis, concluye la requirente, al excluirse del ámbito estatal las actividades mencionadas, consistentes en los servicios portuarios de movilización (estiba, desestiba, transferencia y porteo), éstas se trasladaron al sector privado; de modo tal que el Estado, por una decisión legal, se autoexcluyó de ejercer una actividad económica, pudiendo realizarla solo en forma subsidiaria, en los términos que establece la ley fundamental. Finalmente, se sostiene, lo dicho no se alteró en virtud de lo dispuesto en la Ley Nº 19.542, de 19 de diciembre de 1997, que moderniza el sector portuario estatal, y en que se crearon diez empresas del Estado, entre las que se encuentra la EPA, continuadores legales de la Empresa Portuaria de Chile.

En efecto, si la Empresa Portuaria de Arica es continuadora legal, y por ende no pudo haber adquirido más derechos y atribuciones que los que tenía la antigua EMPORCHI, y de acuerdo al artículo primero de la Ley Nº 18.966 se había excluido del concepto de explotación de los puertos los servicios de movilización, resulta de toda lógica que la EPA no estaría facultada para efectuar las mismas, habida consideración que las labores de movilización habían sido entregadas al sector privado. De este modo, concluye, el Estado mantendría, a través de sus empresas portuarias, el derecho a cobrar, por ejemplo, las tarifas a los barcos mientras se encuentren surtos en el puerto, pero no ocurriría lo mismo con otros derechos que constitucionalmente no le corresponden, como es el caso de la titularidad de las labores de muellaje, las que no podrían ser concesibles desde el momento que dejaron de pertenecerle hace casi dos décadas. Sin embargo, razona la requirente, si se estimase que el Estado, en conformidad al artículo 23, inciso segundo, de la Ley Nº 19.542, está autorizado para hacerlo, esto quiere decir que habría vuelto a incorporar en el objeto propio de la Empresa las "actividades de movilización". Ello sólo podría haberse efectuado de acuerdo a lo que dispone el artículo 19, Nº 21, de la Constitución Política, inciso 2º, que autoriza al Estado a emprender actividades sólo si ha sido expresamente autorizado al efecto por una ley de quórum calificado, circunstancia que no se daría en la especie, finaliza la requirente;

Décimo Segundo: Que a su turno la EPA desvirtúa este primer reproche invocando diversos razonamientos. En primer lugar, no se infringiría el inciso 2º del artículo 19 Nº 21 de la Constitución Política, desde el momento que el Estado en ningún momento pretendería ejercer la actividad de muellaje que realiza la requirente, de suerte que no desarrolla ni participa en actividades empresariales, específicamente el transporte de carga. Adicionalmente, como consecuencia de lo señalado, hace presente que la decisión del sentenciador de primera instancia no se funda en el artículo 23 de la Ley Nº 19.542, sino que más bien niega la calidad de sujeto pasivo de la acción de nulidad de derecho público de la EPA, por lo que no se trata en la especie de una licitación que revista el carácter de acto administrativo. Finalmente, sostiene la recurrida, que la demanda de nulidad de derecho público discurre sobre la ilegalidad como consecuencia de la incorrecta aplicación que habría realizado la EPA de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Nº 19.542 y no sobre su inconstitucionalidad, de forma tal que resulta contradictoria esta presentación con lo solicitado en la gestión pendiente en la cual se ha validado la sujeción de la normativa legal cuestionada a la Constitución Política de la República;

Décimo Tercero: Que, como se ha señalado precedentemente, la requirente sostiene que el inciso 2º del artículo 23 de la Ley Nº 19.542 contravendría el inciso 2º del artículo 19 Nº 21, al pretender el Estado, a través de una de sus empresas, incursionar en actividades empresariales sin haber sido autorizado al efecto por ley de quórum calificado;

Décimo Cuarto: Que sabido es que el inciso segundo del artículo 19 Nº 21 de la Constitución Política de la República establece que "El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza", agregando que "En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particu-

lares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado". Se trata de una norma fundamental "destinada a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país" (Informe Final de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución). Del mismo modo, se ha consignado que la disposición constitucional supone un reconocimiento explícito al principio de subsidiariedad "conforme al cual el Estado hace lo que los particulares son incapaces de hacer, respetando y haciendo posible la iniciativa privada" (Informe Final del Consejo de Estado). De forma tal que, como lo ha señalado este mismo Tribunal, "solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la norma general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares"; agregándose que "de allí que para poner en movimiento esa excepción sea necesario una ley de quórum calificado" (Rol 134, considerando 5º, 9 de septiembre de 1991). De manera que dentro de la filosofía económica que se expresa en la norma constitucional contenida en el inciso 2º del artículo 19 Nº 21 excepcionalmente puede el Estado desarrollar actividades empresariales, autorizado por ley de quórum calificado, siendo en todo caso la regla general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares.

Se trata, entonces, de una preceptiva que es consecuencia del principio de subsidiariedad, consagrado en el artículo 1º de la Carta Fundamental, constituyendo así "un marco de carácter valórico y conceptual que viene a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares" (Rol 167, considerando 9º, 6 de abril de 1993). Como también se ha encargado de señalar este mismo Tribunal, de acuerdo con el principio de subsidiariedad "al Estado no le corresponde, entonces, absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios. Ello se entiende sin perjuicio, por cierto, de aquellas que, por su carácter, ha de asumir el Estado" (Rol 352, 15 de julio de 2002, considerando 7º);

Décimo Quinto: Que corresponde dilucidar, como lo sostiene la requirente, si en el caso de autos efectivamente nos encontramos con una actividad empresarial que el legislador ha otorgado al Estado, en los términos que establece el inciso 2º del artículo 19 Nº 21 de la Constitución Política, caso en el cual es menester la concurrencia de una ley de quórum calificado habilitante;

Décimo Sexto: Que el artículo 23 de la Ley Nº 19.542, que moderniza el sector portuario estatal, tantas veces citado, dispone como regla general –en su inciso 1º– que las labores de movilización de carga de los frentes de atraque se encuentran sometidos a un sistema multioperador. Sin embargo, el inciso 2º –que corresponde al precepto legal que se impugna en estos autos– faculta al Directorio, a través de licitación pública, para implementar excepcionalmente un esquema monooperador en dichos frentes de atraque, debidamente concesionados en conformidad a la ley. En este caso excepcional, la norma legal exige que en los puertos o terminales estatales exista otro frente de atraque que sea capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de licitación, siempre que se encuentre operando bajo un esquema multioperador. De no ser así, el directorio deberá contar al efecto adicionalmente con un informe de la Comisión Preventiva Central, quien fijará los términos en que deba realizarse la licitación;

Décimo Séptimo: Que para dilucidar el reproche de constitucionalidad que formula la requirente es menester analizar necesariamente el estatuto jurídico que regula la actividad económica de muellaje. Tal como ha sostenido la peticionaria, el Decreto con Fuerza de Ley Nº 290, publicado en el Diario Oficial el 6 de abril de 1960, creó la Empresa Portuaria de Chile y aprobó su Ley Orgánica, suprimiendo así el Servicio de Explotación de Puertos. Su objeto social principal, como lo indicaba el artículo 4º de la ley, era "la explotación, administración y conservación de puertos de la República". Además, le correspondía a la Empresa Portuaria de Chile, conforme a su artículo 5º, "la recepción, traslado dentro del recinto portuario, y ubicación en sus almacenes, patios y de-

más sitios destinados al efecto, de las mercaderías y otros bienes que se desembarquen o que estén destinados a embarcarse"; como igualmente "la custodia, almacenamiento y entrega de los mismos bienes a los consignatarios o a quienes sus derechos representen, en la forma y condiciones que determinen los reglamentos, y con excepción de los equipajes acompañados y no acompañados, cuya recepción, custodia y entrega corresponderá siempre a la Aduana"; precisándose que estas funciones debían ser desempeñadas por la empresa "dentro de los recintos portuarios, de sus almacenes y demás lugares destinados al desarrollo de sus actividades". Dicha normativa se modifica de manera sustancial a partir de los años ochenta, tal como lo sostiene la requirente. En efecto, la Ley Nº 18.042, publicada en el Diario Oficial con fecha 15 de octubre de 1981, establece en su artículo 6º que las sociedades anónimas portuarias tendrán como único objeto "el de administrar la infraestructura de los puertos respectivos"; entendiéndose por tal "la asignación de los sitios para cada atraque y de los lugares de acopio de mercancías, la regulación del uso de los recintos portuarios y la actividad conducente a la conservación y al desarrollo de los puertos".

La normativa legal preceptúa que la referida administración puede también hacerse en forma indirecta a través del otorgamiento de concesiones, previa licitación pública. Finalmente, el mismo artículo 6º en su inciso 5º indica que "en ningún caso las sociedades anónimas portuarias podrán hacer la transferencia, porteo o almacenaje de mercancías", sin perjuicio del derecho del Estado, previa resolución fundada del Ministerio de Transporte, y en caso de que los servicios de los particulares sean insuficientes, a celebrar un contrato destinado a dotar al puerto de la capacidad de servicio que defina como necesaria, mediante subvención al efecto y previa licitación pública. Confirmando lo anterior, la Ley Nº 18.966, publicada en el Diario Oficial de fecha 17 de marzo de 1990, excluye del objeto social de la empresa portuaria "la entrega de servicios de estiba, desestiba, transferencia de la carga desde el puerto a la nave y viceversa ni el porteo en los recintos portuarios". Igualmente se reitera la disposición conforme a la cual "cuando en un puerto se determine, mediante resolución fundada del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, que la provisión de alguno de los servicios de transferencia o porteo de mercancías es insuficiente o no competitivo, se procederá a licitar públicamente un servicio entre particulares con el fin de proveer dichos servicios". Del mismo modo, agrega, que "En el evento que no concurriere el sector privado a la licitación aludida, por decreto supremo fundado expedido a través del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, el que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, se autorizará a la Empresa Portuaria de Chile para que, subsidiariamente, lleve a cabo estos servicios".

De este modo, resulta incuestionable que a partir de 1981 las actividades de muellaje se radican en empresarios privados. Por lo mismo, el Reglamento sobre Trabajo Portuario, contenido en el Decreto Supremo Nº 48, de 1986, y sus posteriores modificaciones, establece que "sólo podrán desempeñarse como empresas de muellaje quienes estuvieren inscritas como tales en el Registro de Empresas de Muellaje" a cargo de la Dirección General de Territorio Marítimo y de Marina Mercante;

Décimo Octavo: Que la situación anteriormente descrita no se vio alterada con motivo de la dictación de la Ley Nº 19.542, que moderniza el sector portuario estatal. En efecto, esta normativa, se enmarca en el cumplimiento de dos propósitos fundamentales. En primer lugar, traspasar la gestión y operación portuaria en los terminales estatales al sector privado, conservando en todo caso la propiedad pública sobre los mismos. Y, adicionalmente, asegurar la inversión privada en infraestructura de la que dichos puertos carecen y que el Estado no se encuentra en condiciones de solventar, todo lo cual ciertamente es concreción del principio de subsidiariedad. Ahora bien, con el propósito de racionalizar la administración de los puertos estatales, la ley procedió a la división de EMPORCHI, creando al efecto diez empresas del Estado encargadas de la administración, explotación, desarrollo y conservación de cada puerto (artículos 1º y 4º). Las labores de muellaje se encuentran expresamente reservadas a los particulares.

En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley, "la prestación de los servicios de estiba, desestiba, transferencia de la carga desde el puerto a la nave y viceversa, y el porteo en los recintos portuarios, comprendidos dentro del objeto de las empresas, deberá ser realizada por particulares debidamente habilitados". Excepcionalmente, las empresas portuarias "estarán facultadas para prestar por sí mismas, en subsidio de los particulares y sólo cuando éstos no estén interesados en realizar tales funciones, los servicios de transferencia y porteo". Adicionalmente también estarán facultadas para realizar funciones de porteo "cuando les sea requerida expresamente por el Estado en virtud de obligaciones contraídas por éste en convenios o tratados internacionales". Finalmente, las formas o modalidades bajo las cuales las empresas portuarias pueden entregar a los particulares la gestión de sus bienes se materializan a través de contratos de arrendamiento, formación de sociedades anónimas o concesiones portuarias (artículo 7º);

Décimo Noveno: Que para entender el propósito de la norma parece conveniente revisar la historia fidedigna de esta ley. En el mensaje se consigna que "para asegurar un ambiente de competencia, transparencia y equidad, en el proyecto de ley se consideran una serie de disposiciones orientadas a incentivar la participación del máximo de oferentes, como por ejemplo, el proceso de selección del concesionario se deberá realizar por medio de licitación pública; los concesionarios de frentes de atraque no podrán estar relacionados entre sí, salvo informe favorable de las comisiones establecidas en el Decreto Ley Nº 211, de 1973; los concesionarios deberán constituirse como sociedades anónimas de giro exclusivo, y para concesionar deberán existir a lo menos dos frentes de atraque equivalentes por puerto y cuando no se cumpla esta condición se deberá consultar previamente a la Comisión Preventiva Central, establecida en el citado decreto ley". En el proyecto primitivo enviado por el Presidente de la República sólo se contemplaba la posibilidad de que las labores de movilización de carga en los frentes de atraque se efectuaran a través de un esquema multioperador.

Será en la Cámara de Diputados en la que se incorporará un inciso que faculta al directorio de la empresa portuaria para implementar un sistema monooperador, previa licitación pública, en términos similares a los que actualmente establece el inciso segundo del artículo 23 de la ley. Si bien se formularon ciertos reparos en el Senado, en definitiva se entregó a las empresas portuarias el decidir bajo cuál esquema debía llamarse a licitación, pero si tal opción era la de monooperador, y no existiendo otro frente de atraque operado bajo un sistema multioperador, debía solicitarse a la Comisión Preventiva Central –actual Tribunal de Defensa de la Libre Competencia– un informe para que dicho órgano determinare y aprobare favorablemente las bases de la licitación a que debía convocar la empresa portuaria;

Vigésimo: Que en conformidad a la ley, las labores de movilización de carga en los frentes de atraque sólo pueden ser desarrolladas por "particulares debidamente habilitados" y no por la propia empresa portuaria, tal como lo preceptúa el artículo 5º de la Ley Nº 19.542 ya transcrito. Ello, por lo demás, también lo señala de manera categórica el mismo artículo 23 que se impugna, conforme al cual "estos servicios deberán ser prestados por empresas de muellaje habilitadas". Aclaratoria resulta también la intervención del diputado señor Rocha, en la sesión de la H. Cámara de 31 de julio de 1996, al dar cuenta a la sala del primer informe de la Comisión de Obras Públicas respecto del proyecto de ley. A este respecto, explicando el trabajo de la Comisión y las ideas matrices y aspectos fundamentales del proyecto, señaló que "Los servicios que presten estibas, desestibas, transferencia de la carga del puerto a la nave y viceversa y el porteo en los recintos portuarios sólo podrá efectuarse por particulares, a menos que éstos no estén realizando tales funciones, en cuyo caso los servicios de transferencia y porteo podrán ejecutarlos las empresas". Cabe finalmente recordar que el legislador también definió ciertos términos, entendiendo por esquema monooperador "el sistema de operación portuaria en que la movilización de carga en el frente de atraque es realizada por una única empresa de muellaje"; mientras que multioperador es "el sistema de operación portuaria donde las distintas empresas de muellaje pueden prestar sus servicios en un mismo frente de

atraque" (artículo 53 de la Ley); de todo lo cual se deduce que siempre las actividades habrán de ser realizadas por las empresas de muellaje previamente autorizadas o habilitadas;

Vigésimo Primero: Que lo anterior también ha sido reconocido por nuestros tribunales ordinarios de justicia. Así, en el marco de una acción en que se cuestionaba la facultad de las empresas portuarias de entregar en concesión las labores de estiba y desestiba, en circunstancias que históricamente habían sido desempeñadas por particulares, la Corte Suprema señaló que "sobre el particular deberá estarse a lo que claramente dispone el artículo 5º de la referida ley sobre modernización del sector portuario estatal, en el sentido de que la prestación de los servicios de estiba y desestiba de que se trata, entre otros que señala, y que están comprendidos dentro del objeto de las empresas portuarias atento a lo previsto en el artículo 4º que lo precede, deberán ser realizados por particulares debidamente habilitados, por lo que no se les ha privado de ejercer estas labores sino que se establece al respecto una modalidad para su realización, esto es, bajo el régimen de concesión en un sistema monooperador como el que contempla el llamado a licitación" (Corte Suprema, Rol 1469-99, 27 de julio de 1999);

Vigésimo Segundo: Que, en consecuencia, todas las labores de movilización de carga, deben ser prestadas "por empresas de muellaje habilitadas", sea que los frentes de atraque concesionados se encuentren sometidos a un esquema multioperador o monooperador. En este último caso, el precepto legal faculta expresamente al directorio de la empresa portuaria para implementarlo, mediante licitación pública, para lo cual es menester que en los respectivos puertos o terminales estatales de la región exista otro frente de atraque capaz de atender la nave, operado bajo un sistema multioperador, salvo que exista al efecto un informe favorable de la Comisión Preventiva Central, actualmente el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que establezca la forma en que deba realizarse la licitación respectiva. Esto último es lo que ha ocurrido en el caso de autos, como se desprende del Dictamen Nº 1280, de 16 de enero de 2004, de la Comisión Preventiva Central, en que ésta autoriza a la Empresa Portuaria de Arica para otorgar una concesión portuaria para explotar, mediante el esquema monooperador único, el frente de atraque formado por los sitios 1 a 6 del Puerto de Arica.

En otras palabras, ya sea que la labor de movilización de carga de los frentes de atraque se realice a través de un esquema multioperador (que constituye la regla general) o monooperador, siempre los servicios deberán ser prestados por las empresas de muellaje habilitadas y jamás por la propia empresa portuaria; de suerte tal que en la especie no existe actividad empresarial del Estado, permaneciendo las labores de movilización en manos de los particulares. Lo único que ha realizado la empresa portuaria, es resolver entre una de las dos modalidades de operación que prevé la ley y, en conformidad a lo perentoriamente ordenado por el inciso 2º del artículo 23 de la ley Nº 19.542, llamar a una licitación para adjudicar la actividad referida, la que será realizada por la empresa adjudicataria, que ciertamente tendrá el carácter de privada, de modo tal que ni el Estado ni sus organismos se encuentran facultados para ejecutar tal actividad. Por esta razón el segundo reproche de constitucionalidad formulado por la requirente también debe desecharse;

III. Inaplicabilidad por supuesta infracción al inciso 1º del artículo 19 Nº 21 de la Constitución Política de la República

Vigésimo Tercero: Que en cuanto a los vicios de fondo, señala la requirente que el tantas veces aludido inciso segundo del artículo 23 de la Ley Nº 19.542, contravendría el inciso primero del artículo 19 Nº 21 de la Constitución Política de la República, desde el momento que la Carta Fundamental faculta al Estado sólo para regular, mas no para limitar la actividad económica, circunstancia esta última que se produciría como consecuencia del llamado a licitación bajo la modalidad de monooperador que ha efectuado la Empresa Portuaria en virtud del referido precepto legal. A ello agrega la circunstancia de que no resulta constitucionalmente posible la delegación de esta materia

en un directorio, habida consideración del principio de reserva legal, dado que el ejercicio de toda actividad económica debe efectuarse respetando las normas legales que regulan la misma;

Vigésimo Cuarto: Que en sus descargos la EPA expone sobre este punto que precisamente la regulación del ejercicio de la actividad de movilización debe efectuarse con estricta sujeción a las normas legales que regulan la misma, esto es, el artículo 23 de la Ley Nº 19.542, el cual en modo alguno impide el ejercicio de la actividad sino que lo sujeta a una licitación estableciendo una serie de resguardos que protegen la libre competencia. De esta forma –concluye– la normativa dispone precisamente la forma en que debe desempeñarse la actividad;

Vigésimo Quinto: Que el artículo 19 Nº 21 de la Constitución Política de la República reconoce a todas las personas "el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan", de modo tal que es competencia del legislador regular el ejercicio de la actividad económica lícita;

Vigésimo Sexto: Que, sobre la materia, este mismo Tribunal ha consignado que "del tenor del artículo 19, Nº 21, resulta que los que desarrollen una actividad económica deben someterse a las normas legales que la regulen. Por regular debemos entender, según el Diccionario de la Real Academia: 'Ajustado y conforme a reglas'. De lo anterior se infiere que sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad; " (Rol 146, considerando 9º, 21 de abril de 1992).

Precisando lo anterior también se ha señalado que "regular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de 'regular' un accionar privado se puede llegar hasta obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el derecho consagrado en el artículo 19, Nº 21, de la Constitución Política;" (Rol 167, considerando 14º, 6 de abril de 1993). En otro pronunciamiento anterior, el ya citado fallo rol 146, el tribunal declaró que "si bien es efectivo que el legislador haciendo uso de su facultad de 'regular' puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador, pues de acuerdo al texto constitucional, por el artículo 60, Nº 2, que establece 'Sólo son materias de ley:

Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley', estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura 'respetando las normas legales que la regulen'. En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse". Siguiendo la misma corriente, el también citado fallo rol Nº 167 declara "Que, si bien por 'regular', conforme al Diccionario de la Real Academia, debe entenderse: 'Ajustado y conforme a reglas', ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho. Por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo. No podríamos entender en otro sentido la expresión 'las normas legales que la regulen', pues ello significaría violentar no sólo las claras normas del artículo 19, Nº 21, sino que, también, sería aceptar que el administrador puede regular el ejercicio de los derechos constitucionales sin estar autorizado por la Constitución";

Vigésimo Séptimo: Que, por su parte, en relación al alcance de la libertad de emprender este tribunal ha precisado que "este derecho, denominado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República 'libre iniciativa privada para desarrollar cualquiera actividad económica' y usualmente 'derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita', significa

que toda persona, sea ésta persona natural o jurídica, tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando, por consiguiente, la norma constitucional, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes, bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea, considerada en sí misma, ilícita, y lo son sólo las que la propia Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen". (Rol 280, considerando 22º, 20 de octubre de 1998).

A su vez, la Corte Suprema ha sentenciado, siguiendo a la doctrina especializada, que "analizada la norma en estudio desde este punto de vista, el contenido esencial del derecho garantizado por el numeral 21º es la libertad que se garantiza a todas las personas sean naturales o jurídicas, para satisfacer sus necesidades múltiples e ilimitadas mediante la utilización de bienes escasos y limitados, no siendo indispensable, ergo, el carácter lucrativo de las mencionadas actividades". (Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de agosto de 2004, confirmado por la Corte Suprema, Rol Nº 4732-2005, 26 de septiembre de 2005). Así las cosas, el artículo 19 Nº 21 "comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquiera actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, habiendo sido introducida por el constituyente de 1980 con especial énfasis y estudio, según consta de la historia fidedigna del precepto" (Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de mayo de 1996, Gaceta Jurídica 192, p. 29); agregándose que ello puede realizarse "libremente, personalmente o en sociedad, organizada en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita" (Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de marzo de 1992, Temas de Derecho, 1993, p. 125-126);

Vigésimo Octavo: Que en el caso de autos la actividad económica se encuentra precisamente regulada por el legislador, en el artículo 23 de la Ley Nº 19.542, la que señala con absoluta precisión la forma en que debe ejercerse la actividad de muellaje, bajo la modalidad multioperador o monooperador, de modo tal que no resulta atendible la objeción que formula la requirente en cuanto a que se estaría en presencia de una regulación normativa infra legal. Contrariamente a lo que se objeta, no se trata que el directorio de las empresas portuarias por sí y ante sí determine soberanamente las modalidades de operación del sistema. Es el propio legislador quien se encarga de señalar de manera detallada la forma en que debe ejercerse la actividad económica, cualquiera sea su modalidad, de modo que no cabe sostener que pudiera tratarse en la especie de regulaciones administrativas o de similar calificación;

Vigésimo Noveno: Que, en efecto, el precepto legal en cuestión detalla los procedimientos que debe seguir el directorio de una empresa portuaria en caso que decida llamarse a licitación bajo el sistema monooperador, siendo especialmente relevante el informe que emita al efecto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, órgano jurisdiccional a quien precisamente se encarga la custodia de dicho bien jurídico en Chile, tal como establece el D.L. Nº 211, normativa que forma parte del orden público económico a que alude el artículo 19 Nº 21 de la Constitución Política de la República y una de cuyas finalidades es salvaguardar la libertad de todos los sujetos que participan en la actividad económica, en igualdad de condiciones, beneficiándose de este modo a toda la colectividad, interesada esta última en que se produzcan más y mejores bienes y servicios a precios más reducidos;

Trigésimo: Que en estricta concordancia con lo anterior, los propios tribunales de justicia han señalado que "es la ley Nº 19.542, en su artículo 23, la que faculta a las empresas portuarias para optar por la modalidad de monooperador para otorgar en concesión frentes de atraque de los puertos, pero es la misma ley, en su artículo 14, la que obliga a la Comisión Preventiva Central a emitir un informe en el cual se establezca los requisitos en que tal licitación debe llevarse a cabo. De esta manera el hecho de emitir su informe, tampoco ha entorpecido el derecho a desarrollar alguna ac-

tividad económica. Por el contrario, el llamado a licitación de los frentes de atraque bajo el sistema monooperador, por el cual optaron las empresas portuarias en cuestión, exige como requisito para llevarse a cabo, el que tal licitación se haga en los términos que la Comisión Preventiva Central señale" (Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de enero de 1999, Rol 3616- 98, confirmado por la Corte Suprema, Rol 514-99);

Trigésimo Primero: Que de todo lo señalado se desprende que el precepto legal contenido en el inciso 2º del artículo 23 de la Ley Nº 19.542 no se encuentra en contradicción con el inciso primero del artículo 19 Nº 21 de la Constitución Política de la República, desde el momento que el ejercicio de la actividad económica de muellaje –que entre otras es realizada precisamente por la empresa requirente en calidad de subcontratista, según consta en autos, la que conserva su condición de empresa habilitada– se encuentra regulada expresamente en una norma legal, que señala la forma en que debe efectuarse la misma, de modo de facilitar la libre concurrencia de los diversos entes privados interesados en realizarla, estableciéndose suficientes y adecuados mecanismos para cautelar la libre competencia;

IV. Inaplicabilidad por supuesta infracción al artículo 19 Nº 24 de la Constitucion Política de la República

Trigésimo Segundo: Que, como se ha señalado en la parte expositiva, la requirente también formula la existencia de una eventual infracción del precepto legal en cuestión en relación al artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas "el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales";

Trigésimo Tercero: Que la actora funda su petición de inaplicabilidad en la circunstancia de haber incorporado a su patrimonio un "derecho de propiedad" para emprender la actividad de muellaje, cumpliendo al efecto las normas legales y respecto de lo cual sólo se le habría podido privar en virtud de una ley que autorizara la expropiación, calidad de la cual carece la Ley Nº 19.542, que establecería una suerte de "barrera de entrada" para poder continuar ejerciendo la actividad a que tenía derecho y de la que se le habría impedido su prosecución con la nueva normativa legal;

Trigésimo Cuarto: Que, respondiendo a lo anterior, la Empresa Portuaria hace presente que no puede la requirente sostener la existencia de un derecho adquirido sobre la operación en el frente de atraque ni sobre la posibilidad de acceder a él para efectuar su actividad económica en las condiciones que ha venido realizándola hasta la fecha, puesto que ello importaría reconocer la existencia de una especie de propiedad sobre meras expectativas o calidades circunstanciales. Por lo demás, agrega la recurrida, el inciso segundo del artículo 23 de la Ley Nº 19.542 no impide en modo alguno que el requirente pueda seguir desarrollando su negocio de prestación de servicios de muellaje;

Trigésimo Quinto: Que el artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política de la República reconoce a todas las personas "el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales", siendo "indiscutido, reconocido por esta Magistratura y por la doctrina, que la Constitución de 1980 robusteció el derecho de propiedad y le otorgó una amplia protección" (Rol 334, considerando 12º, 21 de agosto de 2001). De este modo, como lo hace presente el constitucionalista Mario Verdugo, "tanto en el seno de la Comisión de Estudio como en el Consejo de Estado existió consenso en el sentido de que las sucesivas modificaciones experimentadas durante la vigencia de la Constitución de 1925 habían terminado por debilitar en extremo el derecho de propiedad y que, por lo tanto, en la nueva normativa constitucional se precisaba vigorizar la defensa de dicho derecho" (Derecho Constitucional, Tomo I, p. 301);

Trigésimo Sexto: Que no cabe admitir el razonamiento de la requirente en cuanto a que su representada sería titular de una suerte de "derecho adquirido" sobre la actividad, desde el momento

que la legislación no la ha privado del ejercicio de la misma, si no (sic) que ha establecido la forma en que puede efectuarse la actividad de muellaje -en un esquema monooperador, bajo un sistema de licitación-, la que ciertamente puede ser realizada por la propia peticionaria, que conserva su calidad de habilitada, tanto que según consta de autos tendría en la actualidad el carácter de una empresa subcontratista;

Trigésimo Séptimo: Que sostener lo contrario importaría la pretensión por parte del titular de una autorización habilitante (ciertamente no convencional o contractual) de un verdadero "derecho de propiedad" sobre toda la legislación, de modo que se incorporaría al patrimonio de cualquier entidad la totalidad de la normativa vigente al momento de iniciar una actividad económica, la que se petrificaría y sólo podría modificarse previa expropiación, argumentación que no admite en principio justificación constitucional en atención a la naturaleza del título de la requirente;

Trigésimo Octavo: Que, por lo demás, el razonamiento de la requirente importaría en el hecho el establecimiento de una verdadera obligación de contratar sus servicios profesionales, lo que no guarda armonía alguna con el libre emprendimiento de las actividades económicas que garantiza y tutela la Carta Fundamental y que en este caso expresamente resguarda la normativa contenida en el artículo 23 de la ley Nº 19.542;

Trigésimo Noveno: Que, por último, en relación a este capítulo, cabe detenerse en la naturaleza jurídica de la autorización que tiene la requirente y que la habilita para el ejercicio de su actividad económica. Como se ha señalado, el Reglamento sobre Trabajo Portuario, contenido en el Decreto Supremo Nº 48, de 1986, y sus posteriores modificaciones, establece que "sólo podrán desempeñarse como empresas de muellaje quienes estuvieren inscritas como tales en el Registro de Empresas de Muellaje" a cargo de la Dirección General de Territorio Marítimo y de Marina Mercante.

En tal sentido, "las autoridades marítimas, aduaneras, del trabajo, portuarias y, en general, las administrativas, no permitirán el desempeño de las funciones de empresa de muellaje a que se refiere este reglamento, a personas naturales o jurídicas que no se encuentren inscritas en este Registro" (artículo 2º). Las empresas de muellaje, que pueden ser personas naturales o jurídicas, deberán al efecto "presentar una solicitud ante la autoridad marítima del puerto en que vaya a desarrollar sus actividades" (artículo 4º). A su vez, la autoridad marítima local eleva los antecedentes a la Dirección General, debiendo ésta "pronunciarse acerca del cumplimiento de los requisitos exigidos", dictándose al efecto un acto administrativo en el que se admite la inscripción solicitada (artículo 5º). El aludido reglamento contiene también normas sobre suspensión o eliminación del registro (artículos 8 y 9). De modo que la habilitación para el ejercicio de la actividad le compete a la Dirección de Territorio Marítimo, lo que se materializa a través de un acto administrativo en un procedimiento reglado, sin perjuicio de las respectivas autorizaciones sectoriales;

Cuadragésimo: Que la doctrina ha definido la autorización como "el acto de la Administración que habilita a una persona física o jurídica, pública o privada, para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente" (Enrique Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, p. 414). Que el mismo autor señala que dicho acto administrativo se caracteriza esencialmente:

a) por la circunstancia que puede recaer tanto en particulares como en personas públicas;

b) habilita indistintamente para desarrollar una actividad jurídica o una actividad material;

c) es un acto unilateral, aunque sea dictado a instancia del interesado;

d) es previo al acto o hecho que realiza la persona autorizada;

e) no es imperativo, de modo que habilita para realizar un acto o hecho, quedando el interesado en libertad de decidir su realización;

f) usualmente debe ser expresa;

y g) pueden ser revocadas cuando el interés público lo exija, salvo que se hubiere acordado por plazo determinado o existan normas que limiten dicha potestad. La doctrina además ha diferenciado entre autorizaciones por operación y autorizaciones de funcionamiento, en las que existe una vinculación permanente con la administración, con el fin de tutelar el interés público, admitiéndose "la posibilidad de modificar el contenido de la autorización para adaptarlo, en forma constante, a dicha finalidad, durante todo el tiempo en que se realice la actividad autorizada" (Juan Carlos Cassagne, La intervención administrativa, p. 81);

Cuadragésimo Primero: Que de esta forma, como también lo ha precisado la doctrina, la autorización presenta serias diferencias respecto de otras instituciones, como es el caso de la concesión. Esta última importa un acto esencialmente creador de derechos, mientras que la autorización permite el ejercicio de un derecho pre existente. En otras palabras, las autorizaciones no hacen sino remover el límite, la barrera o el obstáculo jurídico que impedía el ejercicio del derecho preexistente (Ariel González Vergara, La concesión, acto administrativo creador de derechos, p. 34). De este modo, la autorización, a diferencia de lo que ocurre con la concesión, "no confiere ningún derecho ex novo al administrado, sino que se limita a remover los obstáculos para el ejercicio de alguno, los que ya estaban dentro de su patrimonio" (Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, p. 176). Se trata de "un derecho preexistente que la ley otorga al particular en forma de autorizaciones, licencias o permisos, cuyo ejercicio se halla restringido porque puede afectar la tranquilidad, la seguridad o la salubridad públicas, y por ello para dicho otorgamiento deben satisfacerse distintos requisitos que permitan al particular el ejercicio de aquel derecho previo en su interés personal, pero sin descuidar el interés colectivo o general. Es un interés personal condicionado. Por lo general está vinculada la autorización, licencia o permiso al ejercicio del poder de policía. De allí su distinción con la concesión, que es contractual y que no reconoce un derecho previo del particular, sino que se le otorga o delega sólo en función de la relación contractual, que es la que lo crea" (José Canasi, Derecho Administrativo, Tomo II, p. 260). Ciertamente la doctrina ius publicista ha cuestionado la existencia o no de un derecho previo del administrado. Así, mientras Ranelletti situaba como esencial de la autorización la preexistencia en el sujeto autorizado de un derecho subjetivo a realizar la actividad, de modo que tendría la naturaleza más bien de un acto declarativo del contenido de dicho derecho;

Otto Mayer enfatizaba la descripción del mecanismo en que la autorización actúa, levantando las prohibiciones. Por lo mismo, se ha concluido por autores modernos que "supuesto que entre una y otra concepción las diferencias no son irreductibles, se debe partir, por ser más garantista, de la existencia de un derecho o libertad en el solicitante de la autorización y considerar ésta como un acto de control reglado que determina si se cumplen las exigencias legales o reglamentarias previstas en la norma" (Ramón Parada, Derecho Administrativo, Tomo I, p. 381). En todo caso a la concesión se ha reconocido siempre un carácter contractual. En nuestro país es posible encontrar alguna jurisprudencia con motivo de los permisos municipales y su diverso estatuto jurídico respecto de las concesiones, en los términos que establece el artículo 36 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Así, se ha resuelto, que "mientras una concesión municipal es un contrato con especiales características que genera obligaciones recíprocas durante el plazo fijado en la autorización, el permiso emana de decisión unilateral, en la que se fijan las reglas para su ejercicio; la concesión para el uso de bienes públicos es la conclusión de un procedimiento de licitación pública y de adjudicación, en tanto que el permiso tiene como antecedente una solicitud del particular; por último y omitiendo otras características que los diferencian, la concesión termina por las causales establecidas en la ley, y el permiso cuando la autoridad que lo otorgó le pone término" (Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 950-99);

Cuadragésimo Segundo: Que de todo lo señalado se desprende que el precepto legal contenido en el inciso segundo del artículo 23 de la Ley Nº 19.542 no vulnera el derecho de propiedad que asegura el artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política de la República, desde el momento que el requirente, titular de una autorización que lo habilita para ejercer la actividad de muellaje, conserva dicha calidad y puede incluso optar a la pertinente concesión, careciendo de un derecho de propiedad sobre el estatuto jurídico vigente al momento de otorgársele su autorización, habida consideración de su título, sin perjuicio de que adicionalmente no cabe suponer el establecimiento de una verdadera obligación de contratar que el habilitado pudiera exigir imperativamente a terceros, como en este caso las empresas portuarias que solicitan el respectivo servicio a particulares;

V. Inaplicabilidad por supuesta infracción al artículo 19 Nº 23 de la Constitución Política de la República

Cuadragésimo Tercero: Que la requirente también señala que el precepto legal contenido en el inciso segundo del artículo 23 de la Ley Nº 19.542 vulneraría el derecho a la propiedad que asegura y resguarda el artículo 19 Nº 23 de la Constitución Política de la República;

Cuadragésimo Cuarto: Que dicha infracción se produciría, en opinión de la requirente, como consecuencia de que el precepto legal que se impugna importaría recuperar para el Estado el derecho a desarrollar una actividad, como es la labor de movilización o muellaje, cuyo ejercicio sólo puede recaer en los particulares debidamente habilitados; todo lo cual pugnaría con el derecho que tutela el artículo 19 Nº 23 de la Carta Fundamental y que importa en opinión de la doctrina una verdadera "interdicción de la reserva estatal de bienes". Del mismo modo, al establecerse una licitación para poder desarrollar la actividad se estaría estableciendo –sostiene la peticionaria– una verdadera "barrera de entrada" al derecho fundamental a adquirir toda clase de bienes, lo que además supondría el establecimiento de eventuales requisitos para la adquisición del dominio de los bienes, lo que sólo ha podido ser impuesto por una ley de quórum calificado;

Cuadragésimo Quinto: Que, en relación al sentido y alcance del artículo 19 Nº 23 de la Constitución Política, este Tribunal ha consignado "Que por otra parte, del artículo 19, Nº 23, de la Constitución, de acuerdo a su claro sentido y alcance y en armonía con el resto de la preceptiva constitucional y del ordenamiento legal, se infiere que él contempla cuatro normas:

1) la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, esto es, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565 del Código Civil, todas las cosas corporales o incorporales susceptibles de apropiación;

2) se exceptúan de esta libertad de adquisición, lógicamente, aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así, es decir, se excluyen, entre otros, los bienes nacionales de uso público, como las aguas por ejemplo;

3) solo en virtud de una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional, se pueden establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes. Esta regla constitucional, dentro del contexto lógico del precepto se refiere a los bienes privados, y 4) todas las disposiciones anteriores son sin perjuicio de otros preceptos de la Constitución" (Rol 260, considerando 14º, 13 de octubre de 1997). El objetivo de la norma, como lo ha señalado también esta Magistratura, es el permitir el acceso a la propiedad privada al mayor número de personas. De esta manera, como lo ha indicado la judicatura, su finalidad ha sido garantizar el acceso al dominio privado de las personas de toda clase de bienes, muebles o inmuebles, corporales e incorporales, y en general, de toda cosa susceptible de ser incorporada a un patrimonio personal; de modo que protege a las partes de actos legislativos o de autoridad que excluyan de este libre acceso a alguna

categoría de bienes, salvo las excepciones contempladas en la misma norma constitucional (Corte Suprema, 26 de mayo de 1988, RDJ 85, sec. 5ª, p. 186);

Cuadragésimo Sexto: Que, como se ha detallado en el capítulo segundo de esta sentencia, el precepto legal que se impugna no ha significado el establecimiento de una autorización legal para el ejercicio de una actividad empresarial del Estado, por lo que debe desestimarse la afirmación de la requirente en cuanto a que se pretendería el establecimiento de una "reserva estatal", dado que la actividad de muellaje sólo se podrá realizar por los particulares legalmente habilitados y autorizados al efecto, en los términos previstos en la legislación;

Cuadragésimo Séptimo: Que del mismo modo, debe desecharse la afirmación de que el inciso segundo del artículo 23 de la Ley Nº 19.542 establece limitaciones al acceso a la propiedad, en este caso de un derecho, en atención a que la norma en cuestión sólo ha venido a regular el libre ejercicio de la actividad de muellaje, en los términos que autoriza al efecto el artículo 19 Nº 21 de la Constitución Política de la República, pero en modo alguno ha impedido per se el ingreso a la misma. Por lo demás, aún cuando se estimara que se trata de una verdadera limitación, es del caso recordar que el precepto legal fue aprobado con quórum suficiente tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado de la República. De todo lo dicho se desprende que tampoco resulta vulneración alguna al artículo 19 Nº 23 de la Carta Fundamental;

VI. Inaplicabilidad por supuesta infracción al artículo 19 Nº 22 de la Constitucion Política de la República

Cuadragésimo Octavo: Que en el siguiente capítulo la requirente sostiene que el precepto legal en cuestión infringiría el artículo 19 Nº 22 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas "la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica";

Cuadragésimo Noveno: Que la infracción se produciría, en opinión de la requirente, al licitar el directorio de una empresa estatal las labores de movilización, privándosele a aquellos agentes de muellaje que han venido realizando la actividad a la fecha, el poder continuar efectuando la misma, privilegiándose así a un inversionista en desmedro de otro, todo lo cual sería imputable al Estado y sus organismos;

Quincuagésimo: Que a su turno la Empresa Portuaria señala que no resultaría aplicable el artículo 19 Nº 22, desde el momento que ella se regiría por normas de derecho privado, a lo que se agregaría que la actuación no podría ser calificada como arbitraria puesto que a la licitación ha podido presentarse cualquier empresa, incluida la requirente, exigiéndose iguales requisitos a todos los oferentes, habiéndose incluso consultado al efecto a la Comisión Preventiva, actualmente el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; sin perjuicio del derecho a participar en otras licitaciones;

Quincuagésimo Primero: Que, como se sabe, el artículo 19 Nº 22 resguarda la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Se trata, por tanto, de un principio fundamental que debe ser considerado en toda actuación que realice el Estado o alguno de sus organismos, cualquiera sea su forma jurídica;

Quincuagésimo Segundo: Que, en relación a la naturaleza jurídica de las empresas portuarias, éstas constituyen personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, de duración indefinida y que se relacionan con el gobierno a través del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones y, al tenor de lo establecido en el artículo 1º de la Ley Nº 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, forman parte de esta última;

Quincuagésimo Tercero: Que ciertamente, como expresamente lo establece el inciso 2º del artículo 19 Nº 21 de la Constitución Política de la República, autorizado el Estado a participar en activi-

dades empresariales, queda sujeto a la legislación común aplicable a los particulares, puesto que, como se dejó constancia en la discusión de la historia fidedigna de la norma constitucional, "si la ley autoriza al Estado para emprender una actividad empresarial, no puede la Constitución poner una traba adicional que atente contra la eficiencia de las empresas" (Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión Nº 398, p. 3109). En síntesis, una vez autorizado el Estado para desarrollar determinada actividad económica, el constituyente ha dejado claramente establecido que aquél pasa ser un particular más, debiendo, por tanto, sujetarse a la legislación común que regula la materia en cuestión, careciendo de privilegio alguno –a menos que así expresamente lo establezca la propia ley de quórum calificado y siempre y cuando existan motivos justificados para ello– y compitiendo en las mismas condiciones que los demás agentes económicos que participan en el mercado; circunstancia que precisamente no se da en el caso de autos, desde el momento que la actividad económica de muellaje en modo alguno ha pretendido ejercerla la empresa portuaria recurrida, pues siempre deberá ser de responsabilidad de particulares;

Quincuagésimo Cuarto: Que como se ha encargado de señalar este Tribunal en diversas oportunidades, la norma constitucional contenida en el artículo 19 Nº 22 tiene por objeto "establecer perentoriamente el principio de igualdad ante la ley en materias económicas, evitándose que se produzcan discriminaciones o diferencias arbitrarias o injustas, es decir, que carezcan de justificación racional o sean producto de un mero capricho" (Rol 249, 4 de noviembre de 1996);

Quincuagésimo Quinto: Que aun cuando pudiera sostenerse que a la empresa referida no le resultara aplicable el artículo 19 Nº 22, lo cierto es que este último no es sino concreción en el ámbito económico del artículo 19 Nº 2, que precisamente prohíbe toda discriminación arbitraria en términos tales que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias";

Quincuagésimo Sexto: Que la igualdad ante la ley, como también lo ha señalado también esta Magistratura en diversos pronunciamientos, "consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentran en situaciones diferentes" (Rol 219, 31 de julio de 1995). A su vez, como ha consignado la Corte Suprema, "por discriminación arbitraria ha de entenderse toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquiera autoridad pública que aparece como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede, por ejemplo, dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias" (Rol 16.227, 12 de julio de 1991);

Quincuagésimo Séptimo: Que así las cosas, la discriminación o diferenciación per se no necesariamente es contraria al texto fundamental, sino en la medida que ella no obedezca a parámetros de razonabilidad o justificación suficiente. Como lo ha precisado la doctrina, "la clave de la distinción entre la discrecionalidad legítima y la arbitrariedad prohibida está, pues, en la motivación, entendida no como puro requisito formal, sino como justificación, esto es, como razón o conjunto de razones susceptibles de dar soporte a la elección realizada en ausencia de las cuales dicha elección sería sólo la expresión del puro capricho, de la voluntad desnuda del órgano o autoridad que la realiza" (Tomás Ramón Fernández, Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional, p. 389);

Quincuagésimo Octavo: Que en el caso de autos no se divisa la infracción por parte del legislador a la igualdad ante la ley y a la prohibición de discriminar arbitrariamente, desde el momento que el inciso 2º del artículo 23 de la Ley Nº 19.542 señala normas de general aplicación para todos aquellos que estén interesados de concurrir a la licitación de la actividad de muellaje, sin que pueda advertirse tratamiento disímil para los diversos oferentes. Así las cosas, la igualdad de estos últimos (incluyendo naturalmente la propia requirente) no se ha visto en modo alguno alterada en el caso de autos. Se trata de un idéntico régimen jurídico para todos los que se encuentren interesados

en llevar a cabo la referida actividad económica, sin que pueda apreciarse el establecimiento de parámetros contrarios a la razón o que den cuenta que la disposición pudiera estar gobernada por falta de motivación. Es la misma norma que resulta aplicable para todos los que se encuentran en similar situación que la requirente o cualquier otro interesado en adjudicarse la licitación bajo la modalidad monooperador;

Quincuagésimo Noveno: Que, adicionalmente, la norma legal preserva con tanto rigor el respeto al principio de igualdad de los oferentes que incluso para el caso de licitación bajo el sistema monooperador –a que alude en su inciso 2º– contempla expresamente la necesidad de contar con la aprobación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de modo tal de cautelar el estricto cumplimiento de la igual concurrencia de parte de la totalidad de los interesados en efectuar la actividad económica de muellaje, debidamente habilitados;

Sexagésimo: Que, de todo lo dicho, se desprende que el precepto legal contenido en el inciso 2º del artículo 23 de la ley Nº 19.542 no vulnera en modo alguno la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria en el trato económico por parte del Estado y de sus organismos, contenidos en los artículos 19 Nº 2 y 22, desde que se trata de una norma que contiene un régimen que resguarda debidamente la igualdad de los oferentes e interesados en efectuar la actividad económica de muellaje, bajo la modalidad monooperador, en el marco de una licitación que debe ser previamente aprobada –en su caso– por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia;

VII. Inaplicabilidad por supuesta infracción al artículo 19 Nº 26 de la Constitución Política de la República

Sexagésimo Primero: Que, finalmente, la requirente sostiene que el precepto legal vulneraría lo dispuesto en el artículo 19 Nº 26 de la Constitución Política de la República;

Sexagésimo Segundo: Que sustenta su reproche en la circunstancia que el precepto legal impondría condiciones o requisitos que afectarían el libre ejercicio de su actividad por parte de los empresarios de muellaje autorizados, más aún tratándose de un sistema bajo la modalidad monooperador, impidiéndose el libre emprendimiento de esta actividad;

Sexagésimo Tercero: Que, a su turno, la Empresa Portuaria observa que el requirente no ha definido el alcance de su supuesto derecho sobre los servicios que en forma precaria prestó sobre el muelle de Arica; a lo que debe agregarse que el acceso a la actividad siempre pudo realizarse a través de la respectiva licitación a que se convocó;

Sexagésimo Cuarto: Que, como se sabe, el artículo 19 Nº 26 de la Constitución Política establece "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio";

Sexagésimo Quinto: Que en relación al sentido y alcance de esta norma, este Tribunal ha señalado que si bien el legislador tiene cierta autonomía para reglar el ejercicio de un derecho, debe hacerlo en forma prudente y dentro de latitudes razonables. Así se ha expresado que "para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben, primeramente, encontrarse señaladas en forma precisa por la Carta Fundamental; en seguida, debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados; además deben establecerse con indudable determinación, tanto respecto al momento que nacen, como en el que cesan y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificados" (Rol Nº 226, considerando 47º). Del mismo modo, se ha precisado que "El derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden

ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular. Finalmente, debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular. Estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación"; (Rol 280, 20 de octubre de 1998). Ahora bien, la esencia de cada derecho, como lo ha explicitado la doctrina, "se expresa en uno o más bienes jurídicos que garantizan su real vigencia, que distinguen al precepto singularizándolo, y sin los cuales la consagración constitucional aparecería como expresión de una intención meramente discursiva" (Enrique Evans de la Cuadra, Los derechos constitucionales, Tomo II, p. 301);

Sexagésimo Sexto: Que en relación a este punto, en primer lugar, la norma contenida en el inciso segundo del artículo 23 de la Ley Nº 19.542 encuentra perfecto fundamento constitucional desde que se trata de una disposición legal que regula el ejercicio de la actividad económica de muellaje, bajo la modalidad monooperador, al tenor de lo autorizado en el artículo 19 Nº 21 de la Constitución Política de la República, tal como se ha consignado;

Sexagésimo Séptimo: Que en lo que dice relación con el cumplimiento del principio de igualdad ante la ley, como ha quedado demostrado en los considerandos anteriores, el precepto legal se aplica de manera idéntica a todas las entidades que se encuentran en similar situación, esto es, las empresas interesadas en efectuar el servicio de muellaje, incluida la requirente. La estricta sujeción a este principio se ve reforzada por la participación en su caso del tribunal guardián de la libre competencia, el que velará por el establecimiento de parámetros razonables y justificados.

De todo lo cual se concluye que el precepto legal no afecta el derecho en su esencia como tampoco impone condiciones o requisitos que pudieran impedir el libre ejercicio de la mismo. Lo propio cabe señalar respecto del derecho de propiedad, habida consideración que el habilitado o autorizado para la actividad de muellaje no es titular de un derecho de propiedad sobre la legislación vigente, en los términos que se ha razonado en el capítulo cuarto;

Sexagésimo Octavo: Que, como puede apreciarse, el precepto legal es claramente determinado en cuanto a su alcance, estableciendo parámetros objetivos e incuestionables, los que aparecen razonables y justificados, desde que cualquier interesado en el ejercicio de la actividad podrá efectuarla sujeto a los términos y bajo la modalidad establecida al efecto por el legislador;

Sexagésimo Noveno: Que, por último, si se observa detenidamente las alegaciones de la requirente, particularmente de su presentación (fojas 37), es posible apreciar que los reparos no parecen dirigidos a la ley misma, sino más bien a las bases de la licitación fijadas por la Empresa Portuaria de Arica, particularmente en lo que dice relación con el capital mínimo exigido, lo que ciertamente no es propio de una acción de inaplicabilidad como la de autos.

Septuagésimo: Que de todo lo dicho es posible concluir que el ejercicio del derecho no se ha visto dificultado más allá de lo razonable, afectando su esencia, desde que su regulación ha sido ejercida por el legislador bajo parámetros de razonabilidad y debida tutela jurídica.

Y VISTO, lo prescrito en los artículos 19 Nº 21, 22, 23, 24 y 26 y 93 Nº 6 de la Constitución Política de la República, 23 de la Ley Nº 19.542, 30 y 31 de la Ley Nº 17.977, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas uno. Déjese sin efecto la suspensión decretada.

Redactó la sentencia el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol Nº 467-2006.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente señor José Luis Cea Egaña, y los Ministros señores Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

MATERIA
Aplicación de las normas sobre procedimiento administrativo a empresas del Estado

ÓRGANO COMPETENTE
Contraloría General de la República
Dictamen: 12.371
Fecha: 28.02.2011

DESCRIPTORES
Actividad Empresarial del Estado – Empresas Públicas – Administración del Estado – Procedimiento Administrativo – Recursos Administrativos – Impugnabilidad – Acto Administrativo – Potestades Públicas.

PRINCIPIO JURÍDICO
Los actos de las empresas del Estado excepcionalmente pueden ser impugnados.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Art. 1º y 10 Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 2º Ley Nº 19.880 Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; Art. 1º D.F.L. Nº 153/1960 Ministerio de Hacienda, Crea la Empresa Nacional de Minería.

DICTÁMENES RELACIONADOS
Dictamen 24.101/1993.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Se aplican las normas sobre procedimiento administrativo a las empresas del Estado?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
La Comisión de Productores Mineros/Pequeños Empresarios de Ovalle solicitaron a Contraloría General de la República un pronunciamiento acerca de si la LBPA es aplicable a la Empresa Nacional de Minería, lo que consultan debido a que las resoluciones de los Comités de Crédito no cuentan con instancias que permitan al requirente tener conocimiento del proceso que origina la medida ni se admiten recursos en contra de esta que incluyan la posibilidad de revisar errores u omisiones.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)
Empresa Nacional de Minería es una empresa pública creada por ley (artículo 1º del D.F.L. Nº 153/1960 Ministerio de Hacienda).

Por otra parte, el artículo 2º la LBPA establece que sus disposiciones serán aplicables a los ministerios, intendencias, gobernaciones y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, aplicándose también a la General de la

República, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los gobiernos regionales y a las municipalidades.

La historia de la LBPA (específicamente el segundo informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado) señala que el artículo 2º fue objeto de una indicación que tenía por fin sustituir la enumeración taxativa que hacía de los organismos públicos a los que se les aplicaría la ley por otro que la hiciera aplicable a los entes indicados en el inciso segundo del artículo 1º de la LOCBGAE. La Comisión prefirió la enunciación taxativa de los órganos de la Administración a los que se les aplica las disposiciones de la LBPA, entre los que no se encuentra el Banco Central y las empresas públicas creadas por ley, entes que sí se encuentran contemplados en el artículo 1º de la LOCBGAE. La unanimidad de los miembros presentes de la Comisión rechazó la indicación, por estimar conveniente excluir al Banco Central y a las empresas del Estado de la sujeción a las normas de la ley mencionada.

En el segundo trámite constitucional, en la Cámara de Diputados, el Ministro Secretario General de la Presidencia señaló que se excluyó a las empresas públicas del ámbito de aplicación de la LBPA, aun cuando esta obligaría a la Administración del Estado (concepto dentro del que se encuentras las señaladas instituciones), porque la CPR establece que ellas se regirán por las normas que regulan a los particulares. Así, las actividades de las empresas públicas se rigen por las mismas normas de las empresas del sector privado, porque se supone que participan en el mercado con las mismas reglas del juego que tienen los particulares, cuyo objetivo es el lucro, la optimización de sus actividades y conseguir utilidades, razón por la cual se decidió excluirlas de la normativa.

Como se ve, el tenor literal de la preceptiva no menciona a las empresas del Estado, lo que, unido a la historia fidedigna de la LBPA, demuestra que el legislador pretendió expresamente excluir a dichas empresas de su ámbito de aplicación.

A pesar de todo lo anterior, y en cuanto a la ausencia de instancias que permitan revisar posibles errores u omisiones que afectarían a las resoluciones de los Comités de Crédito señalados, se debe indicar que el artículo 1º de la LOCBGAE incluye dentro de la Administración del Estado a las empresas públicas creadas por ley. Su artículo 10 establece que los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca el legislador, agregando que se podrá interponer el de reposición ante el órgano de que hubiere emanado el acto respectivo, y si procede, el recurso jerárquico ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que hubiere lugar. Así, y teniendo presente la jurisprudencia administrativa que ha establecido que las empresas públicas, al igual que las demás entidades afectas a la LOCBGAE, también despliegan una actividad jurídica unilateral y emiten actos administrativos (dictamen 24.101 de 1993), es posible reclamar de las decisiones de los Comités indicados, por la vía de la aplicación del artículo 10 del cuerpo legal citado.

CONCLUSIÓN

Las normas sobre procedimiento administrativo no son aplicables a las empresas del Estado, ya que el legislador las excluyó del ámbito de aplicación de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo. Sin embargo, al emitir estas actos administrativos y desplegar una actividad jurídica unilateral, es procedente reclamar de sus decisiones mediante los recursos administrativos contemplados en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado, la que sí es aplicable a las empresas del Estado.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Este es un dictamen relevante, por la manera en que la CGR razona para poder llegar a su conclusión, pues la ley no incluye a las Empresas del Estado como sujetos eventuales de impugnación.

En efecto, el Congreso en la tramitación de la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley Nº 19.880), expresamente excluyó de la aplicación de dicha ley a las empresas del Estado, pues se sostuvo que ellas no ejercían potestades públicas (que explica el acto administrativo), en sus actuaciones se sometían al derecho común y que así debía entenderse su actividad.

Esta decisión de la CGR expresamente se hace cargo de dicha historia, la cita e indica cuál era la voluntad del Congreso. Pese a eso, Contraloría decide, ocupando un principio de la LOCBGAE, señalar que sin importar esa voluntad y texto expreso del Congreso, igualmente las empresas podían dictar actos administrativos y, en consecuencia, ser impugnados mediante recursos administrativos.

En opinión de la CGR debe primar la tesis, entonces, de resistir los actos de las autoridad cualquiera sea la naturaleza de ella.

TEXTO COMPLETO

Nº 12.371 Fecha: 28-II-2011

La Contraloría Regional de Coquimbo ha remitido a esta División Jurídica, la presentación efectuada por don Alvaro Notte Cuello y otros, en nombre de la Comisión de Productores Mineros/Pequeños Empresarios de Ovalle, mediante la cual solicitan un pronunciamiento que determine si la ley Nº 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, es aplicable a la Empresa Nacional de Minería (ENAMI), consulta que formulan atendido que, según expresan, las resoluciones de los Comités de Crédito de dicha entidad, no cuentan con instancias que permitan al requirente tener conocimiento del proceso que origina la medida, ni en contra de ésta se admiten recursos que incluyan la posibilidad de revisar errores u omisiones.

Al respecto, cabe señalar, en primer término, que la Empresa Nacional de Minería, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º del decreto con fuerza de ley Nº 153, de 1960, del Ministerio de Hacienda, que crea dicha entidad, constituye una empresa pública creada por ley.

Enseguida debe consignarse que el artículo 1º de la citada ley Nº 19.880 preceptúa, en lo pertinente, que ella establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Ad-

ministración del Estado y que la toma de razón de los actos de esa Administración se regirán por lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica Constitucional de este Organismo de Control.

A su vez, el artículo 2º del mismo texto legal previene que sus disposiciones "serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa" y que "también se aplicarán a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los gobiernos regionales y a las municipalidades".

El inciso segundo de dicha norma, establece que las referencias que esa ley "haga a la Administración o a la Administración del Estado, se entenderán efectuadas a los órganos y organismos señalados en el inciso precedente".

Ahora bien, en relación con el asunto planteado cabe señalar que tal como lo afirma en su oficio conductor la Contraloría Regional de Coquimbo, el tenor literal de la preceptiva antes transcrita, no menciona a las empresas del Estado, circunstancia que unida a los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la ley Nº 19.880, demuestran fehacientemente que el legislador pretendió expresamente excluir a dichas empresas del ámbito de aplicación del referido texto legal.

En efecto, en el segundo informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización, del Senado, recaído en el proyecto de la referida ley, en primer trámite constitucional (Boletín Nº 2.594-06), al tratarse el artículo 2º del mismo, se consigna lo siguiente:

"Fija el ámbito de aplicación de esta ley. Al respecto, dispone que ésta tiene por propósito regular la actuación de los ministerios; las intendencias; las gobernaciones; los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa; la Contraloría General de la República; las Fuerzas Armadas, los Gobiernos Regionales y, finalmente, las municipalidades".

"En un inciso segundo expresa que las menciones que en esta ley se hacen a la Administración del Estado se entienden referidas a las entidades señaladas en el inciso anterior".

"Este artículo fue objeto de la indicación Nº 4 del Boletín, del Honorable Senador señor Cariola, que propone sustituirlo por otro que hace aplicable esta ley a los organismos indicados en el inciso segundo del artículo 1º de la ley Nº 18.575 (Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado)".

"La Comisión tuvo presente que el texto del primer informe enuncia taxativamente cuales son los órganos de la Administración a los que se aplicarán las disposiciones de esta ley, entre los cuales no aparecen el Banco Central y las empresas públicas creadas por ley, entidades que están consideradas en el mencionado precepto de la ley Nº 18.575".

"Como quiera que se estimó conveniente excluir al Banco Central y a las empresas del Estado de las normas de esta ley, la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables senadores señora Frei y señores Cantero y Silva, rechazó esta indicación"

Asimismo, en la Sesión 68ª, de 16 de abril de 2003, de la Cámara de Diputados, al tratarse el proyecto en segundo trámite constitucional, el Ministro Secretario General de la Presidencia, al responder a diversos temas planteados por los Diputados asistentes, expresa textualmente:

"Se consultó por qué este proyecto no se aplicaba a las empresas públicas. En efecto, se aplica a toda la Administración del Estado, menos a las empresas públicas, porque la Constitución Política establece que las empresas públicas se rigen por las normas que regulan a los particulares" y añade "Las actividades de las empresas públicas se regulan por las mismas normas de las empresas del sector privado, porque se supone que la empresa pública participa en el mercado con las mismas

reglas del juego que tienen los particulares, cuyo objetivo es el lucro, la optimización de sus actividades y conseguir utilidades. Por esta razón, esta normativa no se aplica a las empresas públicas".

Atendido lo expuesto, no cabe duda de que las empresas del Estado se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la ley Nº 19.880.

No obstante lo anterior y en cuanto a lo expresado por los recurrentes respecto de la ausencia de instancias que permitan revisar posibles errores u omisiones que afectarían a las resoluciones de los Comités de Crédito aludidos, debe anotarse que el artículo 1º de la citada ley Nº 18.575 -cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley Nº 1 (19.653), de 2000, de la Secretaría General de la Presidencia– dispone que "la Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

Pues bien, el Título I de la recién citada ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, que es aplicable a las empresas públicas creadas por ley –condición que reviste la ENAMI– establece, en su artículo 10, que los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. El mismo precepto añade que se podrá interponer el de reposición ante el órgano del que hubiere emanado el acto respectivo, y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que hubiere lugar.

De esta manera y considerando que tal como lo ha informado la jurisprudencia administrativa en el dictamen Nº 24.101, de 1993, las empresas públicas, al igual que las demás entidades afectas a la ley Nº 18.575, también despliegan una actividad jurídica unilateral y emiten actos administrativos, en su caso resultaría posible reclamar de las decisiones a que los recurrentes se refieren, por la vía de la aplicación de lo ordenado en dicho artículo.

Lo anterior, sin perjuicio de lo que esa Contraloría Regional pueda verificar respecto del procedimiento que la Empresa Nacional de Minería ha aplicado en la especie.

Por orden del Contralor General de la República

MATERIA
Actividad Empresarial del Estado

ÓRGANO COMPETENTE
Contraloría General de la República
Dictamen: 63.868
Fecha: 27.10.2010

DESCRIPTORES
Actividad Empresarial del Estado – Acceso a la Información Pública – Empresas del Estado – Empresa Nacional del Petróleo.

PRINCIPIO JURÍDICO
El CPLT tiene competencia sobre las empresas del Estado.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Arts. 1º, 2º, 10, 24, 31, 32 y 33 letras a), b) y d) Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado (aprobada por el artículo primero de la Ley Nº 20.285); Art. 1º Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Es aplicable la Ley de Transparencia a la Empresa Nacional del Petróleo?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
Alejandro Reyes Vergara e Ignacio Vargas Mesa, en representación de la Empresa Nacional del Petróleo, con motivo de la decisión del Consejo para la Transparencia que acogió el reclamo Rol C191-10, sobre infracción a ciertas normas sobre transparencia activa por parte de aquella, han solicitado un pronunciamiento sobre las atribuciones normativas y fiscalizadoras que corresponden a dicho Consejo respecto a la empresa.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*
Es necesario considerar que la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado –en adelante, Ley de Transparencia–, aprobada en el artículo primero de la Ley Nº 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en su artículo 1º, inciso primero, dispone que "la presente ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información". A su vez, el citado artículo 1º, inciso segundo, Nº 5, prevé que para los efectos de esta ley se entenderá por órganos o servicios de la Administración del Estado los señalados en el inciso segundo del artículo 1º de la LOCBGAE, precepto que, a su vez, dispone que "la Administración del Estado estará constituida por los

Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley". Por su parte, el artículo 2º, inciso primero, de la aludida Ley de Transparencia establece que "las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa", en tanto que su inciso tercero determina que "se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio". En tal contexto, cabe advertir que de lo prescrito en el antedicho artículo 1º de la Ley de Transparencia, aparece que este texto legal resulta íntegramente aplicable a los órganos o servicios de la Administración del Estado señalados en el artículo 1º, inciso segundo, de la LOCBGAE, entre los cuales se encuentran las empresas públicas creadas por ley, de manera que la referencia expresa a tales empresas, requerida en el artículo 2º, inciso tercero, de la antedicha Ley de Transparencia, debe entenderse efectuada en el artículo que lo antecede, que las incluye, como se ha expuesto, merced a un reenvío normativo claramente determinado.

Es útil también tener en cuenta que de acuerdo con los artículos 31 y 32 de la Ley de Transparencia, el Consejo para la Transparencia es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto "promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información", cuyas tareas se encuentran determinadas en el artículo 33 de ese ordenamiento. Así, el antedicho artículo 33, en sus literales a), b) y d), le confieren, en lo que interesa, atribuciones fiscalizadoras, sancionatorias, resolutorias y normativas que, tal como se ha advertido, son aplicables a las empresas públicas creadas por ley, toda vez que integran la Administración del Estado, las cuales, por ende, pueden ser objeto de la acción de amparo del derecho a la información establecido en el artículo 24 de la Ley de Transparencia.

CONCLUSIÓN

La Empresa Nacional del Petróleo, en tanto constituye una empresa pública creada por ley, se encuentra sometida a las potestades fiscalizadoras, sancionatorias y normativas que la Ley de Transparencia confiere al Consejo para la Transparencia en relación con la cautela del principio de transparencia formulado en ella y con el cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa que, para las entidades de esa naturaleza establece la Ley sobre Acceso a la Información Pública.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Tras esta decisión la CGR reafirma la pretensión del CPLT para atribuirse competencias sobre las empresas del Estado en materia de Transparencia activa, pese al contenido del artículo décimo de la Ley Nº 20.285 sobre Acceso a la Información Pública. Debe recordarse que este debate ha terminado en el TC quien resolvió a favor del CPLT en las STC roles 1800 y 1867.

TEXTO COMPLETO

Nº 63.868 Fecha: 27-X-2010

Los señores Alejandro Reyes Vergara e Ignacio Vargas Mesa, en representación de la Empresa Nacional del Petróleo –ENAP–, con motivo de la decisión del Consejo para la Transparencia que acogió el reclamo Rol Nº C191-10, sobre infracción a ciertas normas sobre transparencia activa por parte de aquélla, han solicitado un pronunciamiento sobre las atribuciones normativas y fiscalizadoras que corresponden a dicho Consejo respecto a ENAP, añadiendo que debería aplicársele el criterio contenido en el dictamen Nº 44.462, de 2010, de este Organismo de Control.

Exponen, en síntesis, que el citado Consejo carece de las mencionadas facultades, por cuanto el artículo primero de la ley Nº 20.285 –que aprueba la Ley de Transparencia–, en su artículo 2º, prevé que las empresas públicas creadas por ley sólo se ajustarán a las disposiciones de la aludida Ley de Transparencia que expresamente ésta señale, sin que, a la sazón, alguna de ellas contenga tal referencia, añadiendo que únicamente el artículo décimo de la ley Nº 20.285, hace tal alusión, pero sin contener "mención alguna, directa ni indirecta, al Consejo para la Transparencia, ni le otorga a éste facultad alguna de carácter normativo ni fiscalizador" en lo tocante a las empresas públicas creadas por ley.

Sobre el particular, y como cuestión previa, es dable consignar que mediante la decisión de 22 de junio de 2010, el Consejo para la Transparencia acogió el reclamo Rol Nº C191-10, antes referido, afirmando que las atribuciones normativas y fiscalizadoras que le corresponden son aplicables al cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa señaladas, para la empresa de que se trata, en el artículo décimo de la ley Nº 20.285.

Así, en los considerandos Nºs. 4), 5), 6) y 8) de dicho instrumento, el mencionado Consejo indica que las facultades que le confiere la Ley de Transparencia pueden ser ejercidas respecto de todos los órganos sometidos a ese texto legal, añadiendo que la expresión "esta ley", reiteradamente utilizada en su artículo 33, que enumera sus funciones y atribuciones, debe entenderse referida a todo el contenido normativo de la ley Nº 20.285, de modo que la acción de amparo regulada en la Ley de Transparencia procede en relación con cualquier organismo de la Administración que no cumpla con su obligación de transparencia activa.

Por su parte, el dictamen Nº 44.462, de 2010, invocado por los ocurrentes, manifestó, analizando la situación de la empresa Zona Franca de Iquique S.A. –ZOFRI–, que la Ley de Transparencia prescribe, en su artículo 2º, inciso tercero, que "se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio", haciendo presente que el artículo décimo de la aludida ley Nº 20.285, dispone que el principio de transparencia de la función pública es aplicable a las antedichas entidades, las cuales deben mantener a disposición permanente del público los antecedentes que enuncia.

Asimismo, concluyó que del examen de las normas de la Ley de Transparencia, y de la ley Nº 20.285 en su conjunto, "se puede apreciar que no existe disposición que expresamente establezca alguna atribución al Consejo para la Transparencia sobre las sociedades con participación accionaria del

Estado superior al 50% o en que éste tenga mayoría en el directorio", cual es el caso de ZOFRI, añadiendo que "la sujeción de las mencionadas sociedades al principio de transparencia de la función pública, en los términos que indica el artículo décimo de la ley Nº 20.285, no importa el otorgamiento de potestades a ese Consejo respecto de ellas, de manera que esa sociedad "no se encuentra sujeta a las potestades normativas ni a la fiscalización o supervigilancia del Consejo para la Transparencia".

Precisado lo anterior, es necesario considerar que la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado –en adelante, Ley de Transparencia–, aprobada en el artículo primero de la ley Nº 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en su artículo 1º, inciso primero, dispone que "la presente ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información".

A su vez, el citado artículo 1º, inciso segundo, Nº 5, prevé que para los efectos de esta ley se entenderá por órganos o servicios de la Administración del Estado "los señalados en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado", Nº 18.575, precepto que, a su vez, dispone que "la Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley".

En concordancia con lo anterior, el artículo 2º, inciso primero, de la aludida Ley de Transparencia ordena que "las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa", en tanto que su inciso tercero determina que "se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio".

En tal contexto, cabe advertir que de lo prescrito en el antedicho artículo 1º de la Ley de Transparencia, aparece que este texto legal resulta íntegramente aplicable a los órganos o servicios de la Administración del Estado señalados en el artículo 1º, inciso segundo, de la citada ley Nº 18.575, entre los cuales se encuentran las empresas públicas creadas por ley, de manera que la referencia expresa a tales empresas, requerida en el artículo 2º, inciso tercero, de la antedicha Ley de Transparencia, debe entenderse efectuada en el artículo que lo antecede, que las incluye, como se ha expuesto, merced a un reenvío normativo claramente determinado.

En este contexto, la mencionada Ley de Transparencia resulta aplicable a ENAP, en tanto se trata de una empresa pública creada mediante la ley Nº 9.618, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley Nº 1, de 1986, del Ministerio de Minería.

Señalado lo anterior, y atendido que en la especie se utilizó una técnica legislativa consistente en sancionar dos o más normativas en un solo cuerpo regulatorio, es oportuno indicar que cuando diversos preceptos del texto aprobado en el artículo primero de la ley Nº 20.285, aluden a las disposiciones de "esta ley" se refieren a aquellas contenidas en los numerales arábigos de la Ley de Transparencia, que se distinguen del artículo segundo y siguientes de la enunciada ley Nº 20.285, fundamentalmente en cuanto el objeto de estos últimos preceptos ordinales consiste en formular los términos en que determinados organismos del sector público deben dar cumplimiento al principio de transparencia de la función pública y a la obligación de transparencia activa.

Por otra parte, es útil tener en cuenta que de acuerdo con los artículos 31 y 32 de la Ley de Transparencia, el Consejo para la Transparencia es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto "promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información", cuyas tareas se encuentran determinadas en el artículo 33 de ese ordenamiento.

Así, el antedicho artículo 33, en sus literales a), b) y d), le confieren, en lo que interesa, atribuciones fiscalizadoras, sancionatorias, resolutorias y normativas que, tal como se ha advertido, son aplicables a las empresas públicas creadas por ley, toda vez que integran la Administración del Estado, las cuales, por ende, pueden ser objeto de la acción de amparo del derecho a la información establecido en el artículo 24 de la Ley de Transparencia.

En consecuencia, y atendidas las consideraciones expuestas, es necesario concluir que ENAP, en tanto constituye una empresa pública creada por ley se encuentra sometida a las potestades fiscalizadoras, sancionatorias y normativas que la Ley de Transparencia confiere al Consejo para la Transparencia en relación con la cautela del principio de transparencia formulado en ella y con el cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa que, para las entidades de esa naturaleza establece el artículo décimo de la ley Nº 20.285.

MATERIA
Participación del Estado en sociedades

ÓRGANO COMPETENTE
Contraloría General de la República
Dictamen: 44.462
Fecha: 05.08.2010

DESCRIPTORES
Actividad Empresarial del Estado – Consejo para la Transparencia – Empresas del Estado – Zona Franca de Iquique S.A. – Facultades.

PRINCIPIO JURÍDICO
Las sociedades del Estado no están sujetas a la Ley de Transparencia.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Art. 8º CPR; Arts. 2º, 3º, 4º y 32 Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado (aprobada por el artículo primero de la Ley Nº 20.285); Art. décimo Ley Nº 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Posee el Consejo para la Transparencia atribuciones para fiscalizar, controlar o supervigilar el cumplimiento de las normas de transparencia activa aplicables a las sociedades en que el Estado tenga participación accionaria superior a 50% o mayoría en el directorio?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
Zona Franca de Iquique S.A. (ZOFRI), empresa con participación estatal, tomó conocimiento de un "borrador para proceso de consulta pública" de una instrucción general, elaborado por el Consejo para la Transparencia, cuyo objeto es "precisar el alcance de lo dispuesto en el artículo décimo de la ley Nº 20.285". Por este motivo, solicita que CGR determine el alcance de las potestades del Consejo señalado sobre las empresas del Estado.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)
El artículo 2º de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado aprobada por el artículo primero de la Ley Nº 20.285 señala que "se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por la ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio".
Por su parte, el artículo décimo de la Ley Nº 20.285 establece que el principio de transparencia de la función pública consagrado en los artículos 8º de la CPR, 3 y 4 de la Ley de Transparencia, es aplicable a las empresas públicas señaladas anterior-

mente. Luego indica una serie de antecedentes que dichas entidades deben mantener, debidamente actualizados, a disposición permanente del público a través de sus sitios web, norma aplicable a ZOFRI, ya que es una sociedad con participación accionaria del Estado superior al 50%.

Por tanto, las empresas señaladas deben cumplir con las obligaciones nombradas en el párrafo anterior, además de que están sometidas al principio de transparencia, el que según el artículo 4º de la Ley de Transparencia consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso a cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.

Por otra parte, el Consejo para la Transparencia, según el artículo 32 de la Ley de Transparencia, tiene por objeto "promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información". De esto y del análisis de las normas de la Ley de Transparencia y de la Ley Nº 20.285, se puede apreciar que no existe disposición que expresamente establezca alguna atribución al Consejo para la Transparencia sobre las sociedades en que el Estado tiene participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

La sujeción de las mencionadas sociedades al principio de transparencia de la función pública, en los términos del artículo décimo de la Ley Nº 20.285, no importa el otorgamiento de potestades al Consejo para la Transparencia sobre ellas.

Por tanto, la ZOFRI no se encuentra sujeta a las potestades normativas ni a la fiscalización o supervigilancia del Consejo para la Transparencia.

CONCLUSIÓN

El Consejo para la Transparencia no posee atribuciones para fiscalizar, controlar o supervigilar el cumplimiento de las normas de transparencia activa aplicables a las sociedades en que el Estado tenga participación accionaria superior a 50% o mayoría en el directorio, toda vez que no existe disposición legal que establezca expresamente alguna atribución al Consejo sobre las sociedades señaladas. Además, la sujeción de estas sociedades al principio de transparencia de la función pública no importa el otorgamiento de potestades al Consejo para la Transparencia respecto de ellas.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Con este dictamen la CGR coloca límites al criterio expansivo que en materia de empresas públicas había tenido el CPLT. Ocupando sus tradicionales categorías señala que sobre las sociedades del Estado el Consejo para la Transparencia no tiene ningún tipo de atribuciones.

Esta decisión además es relevante pues es la primera en que la CGR delimita las atribuciones de CPLT.

TEXTO COMPLETO

Nº 44.462 Fecha: 05-VIII-2010

Se ha dirigido a esta Contraloría General la Zona Franca de Iquique S.A., empresa con participación estatal, exponiendo que ha tomado conocimiento de un "borrador para proceso de consulta pública" de una instrucción general, elaborado por el Consejo para la Transparencia, cuyo objetivo es "precisar el alcance de lo dispuesto en el artículo décimo de la ley Nº 20.285".

Agrega la recurrente que a ella y a las empresas del Estado les son aplicables únicamente las normas de dicho artículo de la ley Nº 20.285, y las que éste cita directamente, y que por tanto ellas "no están sujetas a las potestades normativas ni a la fiscalización o supervigilancia del Consejo para la Transparencia". En virtud de lo anterior, solicita a esta entidad fiscalizadora que determine el alcance de las potestades del citado Consejo sobre las mencionadas empresas.

Requerido su informe, el Consejo para la Transparencia señaló que dicho organismo tiene competencia sobre las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, en cuanto a la "promoción, regulación, fiscalización, garantía, sanción, etc. de las referidas normas de transparencia activa", agregando que, en cambio, "no es posible extender las normas relativas al derecho de acceso a la información (procedimiento de amparo)" a esas entidades, dado que el artículo décimo de la citada ley no lo contempló.

En cuanto a la materia consultada, conviene destacar, en primer término, que la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado –en adelante, Ley de Transparencia–, aprobada en el artículo primero de la ley Nº 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, prescribe en el inciso tercero de su artículo 2º que "se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio".

Enseguida, es necesario señalar que el artículo décimo de la ley Nº 20.285 dispone que "el principio de la transparencia de la función pública consagrado en el inciso segundo del artículo 8º de la Constitución Política y en los artículos 3º y 4º de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado es aplicable a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio", consignando a continuación un listado de antecedentes que las entidades mencionadas deben mantener, debidamente actualizados, "a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos", precepto que es aplicable a la Zona Franca de Iquique S.A. por cuanto se trata de una sociedad con participación accionaria del Estado superior al 50%.

De esta manera, se aprecia que las empresas a que aluden los citados preceptos no sólo deben cumplir la obligación de mantener a disposición permanente del público a través de sus sitios electrónicos cierta información, sino que quedan sometidas al principio de transparencia establecido en la Ley de Transparencia, que según el artículo 4º de la misma consiste en "respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley".

Precisado lo anterior, es dable anotar que el Consejo para la Transparencia es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, creada por el artículo 31 de la Ley de Transparencia, que según su artículo 32 tiene por objeto "promover la transparen-

cia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información".

Conforme a lo anterior y del análisis de las normas de la Ley de Transparencia y de la ley Nº 20.285 en su conjunto, se puede apreciar que no existe disposición que expresamente establezca alguna atribución al Consejo para la Transparencia sobre las sociedades con participación accionaria del Estado superior al 50% o en que éste tenga mayoría en el directorio.

En el mismo sentido, cabe agregar que la sujeción de las mencionadas sociedades al principio de transparencia de la función pública, en los términos que indica el artículo décimo de la ley Nº 20.285, no importa el otorgamiento de potestades al aludido Consejo respecto de ellas.

Atendido lo expuesto, esta Contraloría General cumple con manifestar que la Zona Franca de Iquique S.A. no se encuentra sujeta a las potestades normativas ni a la fiscalización o supervigilancia del Consejo para la Transparencia.

6.3. ACTIVIDAD SANCIONADORA

MATERIA
Ejercicio de potestad sancionatoria

ÓRGANO COMPETENTE
Contraloría General de la República
Dictamen: 39.696
Fecha: 26.08.2005

DESCRIPTORES
Función Administrativa – Función Jurisdiccional – Derecho Administrativo Sancionador

PRINCIPIO JURÍDICO
El ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Administración constituye una actividad administrativa y no jurisdiccional.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Arts. 6º, 7º y 74 CPR; Art. 1º Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Arts. 6º, 9º y 19 Ley Nº 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

DICTÁMENES RELACIONADOS
Dictámenes 981/2003, 1.007/2000, 36.540/1997, 37.841/1997, 29.433/1998.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Que el ordenamiento jurídico atribuya a una autoridad Administrativa potestades sancionatorias convierte a dicho organismo en un tribunal?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
Mediante dictamen 981 de 2003 Contraloría General de la República concluyó que los organismos sectoriales de la Administración no pueden ejercer directamente su potestad sancionatoria, en relación con los aspectos ambientales de los proyectos o actividades que cuenten con Estudios de Impacto Ambiental aprobados, ya que dicha potestad se encuentra radicada en la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente que calificó favorablemente el respectivo proyecto o actividad.

Debido a diversas presentaciones de la empresa Aguas Andinas S.A. y especialmente por lo manifestado y solicitado por el ex Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana respecto a lo resuelto por Contraloría General en dicho dictamen, esta último estimó necesario emitir un pronunciamiento sobre el tema.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)
Sobre la materia, en primer término debe descartarse desde luego lo pretendido por el ex Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana, en orden a que en

el ejercicio de las potestades sancionatorias que le atribuye el ordenamiento jurídico, la autoridad sanitaria constituiría un tribunal especial que haría uso de atribuciones de carácter jurisdiccional, las que no podrían verse restringidas o afectadas por la jurisprudencia administrativa emanada de Contraloría General de la República.

En efecto, la autoridad sanitaria –los Servicios de Salud antes, las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud en la actualidad– constituyen organismos que integran la Administración del Estado según lo preceptuado en el artículo 1º de la LOCBGAE, esto es, son entidades de naturaleza administrativa, a las que la ley administrativa ha dotado de atribuciones para sancionar administrativamente, en base a un procedimiento también de carácter administrativo, cual es el sumario sanitario, la infracción a normas igualmente administrativas, como lo son las sanitarias.

Lo anterior determina, a la luz del Derecho Administrativo Sancionador, que el ejercicio de las potestades de la Administración para sancionar constituya, por tanto, una actividad de orden administrativo, lo cual, por lo demás, aparece implícito en los fallos del Tribunal Constitucional Roles 376, considerandos trigésimocuarto al trigésimoctavo, y 389, considerandos trigésimotercero al trigésimoctavo.

Es útil agregar que en función de conceptos como los expresados, el proyecto de ley que establece las bases de los procedimientos administrativos sancionatorios (Boletín 3475-06), luego de señalar que el mismo "establece y regula las bases de los procedimientos administrativos para el ejercicio de la potestad sancionatoria atribuida a los Órganos de la Administración del Estado", define el procedimiento sancionatorio como "una sucesión de actos trámites vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de los particulares interesados, que tiene por finalidad establecer la existencia de una infracción administrativa, determinar la o las personas responsables de la infracción y aplicar las sanciones administrativas que en derecho correspondan".

Adicionalmente, debe señalarse que los elementos a que recurre el ex Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana para sostener su pretensión –potestad otorgada por ley, procedimiento legal y ámbito de competencia–, son inherentes a la actuación de todo órgano público de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la CPR, y no alteran, por consiguiente, la naturaleza administrativa que reviste la autoridad de que se trata, siendo comunes, por lo demás, a todos los órganos administrativos dotados de atribuciones para sancionar administrativamente, de lo que se sigue que aceptar su tesis llevaría a que habría que entender que todos éstos constituirían tribunales especiales, en circunstancias de que ello es ajeno a su naturaleza y resulta por tanto inadmisible, ya que trastocaría severamente el régimen de distribución de competencias establecido en nuestro sistema jurídico.

Corrobora lo expuesto, además, la consideración de que de acuerdo con su planteamiento y con el artículo 74 de la CPR, se requeriría de una ley orgánica constitucional "para reasignar las funciones jurisdiccionales que ejercen los Servicios de

Salud". Sin embargo, la Ley Nº 19.937 –que modifica el D.L. Nº 2.763, de 1979, con la finalidad de establecer una nueva concepción de la autoridad sanitaria, distintas modalidades de gestión y fortalecer la participación ciudadana– que trasladó en definitiva las potestades sancionatorias de que se trata desde los Servicios de Salud a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, no fue aprobada como ley orgánica constitucional.

En tales condiciones entonces es imperativo concluir en esta parte que la autoridad sanitaria constituye una autoridad administrativa que se encuentra plenamente sometida a la fiscalización de la Contraloría General y que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 inciso final, 9 inciso final, y 19, de la LOCCGR, la jurisprudencia administrativa de esta Entidad resulta obligatoria para dicha autoridad.

CONCLUSIÓN

Que el ordenamiento jurídico atribuya a una autoridad administrativa potestades sancionatorias no convierte a dicho organismo en un tribunal, ya que la sanción misma, el ente que sancionará, el procedimiento mediante la que se impondrá la sanción y las normas que se estiman infringidas, son de naturaleza administrativa, constituyendo por tanto el ejercicio de tales potestades, una actividad administrativa sometida a la fiscalización de la Contraloría.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

La Contraloría mediante esta decisión contribuye a clarificar los límites de las potestades administrativas, para distinguirlas de las jurisdiccionales. Debe recordarse que un sector de la doctrina chilena ha sostenido durante largos años que esos poderes de sanción sólo le deben estar reconocidos a los jueces pues implicarían la afectación de derechos. Sin embargo, la jurisprudencia administrativa en concordancia con decisiones de otros organismos (Tribunal Constitucional, STC Rol 1413 y 1429) ha resuelto que la aplicación de sanciones, como consecuencia de la infracción a un ordenamiento derecho público es una potestad administrativa.

Como se verá en otro caso analizado en este libro, dicho ejercicio no puede ser definitivo sin la posibilidad de revisión judicial (STC Rol 772).

TEXTO COMPLETO

Nº 39.696 Fecha: 26-VIII-2005

Con ocasión de diversas presentaciones de la empresa Aguas Andinas S.A., y especialmente con motivo de lo manifestado y solicitado por el ex Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana –cuyas funciones han quedado radicadas en la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana por disposición de Ley Nº 19.937–, respecto de lo resuelto en el Dictamen Nº 981, de 2003, de este Órgano de Control, la Contraloría General ha estimado necesario emitir el presente pronunciamiento.

Dicho dictamen concluyó que los organismos sectoriales de la Administración del Estado no pueden ejercer directamente su potestad sancionatoria, en relación con los aspectos ambientales de los proyectos o actividades que cuentan con Estudios de Impacto Ambiental aprobados, toda vez que

dicha potestad se encuentra radicada en la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, que calificó ambientalmente favorable el respectivo proyecto o actividad.

Hace presente el ex Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana, en síntesis, que discrepa de la conclusión contenida en el dictamen citado en cuanto se refiere a la facultad que el artículo 64 de Ley Nº 19.300 confiere a los organismos sectoriales para solicitar o no a la Comisión del Medio Ambiente respectiva la imposición de sanciones al infractor, puesto que, en su opinión, dicho precepto permite que los servicios de que se trate opten por imponer directamente las sanciones, o por solicitarlas a las mencionadas autoridades, y ello en atención, básicamente, a que siguen vigentes las normas que conferían atribuciones en la materia a la autoridad sanitaria.

Adicionalmente, plantea que la conclusión del dictamen generaría problemáticas constitucionales –en cuanto la Constitución le encargaría a esa entidad velar por el "libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo", y "garantizar la ejecución de las acciones de salud", y ello no se podría alterar por un dictamen sino que se requeriría una reforma constitucional-; interpretativas, respecto del alcance del citado artículo 64 de Ley Nº 19.300; prácticas, en lo que se refiere a la adopción de medidas urgentes, y, también, en lo relativo a la variedad de sanciones posibles de aplicar por la autoridad sanitaria en un sumario sanitario, respecto de las a aplicar por la autoridad ambiental de acuerdo con el mismo artículo 64.

En otro orden de consideraciones, añade que la verificación de sumarios sanitarios y la imposición, a su término, de las sanciones previstas en el ordenamiento, constituye una manifestación de las potestades jurisdiccionales que, en su opinión, corresponden a dicho organismo en su calidad de tribunal especial, circunstancia que, además, hace improcedente a su respecto la aplicación de las conclusiones contenidas en el ya aludido Dictamen Nº 981, de 2003, de esta Entidad de Control.

Sin perjuicio de lo señalado, hace presente la necesidad de aclarar el mencionado oficio, precisando si dicha entidad debe entender restringida su potestad sancionatoria en relación con "el incumplimiento de normas y condiciones contenidas en una Resolución de Calificación Ambiental", o si las conserva en relación con "los aspectos de su competencia que no hayan sido objeto de consideración o pronunciamiento en la respectiva Resolución", y acerca de lo que debe entenderse, en el contexto de dicho pronunciamiento, por "aspectos ambientales del proyecto".

La Comisión Nacional del Medio Ambiente por su parte ha expresado, también en síntesis, y en concordancia con el Dictamen Nº 981, de 2003, que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es un instrumento de gestión ambiental establecido en Ley Nº 19.300, consistente en un procedimiento mediante el cual ese organismo, o la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina los impactos ambientales que generará un proyecto o actividad, si los mismos se ajustan a las normas vigentes, las medidas de mitigación, compensación o reparación que sean apropiadas, y aquellas que resulten necesarias para atender a su fiscalización.

Indica que dicho Sistema supone el ejercicio coordinado de las potestades de los organismos involucrados, tanto en la evaluación respectiva como en los procedimientos sancionatorios que se originen en el incumplimiento de las normas y condiciones en base a las cuales se aprobó el Estudio, y que, por ende, el mismo trasciende las competencias ambientales sectoriales correspondientes, circunstancia que se ha hecho efectiva mediante el establecimiento de un mecanismo de "ventanilla única", positivamente establecido en los incisos segundo y tercero del artículo 8º de Ley Nº 19.300.

Enseguida, hace presente que el mencionado diseño legal ha sido reconocido en la jurisprudencia administrativa, tanto en el Dictamen Nº 981, de 2003, ya aludido, como en el Nº 1.007, de

2000, mediante el cual esta Entidad de Control puntualizó que el régimen jurídico establecido en Ley Nº 19.300, sin desconocer las atribuciones propias de los Órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, somete el ejercicio de las respectivas potestades, en el marco del Sistema de Evaluación Ambiental, a las normas que al respecto establece la tantas veces citada Ley Nº 19.300, y su Reglamento.

Agrega, además, en armonía con dicha jurisprudencia, que la fiscalización del proyecto tiene por objeto asegurar que su titular cumpla con las normas y condiciones en base a las cuales se aprobó el Estudio y, en su caso, imponer las sanciones que sean pertinentes, a cuyo efecto los referidos organismos sectoriales deben solicitar la intervención de la Comisión Nacional o Regional del Medio Ambiente que resulte competente.

Finalmente, añade que si la autoridad sanitaria instruye un sumario sanitario –cuya finalidad, indica, no es exclusivamente sancionatoria– y en él detecta que se trata del incumplimiento de normas, exigencias o condiciones individualizadas en la resolución de calificación ambiental como base o sustento de la aprobación correspondiente, deberá efectuar las investigaciones pertinentes, recibir los descargos y recabar las pruebas a que hubiere lugar, y "remitir los antecedentes del procedimiento a la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente que hubiere dictado la resolución de calificación ambiental infringida" para que ésta, según el caso, proceda a imponer las sanciones procedentes de conformidad con el mérito del proceso, todo ello sin perjuicio de la adopción de las medidas de emergencia sanitaria que procedieren en el marco de las competencias que corresponden a la mencionada autoridad sanitaria, al solo efecto de evitar daños a la salud pública.

Sobre la materia, esta Contraloría General estima indispensable puntualizar, en primer término, que debe descartarse desde luego lo pretendido por ex Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana, en orden a que en el ejercicio de las potestades sancionatorias que le atribuye el ordenamiento jurídico, la autoridad sanitaria constituiría un tribunal especial que haría uso de atribuciones de carácter jurisdiccional, las que no podrían verse restringidas o afectadas por la jurisprudencia administrativa emanada de este Organismo Contralor.

En efecto, la autoridad sanitaria –los Servicios de Salud antes, las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud en la actualidad– constituyen organismos que integran la Administración del Estado según lo preceptuado en el artículo 1º de Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, esto es, son entidades de naturaleza administrativa, a las que la ley administrativa ha dotado de atribuciones para sancionar administrativamente, en base a un procedimiento también de carácter administrativo, cual es el sumario sanitario, la infracción a normas igualmente administrativas, como lo son las sanitarias.

Lo anterior determina, a la luz del Derecho Administrativo Sancionador, que el ejercicio de las potestades de la Administración para sancionar constituya, por tanto, una actividad de orden administrativo, lo cual, por lo demás, aparece implícito en los fallos del Tribunal Constitucional roles Nºs. 376, considerandos trigésimocuarto al trigésimoctavo, y 389, considerandos trigésimotercero al trigésimoctavo.

Es útil agregar que en función de conceptos como los expresados, el proyecto de ley que establece las bases de los procedimientos administrativos sancionatorios (Boletín 3475-06), luego de señalar que el mismo "establece y regula las bases de los procedimientos administrativos para el ejercicio de la potestad sancionatoria atribuida a los Órganos de la Administración del Estado", define el procedimiento sancionatorio como "una sucesión de actos trámites vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de los particulares interesados, que tiene por finalidad establecer la existencia de una infracción administrativa, determinar la o las personas responsables de la infracción y aplicar las sanciones administrativas que en derecho correspondan".

Adicionalmente, debe señalarse que los elementos a que recurre el ex Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana para sostener su pretensión –potestad otorgada por ley, procedimiento legal y ámbito de competencia–, son inherentes a la actuación de todo órgano público de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política, y no alteran, por consiguiente, la naturaleza administrativa que reviste la autoridad de que se trata, siendo comunes, por lo demás, a todos los órganos administrativos dotados de atribuciones para sancionar administrativamente, de lo que se sigue que aceptar su tesis llevaría a que habría que entender que todos éstos constituirían tribunales especiales, en circunstancias de que ello es ajeno a su naturaleza y resulta por tanto inadmisible, ya que trastocaría severamente el régimen de distribución de competencias establecido en nuestro sistema jurídico.

Corrobora lo expuesto, además, la consideración de que –según lo manifestado por esa entidad– de acuerdo con su planteamiento y con el artículo 74 de la Constitución Política se requeriría de una ley orgánica constitucional "para reasignar las funciones jurisdiccionales que ejercen los Servicios de Salud". Sin embargo, Ley Nº 19.937 –que modifica el D.L. Nº 2.763, de 1979, con la finalidad de establecer una nueva concepción de la autoridad sanitaria, distintas modalidades de gestión y fortalecer la participación ciudadana–, y que, en lo que interesa, trasladó en definitiva las potestades sancionatorias de que se trata desde los Servicios de Salud a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, no fue aprobada como ley orgánica constitucional.

En tales condiciones entonces es imperativo concluir en esta parte que la autoridad sanitaria constituye una autoridad administrativa que se encuentra plenamente sometida a la fiscalización de la Contraloría General y que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6º inciso final, 9º inciso final, y 19, de Ley Nº 10.336, Orgánica Constitucional de este Órgano de Control, la jurisprudencia administrativa de esta Entidad resulta obligatoria para dicha autoridad.

Definido lo anterior, y en cuanto concierne a la solicitud de reconsideración del Dictamen Nº 981, de 2003, atendido lo dispuesto en el artículo 1º de Ley Nº 19.300 –según el cual el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y otras materias afines que indica se regularán por las disposiciones de esa ley, "sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia"–, y que las atribuciones sancionatorias de la autoridad sanitaria no han sido derogadas, corresponde señalar que dicha solicitud debe ser desestimada.

En efecto, sobre el particular es pertinente recordar que la jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General ha expresado –entre otros– en sus Dictámenes Nºs. 36.540 y 37.841, de 1997, 29.433 de 1998, y 1.007 de 2000, que "Ley Nº 19.300, ha establecido un nuevo régimen normativo destinado a salvaguardar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y al cual deben ceñirse los Órganos de la Administración que ejercen competencia en materia ambiental", de tal modo que "la normativa ambiental pertinente debe, en cada caso, ser especialmente examinada en lo que se refiere a su vigencia, por cuanto corresponde que aquellas otras disposiciones que no se concilien con lo preceptuado en la citada Ley Nº 19.300 se entiendan", de conformidad con el Código Civil, "tácitamente derogadas".

Asimismo, "que el régimen jurídico impuesto por la normativa a que se ha hecho referencia no significa desconocer las atribuciones de los demás Órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental. Sin embargo, el ejercicio de dichas potestades, en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, no puede sino someterse a los mandatos que, para tales efectos, establecen Ley Nº 19.300 y el Decreto Nº 30, de 1997".

En armonía con la jurisprudencia recién reseñada, el dictamen que se ha cuestionado por el ex Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana puntualiza que de conformidad con lo establecido en el artículo 2º, letra e), del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto

Ambiental –contenido en el Decreto Nº 30, de 1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, y cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue aprobado por el Decreto Nº 95, de 2001, del mismo Ministerio–, dentro de la expresión "Órgano de la Administración del Estado con competencia ambiental" quedan comprendidos los Ministerios, servicios públicos, órganos o instituciones creados para el cumplimiento de una función pública, que otorgan algún permiso ambiental sectorial de los señalados en ese reglamento o poseen atribuciones legales asociadas directamente con la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, el uso y manejo de algún recurso natural y/o la fiscalización del cumplimiento de las normas y condiciones en base a las cuales se dicta la resolución calificatoria de un proyecto o actividad, cual es –en lo que interesa– el caso de la autoridad sanitaria.

Añade que de lo dispuesto en el artículo 24 de la ya citada Ley Nº 19.300, se colige que estos órganos, si bien participan en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental, se encuentran sujetos, en los aspectos ambientales del proyecto, a la decisión que en definitiva adopte la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, relación que se extiende, además, a la fiscalización del proyecto o actividad de que se trate.

En efecto, el dictamen que se comenta previene que a dichos órganos sectoriales, que en uso de sus facultades legales participan en la calificación de los Estudios de Impacto Ambiental, compete, además, acorde con lo dispuesto en el artículo 64 de Ley Nº 19.300, fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se aprobó un Estudio de Impacto Ambiental, y agrega que el mismo precepto prevé que en caso de incumplimiento, dichas autoridades podrán solicitar a la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, en su caso, la imposición de las sanciones que indica.

En este contexto normativo, y sobre la base, adicionalmente, de diversos elementos de hermenéutica de la mayor relevancia –tales como los principios de unidad de acción y de evitar la duplicación o interferencia de funciones entre los numerosos órganos administrativos con competencia ambiental, y el rol que Ley Nº 19.300 asigna a la autoridad ambiental–, la jurisprudencia en examen concluye que la facultad fiscalizadora de los citados organismos sectoriales debe ser ejercida mediante el control y vigilancia de los proyectos o actividades de que se trata, a fin de verificar que sus titulares cumplan la normativa y condiciones sobre la base de las cuales obtuvieron la respectiva aprobación, y que, en el evento de constatar un incumplimiento en dicho ámbito, les corresponde solicitar a la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, según el caso, la aplicación de la sanción que corresponda, y que, por lo tanto, la atribución fiscalizadora a que se refiere dicho precepto no comprende la potestad de sancionar, la cual ha quedado radicada exclusivamente en la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, en su caso, que lo calificó ambientalmente favorable.

Es útil también recordar que el dictamen en estudio hace presente que, al expresar el antes mencionado artículo 64 que las autoridades sectoriales "podrán" solicitar la aplicación de las sanciones de que se trata, no confiere a las mismas la opción de sancionar directamente o requerir al efecto a la Comisión del Medio Ambiente respectiva –por cuanto ello no se condice con los objetivos de coordinación y unidad en las decisiones antes expuesto, y contraria la regla de interpretación sistemática de las normas jurídicas–, sino que les permite, una vez detectado un incumplimiento en ejercicio de sus facultades fiscalizadoras, "solicitar o no la aplicación de una sanción, atendida la entidad de la infracción, la disponibilidad del responsable para corregir el incumplimiento, las circunstancias de hecho que lo provocaron, u otras que fundadamente permitan no solicitar una sanción, todo ello de acuerdo al mérito de la fiscalización practicada por el organismo sectorial".

De esta manera, y como puede apreciarse, las atribuciones sancionatorias de la autoridad sanitaria se han visto afectadas por Ley Nº 19.300 en lo que se refiere al Sistema de Evaluación

de Impacto Ambiental, en términos de que ya no le corresponden en relación con los aspectos ambientales de los proyectos o actividades que cuentan con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado.

Cabe agregar, en este orden de exposición, que no se generan las problemáticas a que antes aludiera el ex Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana toda vez que los deberes que la Carta Fundamental impone al Estado se articulan a través del otorgamiento de competencia a los distintos organismos que lo conforman, de tal suerte que no siendo éste un caso en el que la Constitución encarga directamente un deber a un órgano determinado, y encomendando, la ley, la pertinente competencia a una repartición en lugar de a otra, los imperativos constitucionales se ven igualmente satisfechos.

En lo que se refiere, ahora, al alcance de la restricción de las potestades sancionatorias que correspondan a los Órganos de la Administración con competencias ambientales sectoriales, debe señalarse que, tal como se indicó en el Dictamen Nº 981, de 2003, dichas potestades no pueden ejercerse en relación con los aspectos ambientales de los proyectos o actividades que cuentan con Estudios de Impacto Ambiental aprobados.

A lo anterior es dable añadir que la determinación precisa de los aspectos ambientales de un proyecto o actividad debe efectuarse en cada caso particular, teniendo presente al efecto que, como también se expresó en el referido pronunciamiento, los Estudios de Impacto Ambiental "deben considerar, en detalle, la totalidad de los aspectos ambientales del proyecto a ejecutarse, de manera que el incumplimiento de la normativa y condiciones bajo las cuales se aprobó, queda siempre en la órbita de competencias de la Comisión del Medio Ambiente respectiva". Asimismo que, en caso de dudas, corresponde a esa Comisión –sin perjuicio de las facultades fiscalizadoras de la Contraloría General– definir la situación.

También es necesario precisar que el Dictamen Nº 981, citado, se ha pronunciado específicamente sobre la restricción de las atribuciones sancionatorias de la autoridad sectorial en relación con los aspectos ambientales de los proyectos o actividades que cuentan con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado, de tal forma que las conclusiones del mismo no impiden que la autoridad sanitaria, en el ejercicio de las facultades fiscalizadoras que le han sido asignadas por la ley, pueda disponer las medidas urgentes que sean necesarias para enfrentar emergencias sanitarias, en los casos y de la forma previstos por el ordenamiento jurídico, incluso cuando esas emergencias digan relación con los proyectos o actividades ya aludidos, en cuyo caso, y tal como lo plantea la Comisión Nacional del Medio Ambiente, deben orientarse a resguardar la salud pública y coordinarse oportunamente con la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente para los efectos que resulten pertinentes.

En consecuencia, y atendido lo manifestado precedentemente, esta Entidad de Control debe confirmar en todas sus partes su Dictamen Nº 981, de 2003, haciendo presente que el mismo es enteramente aplicable a la autoridad sanitaria.

Finalmente, y en lo que dice relación con lo solicitado por Aguas Andinas S.A. en el sentido de que esta Contraloría General ordene dejar sin efecto las resoluciones que indica, es necesario señalar que este Órgano de Control debe abstenerse de dictaminar sobre ese particular de conformidad con lo establecido en el artículo 6º, inciso tercero, de Ley Nº 10.336, toda vez que de acuerdo con lo informado por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, la decisión sobre dichos tópicos se encuentra pendiente ante los tribunales ordinarios de justicia, en las causas caratuladas "Aguas Andinas con Corema RM", rol 6593-2004, y "Aguas Andinas con Servicio de Salud Metropolitano del Ambiente", rol 2999-2004, radicadas, respectivamente, ante el 28º y el 17º Juzgados Civiles de Santiago.

MATERIA
Debido Proceso Administrativo

ÓRGANO COMPETENTE
Tribunal Constitucional
Tipo de recurso: Control de constitucionalidad Ley Orgánica Constitucional (art. 82 Nº 1 CPR)
Rol: 376
Fecha: 17.06.2003
Resultado recurso: Constitucionalidad parcial del proyecto de ley.
Ministros mayoría: Juan Colombo Campbell, Eugenio Valenzuela Somarriva, Hernán Álvarez García, Marcos Libedinsky Tschorne, Eledoro Ortiz Sepúlveda y José Luis Cea Egaña.
Ministro redactor: Los que la suscriben.

DESCRIPTORES
Debido Proceso – Derecho a la Defensa – Jurídica – Sanción Administrativa – Multa – Protección Jurídica de los Derechos Fundamentales – Gasto Electoral – Transparencia del Gasto Electoral.

PRINCIPIO JURÍDICO
Las sanciones administrativas sólo se pueden aplicar previa instrucción de un debido procedimiento administrativo.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Art. 19 Nº 3 CPR.

DISPOSICIÓN CUYA CONSTITUCIONALIDAD SE CONTROLA
Ley Orgánica Constitucional sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral, que establece, entre otras materias, las multas a aplicar por el Servicio Electoral en caso de infracción a la ley.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Para la aplicación de multas debe la ley siempre otorgar en sede administrativa oportunidades de defensa a los afectados?

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)
El artículo 19 Nº 3, inciso primero, de la CPR asegura a todas las personas: "La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos". (C. 28 a 29).

Dicho precepto 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).

Se analiza las normas contempladas en los artículos 3, referido a que las infracciones de esta ley se sancionan con multas; 6 referido a los candidatos o partidos políticos que excedan el límite de gastos, indicando que serán sancionados con multas aplicadas por el Director del Servicio Electoral; 22 inciso 6 referido a la sanción en multa por la infracción a la prohibición establecida en los incisos anteriores de esta misma norma; 29 que también establece sanciones por infracciones a las disposiciones referidas y finalmente los artículos 30, 34 inciso final y 47 inciso final que igualmente establecen como sanción a la infracción de las disposiciones, multas aplicadas por el Director del Servicio Electoral. Ninguna de ellas contempla un procedimiento que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de las sanciones que en cada caso se establecen (C. 33 y 34).

El legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en las situaciones que, de acuerdo con las disposiciones indicadas, determinan la imposición de una sanción. Lo anterior puede lesionar el ejercicio de los derechos comprometidos, circunstancia que pugna con las garantías que, en los incisos primero y segundo del Nº 3 del artículo 19, la CPR consagra para resguardarlos (C. 35).

El artículo 48 del texto legal en consulta establece una instancia jurisdiccional para reclamar de multas que aplique el Servicio Electoral. Pero esta posibilidad en nada supera la falencia anotada, ya que la falta de posible defensa jurídica ante dicho Servicio, puede no ser factible de subsanarse dentro de los acotados márgenes del reclamo, que debe ser fallado en el plazo de diez días contado desde su interposición. 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. No es, en consecuencia, suficiente permitir accionar ante el Tribunal Calificador de Elecciones para entender que, por esa sola circunstancia, se ha convalidado una actuación administrativa constitucionalmente objetable (C. 36).

CONCLUSIÓN

El derecho a un debido proceso reconocido en la Constitución impone 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, con independencia de la existencia de una instancia jurisdiccional para reclamar con posterioridad.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Mediante esta sentencia el TC estableció probablemente el que sería su estándar definitivo en materia de procedimiento administrativo sancionador.

Si bien el TC había señalado criterios generales en los casos Roles 38, 43, 124 y 198, será con esta sentencia que señalará que no es compatible con la Constitución el reconocimiento de potestades sancionatorias a la Administración, sin que a su vez la misma ley entregue garantías de debido proceso, mediante el procedimiento administrativo respectivo. Para el TC la ausencia de normas de garantía procedimental afecta la legitimidad constitucional de las potestades sancionatorias reconocidas a la Administración.

Teniendo presente este criterio el TC resolvió los casos Roles 376, 388, 389, 432, 434, 437, entre otros.

TEXTO COMPLETO

Santiago, diecisiete de junio de dos mil tres.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Primero.- Que, por oficio Nº 22.294, de 3 de junio de 2003, el Senado ha enviado el proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre transparencia, límite y control del gasto electoral, a fin de que este Tribunal, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 82, Nº 1º, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de constitucionalidad respecto de los artículos 1º a 60 y único transitorio del mismo;

Segundo.- Que, el artículo 82, Nº 1º, de la Constitución establece que es atribución de este Tribunal "Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución";

I. Normas de la constitución que establecen el ámbito de las leyes orgánicas constitucionales aplicables al contenido del proyecto

Tercero.- Que, el artículo 18, inciso primero, de la Carta Fundamental señala:

"Habrá un sistema electoral público. Una ley orgánica constitucional determinará su organización y funcionamiento, regulará la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios, en todo lo no previsto por esta Constitución y, garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los señalados procesos";

Cuarto.- Que, el artículo 19, Nº 15, inciso quinto, de la Carta Fundamental, en lo pertinente, establece:

"Los partidos políticos no podrán intervenir en actividades ajenas a las que les son propias ni tener privilegio alguno o monopolio de la participación ciudadana; la nómina de sus militantes se registrará en el servicio electoral del Estado, el que guardará reserva de la misma, la cual será accesible a los militantes del respectivo partido; su contabilidad deberá ser pública; las fuentes de su financiamiento no podrán provenir de dineros, bienes, donaciones, aportes ni créditos de origen extranjero; sus estatutos deberán contemplar las normas que aseguren una efectiva democracia interna. Una ley orgánica constitucional regulará las demás materias que les conciernan y las sanciones que se aplicarán por el incumplimiento de sus preceptos, dentro de las cuales podrá considerar su disolución";

Quinto.- Que, el artículo 84, inciso final, de la Ley Fundamental, dispone:

"Una ley orgánica constitucional regulará la organización y funcionamiento del Tribunal Calificador";

Sexto.- Que, el artículo 87, inciso primero, de la Constitución, expresa:

"Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva".

A su vez, el artículo 88, inciso final, de la Ley Suprema, señala: "En lo demás, la organización, el funcionamiento y las atribuciones de la Contraloría General de la República serán materia de una ley orgánica constitucional";

Séptimo.- Que, el artículo 108, inciso primero, de la Constitución, establece:

"En cada municipalidad habrá un concejo integrado por concejales elegidos por sufragio universal en conformidad a la ley orgánica constitucional de municipalidades. Durarán cuatro años en sus cargos y podrán ser reelegidos. La misma ley determinará el número de concejales y la forma de elegir al alcalde";

II. Normas sometidas a control de constitucionalidad

Octavo.- Que, el artículo 18, inciso primero, de la Carta Fundamental, encomienda, en términos amplios, a una ley orgánica constitucional la regulación de todo aquello que dice relación con el sistema electoral público y con la forma en que deben realizarse los procesos electorales y plebiscitarios "en todo lo no previsto" por la propia Constitución;

Noveno.- Que, la extensión de las materias confiadas a dicha ley orgánica constitucional, tiene su razón de ser, como lo ha declarado este Tribunal, en "su especial importancia y trascendencia, pues, como bien se ha dicho, "una de las bases de la institucionalidad consagrada en la Constitución Política reside en la organización republicana y democrática de gobierno, en el cual el ejercicio de la soberanía, además del que corresponde a las autoridades que establece la Constitución, se realiza por el pueblo mediante elecciones periódicas y plebiscitos. De esta base fundamental derivan la ciudadanía y los principales derechos que ella otorga, el de sufragio y el de optar a cargos de elección popular, los cuales, por antonomasia, constituyen los derechos políticos (Sentencia de 5 de abril de 1988, Rol Nº 53, considerando 4º);

Décimo.- Que, con sujeción a lo que ha sido la jurisprudencia constante de esta Magistratura, las leyes orgánicas constitucionales tienen por objeto desarrollar en un texto armónico, sistemático y coherente, los preceptos de la Constitución en todas aquellas materias que el Poder Constituyente reserva a una ley de esa naturaleza;

Decimoprimero. - Que, el análisis de lo dispuesto en el artículo 19, Nº 15, inciso quinto, de la Constitución Política, lleva a la conclusión que la ley orgánica constitucional que regula a los partidos políticos ha de contemplar, como ha tenido oportunidad de señalarlo este Tribunal, "dos órdenes de materias: a) desarrollar, en cuanto fuere necesario, la normativa constitucional básica contenida en la propia Carta Fundamental y b) determinar el contenido de este cuerpo orgánico en otros aspectos que atañen a los partidos políticos ().. resulta absurdo pensar que el Constituyente hubiera reservado a la ley común, o incluso a la potestad reglamentaria, y no a la ley orgánica, desarrollar la normativa constitucional expresa que contiene sobre los partidos políticos, ya que en tal hipótesis se destruye el concepto mismo de lo que debe ser una ley orgánica constitucional y la sistematización elemental que debe presidir cualquier sistema jurídico". (Sentencia de 24 de febrero de 1987, Rol Nº 43, considerando 6º);

Decimosegundo.- Que, el artículo Iº, inciso primero, del proyecto remitido expresa: "El financiamiento, los límites, el control y las medidas de publicidad de los gastos electorales que realicen los partidos políticos y candidatos, como consecuencia de los actos eleccionarios contemplados en la ley Nº 18.700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, y en la ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, se regirán por las disposiciones de la presente ley";

Decimotercero.- Que, resulta evidente, a la luz de lo expuesto en los considerandos anteriores, que las normas del proyecto sometido control de constitucionalidad, forman parte, por su propio contenido, de las leyes orgánicas constitucionales a que se refieren los artículos 18, inciso primero, y 19, Nº 15, inciso quinto, de la Carta Fundamental, con excepción de sus artículos 31 y 59;

Decimocuarto.- Que, el artículo 31 del proyecto establece que la responsabilidad administrativa de los funcionarios de la Administración del Estado, por infracción a sus disposiciones, "se hará efectiva directa y exclusivamente por procedimiento disciplinario que llevará a efecto la Contraloría General de la República", el cual se regula en la misma disposición;

Decimoquinto.- Que, en consecuencia, dicho precepto es propio de la ley orgánica constitucional a que se refieren los artículos 87, inciso primero, y 88, inciso final, de la Constitución Política, pues la modifican, al entregarle a dicho órgano contralor nuevas atribuciones;

Decimosexto.- Que, el artículo 59 del proyecto introduce las siguientes reformas en el artículo 107, inciso segundo, de la Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades:

"a) Intercálase a continuación del punto (). que sigue al guarismo 74, la siguiente nueva oración: "Además, dicha declaración consignará el nombre, cédula de identidad y domicilio del Administrador Electoral y del Administrador Electora General, en su caso"";

"b) Intercálanse en la oración final, a continuación del vocablo "declaración", la primera vez que aparece, las palabras "o su omisión";

Decimoséptimo.- Que, el artículo 59 antes transcrito, sujeto a control preventivo de constitucionalidad, modifica así, de manera expresa, la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 108, inciso primero, de la Constitución, razón por la cual es propio de dicho cuerpo normativo;

Decimoctavo.- Que, las normas a que se ha hecho referencia en los considerandos anteriores no son contrarias a la Constitución Política de la República con excepción de aquellas comprendidas en los artículos 3º, inciso tercero, oración final; 6º; 22, inciso sexto, frase final; 29; 30; 34, inciso final; 47, inciso final, y la oración "y las que apliquen las multas establecidas en el artículo precedente y en los artículos 6º, 29 y 30" del artículo 48, inciso primero, del proyecto remitido, según se expresará más adelante;

III. Normas que deben ser interpretadas en los términos que se indica

Decimonoveno.- Que, el artículo 15, inciso cuarto, del proyecto, dispone: "Sólo será procedente imputar a las sumas de aporte público a que los partidos políticos tengan derecho los gastos en que éstos incurran, para sí o para sus candidatos, por los conceptos a que se refieren las letras a) y b) del artículo 2º";

Vigésimo.- Que, como puede apreciarse, se contempla en dicha disposición una limitación respecto de los gastos electorales que pueden imputarse al aporte público, restringiéndose éstos sólo a los comprendidos en las letras a) y b) del artículo 2º, esto es, aquellos correspondientes a propaganda y publicidad y a las encuestas sobre materias electorales o sociales que se encarguen durante la campaña electoral;

Vigesimoprimero.- Que, del tenor literal del artículo 15, inciso cuarto, del proyecto, podría deducirse que dicha limitación, en cuanto a los gastos electorales que pueden imputarse al financiamiento público, afecta sólo los partidos políticos y no a los candidatos independientes. Esta situación llevaría a concluir que el precepto es contrario a lo dispuesto en el artículo 18, inciso primero, y 19, Nº 2, inciso segundo, de la Constitución, por establecer una desigualdad de trato que vendría a favorecer a dichos candidatos;

Vigesimosegundo.- Que, sin embargo, una interpretación orgánica y sistemática de las normas que regulan el financiamiento público de los gastos electorales que contempla el proyecto, de modo que guarden entre ellas la debida correspondencia y armonía, lleva a una conclusión diferente;

Vigesimotercero.- Que, en efecto, con el objeto de velar por la legitimidad y transparencia del sistema de financiamiento público de los gastos de esa naturaleza, la disposición quiso limitar aquellos que se pueden imputar a éste, a los que se encuentren comprendidos en el artículo 2º, letras a) y b) del proyecto, respecto de todos quienes participen en la respectiva elección sin exclusiones;

Vigesimocuarto.- Que, el análisis del conjunto de los preceptos comprendidos en el artículo 15 de la iniciativa en examen demuestra que el sentido de la norma es el que ha sido determinado por esta Magistratura en el considerando anterior. Corrobora lo antes expuesto, lo preceptuado en el inciso tercero del mismo artículo, el cual expresa que las sumas que el Estado ha de financiar "serán pagadas directamente por el Fisco, hasta el monto máximo que le corresponda a cada partido o candidato independiente... siempre y cuando se dé cumplimiento a lo dispuesto en los incisos siguientes". Y precisamente, el inciso siguiente es el cuarto, cuyo alcance es el que ha sido establecido por este Tribunal;

Vigesimoquinto.- Que, en consecuencia, el artículo 15, inciso cuarto, del proyecto, es constitucional, en cuanto debe interpretarse que la limitación respecto de los gastos imputables al financiamiento público que contiene resulta aplicable tanto a los partidos políticos como, igualmente, a los candidatos independientes, con plena sujeción a lo que disponen los artículos 18, inciso primero, y 19, Nº 2, inciso segundo, de la Constitución;

Vigesimosexto.- Que, el artículo 25 del proyecto en estudio dispone: "Prohíbense los aportes de campaña electoral provenientes de personas naturales o jurídicas extranjeras, con excepción de los efectuados por extranjeros habilitados legalmente para ejercer en Chile el derecho a sufragio";

Vigesimoséptimo.- Que, por su parte, el artículo 19, Nº 15, inciso quinto, de la Carta Fundamental, al establecer las bases constitucionales de los partidos políticos, señala que "las fuentes de su financiamiento no podrán provenir de dineros, bienes, donaciones, aportes ni créditos de origen extranjero".

Que, en el mismo orden de ideas, necesario es mencionar el artículo 14 del Código Político que expresa: Los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13, podrán ejercer el derecho le sufragio en los casos y formas que determine la ley";

Vigesimoctavo.- Que, en consecuencia, este Tribunal resuelve que la norma comprendida en el artículo 25 del proyecto es constitucional, en el entendido que los aportes para campañas electorales que realicen los extranjeros habilitados para ejercer el derecho a sufragio en Chile, sólo son aquellos que emanen de fuentes chilenas;

IV. Normas inconstitucionales

Vigesimonoveno.- Que, el artículo 19, Nº 3, inciso primero, de la Constitución asegura a todas las personas: "La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos";

Trigésimo.- Que, dicho precepto 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. Fluye de lo anterior, lógicamente, que la voluntad del Poder Constituyente es que la ley contemple los preceptos que resguarden el goce efectivo y seguro de esos derechos;

Trigesimoprimero.- Que, a su vez, el mismo numeral tercero del artículo 19, de la Carta Fundamental, en su inciso segundo, expresa que "Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale";

Trigesimosegundo.- Que, el derecho que esta última norma reconoce, se encuentra en relación directa y sustancial con aquel contemplado en el inciso primero del mismo precepto, en términos tales, que viene a precisar el sentido y alcance de la protección qué el legislador debe otorgar al ejercicio de los derechos de la persona, refiriéndola específicamente a la defensa jurídica de ellos ante la autoridad que corresponda;

Trigesimotercero.- Que, en relación con lo expresado por esta Magistratura en los considerandos precedentes, es necesario examinar ahora las normas del proyecto que se transcriben a continuación:

1. Artículo 3º, inciso tercero, oración final, que dispone: "Sin perjuicio de lo anterior, toda infracción o falta de cumplimiento a las disposiciones de esta ley que no tenga una pena especial, se sancionará con multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales".

2. Artículo 6º, que señala: "El candidato o partido político que exceda el límite de gastos electorales, calculado de conformidad con lo dispuesto en los artículos precedentes, será sancionado con multa, a beneficio fiscal, de acuerdo a la siguiente escala:

a) El doble del exceso en la parte que no supere el 30%;

b) El triple del exceso en la parte que supere el 30% y sea inferior al 50%, y

c) El quíntuple del exceso en que hubiere incurrido, en la parte que supere el 50%

Dicha multa se expresará en unidades de fomento.

La multa será aplicada por el Director del Servicio Electoral, siendo reclamable de acuerdo al procedimiento regulado en el artículo 48".

3. Artículo 22, inciso sexto, frase final, que expresa: "La infracción de esta prohibición será sancionada con multa a beneficio fiscal del triple de las cantidades no informadas, aplicándose a su respecto lo señalado en el artículo 48".

4. Artículo 29, que dispone: "Las infracciones a las normas de los Párrafos Io, 3º, 4º y 5º del presente Titulo, cometidas tanto por particulares o entidades aportantes como por candidatos o partidos políticos, serán sancionadas con multa a beneficio fiscal, de acuerdo con la siguiente escala:

a) El doble del exceso en la parte que no supere el 30%;

b) El triple del exceso en la parte que supere el 30% y sea inferior al 50%, y

c) El quíntuple del exceso en que hubiere incurrido, en la parte que supere el 50%.

Dicha multa se expresará en unidades de fomento.

La multa será aplicada por el Director del Servicio Electoral, siendo reclamable de acuerdo al procedimiento regulado en el artículo 48".

5. Artículo 30, que establece: "Las infracciones a las normas del Párrafo 2º que cometan los candidatos o partidos políticos, serán sancionadas con multa a beneficio fiscal equivalente al triple de las sumas indebidamente recibidas, sin perjuicio de las sanciones que les correspondan a ellos o sus representantes por delitos en que hubieren incurrido".

6. Artículo 34, inciso final, que indica:

"El incumplimiento de las obligaciones señaladas en este artículo serán sancionadas con multa a beneficio fiscal de 10 a 30 unidades tributarias mensuales. Dicha multa será aplicada por el Servicio Electoral, y a su respecto se estará a lo señalado en el artículo 48".

7. Artículo 47, inciso final, que señala:

El rechazo de la cuenta será sancionado con multa a beneficio fiscal, equivalente al duplo de la parte de los gastos electorales que se haya rechazado o que no haya sido justificada. El Director del Servicio Electoral aplicará esta multa al Administrador-General Electoral o al Administrador Electoral, según el caso";

Trigesimocuarto.- Que, del examen de las disposiciones transcritas en el considerando anterior, se desprende que, en ninguna de ellas, se contempla un procedimiento que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de las sanciones que en cada caso se establecen;

Trigesimoquinto.- Que, resulta evidente, en consecuencia, que el Legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en las situaciones que, de acuerdo con las disposiciones indicadas, determinan la imposición de una sanción. A mayor abundamiento, lo recién advertido por este Tribunal puede lesionar el ejercicio de los derechos comprometidos, circunstancia que pugna con las garantías que, en los incisos primero y segundo del numeral tercero, del artículo 19, la Carta Fundamental consagra para resguardarlos;

Trigesimosexto.- Que, atendido lo que se termina de expresar, sólo es posible concluir que las normas comprendidas en los artículos 3º, inciso tercero, oración final; 6º; 22, inciso sexto, frase final; 29; 30; 34, inciso final y 47, inciso final, del proyecto remitido son contrarias a la Constitución Política, por violar el artículo 19, Nº 3º, incisos primero y segundo, de la misma;

Trigesimoséptimo.- Que, por otra parte, no puede concluirse que dichas inconstitucionalidades no existen, en atención a lo dispuesto en el artículo 54 del proyecto, que autoriza al Tribunal Calificador de Elecciones para dictar autos acordados, por cuanto este órgano estatal sólo está facultado para expedirlos con el objeto de "complementar las normas de procedimiento" que establezca la ley, respecto de los asuntos que se tramiten ante el Director del Servicio Electoral; pero no para crearlas cuando en la ley no existe norma alguna, como ocurre en la especie.

En semejante orden de ideas, es necesario también analizar el artículo 48 del texto legal en consulta, en cuanto establece una instancia jurisdiccional para reclamar de multas que aplique el Servicio Electoral. Pero esta posibilidad en nada supera la falencia anotada, ya que la falta de posible defensa jurídica ante dicho Servicio, puede no ser factible de subsanarse dentro de los acotados márgenes del reclamo, que debe ser fallado en el plazo de diez días contado desde su interposición. Recordemos también 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. No es, en consecuencia, suficiente permitir accionar ante el Tribunal Calificador de Elecciones para entender que, por esa sola circunstancia, se ha convalidado una actuación administrativa constitucionalmente objetable;

Trigesimoctavo.- Que, teniendo presente que las disposiciones comprendidas en los artículos 6º; 29; 30 y 47, inciso final, no podrán convertirse en ley, debe, igualmente, declararse la inconstitucionalidad de las referencias que a ellos se hacen en el artículo 48, inciso primero, del proyecto, las cuales dejan de tener razón de ser.

Si así no se hiciere, perdería coherencia una norma que por sí misma, salvo en cuanto a las referencias a que se ha hecho mención, tiene autonomía;

Cumplimiento de quorum

Trigesimonoveno.- Que, consta de autos, que los preceptos a que se ha hecho referencia han sido aprobados en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo, del artículo 63, de la Constitución, y que sobre ellos no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad;

Y, VISTO, lo prescrito en los artículos 18, inciso primero, 19, Nº 2º, inciso segundo, 19, Nº 3º, incisos primero y segundo, 19, Nº 15, inciso quinto, 63, inciso segundo, 82, Nº 1º e inciso tercero, 84, inciso final, 87, inciso primero, 88, inciso final, y 108, inciso primero, de la Constitución Política de la República, y lo dispuesto en los artículos 34 al 37 de la Ley Nº 17.997, de 19 de mayo de 1981,

SE DECLARA:

1. Que los preceptos comprendidos en los artículos 15, inciso cuarto, y 25 del proyecto son constitucionales, en el entendido que se expresa en los considerandos 25 y 28, respectivamente.

2. Que los demás preceptos comprendidos en los artículos 1º a 60 y artículo único transitorio del proyecto son constitucionales, con excepción de los que se indican continuación.

3. Que los preceptos comprendidos en los artículos 3º, inciso tercero, oración final, que expresa "Sin perjuicio de lo anterior, toda infracción o falta de cumplimiento a las disposiciones de esta ley que no tenga una pena especial, se sancionará con multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales"; 6; 22, inciso sexto, frase final que dispone "La infracción de esta prohibición será sancionada con multa a beneficio fiscal del triple de las cantidades no informadas, aplicándose a su respecto lo señalado en el artículo 48"; 29; 30; 34, inciso final; 47, inciso final; 48, inciso primero, la oración que señala "y las que apliquen las multas establecidas en el artículo precedente y en los artículos 6º, 29 y 30" del proyecto remitido, son inconstitucionales y deben eliminarse de su texto.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben.

Devuélvase el proyecto al Senado, rubricado en cada una de sus hojas por el Secretario del Tribunal, oficiándose.

Regístrese, déjese fotocopia del proyecto y archívese.

Rol Nº 376.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don Juan Colombo Campbell y los Ministros señores Eugenio Valenzuela Somarriva, Hernán Álvarez García, Juan Agustín Figueroa Yávar, Marcos Libedinsky Tschorne y José Luis Cea Egaña. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

MATERIA
Principios de legalidad y tipicidad en la actividad sancionadora

ÓRGANO COMPETENTE
Tribunal Constitucional
Tipo de recurso: Inaplicabilidad precepto legal (art. 93 Nº 6 CPR)
Rol: 479
Fecha: 08.08.2006
Resultado recurso: Rechazado.
Ministros mayoría: José Luis Cea Egaña, Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, Marisol Peña Torres y Enrique Navarro Beltrán.
Ministro redactor: Jorge Correa Sutil.
Requirentes: Compañía Eléctrica San Isidro S.A., Empresa Nacional de Electricidad S.A., Empresa Eléctrica Pehuenche S.A., y Empresa Eléctrica Pangue S.A.

DESCRIPTORES
Derecho Administrativo Sancionador – Principio de Legalidad – Principio de Tipicidad – Reserva de Ley – Generalidad y Abstracción de la Ley – Dominio Legal Máximo – Colaboración Reglamentaria

PRINCIPIO JURÍDICO
El Derecho administrativo sancionador se encuentra sujeto a los principios de legalidad y tipicidad al formar parte del *ius puniendi* estatal.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Arts. 6º, 7º, 19 Nº 3 y 21, 32 Nº 6, 63 Nº 18 y 20 y 65; Art. 81 D.F.L. Nº 1/1982 Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos; D.S. Nº 327/1997 Ministerio de Minería, Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos.

CAUSA EN QUE INCIDE
Cuatro causas de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago respecto de reclamos de ilegalidad interpuesto por empresas requirentes contra resoluciones exentas de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles que impusieron multas.

DISPOSICIÓN CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA
Artículo 15 de la Ley Nº 18.410, Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, que establece que las empresas o personas sujetas a fiscalización o supervisión de la Superintendencia que incurrieren en infracciones a normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta de sanciones.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Se encuentra la actividad sancionatoria de la administración sujeta a los mismos principios constitucionales que rigen el derecho penal, en especial el principio de legalidad?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) mediante resoluciones exentas impuso multas a las empresas requirentes por infracción a la Ley General de Servicios Eléctricos y su reglamento.

Las empresas sancionadas interpusieron reclamos de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

ALEGACIONES

El artículo impugnado infringe los principios de legalidad y tipicidad consagrados por la CPR en el artículo 19 Nº 3, al entregar competencia a la Superintendencia para imponer sanciones por conductas que no se encuentran descritas en la ley. El artículo permite a la Superintendencia sancionar por la infracción de cualquier tipo de norma relacionada con electricidad, gas y combustibles líquidos, y el incumplimiento de las instrucciones y órdenes que la misma imparta. Los principios constitucionales que informan el Derecho Administrativo Sancionador son los mismos que sostienen al Derecho Penal.

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Al llamado derecho administrativo sancionador y a la actividad sancionadora de la administración se les aplica el principio de legalidad. Esto se funda en los artículos 6º y 7º de la CPR. Complementa este principio básico de exigencia de legalidad de los actos de la administración el precepto contenido en el numeral 18 del artículo 63, en cuanto exige que sean de jerarquía legal las normas que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública y el inciso cuarto del artículo 65 en cuanto reserva al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de las leyes que crean nuevos servicios públicos. De este modo y por mandato constitucional la Administración Pública, de la que la Superintendencia de Electricidad y Combustible forma parte, queda sujeta al derecho y particularmente al principio de legalidad (C. 6 y 7).

A la misma conclusión de sujeción de la actividad sancionadora de la administración al principio de legalidad, ha de arribarse en virtud de lo prescrito en el artículo 19 Nº 3 de la CPR. Aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, con matices, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Como ya se ha dicho en fallos anteriores "(…) los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado;" (considerando 9 de la sentencia de 26 de agosto de 1996, Rol 244). Es así como tanto el principio de tipicidad como de legalidad, establecidos en los dos últimos incisos del numeral 3 del artículo 19 de la Constitución, rigen, por mandato constitucional, la actividad sancionadora de la administración (C. 8).

No es obstáculo a lo afirmado el hecho que los incisos finales del numeral tercero empleen un lenguaje penal, pues como ha tenido oportunidad de establecer este Tribunal, "(…) sustantiva y procesalmente, el artículo 19 Nº 3 de la Constitución tiene que ser entendido y aplicado con significado amplio y no estricto ni restrictivo, porque sólo así es posible cumplir, cabalmente, cuanto exige la serie de principios fundamentales analizados en los considerandos precedentes. Consecuentemente, cabe concluir que dentro de los parámetros de razonabilidad y legitimidad a que se hizo referencia, lo cierto e indudable es que la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos fundamentales, como asimismo, las concreciones de ese principio que aparecen en los incisos siguientes del mismo numeral, deben ser entendidas en su acepción amplia, sin reducirlas por efecto de interpretaciones exegéticas, o sobre la base de distinciones ajenas al espíritu garantista de los derechos esenciales que se halla, nítida y reiteradamente, proclamado en la Carta Fundamental vigente;" (sentencia de 21 de abril de 2005, Rol 437, considerando 16). Además, la aplicación de las garantías constitucionales de la tipicidad y de la legalidad al derecho administrativo sancionador tiene una larga tradición en el derecho chileno (C. 9 y 10).

También el principio de legalidad ha de aplicarse en la especie en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 Nº 21 de la CPR, pues ese precepto, conforme a su claro tenor literal y sentido, obliga a que las normas que regulan el ejercicio de una actividad económica lícita estén contenidos en preceptos de rango legal (C. 11).

Una vez reiterado por el Tribunal que el principio de legalidad efectivamente rige la actividad sancionadora de la Administración, debe aclararse ahora que la vigencia del principio de legalidad en el campo del derecho administrativo sancionador no impide que la Administración pueda legítimamente sancionar conductas cuyo núcleo esencial se encuentre descrito en una ley y más extensamente desarrollado en normas reglamentarias. En efecto, el artículo 32 Nº 6 de la CPR faculta al Presidente de la República para dictar "los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes" (C. 14).

Reafirma lo anterior el análisis de las características de generalidad y abstracción propias de la ley. La CPR consagró estas características al establecer, en su artículo 63 el sistema de dominio legal máximo a través de listar las únicas materias que podían ser tratadas por el legislador. Si bien el numeral 20 de ese precepto abrió esa enumeración con un lenguaje genérico, estableció con claridad que la ley debía ser una norma general que estatuyera las bases esenciales de un ordenamiento jurídico (C. 15).

A igual conclusión de aceptar por regla general la colaboración reglamentaria en materias reservadas por la CPR al dominio legal, debe llegarse en virtud de lo dispuesto en el inciso final del numeral 3 del artículo 19 de la CPR. En efecto, y tal como ha tenido oportunidad de desarrollar el Tribunal en sentencia de 4 diciembre de 1984, Rol 24, relativo a un requerimiento sobre la Ley de Drogas, el texto del artículo 19 Nº 3 exige que la conducta se encuentre "expresamente" descrita en la ley, pero no

que esté "completamente" descrita en el precepto legal. Este último adjetivo calificativo fue incluido en la propuesta de precepto constitucional hecho por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, pero deliberadamente eliminado por la Junta de Gobierno, lo que debe necesariamente interpretarse como una aceptación, en esta materia, de la colaboración de la potestad reglamentaria en la descripción de la conducta sancionable (C. 17).

El principio de reserva legal obliga a que tanto la descripción de la conducta cuya infracción se vincula a una sanción, al menos en su "núcleo esencial", como la sanción misma, se encuentren establecidas en normas de jerarquía legal y no de rango inferior (C. 20).

El Tribunal no hará reproche de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley Nº 18.410; pues, como se ha señalado, no resulta contrario a la CPR que este sea invocado para sancionar infracciones legales y tampoco que sea aplicado para sancionar infracciones de normas reglamentarias, siempre que dichas infracciones reglamentarias estén jerárquicamente precedidas por preceptos legales que describan con suficiencia al núcleo de la conducta. Examinar esto último, como se ha dicho, implica revisar la legalidad y consecuente constitucionalidad de decretos supremos; cuestión que no compete a este Tribunal por esta vía (C. 24).

El Tribunal no considera contrario a la CPR el hecho de que un precepto de carácter legal habilite a una Superintendencia a sancionar, en condiciones que no se describen en ese mismo precepto todas y cada una de las conductas susceptibles de ser sancionadas. En la especie se atribuyen a las empresas recurrentes infracciones a dos cuerpos normativos: al artículo 81 de D.F.L. Nº 1 del Ministerio de Minería de 1982, conocido como "Ley Eléctrica" y a las normas que, según afirma la Superintendencia, se limitan a desarrollar ese mismo precepto, todas contenidas en el Decreto Supremo 327 del Ministerio de Minería de 1997. Esta dispersión normativa del derecho administrativo sancionador en dos cuerpos legales no vulnera el principio de tipicidad, pues "no resulta intolerable para el valor de la seguridad jurídica que normas contenidas en dos cuerpos legales diversos pretendan aplicarse a una Empresa especializada que lleva a cabo, en virtud de una concesión, un servicio público, cuya naturaleza exige de una regulación altamente técnica y dinámica (…)"(sentencia de 27 de julio de 2006, Rol 480, considerando 40) (C. 27).

CONCLUSIÓN

Las sanciones administrativas y las penas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, con matices, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. La sujeción de la actividad sancionatoria de la administración al principio de legalidad no impide que ésta pueda legítimamente sancionar conductas cuyo núcleo esencial se encuentre descrito en una ley y más extensamente desarrollado en normas reglamentarias.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

En esta sentencia el TC sintetiza su doctrina de entender el derecho administrativo sancionador como parte del *ius puniendi* estatal.

Desde que el TC en el caso de la Ley de Caza (Rol 244) enunciara que la sanción administrativa provenía de un único *ius puniendi* estatal, al igual que la sanción penal, de manera que a la primera se le aplicaban las garantías de esta última, los abogados y algún sector de la doctrina comenzó a esgrimir que esas garantías eran idénticas, especialmente en materia de tipicidad de la sanción.

Para el TC si bien la sanción administrativa como la penal son parte de un *ius puniendi* estatal, esta vinculación debe ser entendida con matices, en la medida que el rol regulatorio de la Administración exige la colaboración reglamentaria para definir el contenido de las infracciones en las que pueden incurrir los administrados.

Este criterio se ha ido imponiendo con carácter uniforme en la jurisprudencia de otros organismos estatales.

Cuestión semejante ha sostenido la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, especialmente desde el 2005, cuando en su dictamen 14.571 reconsideró toda jurisprudencia previa. A partir de dicho año la tesis de la Contraloría ha sido que la sanción administrativa se somete a los principios del *ius puniendi* estatal. Esta cuestión es significativa para la determinación de la prescripción de la sanción administrativa frente a la ausencia de una norma legal expresa. En tal caso la jurisprudencia administrativa sostiene, por la regla de afinidad, que se debe aplicar el plazo de 6 meses del Código Penal, que corresponde a las faltas (dictamen 68.086 de 2010).

La Corte Suprema, especialmente la tercera sala, ha sido cauta en reconocer la existencia de identidad plena entre la sanción administrativa y la penal. En opinión de la Corte, en términos generales "los ilícitos administrativos importan un injusto de significación ético-social reducida, por lo que la imposición de sanciones en este ámbito no requiere de garantías tan severas como las que rodean a la sanción penal" (p. e. CS Rol 7117-2008; 8568-2009; 5779-2009; 1205-2009). Esto explica por ejemplo que la exigencia de culpabilidad en este tipo de infracciones no requiere la concurrencia de elementos subjetivos, atendida los tipos de situaciones que regula la autoridad administrativa y que son materia de su potestad sancionatoria (p. e. CS Roles 4404-2005; 276-2010). Sin embargo, la Corte mantiene una discrepancia sobre la regla de prescripción. Mientras en unos casos se sostiene que se debe aplicar supletoriamente el Código Penal (p. e. CS Rol 4627-2008; 5455-2009), tesis liderada por el Ministro Brito; otros se afincan en el Código Civil, atendida esta lejana identidad, tesis liderada por el Ministro Pierry.

TEXTO COMPLETO

Santiago, ocho de agosto de dos mil seis.

VISTOS:

Con fecha 13 de abril, Compañía Eléctrica San Isidro S. A., Empresa Nacional de Electricidad S. A., Empresa Eléctrica Pehuenche S. A., y Empresa Eléctrica Pangue S. A., formularon un

requerimiento, para que se declare la inaplicabilidad del artículo 15 de la Ley Nº 18.410, Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, (en adelante, la Superintendencia o SEC) por adolecer esta norma de vicios de inconstitucionalidad, en los siguientes recursos radicados ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en los cuales se pretende aplicar la disposición impugnada:

1) Autos sobre recurso de reclamación de ilegalidad Rol de ingreso Nº 5782-2004, caratulados "Compañía Eléctrica San Isidro S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles", de la resolución exenta Nº 1428 de 14 de agosto de 2003;

2) Autos sobre recurso de reclamación de ilegalidad Rol de ingreso Nº 5783-2004, caratulados "Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles", de la resolución exenta Nº 1439 de 14 de agosto de 2003;

3) Autos sobre recurso de reclamación de ilegalidad Rol de ingreso Nº 5784-2004, caratulados "Empresa Eléctrica Pehuenche S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles", de la resolución exenta Nº 1429 de 14 de agosto de 2003;

4) Autos sobre recurso de reclamación de ilegalidad Rol de ingreso Nº 5785-2004, caratulados "Empresa Eléctrica Pangue S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles", de la resolución exenta Nº 1432 de 14 de agosto de 2003;

Con fecha 26 de abril de 2006 la Segunda Sala del Tribunal Constitucional declaró admisible el requerimiento, ya que constaba que las causas se encontraban pendientes ante la Corte de Apelaciones de Santiago; que el precepto legal impugnado podía resultar decisivo en las gestiones indicadas y que la acción se encontraba razonablemente fundada, todo lo cual permitió establecer que se había dado cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 93 inciso decimoprimero de la Constitución. El Tribunal suspendió el procedimiento y dio curso progresivo a los autos.

Señala la requirente que la Superintendencia funda su determinación de aplicar las diversas multas que contemplan cada una de las resoluciones exentas, en la disposición del artículo 15 de la Ley Nº 18.410, que señala:

"Artículo 15.- Las empresas, entidades o personas naturales, sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta de las sanciones que se señalan en este Título, sin perjuicio de las establecidas específicamente en esta ley o en otros cuerpos legales.

Para los efectos de la aplicación de las sanciones a que se refiere el inciso anterior, las infracciones administrativas se clasifican en gravísimas, graves y leves.

Son infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente:

1) Hayan producido la muerte o lesión grave a las personas, en los términos del artículo 397, Nº 1º, del Código Penal;

2) Hayan entregado información falseada que pueda afectar el normal funcionamiento del mercado o los procesos de regulación de precios;

3) Hayan afectado a la generalidad de los usuarios o clientes abastecidos por el infractor, en forma significativa;

4) Hayan alterado la regularidad, continuidad, calidad o seguridad del servicio respectivo, más allá de los estándares permitidos por las normas y afecten a lo menos al 5% de los usuarios abastecidos por la infractora;

5) Hayan ocasionado una falla generalizada en el funcionamiento de un sistema eléctrico o de combustibles, o

6) Constituyan reiteración o reincidencia en infracciones calificadas como graves de acuerdo con este artículo.

Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente:

1) Hayan causado lesiones que no sean las señaladas en el número 1) del inciso anterior, o signifiquen peligro para la seguridad o salud de las personas;

2) Hayan causado daño a los bienes de un número significativo de usuarios;

3) Pongan en peligro la regularidad, continuidad, calidad o seguridad del servicio respectivo;

4) Involucren peligro o riesgo de ocasionar una falla generalizada del sistema eléctrico o de combustibles;

5) No acaten las órdenes e instrucciones de la autoridad y, en el caso de un sistema eléctrico, incumplan las órdenes impartidas por el respectivo organismo coordinador de la operación, de lo cual se deriven los riesgos a que se refieren los números anteriores;

6) Constituyan una negativa a entregar información en los casos que la ley autorice a la Superintendencia o a la Comisión Nacional de Energía para exigirla;

7) Conlleven alteración de los precios o de las cantidades suministradas, en perjuicio de los usuarios, u

8) Constituyan persistente reiteración de una misma infracción calificada como leve de acuerdo con este artículo.

Son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto obligatorio y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los incisos anteriores". Explican las actoras en el requerimiento, que para cada empresa sancionada, en las resoluciones exentas se invoca por la Superintendencia la trasgresión de las siguientes normas:

– artículo 81 Nº 1, del D.F.L. Nº 1, de 1982, del Ministerio de Minería, reglamentado por el D.S. Nº 327 de 1997;

– artículo 181 letra c) en relación con el artículo 172 letra h), ambos del D.S. Nº 327/97, del Ministerio de Minería;

– artículo 323 letra h) y 324 letra a), ambos del D.S. Nº 327/97, del Ministerio de Minería.

Así, las requirentes afirman que en las resoluciones exentas sancionatorias, la Superintendencia imputa a las empresas el incumplimiento de ciertas obligaciones precisas del Reglamento Eléctrico, cubriéndolas todas bajo el "paraguas" genérico del incumplimiento de la obligación del artículo 81 del D.F.L. Nº 1, de 1982, del Ministerio de Minería, reglamentado por el D.S. Nº 327 de 1997; en adelante Ley Eléctrica. Es decir, fundada en infracciones puntuales del Reglamento Eléctrico, la SEC atribuye a las sancionadas haber incumplido el artículo 81 de la Ley Eléctrica. Por tanto, la requirente afirma que las resoluciones exentas que se impugnaron mediante reclamaciones de

ilegalidad se sostienen casi en su totalidad en infracciones a obligaciones contempladas en el Reglamento Eléctrico.

Señalan las requirentes que la fuente de la competencia de la Superintendencia para imponer multas en este caso de infracción al Reglamento Eléctrico es el artículo 15 de la Ley Nº 18.410.

Sin dicha norma habilitante, la entidad fiscalizadora no hubiera podido sancionar a las empresas requirentes.

Conforme argumentan las requirentes, el artículo 15 en análisis le otorga amplios poderes a la Superintendencia, habilitándola no sólo para sancionar a sus fiscalizados por infracciones al Reglamento Eléctrico, sino que también para sancionar por "el incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta", pero también por la infracción de las "demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos".

La facultad para imponer sanciones, continúan argumentando los requirentes, emana de la potestad sancionadora del Estado, cuyas vertientes son la potestad sancionadora penal y la potestad sancionadora administrativa, cuya constitucionalidad precisamente cuestionan las actoras.

Argumentan las actoras que la naturaleza y principios constitucionales que informan el Derecho Administrativo Sancionador son los mismos que sostienen al Derecho Penal. Es necesario entonces que el ejercicio de la facultad sancionadora del Estado observe ciertos principios y garantías esenciales, que emanan del único ius puniendi del Estado y que se aplican naturalmente a la otra vertiente de este ius, el derecho penal. Así, resulta absolutamente necesario que se establezca con claridad los límites y posibilidades de acción de la Administración para la protección y respeto de los derechos de las personas.

A juicio de las actoras, aunque las sanciones de la Administración sean de menor entidad, la razonabilidad jurídica aconseja que dicha potestad sancionatoria administrativa sea acotada y reglada por los mismos principios constitucionales del derecho sancionador. De lo anterior desprenden las requirentes la unidad material de la naturaleza del ius puniendi estatal y la necesidad de respetar en el ejercicio de ambas facultades sancionadoras los principios y normas jurídicas que al efecto ha consagrado la Constitución.

A juicio de las actoras, en el caso de autos la Superintendencia estimó que las empresas eléctricas infringieron ciertos artículos del Reglamento Eléctrico por lo que les aplicó las sanciones respectivas. Dicho organismo, en ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, debió haber respetado los principios constitucionales básicos del derecho sancionador. Tales principios encuentran, a juicio de las requirentes, su basamento constitucional en las siguientes normas:

– Principio de legalidad:

Artículo 19 Nº 3 inciso séptimo, de la Constitución, en cuanto prescribe que sólo la ley puede establecer delitos o ilícitos y sus penas, por lo que la Administración sólo puede imponer una sanción en la medida que exista una ley promulgada con anterioridad al hecho punible que determine la pena que se pretende aplicar. De ello concluyen que sólo puede ser ejercida la potestad sancionadora administrativa cuando haya sido atribuida por una norma de rango legal, respecto de infracciones y penas establecidas previamente en una ley y que las sanciones administrativas sólo son legítimas en la medida que las infracciones punibles y sus penas hayan sido establecidas en leyes y no en reglamentos u otras normas inferiores.

– Principio de tipicidad:

Consagrado en el artículo 19 Nº 3 inciso final de la Carta. En su virtud, para que la Administración pueda imponer una sanción, es necesario que la ley respectiva (nunca el reglamento) contenga ella misma una descripción precisa y expresa de la conducta específica que podrá ser sancionada.

– Principio de la proporcionalidad:

Supone una correspondencia entre la infracción y la sanción impuesta por la Administración, con el fin de impedir que tome medidas innecesarias y excesivas. Impone ciertos criterios de graduación de las sanciones.

Indican las requirentes que las multas cursadas se apoyan únicamente en el señalado artículo 15, disposición que si bien otorga potestades sancionadoras a la Superintendencia, infringe abierta y flagrantemente los incisos séptimo y final del Nº 3 del artículo 19, ya que en la especie no se configuran los principios de legalidad y tipicidad señalados, por lo que esa disposición es abiertamente inconstitucional.

Señalan las requirentes que el artículo 15 referido vulnera el artículo 19 Nº 3 inciso séptimo ya que si bien las penas están establecidas en una norma de rango legal, el mismo D.F.L. Nº 1, las infracciones punibles no se encuentren en esa ley ni en otra, sino simplemente en el Reglamento Eléctrico. Así, se ha violado el principio de legalidad, pues no existe ley que establezca los delitos, infracciones y contravenciones que se reprochan a las empresas eléctricas.

Alegan también que no es concordante con el principio de legalidad considerar que la infracción de un reglamento pueda dar origen a una conducta sancionable, pues ello quebranta el principio de legalidad, ya que sólo es posible establecer sanciones mediante una ley.

Señalan seguidamente las requirentes que el artículo 15 trasgrede también el inciso final del artículo 19 Nº 3 de la Carta Fundamental, puesto que no cumple con el principio de tipicidad, ya que dicho artículo 15 no contiene expresamente la descripción de la conducta que sanciona. El artículo 15, a juicio de las actoras, habilita genéricamente a la Superintendencia para imponer las sanciones, sin contener la más mínima descripción, ni menos tipificación de las conductas o infracciones que se van a sancionar. En este caso, la descripción de la conducta sancionada hay que buscarla y encontrarla en el Reglamento Eléctrico, lo que es abiertamente inconstitucional. Por lo tanto, se está frente a un caso típico de ley penal administrativa en blanco.

Invocando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las requirentes concluyen que el ius puniendi del Estado, ya sea en su manifestación penal o administrativa debe respetar en su ejercicio los mismos principios de legalidad y tipicidad, así como también sus derivados (culpabilidad y non bis in idem). Aunque exista una dualidad de sistemas represivos del Estado, respecto de ambos, por su unidad material y aunque el procedimiento sea distinto, se ha de respetar el principio de fondo: el ius puniendi del Estado. De ese modo, argumentan las requirentes que si la Administración pretende ejercer su potestad sancionadora e imponer una multa, tanto la pena como la conducta castigada deben estar expresamente consagradas en una ley. A su juicio, el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Superintendencia no sólo delega la tipificación de las conductas al Reglamento Eléctrico, sino que en normas de rango mucho menores, tales como una infracción a instrucción y órdenes de la propia Superintendencia.

Con fecha 7 de junio, la Superintendencia efectuó sus observaciones.

Indica que las características de la energía eléctrica implica la necesidad de coordinación entre las distintas empresas generadoras, transmisoras y distribuidoras. Esta coordinación tiene como finalidad garantizar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico, de acuerdo al artículo 81 de la Ley General de Servicios Eléctricos. Agrega la entidad estatal que estas actividades de producción o generación, como de transmisión, están sujetas a un marco regulatorio obligatorio señalado en el artículo 1º del D.F.L. Nº 1, Ley General de Servicios Eléctricos que dispone que "la producción, el transporte, la distribución, el régimen de tarifas y las funciones del Estado relacionadas con estas materias se regirán por la presente ley". Por tanto, la actividad es, de este modo, especialmente

disciplinada en su totalidad. Añade que atendido el carácter de servicio de utilidad pública ha existido preocupación de los poderes colegisladores por establecer normas que permitan una fiscalización oportuna. Sin embargo, el respeto a las normas constitucionales obliga, también, a que tales preceptos se ajusten a las normas propias de los órganos públicos y de respeto de las garantías constitucionales. En relación a los planteamientos en que se funda el requerimiento reconoce la Superintendencia que, no obstante ser posible encontrar una raigambre común entre el derecho penal sustantivo y el administrativo sancionador, ellos presentan evoluciones particulares y matices diferenciadores que permiten sostener que, en rigor, no pueden entenderse como uno solo.

A juicio de la entidad estatal, sostener que sólo la ley debe establecer sanciones infraccionales y agotar el tipo o, a la inversa, que el reglamento no puede establecer la infracción administrativa, o que no puede completar o complementar un tipo infraccional en blanco, contemplado en una norma legal, importa desconocer la tesis del dominio legal máximo contemplada por el Constituyente de 1980. Añade que, en el sistema estatuido por la Constitución, la ley sólo puede regular ciertas materias taxativamente señaladas en su artículo 60 y, respecto de ellas, sólo puede estatuir las bases esenciales de un ordenamiento jurídico –Artículo 60 Nº 20–. De ello deduce la requerida que, respecto de las materias no contempladas en el artículo 60, tiene cabida la llamada potestad reglamentaria autónoma; mientras que, respecto de las materias de ley, reguladas por una ley que estatuye tan sólo las bases esenciales del ordenamiento jurídico, cabe la potestad reglamentaria de ejecución.

No obstante, señala la Superintendencia que la recurrente pretende que la ley, en contravención a lo dispuesto por la Constitución, deje de ser una norma que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, contraviniendo el numeral 20 del artículo 60 del Texto Fundamental, y regule con precisión cada uno de los tipos infraccionales en materia de Derecho Administrativo Sancionador Eléctrico, lo cual, además, dejaría sin sentido la potestad reglamentaria entregada expresamente por el propio Constituyente al Presidente de la República, en el numeral 8 del artículo 32.

La imposibilidad de regular una serie de conductas asociadas eminentemente en aspectos técnicos, mediante una ley, particularmente en el sector eléctrico, implicaría, a su juicio, que las instrucciones de la autoridad pasarían a ser meras sugerencias y la potestad reglamentaria el ejercicio de una autoridad de papel, sin imperio. Sobre este punto, la Superintendencia cita el artículo 10 de la Ley General de Servicios Eléctricos, que establece que:

"Los reglamentos que se dicten para la aplicación de la presente ley indicarán los pliegos de normas técnicas que deberá dictar la Superintendencia, previa aprobación de la Comisión. Estos pliegos podrán ser modificados periódicamente en concordancia con los progresos que ocurran en estas materias". Argumenta la Superintendencia que no puede dejar de tenerse en cuenta que las garantías que han de imperar para aplicar sanciones formalmente penales y para imponer sanciones administrativas no pueden ser idénticas, ya que entre las mismas existen diferencias no menores. Dada la extraordinaria gravedad que revisten las sanciones materialmente penales, éstas deben ser impuestas con las máximas garantías, exigencia que no debiera ser tan rigurosa si se trata de sanciones de menor gravedad, como las sanciones administrativas, para cuya aplicación es posible considerar una moderación de las garantías, por ejemplo, permitiendo que el desarrollo y características de la infracción que autoriza su imposición sea normada por la vía del reglamento.

Con todo, la Superintendencia indica que aun respecto de la imposición de sanciones administrativas, hay ciertos principios o garantías mínimas que no pueden dejar de concurrir para su aplicación, las que, de acuerdo a nuestro ordenamiento constitucional, se refieren al debido proceso o presencia de proceso racional y justo; que exista una debida investigación que preceda a la aplicación de la sanción y un irrestricto apego al principio de legalidad, de manera que el tipo o conducta objetiva esté descrita, al menos en sus rasgos esenciales, en un texto legal que anteceda a los hechos que se investigan, garantizándose la presunción de inocencia al inculpado y que el procedimiento sea igualitario para todos los sujetos a quienes deba aplicarse.

Respecto de los preceptos referidos a las disposiciones de la Ley Nº 18.410, que facultan a la Superintendencia para sancionar a las entidades que incurrieren en infracciones de las leyes, reglamentos y demás normas, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta, precisa la Superintendencia que las mismas corresponden a la consagración legal de una atribución de la que todos los organismos públicos fiscalizadores están dotados para hacer cumplir no sólo la ley, sino también los reglamentos y las instrucciones y órdenes que emitan, facultándolos para imponer sanciones respecto de conductas cuyo núcleo o esencia está descrito en normas de rango legal que se complementan, completan y desarrollan con disposiciones contenidas en reglamentos e instrucciones y órdenes que, para un cabal cumplimiento del precepto que establece el núcleo esencial de la conducta, resulta imprescindible implementar. Tales normas reglamentarias, órdenes e instrucciones constituyen simplemente normas técnicas que especifican la conducta exigida legalmente y que resulta necesario complementar o completar.

Señala la Superintendencia que, en materia penal obviamente existe un problema si la descripción completa de la conducta sancionada no se encuentra en la ley y se requiere acudir, para su complemento, a normas reglamentarias. En cambio, en el derecho administrativo, la realidad es que el dinamismo de ciertos sectores impone la necesidad de que parte de la descripción de ciertas conductas quede entregada a reglamentos, que no se someten a los lentísimos procedimientos de dictación de leyes. En relación a las sanciones que originan el proceso sobre la reclamación judicial interpuesta, señala la Superintendencia que el principio contenido en el artículo 15, se encuentra complementado y desarrollado en diversas disposiciones del Reglamento. Como queda de manifiesto, el núcleo esencial de las conductas por las que se formuló cargos está descrito en una norma de rango legal, contenida en el artículo 81 de la citada Ley General de Servicios Eléctricos.

Establecida la forma de ocurrencia de los hechos y luego del análisis de la información disponible, a juicio de la Superintendencia existían antecedentes suficientes para estimar que los hechos constituían transgresiones a la normativa vigente, por lo que se procedió a formular cargos. En la misma oportunidad se les concedió individualmente a las empresas requirentes un plazo para que formularan sus descargos. Enseguida, luego de recibirse los respectivos descargos, la Superintendencia procedió a confirmar los cargos, dictando las correspondientes resoluciones exentas que sancionan con multas a las infractoras, las que fueron impugnadas por la vía del recurso de reposición contemplado en el artículo 18 A de la Ley Nº 18.410 y luego a través del recurso de reclamación judicial consagrado en el artículo 19 del mismo texto legal y que ha sido invocado en la solicitud que motiva el requerimiento. Lo indicado deja a su juicio en evidencia, que la investigación administrativa que culminó con la expedición del acto de sanción, siempre ha estado bajo el imperio del derecho y presidida por las reglas de un racional y justo procedimiento, en los términos garantizados por la Constitución.

La Superintendencia estima que, habiéndose demostrado, de un modo contundente, que el principio de reserva o legalidad no ha sido amagado con motivo de las sanciones aplicadas en el proceso que motiva el requerimiento, queda asimismo comprobado que la supuesta inconstitucionalidad de dichas disposiciones no es tal. Reitera que resulta evidente que el núcleo de la conducta ordenada –el coordinarse para preservar la seguridad del suministro– se encuentra establecida en una norma de rango legal, como es el tantas veces citado artículo 81 de la Ley Eléctrica, en tanto que las normas reglamentarias infraccionadas no son sino la concreción, en un nivel técnico y de ejecución de dicho artículo 81, de la obligación legal de coordinación con el fin de preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico. Es ésa la conducta esperada y su incumplimiento es lo que determina que debe hacerse exigible la responsabilidad de los sujetos a que el precepto se refiere y que, una vez sustanciado el proceso normado en los artículos 17 y siguientes de la Ley Nº 18.410 y en el decreto Nº 119, de 1989, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, permite imponer la sanción de acuerdo al mérito de los hechos investigados y de la participación que en

ellos le ha correspondido al infractor. Siendo así las cosas, no cabe hablar, bajo ningún respecto, de violaciones al principio de reserva legal ni de una supuesta y consecuente inconstitucionalidad de las disposiciones.

Señala la Superintendencia que la norma contenida en el artículo 15 de la Ley Nº 18.410, que le otorga facultades sancionadoras, y que ha sido objeto del requerimiento es completamente constitucional y, por ende, resulta plenamente aplicable al proceso que ha servido de base a la actora para plantear su solicitud. En virtud de todo lo anterior, a su juicio, no puede pretenderse asimilar la actividad administrativa a la actividad jurisdiccional en materia penal. No pueden pretenderse descripciones taxativas y precisas en campos dinámicos y sujetos a incesantes variaciones, como el de la energía eléctrica, ni que todo lo que deba fiscalizarse, regularse y sancionarse en caso de infracción lo sea mediante leyes. Concluye la Superintendencia argumentando que la pretensión de las actoras dejaría a la Administración desprovista de facultades sancionatorias en el plano administrativo, ya que, por contener el mismo principio rector, disposiciones análogas contenidas en leyes orgánicas de otros órganos reguladores serían igualmente inconstitucionales. Con fecha 13 de junio se trajeron los autos en relación y se realizaron los alegatos de ambas partes.

CONSIDERANDO:

I. Los Problemas de Constitucionalidad que se Plantean.

Primero: Que, conforme ha quedado descrito el libelo en la parte expositiva, para resolver el conflicto de constitucionalidad planteado, corresponde dilucidar a esta Magistratura si la aplicación del artículo 15 de la Ley Nº 18. 410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles resulta contrario a la Constitución en un caso en que es invocado como fundamento legitimador de un acto administrativo sancionador. Más específicamente, si la referida aplicación resulta contraria al principio de legalidad que consagra la Constitución, particularmente en sus variantes de reserva legal y tipicidad. En la gestión pendiente, en que dicha aplicación es impugnada, las requirentes reclaman ante la jurisdicción común de sendas multas que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles les ha aplicado administrativamente, luego de imputarles, en su calidad de empresas concesionarias del servicio público interconectado central de electricidad e integrantes del Centro de Despacho Económico de Carga respectivo, una serie de infracciones a normas legales y reglamentarias.

Segundo: Que el artículo 15 de la Ley Nº 18.410, cuya inaplicabilidad se ha solicitado, ya trascrito en la parte expositiva, faculta a la referida Superintendencia a sancionar a las empresas, entidades o personas naturales, sujetas a su fiscalización o supervisión, en caso que estas incurran en infracciones de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la propia Superintendencia. Se dispone también por el mismo precepto que las sanciones serán aquellas que señala el mismo título de la ley o en otros cuerpos legales. Los incisos siguientes del precepto clasifican las infracciones en gravísimas, graves y leves y distinguen estos tres grupos, en un caso por el tipo de conducta infractora, como es la entrega de información falsa que pueda afectar el normal funcionamiento del mercado o la regulación de los precios y, en otros casos, por los efectos que se sigan de las conductas, como lo es, por ejemplo, si la infracción ha producido la muerte o lesión grave a las personas o una falla generalizada en el funcionamiento de un sistema eléctrico. Como puede apreciarse, el precepto faculta a la Superintendencia para sancionar a las empresas sujetas a su supervisión en cuatro hipótesis:

a) ante infracción de norma legal;

b) ante infracción de norma reglamentaria;

c) ante infracción de las demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos, y

d) ante el incumplimiento de las instrucciones y órdenes que imparta la Superintendencia.

Tercero: Que, en esta sede de inaplicabilidad, resulta especialmente importante destacar que, en las gestiones pendientes, la Superintendencia invoca incumplimientos de normas legales y reglamentarias y no de instrucciones u órdenes o de otras normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos. En efecto, en esas gestiones las actoras reclaman de los actos sancionatorios contenidos en las Resoluciones Exentas 1428, 1429, 1432 y 1439, todas de 14 de agosto de 2003, de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. De su lectura y particularmente de la parte resolutiva de todas ellas y del considerando noveno contenida en cada una, se concluye que, en este caso, lo que la Superintendencia imputa a las reclamantes es el incumplimiento de deberes contenidos en normas legales, como lo es el artículo 81 del D.F.L. Nº 1 de 1982 y de normas complementarias establecidas en un Decreto Supremo, como lo son los artículos 165, y diversos acápites de los artículos 172, 181, 184, 323 y 324, todos del Decreto Supremo Nº 327 del Ministerio de Minería de 1997. No le corresponde a esta Magistratura, en consecuencia, juzgar en esta causa la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 15 de la ley Nº 18.410 en cuanto pueda aplicársele para sancionar incumplimientos de instrucciones y órdenes de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, sino en cuanto se le pretende aplicar para justificar sanciones ante infracciones de una norma de rango legal y de diversos preceptos contenidos en un Decreto Supremo, pues así se le ha invocado en la gestión pendiente. En sede de inaplicabilidad, el Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución.

Cuarto: En consecuencia, le cabe dilucidar a este Tribunal si un precepto legal que faculta a una Superintendencia a sancionar infracciones a normas legales y reglamentarias provenientes, en la especie, de un Decreto Supremo está o no sujeto al principio de legalidad establecido en la Constitución. En caso afirmativo, examinar si el artículo 15 puede aplicarse en la especie sin vulnerar dicho principio, tanto en sus variantes de legalidad como de tipicidad. II. El Derecho Administrativo Sancionador sí está sujeto al Principio de Legalidad.

Quinto: Que el referido artículo 15, cuya inaplicabilidad se examina, forma parte de lo que la doctrina ha dado en llamar el "derecho administrativo sancionador". Esta norma tiene un carácter orgánico, al atribuir competencias, en este caso, para sancionar; pero ella carece de sentido si no se le integra a otras de carácter sustantivo que dirigen conductas, en este caso de los administrados y a otras de carácter procesal, que establecen el modo de ejercer las atribuciones, en este caso, de imponer las sanciones. Es así como algunas de esas normas describen deberes de los administrados; otras imputan sanciones al incumplimiento de esos deberes; otras, como el caso del artículo 15 en examen, facultan a un órgano para atribuir incumplimientos y aplicar sanciones a personas determinadas y otras, de cuya categoría el artículo 15 también participa, gradúan esas sanciones, conforme a la naturaleza de la conducta infraccional o a sus consecuencias.

Sexto: Que esta Magistratura ha sostenido ya en múltiples oportunidades, que al llamado derecho administrativo sancionador y a la actividad sancionadora de la administración sí se les aplica el principio de legalidad (particularmente en la sentencia de 27 de julio recién pasado, rol 480). De esa doctrina se sigue para el caso que las facultades de la Superintendencia de Electricidad y Combustible para sancionar están sometidas al referido principio de legalidad, cuyo alcance y extensión frente a este libelo, se examinarán más adelante.

Séptimo: Que la conclusión indicada en el considerando Sexto se funda, tal como ya lo ha establecido antes este Tribunal, en los artículos 6º y 7º de la Constitución, puesto que los referidos

preceptos "establecen la sujeción de toda actividad de los órganos del Estado al ordenamiento jurídico y muy especialmente, en cuanto los dos primeros incisos del artículo 7º de la Constitución, los sujetan a la Carta Fundamental y a la ley, al disponer que los órganos del Estado sólo actúan válidamente si lo hacen dentro de su competencia y en la forma prescrita en la ley y que ninguna magistratura puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad que la que se le haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Complementa este principio básico de exigencia de legalidad de los actos de la administración el precepto contenido en el numeral 18 del artículo 63, en cuanto exige que sean de jerarquía legal las normas que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública y el inciso cuarto del artículo 65 en cuanto reserva al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de las leyes que crean nuevos servicios públicos". (considerando 4º de la ya referida sentencia de fecha 27 de julio, rol 480). De este modo y por mandato constitucional la Administración Pública, de la que la Superintendencia de Electricidad y Combustible forma parte, queda sujeta al Derecho y particularmente al principio de legalidad.

Octavo: Que, a la misma conclusión consignada en el considerando sexto de sujeción de la actividad sancionadora de la administración al principio de legalidad, ha de arribarse en virtud de lo prescrito en el artículo 19 Nº 3 del Texto Fundamental. Como ha tenido oportunidad de establecer esta Magistratura, aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, con matices, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Como ya se ha dicho en fallos anteriores "... los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado;" (considerando 9 de la sentencia de 26 de agosto de 1996, rol 244). Es así como tanto el principio de tipicidad como de legalidad, establecidos en los dos últimos incisos del numeral 3º del artículo 19 de la Constitución, rigen, por mandato constitucional, la actividad sancionadora de la administración.

Noveno: Que no es obstáculo a lo afirmado el hecho que los incisos finales del numeral tercero empleen un lenguaje penal, pues como ha tenido oportunidad de establecer este Tribunal, "... sustantiva y procesalmente, el artículo 19 Nº 3 de la Constitución tiene que ser entendido y aplicado con significado amplio y no estricto ni restrictivo, porque sólo así es posible cumplir, cabalmente, cuanto exige la serie de principios fundamentales analizados en los considerandos precedentes. Consecuentemente, cabe concluir que dentro de los parámetros de razonabilidad y legitimidad a que se hizo referencia, lo cierto e indudable es que la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos fundamentales, como asimismo, las concreciones de ese principio que aparecen en los incisos siguientes del mismo numeral, deben ser entendidas en su acepción amplia, sin reducirlas por efecto de interpretaciones exegéticas, o sobre la base de distinciones ajenas al espíritu garantista de los derechos esenciales que se halla, nítida y reiteradamente, proclamado en la Carta Fundamental vigente;" (sentencia de 21 de abril de 2005, Rol Nº 437, considerando 16º).

Décimo: Que la aplicación de las garantías constitucionales de la tipicidad y de la legalidad al Derecho Administrativo sancionador tiene una larga tradición en el derecho chileno. En efecto, hace ya más de cuarenta años, la Corte Suprema interpretó que la voz "condenados" del artículo 11 de la Constitución de 1925 era aplicable a quienes sufrían sanciones administrativas y, por esa vía, le aplicó las garantías que entonces la Constitución establecía para la vigencia del principio de legalidad a las condenas penales. Así, la referida Corte, en fallo de inaplicabilidad de 31 de marzo de 1966 señaló que "...existe en verdad jurisprudencia ya establecida por esta Corte en el sentido de que el vocablo "condenado" de que se sirve el artículo 11 de la Constitución Política, no significa por sí solo una condena por delito penal porque de diversos artículos del Código Civil y del

de Procedimiento Civil aparece que las expresiones "condenar", "condenarse" y otras análogas, se emplean en el sentido amplio comprensivo del hecho de imponerse a una persona una pena o sanción, sea de carácter penal, civil o administrativo, cualquiera que sea la causa que la haga procedente, por lo que no se comprende porqué la palabra "condenado", sin otro calificativo `puede limitarse en su alcance a la condena por delito penal, máxime cuando el precepto de que se trata se refiere al hecho sobre que recae el juicio y ese hecho puede revestir diversa naturaleza". (considerando 9º). De ese modo, hace ya cuarenta años nuestra Corte Suprema aplicaba al derecho administrativo sancionador las garantías constitucionales propias del derecho penal.

Décimo Primero: Que también el principio de legalidad ha de aplicarse en la especie en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 Nº 21 de la Carta Fundamental, pues ese precepto, conforme a su claro tenor literal y sentido, obliga a que las normas que regulan el ejercicio de una actividad económica lícita estén contenidos en preceptos de rango legal.

Décimo Segundo: Que resulta evidente que el artículo 15 de la Ley Nº 18.410 limita el ejercicio de una actividad económica lícita, toda vez que permite a la Superintendencia sancionar a quienes desarrollan la actividad de generación, transporte o distribución eléctrica, en caso que esas empresas incurran en algunas de las infracciones que el propio precepto señala. En efecto, de no ser por ese precepto legal, las referidas empresas podrían desarrollar la actividad económica que despliegan, sin estar sujetas a sanciones si infringieran las normas que el propio precepto indica, por lo que estarían libres de esa amenaza y, en consecuencia, significativamente menos reguladas. No cabe duda entonces que la norma cuya aplicabilidad se discute en esta causa regula el ejercicio de una actividad económica lícita.

Décimo Tercero: Que, si la habilitación para sancionar, que consagra el artículo 15, limita la actividad económica lícita de las personas y empresas que desarrollan la actividad de generación, transporte o distribución eléctrica, forzoso es concluir que tales limitaciones deben estar contenidas, al menos en su descripción esencial, en preceptos legales, en virtud de lo establecido en el artículo 19 Nº 21 de la Carta Fundamental en cuanto dispone que "El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional", debe hacerse "respetando las normas legales que la regulen". (Énfasis añadido).

Décimo Cuarto: Que, una vez reiterado por este Tribunal que el principio de legalidad efectivamente rige la actividad sancionadora de la administración, debe aclararse ahora que la vigencia del principio de legalidad en el campo del derecho administrativo sancionador no impide que la administración pueda legítimamente sancionar conductas cuyo núcleo esencial se encuentre descrito en una ley y más extensamente desarrollado en normas reglamentarias. En efecto, el artículo 32 Nº 6 de la Constitución faculta al Presidente de la República para dictar "los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes;". El ámbito de regulación de esta potestad reglamentaria de ejecución coincide con aquel que la propia Constitución reserva al dominio legal, si bien le está subordinada. Así, en el ámbito reservado al dominio legal es la propia Constitución la que permite la potestad reglamentaria de ejecución, salvo los casos excepcionales en que ella misma dispone mayores restricciones, tal como ha desarrollado ya este Tribunal en el considerando 13º de la tantas veces citada sentencia de 27 de julio pasado, rol 480.

Décimo Quinto: Que reafirma lo anterior el análisis de las características de generalidad y abstracción propias de la ley. La Constitución de 1980 consagró estas características al establecer, en su artículo 63 el sistema de dominio legal máximo a través de listar las únicas materias que podían ser tratadas por el legislador. Si bien el numeral 20 de ese precepto abrió esa enumeración con un lenguaje genérico, estableció con claridad que la ley debía ser una norma general que estatuyera las bases esenciales de un ordenamiento jurídico (énfasis añadido). Si en el sistema de dominio legal máximo de la Constitución de 1980, el legislador debe limitarse a establecer las bases de un

ordenamiento jurídico, queda entregada, salvo disposición expresa en contrario del propio Texto Fundamental, a la potestad reglamentaria del Presidente de la República la dictación de los "reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes". Reafirman la voluntad de la Constitución de que la ley mantenga el carácter general y abstracto, lo dispuesto en los numerales 4, 16 y 18 del mismo artículo 63.

Décimo Sexto: Que, como efecto de las consideraciones precedentes, la colaboración reglamentaria no se encuentra excluida por el principio de reserva legal, salvo los casos en que la propia Constitución ha dispuesto que sólo la ley puede regular una cierta materia o disponer en ciertas cuestiones. Como lo afirma la doctrina especializada, "...por intenso que sea el Principio de Reserva Legal, nunca excluirá del todo o por completo la intervención de los órganos administrativos. Imaginar lo contrario equivale a convertir la ley en reglamento y a concentrar en el órgano legislativo las dos potestades aludidas, quebrantando el Principio de Separación de Órganos y lesionando la eficiencia que se gana, con sujeción al mismo Principio, en la división de las funciones estatales". (Cea Egaña, José Luis, los Principios de Reserva Legal y Complementaria en la Constitución Chilena; Rev. de Derecho de la Universidad de Valdivia, dic. 1998, Vol. 9, No. 1, pp. 65-104).

Décimo Séptimo: Que, a igual conclusión de aceptar por regla general la colaboración reglamentaria en materias reservadas por la Constitución al dominio legal, debe llegarse en virtud de lo dispuesto en el inciso final del numeral 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental. En efecto, y tal como ha tenido oportunidad de desarrollar este Tribunal en sentencia de 4 diciembre de 1984, Rol Nº 24, relativo a un requerimiento sobre la Ley de Drogas, el texto del artículo 19 Nº 3 exige que la conducta se encuentre "expresamente" descrita en la ley, pero no que esté "completamente" descrita en el precepto legal. Este último adjetivo calificativo fue incluido en la propuesta de precepto constitucional hecho por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, pero deliberadamente eliminado por la Junta de Gobierno, lo que debe necesariamente interpretarse como una aceptación, en esta materia, de la colaboración de la potestad reglamentaria en la descripción de la conducta sancionable.

Décimo Octavo: Que, de este modo, la Constitución otorga y distribuye potestades limitadas a los órganos del Estado para garantizar que su actuación sea en defensa de la persona y de su dignidad, pero suficientes para la consecución del bien común en materias que exigen regulación y fiscalización estatal, como lo es, en la especie, la producción y distribución de energía eléctrica. En virtud de esos principios y conforme a las reglas ya analizadas, la Constitución reserva a la ley, manifestación de la voluntad soberana y norma con la máxima publicidad, el establecimiento sustantivo de los deberes y de las sanciones que puedan imputarse a su incumplimiento. Al mismo tiempo, y dentro de los límites constitucionales y legales, faculta a la administración para dictar las normas reglamentarias que juzgue convenientes para la ejecución de los deberes legales.

Décimo Noveno: Que de lo razonado en este capítulo debe concluirse que la administración no está constitucionalmente facultada para sancionar, si las conductas que se suponen infringidas están descritas únicamente en normas reglamentarias que no tengan suficiente cobertura legal. Como ya lo ha dicho este Tribunal, "sin suficiente cobertura legal, un decreto, reglamento o instrucción no puede constitucionalmente establecer deberes administrativos que limiten el ejercicio del derecho a llevar a cabo una actividad económica lícita y a cuyo incumplimiento se vinculen sanciones. El estatuto de las garantías constitucionales establece claros límites a la manera en que la ley debe describir conductas infractoras de deberes administrativos y no entrega a la discrecionalidad administrativa la creación autónoma de tales deberes o la fijación de sus sanciones". (Considerando 19 de la sentencia de fecha 27 de julio, rol 480). Establecido lo anterior, cabe ahora examinar si la aplicación del ya referido artículo 15 en las gestiones pendientes, con las características indicadas

en el considerando tercero que antecede, cumple de manera suficiente con los principios de la reserva legal y de la tipicidad que forman parte del principio de legalidad.

III. Examen de la Inaplicabilidad del artículo 15 a la luz del Principio de Reserva Legal.

Vigésimo: Que, conforme lo ha establecido este Tribunal (desde luego en la tantas veces referida sentencia de 27 de julio, rol 480) y está conteste la doctrina y jurisprudencia nacional, el principio de reserva legal obliga a que tanto la descripción de la conducta cuya infracción se vincula a una sanción, al menos en su "núcleo esencial", como la sanción misma, se encuentren establecidas en normas de jerarquía legal y no de rango inferior.

Vigésimo Primero: Que, entendido de ese modo el principio de legalidad, no cabe hacer reproche al artículo 15 en examen, en tanto cuanto éste faculta a la Superintendencia para sancionar incumplimiento de normas legales, pues, como ya lo dijo este Tribunal, en el considerando 28º de la ya citada sentencia de 27 de julio de 2006, rol 480 "el hecho que una ley faculte a una Superintendencia a sancionar a las empresas sujetas a su supervisión ante la infracción de ley no constituye un acto constitucionalmente repudiable desde el punto de vista de la legalidad en su dimensión de reserva legal. Es obvio, por la propia definición del principio de reserva legal, que si el deber está establecido en una norma de rango legal, no cabe reproche de constitucionalidad alguno en su virtud" y así se declarará.

Vigésimo Segundo: Que, como ha quedado consignado en el considerando tercero que antecede, el artículo 15 también ha sido invocado y pretende aplicarse en la causa pendiente como fundamento legitimador de infracciones descritas en normas reglamentarias establecidas en un Decreto Supremo, por lo que cabe examinar ahora la aplicabilidad del precepto en esta hipótesis.

Al efecto, debe tenerse presente que no corresponde a este Tribunal juzgar, en la especie, si las normas reglamentarias, frente a cuyo incumplimiento se ha invocado el artículo 15 de la Ley Nº 18.410, describen conductas con autonomía o si desarrollan aquellas cuyo núcleo esencial ha sido ya establecido en normas legales. Hacer un examen de esta naturaleza implicaría revisar la legalidad de normas reglamentarias y su consecuente constitucionalidad, cuestión que corresponde apreciar a aquel Tribunal ante quien se ha reclamado la multa y es, en todo caso, ajena a la competencia de esta Magistratura, la que, ante acciones de inaplicabilidad, solo ha sido facultada para examinar preceptos legales y no Decretos Supremos, según lo dispone con toda claridad el numeral 6º del artículo 93 de la Constitución Política del Estado.

Vigésimo Tercero: Que no corresponde en este caso de inaplicabilidad analizar las restantes hipótesis en que el artículo 15 habilita a la Superintendencia a aplicar sanciones;esto es, ante infracción de las demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos, y ante el incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia. Por las razones indicadas en los considerandos Segundo y Tercero, el artículo 15 impugnado no está siendo aplicado ante tales eventos, por lo que su aplicación no puede, en estos casos, resultar contraria (o acorde) a la Constitución, pues no tiene aplicación en el caso.

Vigésimo Cuarto: Que, en consideración a lo ya razonado, este Tribunal no hará reproche de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley Nº 18.410; pues, como se ha señalado, no resulta contrario a la Constitución que este sea invocado para sancionar infracciones legales y tampoco que sea aplicado para sancionar infracciones de normas reglamentarias, siempre que dichas infracciones reglamentarias estén jerárquicamente precedidas por preceptos legales que describan con suficiencia al núcleo de la conducta. Examinar esto último, como se ha dicho, implica revisar la legalidad y consecuente constitucionalidad de Decretos Supremos; cuestión que no compete a este Tribunal por esta vía. IV. Examen de la Inaplicabilidad del artículo 15 a la luz del Principio de Tipicidad.

Vigésimo Quinto: Que el principio de tipicidad exige que la conducta a la que se ha atribuido una sanción se encuentre sustantivamente descrita en la norma (de rango legal), de manera que los sujetos imperados por ella tengan una suficiente noticia (previa) acerca de la conducta que les resultará exigible. En tal virtud, solo serán sancionados aquellas personas respecto de quienes se pueda presumir que han estado en situación de conocer cabalmente lo que se describe como conducta indebida y sujeta a sanción. De esa manera, la Constitución cautela también que no se produzcan arbitrariedades jurídicas o judiciales en la aplicación de esos preceptos y permite la crítica y el control de las decisiones que se toman en su virtud.

Vigésimo Sexto: Que, conforme se entabló este libelo, este Tribunal ha sido llamado a pronunciarse acerca de si el artículo 15 de la Ley Nº 18.140 cumple suficientemente con el principio de tipicidad; pero sucede que el referido precepto no describe ninguna conducta. Como puede apreciarse de este solo aserto, el examen de tipicidad no puede ser hecho al artículo 15, sino a las normas que describen las conductas debidas y a cuya infracción el artículo 15 les atribuye una sanción; ya sea que tales deberes estén establecidos en leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos, o en instrucciones y órdenes que imparta la Superintendencia, pues estas son las normas cuya infracción el artículo 15 permite sancionar.

Vigésimo Séptimo: Que este Tribunal no considera contrario a la Constitución el hecho de que un precepto de carácter legal habilite a una Superintendencia a sancionar, en condiciones que no se describen en ese mismo precepto todas y cada una de las conductas susceptibles de ser sancionadas. En la especie se atribuyen a las empresas recurrentes infracciones a dos cuerpos normativos: al artículo 81 de D.F.L. Nº 1 del Ministerio de Minería de 1982, conocido como "Ley Eléctrica" y a las normas que, según afirma la Superintendencia, se limitan a desarrollar ese mismo precepto, todas contenidas en el Decreto Supremo 327 del Ministerio de Minería de 1997. Esta dispersión normativa del derecho administrativo sancionador en dos cuerpos legales no vulnera el principio de tipicidad, pues "no resulta intolerable para el valor de la seguridad jurídica que normas contenidas en dos cuerpos legales diversos pretendan aplicarse a una Empresa especializada que lleva a cabo, en virtud de una concesión, un servicio público, cuya naturaleza exige de una regulación altamente técnica y dinámica". (Considerando 40º de la sentencia de 27 de julio de 2006, rol 480).

Vigésimo Octavo: Que no le cabe al Tribunal examinar si los preceptos sustantivos referidos en el considerando anterior; esto es el artículo 81 del D.F.L. Nº 1 aludido y en el Decreto Supremo 327 del Ministerio de Minería cumplen o no con el principio de tipicidad, pues ello no le ha sido solicitado en la acción que determina su competencia. Además, respecto de las normas contenidas en el Decreto Supremo no podría hacerlo por no tener competencia para ello. A todo evento, deja constancia que el Artículo 81 del Decreto con Fuerza de Ley, ya referido, no fue objeto de reproche de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en un requerimiento similar al presente, según puede verse de la sentencia rol 480 del 27 de julio del presente.

Vigésimo Noveno: Que, en consecuencia, la aplicación del artículo 15 de la Ley Nº 18.410, en cuanto se le invoca, como en la especie, para sancionar conductas descritas en una ley y en un Decreto Supremo no viola por sí mismo el principio de tipicidad, pues sólo podrían hacerlo aquellas normas que describen conductas y les atribuyan sanciones, que no es el caso del precepto impugnado, y así se declarará. Y vistos, lo dispuesto en los artículos 5º, 6º, 7º, 19 Nºs. 3, 21 y 26, 32 Nº 6, 63 Nºs. 2, 4, 16 y 18 y 93 Nº 6 e inciso decimoprimero y lo previsto en los artículos 26 a 33 y 38 a 45 de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, y demás normas ya citadas, SE DECLARA QUE SE RECHAZA, EN TODAS SUS PARTES, LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE AUTOS.

Se previene que los Ministros señores Juan Colombo Campbell y Jorge Correa Sutil no concuerdan con lo razonado en los considerandos Octavo a Décimo, ambos inclusive.

Además, el Ministro Correa Sutil se hace un deber expresar que, si bien concuerda, por lo dicho en los considerandos Sexto, Séptimo, y Décimo Primero a Décimo Tercero, ambos inclusive, que el principio de legalidad es aplicable a la actividad sancionadora de la Administración, no resulta, a su juicio, ni pertinente ni necesario fundarlo en el artículo 19 Nº 3 de la Constitución. Al efecto, tiene presente lo siguiente:

Primero: Que el artículo 19 Nº 3 efectivamente consagra un principio general, como lo es el de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, independiente del ámbito o rama jurídica donde se pretenda tal ejercicio. Sin embargo, las concreciones que siguen en los incisos siguientes hacen diferencias en cuanto al ámbito de los derechos ejercidos, distinción que es precisamente acorde con el principio de igualdad, pues no es lo mismo pretender derechos como actor en una causa civil que hacerlo como infractor en una gestión administrativa o como imputado en una penal. Estas diferencias están reconocidas por la Constitución y deben ser respetadas por sus intérpretes.

Segundo: Que, para reconocer las diferencias aludidas en el razonamiento anterior, debe tenerse presente, desde luego, el propio lenguaje del artículo 19 Nº 3, pues de él se siguen algunas diferencias en el ámbito de aplicación. En efecto, en materia de defensa jurídica, las garantías constitucionales están establecidas en términos generales y por ende, no cabe duda que rigen no sólo en el campo penal. La garantía de un proceso justo y racional, incluyendo la legalidad del órgano, están expresadas en términos generales, incluyendo a todo órgano que ejerce jurisdicción y, por ende esta garantía general debe aplicarse no sólo al proceso penal, sin perjuicio de que, como reconocieron los Comisionados que participaron en su redacción, la racionalidad y justicia de un procedimiento puede exigir diversas cosas según la materia que se trate de juzgar. Diverso es, en cambio, el lenguaje del inciso séptimo en cuanto establece que la ley no puede presumir de derecho la responsabilidad penal. No corresponde dilucidar en esta oportunidad el alcance del precepto, pero es evidente que su extensión a otros tipos de responsabilidad resulta, a lo menos, problemática. Si se hace aplicable a otros ámbitos, debe extenderse por analogía y reconociendo las diferencias. Por su parte, el principio de irretroactividad del inciso siguiente está, al menos en su lenguaje, también referido a delitos y penas, por lo que no podría concluirse sin más que su ámbito de aplicación excede el derecho penal.

Tercero: Que los principios de tipicidad y de reserva legal contenidos en el inciso final que ahora nos ocupa dispone que "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella". Para determinar el alcance o ámbito de aplicación de este precepto más allá de lo penal, resulta fundamental determinar que ha de entenderse por pena y particularmente establecer si una multa del derecho administrativo puede ser considerada como tal. Es bien sabido que tanto el derecho penal como el administrativo pueden establecer multas. La cuantía de las fijadas en este último suelen incluso ser más altas que las del derecho penal. Sin embargo, debe anotarse que unas y otras tienen una diferencia cualitativa importante. Las multas del derecho penal, en caso de no pago, pueden llevar a la pérdida de la libertad; las del derecho penal son "transformables en privación de libertad". En cambio, las del derecho administrativo pueden afectar el patrimonio, pero no la libertad. Si pretendieran hacerlo, deberían ser consideradas penas. Es posible que esa diferencia cualitativa haya determinado que la definición legal de pena excluya expresamente las multas administrativas. En efecto, el Código Penal, en una norma que existía a la fecha en que se elaboró la Constitución y que sigue vigente hoy establece que "no se reputan penas... las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas". Si bien esta definición legal no es general para el derecho y está establecida en una norma de rango inferior a la Constitución denota la diferencia que nuestro sistema jurídico penal ha hecho y hace entre las sanciones administrativas y las penales.

Cuarto: Que quienes elaboraron el texto de la Constitución estaban concientes de esta diferencia entre penas y sanciones administrativas y propusieron este vocablo y no el más genérico de "sanciones", como hacen otros textos constitucionales que le sirvieron de modelo. Esta diferencia difícilmente puede estimarse como una inadvertencia. Enrique Evans, uno de quienes participaron activamente en la redacción del precepto en su texto "Los Derechos Constitucionales", señala:

"Téngase presente, en todo caso, que las multas que aplique la Administración no son "penas", pero para imponerlas rige la obligación que pesa sobre toda autoridad de someterse a las garantías de un racional y justo procedimiento". (p. 150, Tomo 2, 3ª edición, 2004).

Quinto: Que existen otra serie de diferencias que la doctrina se ha encargado de analizar entre las penas y otras sanciones, particularmente relativas a las finalidades retributivas y preventivas de las primeras y el puramente preventivo y de política general de las segundas, así como respecto de los órganos que pueden aplicarlas y de los sujetos que pueden padecer unas y otras. No parece que esas diferencias o el debate acerca de similitudes sea especialmente relevante aquí. Lo fundamental para un juez no está tanto en este ejercicio como en determinar si el derecho vigente establece unas mismas reglas constitucionales para ambos tipos de sanciones o si las trata con estatutos diversos. Como hemos podido apreciar, el lenguaje constitucional claramente las distingue.

Sexto: Que otro de los más influyentes constitucionalistas chilenos, activo participante en la elaboración del texto constitucional reconoce también que los tres últimos incisos del numeral 3º del artículo 19, son, a diferencia de los anteriores aplicables sólo al juzgamiento penal. Luego de transcribir el inciso sexto del número 3 del artículo 19 señala este autor:

"Debemos recordar que, según anunciamos en el Nº 68 de este volumen, el precepto recién copiado, junto con aquellos contemplados en los dos incisos finales del mismo artículo, fija algunas bases del procedimiento y del juzgamiento penal". (Alejandro Silva Bascuñán, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XI, pp. 156 y 157.

Séptimo: Que si atendemos ahora al elemento sistemático de interpretación resulta también claro que el sistema jurídico chileno y el derecho constitucional en particular no tratan del mismo modo el derecho a la libertad y a la seguridad personal y sus restricciones, que es lo que está en juego en el caso de las penas y el derecho a emprender y desarrollar actividades económicas y a la propiedad, que es lo restringido por el derecho administrativo sancionador en este caso. En efecto, el texto Constitucional distingue claramente ambos estatutos, con garantías que no sólo se encuentran en preceptos diversos sino que difieren en su contenido, como puede apreciarse de la lectura del numeral 7º del artículo 19 o de las diferencias entre las acciones cautelares de amparo y de protección. Es el texto constitucional el que establece diferencias al tratar la actividad del Estado que sanciona a personas naturales con penas que son o pueden llegar a ser privativas de su libertad que cuando establece reglas para regular y sancionar a personas, pero especialmente a empresas que desarrollan una actividad económica lícita. Es la Constitución la que ha establecido diferencias entre la libertad personal, por una parte y la libertad económica y de emprendimiento, por otra.

Octavo: Que la doctrina que asimila el derecho administrativo sancionador y el derecho penal se funda, con frecuencia, en su similar naturaleza ontológica. Para jueces llamados a fallar en conformidad a derecho, el problema que deben dilucidar no dice relación con "naturalezas ontológicas", si es que las figuras creadas por normas jurídicas, aunque fundadas, en juicios morales, puedan tenerlas. Para un juez llamado a fallar en conformidad al derecho, en este caso, el constitucional, la pregunta es si la Constitución ha o no asimilado los estatutos básicos del derecho penal y los del derecho administrativo que limita y sanciona actividades económicas lícitas. La respuesta es no y, por ende, no debe confundirse el estatuto de la libertad personal con aquel de la libertad económica. No se trata de establecer primacías, sino diferencias.

Noveno: Que si intentamos dilucidar la intención o espíritu del artículo 19 Nº 3, ella también nos conduce a rechazar la tesis de asimilar el estatuto constitucional de las penas con el de las sanciones administrativas. Desde luego, se han citado en los razonamientos cuarto y sexto de esta prevención la doctrina de dos de los más influyentes redactores de este precepto y ambos coinciden en que el precepto no se dictó para aplicarse más allá de lo penal. Al revisar las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en que se discute el contenido de esta norma, resulta claro el propósito de los comisionados de aplicar algunos de sus incisos más allá del ámbito penal. Así, por ejemplo, ocurrió con el justo y racional procedimiento, aunque reconociendo diferencias según lo que se tratara de juzgar. Esta voluntad, en cambio no se manifiesta respecto de los dos últimos incisos del numeral 3 del artículo 19. Si se revisan los ejemplos y situaciones que los Comisionados ponen al discutirlas se advertirá que ellos consisten en casos estrictamente penales, salvo una de don Alejandro Silva Bascuñán quien propone que la garantía de la irretroactividad cubra no sólo las sanciones penales, sino toda sanción.

La propuesta se deja para una posterior discusión, la que luego no se verifica, al menos según el registro de sus actas según consta en actas de la sesión 212. Don Enrique Evans, activo participante en ese debate reconoce en su obra Los Derechos Constitucionales, páginas 129 y 130, que se propuso extender las garantías de los tres últimos incisos a toda sanción, pero que ello no se concretó: "Todo el contenido de los tres últimos incisos del Nº 3 que estamos relatando fue estudiado, en especial, en la Sesión 113, de 10 de abril de 1975, de la CENC. Es conveniente advertir que allí se planteó, por los señores Ortúzar (pág.5), Silva (págs. 5 y 6) y Evans (pág. 7), el que los principios que están en los tres incisos que veremos debían aplicarse no sólo a las sanciones penales sino a toda sanción de otra naturaleza, aplicada por los tribunales o la Administración. Si bien esta tesis no se concretó en los preceptos finales que veremos, ella confirma la tesis del constituyente de exigir el sometimiento del órgano que ejerce, permanente o accidentalmente, jurisdicción, a las reglas de un racional y justo procedimiento, como ya lo indicamos en la página 44 de esta obra". (Los Derechos Constitucionales, Tomo II, pags. 149 y 150.

Décimo: Que, más allá de la interpretación del texto constitucional, existen múltiples autores que sostienen la conveniencia de aplicar todas las garantías constitucionales del derecho penal al administrativo sancionador, dada la elaboración y precisión que tales garantías tienen y la capacidad que han demostrado en la defensa de la libertad, lo que trasladaría esa certeza desde el ámbito penal al administrativo sancionador. Sin perjuicio que esa es una discusión de mérito, es del caso destacar que toda esa doctrina y los sistemas jurídicos que la han seguido, han debido aceptar que el estatuto constitucional del derecho penal debe aplicarse al derecho administrativo sancionador con "matices", "adaptaciones", "flexibilidades", aplicando iguales principios, "pero no de la misma manera", "minorado" o "con menor exigencia" que en el derecho penal.

Al darse el paso de la asimilación debe, en consecuencia, matizarse la aplicación de los tradicionales principios del derecho penal, perdiéndose así la misma ventaja de la certeza que se trataba de alcanzar. Esta incerteza está precisamente provocada por que las "matizaciones" deben hacerse al margen de preceptos constitucionales claros. Aunque se adopte entonces la doctrina que asimila ambos sistemas, se hace necesario luego reconocer las diferencias y construir una línea jurisprudencial y doctrinaria propia del Derecho Administrativo, en conformidad a los principios de esta rama y teniendo especialmente presente las garantías patrimoniales y de la libertad económica y no las de la libertad personal, cuando son las primeras y no las segundas las que están en juego.

Décimo Primero: Que los valores de la democracia constitucional no exigen asimilar el principio de la legalidad del derecho penal al administrativo sancionador. Tampoco lo descartan. Signo de ello es que mientras algunas democracias constitucionales ya asentadas, como la Alemana y la Española la han acogido (la primera desde fines de los 60 del siglo pasado y la segunda a partir

de 1972 y luego con fuerza después de la aprobación de su Constitución), otras como Francia e Italia no lo han hecho. La doctrina nacional que propugna esta asimilación ha seguido de cerca la jurisprudencia y a los autores españoles. Para jueces constitucionales no es un hecho menor anotar que en el caso español, a diferencia del chileno existe un precepto en la Carta Fundamental que sujeta a toda sanción y no sólo a las penas al principio de legalidad. (Artículo 25.1. del texto constitucional español). La asimilación en ese país resulta entonces obligada por el texto constitucional que la legitima.

Décimo Segundo: Que, en consecuencia, ni en el lenguaje, ni en el espíritu del inciso final del artículo 19 Nº 3 de la Carta Fundamental, interpretado a la luz de los elementos gramatical, lógico, sistemático e histórico es posible encontrar base de sustentación a la tesis de que las garantías del derecho penal deben aplicarse al derecho administrativo sancionador. El debate doctrinario acerca de la conveniencia de hacerlo es uno de mérito y que no resulta concluyente. La aplicación tampoco resulta necesaria para la defensa de los derechos fundamentales, máxime si el principio de legalidad, a nuestro juicio con contornos más adecuados, resulta aplicable, como en la especie, en razón de los derechos que afecta la actividad sancionadora del Estado.

Décimo Tercero: Que esta prevención se aparta de un precedente del Tribunal, particularmente de la sentencia Rol Nº 244 de 26 de agosto de 1996 relativo a la Ley de Caza, pero las razones antes expuestas me obligan a hacerlo. A juicio de este Ministro, esta tesis no se aparta de la sentencia Rol Nº 46 de 21 de diciembre de 1987, pues las sanciones que se le pretendía aplicar en ese caso a Clodomiro Almeyda, contenidas en el entonces vigente artículo 8º de la Constitución, si eran, por su naturaleza, sanciones de carácter penal, aunque estuvieran contenidas en el texto constitucional. El Ministro señor Mario Fernández Baeza previene que no comparte el considerando Vigésimo Séptimo del fallo, en concordancia con su prevención formulada en el fallo Rol Nº 480, de 27 de julio de 2006, de este Tribunal.

Se previene que los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios y Enrique Navarro Beltrán, concurren al fallo y tienen presente, adicionalmente, las siguientes motivaciones:

1. Que, como se ha señalado, los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República se refieren específicamente a los principios que conforman el Estado de Derecho y, en particular, a la sujeción de todas las autoridades –cualquiera sea su naturaleza o función– a la Carta Fundamental y a las leyes. En efecto, el artículo 6º obliga a todos los órganos del Estado a "someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella". Por su lado, el artículo 7º indica que "los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley"; por lo que, bajo sanción de nulidad y responsabilidad, "ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes".

2. Que este denominado "principio de la competencia" es reiterado en el artículo 2º de la Ley Nº 18.575, sobre bases generales de la administración del Estado, conforme al cual "los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a las Constitución y las leyes"; debiendo actuar dentro de su competencia; razón por la cual "no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico". 3. Que de este modo, como se ha sostenido por la doctrina nacional, "el Derecho Administrativo comporta un postulado fundamental, el de la sumisión de la Administración al Derecho, lo cual constituye una formulación muy general del principio de la legalidad, reconocido en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política y en el artículo 2º de la ley Nº 18.575" (Oelckers Camus, Osvaldo, El principio de la legalidad, en La Administración del Estado de Chile 1990-2000, 2000, p. 455).

4. Que ahora bien, en relación a lo que se discute en el caso de autos, el artículo 19 de la Constitución Política, en su Nº 3, relativo a la igualdad ante la justicia, reconoce principios fundamentales tales como el debido proceso, legalidad de la conducta sancionada y de la pena y el de tipicidad. De acuerdo a este último, la conducta sancionada debe encontrarse expresamente descrita por la ley. Por lo mismo se ha definido la sanción administrativa como "un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal" (García De Enterría, Eduardo, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, 1992, p. 161).

5. Que específicamente en materia sancionatoria este mismo Tribunal ha señalado que "los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado". Así se ha consignado que "entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta". Reafirmando lo anterior, se ha destacado que los aludidos principios de legalidad y tipicidad "se encuentran consagrados en los incisos séptimo y octavo del Nº 3º del artículo 19, de la Carta Fundamental, de acuerdo con los cuales 'Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado', y 'Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella". De esta manera, se ha concluido por este mismo Tribunal, que "la Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley y solo a ella establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así, de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales, que no procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, en conformidad con lo que dispone el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución Política". (Rol Nº 244, 26 de agosto de 1996). En estricta concordancia con lo anterior, también este tribunal ha señalado recientemente que "los principios del artículo 19 Nº 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, trátese 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 Nº 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. Por consiguiente, el legislador ha sido convocado por el Poder Constituyente a ejercer su función en plenitud, esto es, tanto en cuestiones sustantivas como procesales, debiendo en ambos aspectos respetar siempre lo asegurado por la Carta Fundamental en el numeral referido". (Rol Nº 437, de 21 de abril de 2005).

6. Que de todo lo dicho se desprende de manera inequívoca que este Tribunal Constitucional ha entendido, razonamiento que los previnientes hacen suyo, que los principios de legalidad y tipicidad que inspiran el orden penal y que se encuentran recogidos en los tres últimos incisos del Nº 3 del artículo 19 se aplican también a todas las manifestaciones del derecho sancionador del Estado. Así por lo demás se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de esta norma, habida consideración que como lo señaló el Presidente de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución:

"en principio, hay opinión coincidente de todos los miembros de la Comisión, en el sentido de considerar la situación de todas las leyes sancionatorias y no sólo las de orden criminal" (sesión Nº 113, 10 de abril de 1975, p. 10). 7. Que estos principios imponen, en palabras del Tribunal Constitucional español, "la exigencia material absoluta de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigencias que (…) afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que (…) el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta". (T. Constitucional de España, sentencia de 29 de marzo de 1990, citada en García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Derecho Administrativo, p. 177).

8. Que lo anterior, por lo demás, también ha sido sostenido en diversos y reiterados fallos pronunciados por la propia Corte Suprema de Justicia. Así, a fines del año pasado dicho máximo tribunal precisa específicamente sobre el mismo punto que "el principio de reserva o legalidad, como límite de la potestad punitiva del Estado, apreciado para los efectos del presente análisis, bajo su vertiente de la tipicidad, –y de acuerdo con cuyo enunciado, ninguna conducta puede sancionarse sin que previamente haya sido descrita en la ley– se encuentra previsto como un derecho fundamental de las personas en el inciso final del precitado artículo 19 Nº 3 de la Constitución; y su aplicación tiene lugar tanto en el ámbito de la potestad sancionatoria penal que ejercen los Tribunales de Justicia, en quienes radica la atribución exclusiva para imponer penas– como en aquél de la potestad sancionatoria administrativa, que se reconoce a la Administración del Estado para sancionar determinadas conductas infraccionales". (Corte Suprema, 8 de diciembre de 2005, Rol Nº 4404-2005).

9. Que tan evidente es lo anterior que la propia Contraloría General de la República ha dictaminado también que los principios del derecho penal son aplicables en el ámbito sancionador administrativo. Así, se ha expresado que "la potestad disciplinaria es una manifestación de la potestad sancionatoria del Estado, la que, a su vez, es junto a la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del ius puniendi general del Estado, razón por la cual ha entendido también que los principios del Derecho Penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario". En apoyo de esta tesis, se agrega por el organismo contralor, que "la doctrina y la jurisprudencia, salvo excepciones, vienen insistiendo últimamente en que todas las manifestaciones punitivas del Estado, incluidas las que confiere el derecho disciplinario, tienen un fundamento común, se aplican y justifican en virtud de un mismo ius puniendi, de donde se deduce que le son aplicables grosso modo los mismos principios y reglas, por lo general extraídas del derecho penal" (Contraloría General de la República, Dictamen Nº 14.751, de 22 de marzo de 2005).

10. Que en armonía con lo anterior, la doctrina nacional y extranjera de los ius publicistas también ha sido concluyente sobre el punto, en cuanto a que "hoy existe una verdadera transformación del sistema vigente de sanciones administrativas, que más que desconocerlas, intenta adecuar su existencia con los principios del debido proceso, tipicidad y legalidad, lo que implica la necesidad de proyectar el campo de las sanciones administrativas las categorías más depuradas del derecho penal. Esta proyección no viene dada por un mero capricho o una analogía sin fundamento, sino porque esta doctrina nos advierte una clara identidad entre las sanciones administrativas y las puramente penales". (Mendoza Zúñiga, Ramiro, Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial, Actualidad Jurídica 8, 2003, p. 286). Por lo mismo, "la administración no puede crear, por propia iniciativa, sanciones contra los administrados, por cuanto la determinación de las conductas punibles y las respectivas sanciones son de atribución exclusiva del legislador, competencia indelegable que le pertenece constitucionalmente" (Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, p. 268). En concordancia con lo anterior se ha sostenido que "es preciso reclamar que, atendido el campo cada vez más extenso abarcado por las regulaciones administra-

tivas, en lo sucesivo se intente una tipificación precisa de las conductas que las infringen. Naturalmente las descripciones correspondientes no pueden ser tan minuciosas como las penales. Sin embargo, deben contemplar, por lo menos, los límites generales, más allá de los cuales se prohíbe a la Administración toda intervención punitiva". (Enrique Cury, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, p. 81). Lo anterior incluso motivó a que en el Coloquio de Estocolmo de la Asociación Internacional de Derecho Penal, se acordara al efecto que "la definición tanto de las infracciones administrativas como de las sanciones que les son aplicables debe ser precisada de acuerdo con el principio de legalidad". Conviene recordar en tal sentido, que el proyecto de ley que establece las bases de los procedimientos administrativos sancionatorios, en primer trámite constitucional, reafirma el principio de tipicidad en tanto sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales en la ley y en los reglamentos dictados conforme a ella (Boletín Nº 3475-06).

11. Que específicamente en relación al requerimiento que motiva estos autos, el artículo 15 de la Ley Nº 18.410 faculta a la Superintendencia de Electricidad y Combustible para sancionar a las empresas sujetas a su fiscalización no sólo por las infracciones de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos, sino que además incluso frente a un mero incumplimiento de las instrucciones y órdenes que imparta la propia Superintendencia. Esta disposición, en principio, satisface el principio de legalidad, tal como lo ha señalado expresamente sobre el punto la doctrina (Aguerrea Mella, Pedro, Acerca de los límites de la potestad sancionadora de la Administración, Tesis para optar al grado de Magíster de Derecho Público, Universidad Católica, 2005, Inédita, p. 91).

12. Que sin embargo, como se ha consignado, el precepto legal referido precedentemente autoriza al propio organismo fiscalizador sectorial, la Superintendencia de Electricidad y Combustible, a sancionar eventualmente no sólo las conductas tipificadas en la ley y en los reglamentos dictados por expreso mandato del legislador, sino que incluso aquellas que pudieren establecerse en instrucciones y órdenes emanadas de la propia Superintendencia; lo que deberá contrastarse, en su caso, con los principios de tipicidad y legalidad, desde el momento que la autoridad administrativa por sí y ante sí –y sin suficiente respaldo legal– estaría determinando la conducta a sancionar, la que puede llevar aparejado multas de hasta diez mil unidades tributarias anuales, y respecto de cuya imposición puede reclamarse a los tribunales de justicia, siempre que se consigne previamente un determinado porcentaje de la misma. Las entidades administrativas que supervigilan las diversas actividades sectoriales económicas ciertamente tienen facultades fiscalizadoras, pero circunscritas en su alcance y contenido a lo ordenado al efecto por el legislador, careciendo por tanto de atribuciones "normativas".

13. Que evidentemente la conducta debe estar descrita en su esencia en la ley, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de este mismo Tribunal y de la Corte Suprema y la doctrina referida en los razonamientos precedentes, en estricta armonía con lo ordenado imperativamente en el artículo 19 Nº 3 de la Constitución Política de la República, que consagra el principio de tipicidad, el que como se ha indicado resulta plenamente aplicable en materia sancionatoria administrativa. Debe sí tenerse presente, como la ha indicado la doctrina más autorizada sobre la materia, que "la descripción rigurosa y perfecta de la infracción es, salvo excepciones, prácticamente imposible. El detallismo del tipo tiene su límite. Las exigencias maximalistas sólo conducen, por tanto, a la parálisis normativa o a las nulidades de buena parte de las disposiciones sancionadoras existentes o por dictar" (Nieto García, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, 1993, p. 215). De modo tal que, si bien es posible que la potestad reglamentaria pueda complementar al legislador en aspectos no esenciales, esto es, accidentales y no substanciales, y por cierto con estricta subordinación a la misma; ello resulta inadmisible de manera autónoma y aún más respecto de las órdenes e instrucciones que imparta la propia Superintendencia, normativa ésta que usualmente

carece de la debida publicidad –pudiendo incluso ser verbal– y ni siquiera se encuentra sujeta al control de juridicidad por parte de la Contraloría General de la República, a través de la toma de razón, como sí ocurre en principio respecto de la potestad reglamentaria de ejecución de ley. Un razonamiento contrario importaría establecer una verdadera "legislación irregular", ajena por completo al mandato soberano que el Constituyente entrega exclusiva y excluyentemente a los colegisladores, democráticamente elegidos por los ciudadanos. La adecuada descripción de la conducta sancionada por parte del legislador ciertamente constituye un imperativo constitucional que se vincula estrechamente con la circunstancia que las sanciones importan afectación de derechos fundamentales, como la propiedad, la libertad de emprender e incluso en ciertos casos la propia libertad personal, los que sólo admiten limitaciones a través de normas legales y siempre y cuando no afecten los derechos en su esencia, como lo preceptúa el artículo 19 Nº 26 de la Constitución Política de la República. Cierto es que el Estado debe ejercer severamente sus funciones fiscalizadoras, como por lo demás se desprende del artículo 1º de la Carta Fundamental, pero ello jamás debe importar la afectación de los derechos fundamentales de la persona, sea esta natural o jurídica.

14. Que sin embargo, en el caso de autos, tal como se señala en el considerando vigésimo tercero, lo que se imputa a las recurrentes es el eventual incumplimiento de deberes esenciales contenidos en normas legales, sustancialmente al deber de coordinación de las empresas a que alude el artículo 81 del D.F.L. Nº 1/82; no correspondiendo, en consecuencia, juzgar en esta causa la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley Nº 18.410, en cuanto faculta para sancionar incumplimientos de normas eventualmente infralegales, en términos aislados y desvinculados de los preceptos legales ya citados.

Redactó la sentencia el Ministro señor Jorge Correa Sutil y las prevenciones sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol Nº 479-2006.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don José Luis Cea Egaña y los Ministros señores Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y Enrique Navarro Beltrán.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larrain Cruz.

MATERIA

Aplicación de principios y garantías del Derecho Penal a la actividad sancionadora de la Administración

ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional
Tipo de recurso: Inaplicabilidad precepto legal (art. 93 Nº 6 CPR)
Rol: 1518
Fecha: 21.10.2010
Resultado recurso: Acogido
Ministros mayoría: Marcelo Venegas Palacios, Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza, Marisol Peña Torres, Iván Aróstica Maldonado, Hernán Vodanovic Schnake, Enrique Navarro Beltrán y José Antonio Viera-Gallo Quesney.
Ministros minoría: Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander.
Ministro redactor: Iván Aróstica Maldonado y Enrique Navarro Beltrán.
Requirentes: Hernán Pfeifer Frenz, Carlos Larraín Corssen, Luis Fuentes Dellepiane, Carmen Polanco Lazo y Nancy Araneda Castillo.

DESCRIPTORES

Derecho Administrativo Sancionador – Multa – Ius Puniendi Estatal – Prisión – Arresto – Pena Sustitutiva – Libertad Personal – Apremio Ilegítimo – Debido Proceso – Proporcionalidad de la Pena – Presunción de Culpabilidad – Presunción de Inocencia.

PRINCIPIO JURÍDICO

Siempre que exista una privación de libertad, para que sea legítima, es necesaria la intervención del juez.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 5º y 19 Nº 1, 3 y 7 CPR; Ley Nº 19.880 Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; Código Penal; Art. 7º D.S. Nº 873/1991 Ministerio de Relaciones Exteriores, Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica".

CAUSA EN QUE INCIDE

Recurso de amparo preventivo interpuesto en contra del Instituto de Salud Pública ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 3073-2009.

DISPOSICIÓN CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA

Artículo 169 del Código Sanitario que dispone que el infractor que no hubiere pagado una multa podrá ser sometido a prisión por vía de sustitución y apremio. Para llevar a cabo esta medida el Director del Servicio de Salud o del Instituto de Salud Pública pueden solicitar al Intendente o Gobernador respectivo el auxilio de la fuerza

pública, quienes dispondrán sin más trámite la detención del infractor y su ingreso a un establecimiento penal, dando cuenta de lo obrado a la autoridad sanitaria.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Puede disponerse la prisión de una persona que no hubiere pagado una multa impuesta por una infracción administrativa con la sola orden de un órgano de la Administración?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El Instituto de Salud Pública cursó determinadas multas a ejecutivos de la empresa "Laboratorio Chile S.A.". Estas multas fueron impugnadas en sede judicial.

Encontrándose pendientes dichas reclamaciones, el órgano ofició a la Intendencia de Santiago solicitando la prisión de los sancionados en atención a que no habían pagado las multas, basándose en las atribuciones que le confiere el artículo 169 del Código Sanitario.

ALEGACIONES

La aplicación del precepto legal impugnado vulnera la prohibición de aplicación apremios ilegítimos, reconocida en el artículo 19 Nº 1 CPR, y la garantía de que nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la CPR y las leyes y siempre dentro de un debido proceso, de conformidad al artículo 19 Nº 3 y 7. Además el precepto infringe el artículo 5º de la CPR que establece el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la CPR y por los tratados internacionales. En relación a estos últimos se vulnera la prohibición de privación de libertad personal por deudas, reconocido en el artículo 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Señalan además, que para cumplir con las garantías señaladas, el apremio no debe ser desproporcionado para la consecución de una finalidad lícita, y debe tener como antecedente un debido proceso que contemple la posibilidad de revisión judicial. El apremio sólo puede hacerse efectivo cuando exista cosa juzgada y se debe poner al afectado a disposición del juez dentro de un plazo determinado.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

No se infringe la prohibición contemplada por los tratados internacionales de que "nadie será detenido por deudas" toda vez que el artículo impugnado no dice relación con el incumplimiento de una deuda, sino con una prisión que sustituye una multa impuesta a consecuencia de una infracción sanitaria (C. 4).

La norma impugnada es excepcional en el derecho chileno al convertir la multa en pena de prisión y con ejecución administrativa inmediata. Lo anterior contrasta con otros medios alternativos menos lesivos ideados por el legislador para el caso de falta de pago de una multa administrativa (C. 5).

En el presente caso la autoridad administrativa puede consumar la pena con auxilio de la fuerza pública a pesar de existir sentencia judicial pendiente. Si bien la LBPA

establece la exigibilidad y ejecutoriedad inmediata de los actos de la Administración, las sanciones administrativas deben sujetarse a las garantías y principios inspiradores del orden penal contemplados en la CPR (C. 7 y 8).

En primer lugar el artículo impugnado contempla un apremio ilegítimo prohibido por la CPR en el artículo 19 Nº 1 inciso final, toda vez que consiste en una limitación a la libertad que, en sí misma, no tiene la finalidad propia de un apremio, esto es, compeler a un individuo a realizar una determinada conducta, sino más bien, su finalidad es sancionar al responsable de un acto (C. 17).

Adicionalmente el precepto impugnado no establece la intervención de la autoridad judicial que decrete la respectiva privación luego de determinar, conforme al mérito de un proceso, la tipicidad de la conducta, su antijuridicidad y la culpabilidad del sujeto. Además, esta carencia de revisión judicial no permite que exista un juzgamiento en torno a si la prisión es necesaria y adecuada como apremio, ni tampoco graduarla de conformidad a la reprochabilidad de la conducta, cuestión que, por lo demás, ni la misma norma lo permite. Además se trata de una sanción que no tiene fijados límites temporales en el propio texto (C. 18 a 20).

En relación a la forma en que se hace efectivo el apremio, a través de la intervención del Intendente o Gobernador, si bien la CPR permite al legislador facultar a la autoridad administrativa para hacer arrestar o detener a alguna persona, también requiere la intervención judicial en estos casos, en orden a que el detenido sea puesto a disposición del juez en un plazo determinado (C. 21).

En segundo lugar, la disposición impugnada infringe el debido proceso toda vez que por una parte, se está en presencia de una pena que, aunque dispuesta como apremio, supone la privación de libertad, sin que exista un proceso jurisdiccional en el que tenga lugar el principio de bilateralidad de la audiencia ante un tercero imparcial y, por consiguiente, en que se haya respetado el derecho de defensa de quien será objeto de una limitación a su libertad. Y, por otra parte, esta clase de coactividad estatal exige que la respuesta del Estado emane de una sentencia judicial que cause ejecutoria, dictada de conformidad al mérito de un justo y racional procedimiento, debidamente tramitado, tal como exige perentoriamente el artículo 19 Nº 3 inciso quinto de la CPR. El Tribunal Constitucional ha establecido que, con los matices que obedecen a las características propias del derecho administrativo sancionador, las garantías del debido proceso le son aplicables (Roles 244 y 480) (C. 24 y 25).

En tercer lugar, el artículo impugnado vulnera la proporcionalidad que debe existir entre la sanción impuesta y la conducta imputada. Dicha norma permite que por vía administrativa y sin ninguna cautela judicial previa se consolide irremediablemente una pena privativa de libertad, aun más respecto de hechos de ínfima magnitud y en los que puede no haber mediado ni siquiera culpa del infractor (C. 28 y 29).

Que no justifican ese excesivo rigor los altos bienes jurídicos que se buscan resguardar por el Instituto de Salud Pública, como son la vida y la salud de la población, toda

vez que las supuestas infracciones cometidas en el caso concreto no tendrían tan acusada gravedad, siendo además posible recurrir a otros medios para el resguardo de dichos bienes, como es la posibilidad de denunciar a la justicia del crimen aquellos delitos contra la salud pública en conformidad al Código Penal (C. 32).

En cuarto lugar, la norma impugnada infringe el artículo 19 Nº 3 inciso sexto de la CPR que prohíbe presumir de derecho la responsabilidad del infractor, desde donde se deduce el principio de presunción de inocencia. Esta infracción ocurre dado que el artículo 169 del Código Sanitario permite anticipar la ejecución administrativa de una pena de prisión, antes de encontrarse firme dicha sanción, mientras los hechos que dan por establecida la infracción y por acreditada la responsabilidad se encuentran discutidos en sede judicial. De suerte que, aunque el reclamo judicial prospere, la eventual sentencia favorable podría devenir enteramente inocua o carente de significación real, al haberse consumado antes y producido todos sus efectos irreversibles esa pena de prisión (C. 33 a 36).

Así, la disposición contenida en el artículo 169 del Código Sanitario importa un apremio no autorizado por la CPR, atentatorio además de la normativa propia de un justo y racional procedimiento, estableciendo una verdadera pena carente de justicia y proporcionalidad, razón por la cual se acogerá el recurso (C. 37).

CONCLUSIÓN

No se puede privar de libertad a una persona con la sola orden de la autoridad administrativa toda vez que esto constituye un apremio ilegítimo prohibido por la Constitución, que priva de un justo y racional procedimiento al disponerse sin intervención judicial. Además se trata de una medida desproporcionada al existir medios alternativos de protección de los intereses generales y constituye una presunción de derecho de la responsabilidad del infractor que vulnera el principio de presunción de inocencia.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

El TC en este caso aplica la doctrina que ha venido estableciendo en materia de Derecho Administrativo Sancionador, en el sentido de que los principios y garantías del Derecho Penal, con los matices correspondientes, le son aplicables, dado que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* estatal, tal como lo explicamos ya al referirnos a la importancia del caso Rol 479 (incorporado al presente libro).

Si bien el TC admite que la Administración pueda ejercer potestades jurisdiccionales, esto no es posible cuando implica que se dispone privación de la libertad de los administrados, caso en el cual se requiere siempre intervención de un juez.

TEXTO COMPLETO

Santiago, veintiuno de octubre de dos mil diez.

VISTOS:

Doña María Angélica Sánchez Vogel, en representación de los Srs. Hernán Pfeifer Frenz, Carlos Larraín Corssen, Luis Fuentes Dellepiane, Carmen Polanco Lazo y Nancy Araneda Castillo,

deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 169 del Código Sanitario, en el recurso de amparo preventivo interpuesto en contra del Instituto de Salud Pública ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de Ingreso Nº 3073-2009.

Expresa que dicho amparo persigue que la mencionada Corte deje sin efecto determinados oficios (6), en los que el organismo público recurrido solicita a la Intendencia Regional Metropolitana el arresto de los recurrentes, por vía de sustitución y apremio, por no haber pagado multas impuestas por ese Instituto, expedidos en conformidad al artículo 169 del Código Sanitario, que lo faculta para requerir al Intendente o al Gobernador respectivo el auxilio de la fuerza pública a efectos de realizar la detención del supuesto infractor y su ingreso al respectivo establecimiento penal.

Objeta el libelo que esto se produce sin control judicial alguno y sin que obste a ello la existencia de recursos pendientes ante los tribunales ordinarios de justicia, por aplicación de los artículos 170 y 172 del Código Sanitario. Hace presente, además, que los requirentes no han pagado las multas que les ha aplicado la autoridad sanitaria por haberlas reclamado oportunamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 171 del Código Sanitario, en su texto vigente con posterioridad a la sentencia de esta Magistratura, rol Nº 1345, que declaró inconstitucional una de las frases del inciso primero de la misma disposición, que contenía la figura conocida como "solve et repete" en esta materia.

Plantea que la aplicación del precepto legal impugnado, en el caso concreto indicado, puede vulnerar el inciso cuarto del numeral 1º del artículo 19 de la Constitución, que prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo; las letras a) y b) del numeral 7º de ese artículo 19, en relación con lo dispuesto en el inciso quinto del numeral 3º de la misma regla constitucional, en virtud de las cuales nadie puede ser privado de su libertad personal ni puede ésta ser restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes, y dentro de un debido proceso; y el inciso segundo del artículo 5º de la Carta, que establece el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como límite al ejercicio de la soberanía, en relación con lo dispuesto en el número 7º del artículo 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –que tendría jerarquía constitucional–, el cual prohíbe la privación de la libertad personal por deudas.

Denuncia que la autoridad que impone las multas en esta clase de procedimientos es la misma que se beneficia directamente con ellas, ya que la ley dispone que sean a su propio beneficio y no a beneficio fiscal o municipal, como sería la regla general.

Aduce que, conforme a lo dispuesto en el artículo 161, letras c) y k), del D.S. Nº 1.876, de 1995, de Salud, Reglamento del Sistema Nacional de Control de Productos Farmacéuticos, el patrimonio de los requirentes de autos, en su condición de representantes legales, de director técnico y de jefe de control de una empresa farmacéutica, según corresponde, sería directamente afectado por las multas impuestas por la autoridad sanitaria y no el de quien se beneficia con el respectivo negocio –Laboratorio Chile S.A.–.

Evoca, luego, las garantías mínimas que la Constitución asegura a todas las personas en el Nº 7º de su artículo 19, y que fundaron la sentencia pronunciada por esta Magistratura en la causa rol Nº 1006, respecto de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido contra el artículo 96 del Código Tributario. Y concluye que, para efectos de este requerimiento, la institución del arresto/detención como apremio, no sería per se inconstitucional, salvo que, entre otros, no cumpla con garantías constitucionales mínimas, tales como la de poner al afectado a disposición del juez dentro de un plazo determinado y que el apremio se materialice una vez que exista cosa juzgada.

Sostiene, por otra parte, que un apremio será ilegítimo y, por ende, inconstitucional si es desproporcionado a la consecución de una finalidad lícita y no provenga de una decisión basada en un debido proceso, incluso existiendo la posibilidad de revisión judicial.

Argumenta, finalmente, que el mecanismo de sustitución y apremio sería la forma de vinculación jurídica entre la prisión y la deuda sanitaria, por una parte, y, por otra, que no cabría más que calificar a la facultad establecida en la norma legal impugnada como un claro e incuestionable caso de prisión por deuda y, por consiguiente, contrario a la Constitución.

Por resolución de 27 de octubre de 2009, la Segunda Sala de esta Magistratura declaró admisible la acción deducida y dispuso la suspensión del procedimiento en que incide. Pasados los autos al Pleno del Tribunal, se dio conocimiento del requerimiento a los órganos constitucionales interesados y al Instituto de Salud Pública, en su calidad de parte en la gestión sub lite. Sólo este último organismo administrativo formuló observaciones al requerimiento, mediante escrito de fecha 2 de diciembre de 2009 que rola a fojas 98.

El individualizado Instituto manifiesta en su presentación que el análisis de afectación de derechos que deberá ponderar la Corte de Santiago al momento de resolver la gestión sub lite, sólo podrá referirse a la garantía constitucional contenida en el Nº 7º del artículo 19, por lo que forzoso sería concluir que la imputación de inconstitucionalidad que se formula en este proceso constitucional sólo podría fundarse en la libertad personal y la seguridad individual, ya que de no ser así, esto es, de ampliarse el catálogo de inconstitucionalidades, ello importaría recibir, por una vía indirecta y ajena a la previsión del artículo 21 de la Ley Suprema, protección respecto a otros derechos no contemplados en esa disposición, como sería la garantía de no sufrir apremios ilegítimos. En otros términos, que se vulneraría la competencia específica que confiere la Constitución al tribunal en materia de acciones de amparo.

Expresa, por otra parte, que sin perjuicio de la eficacia que deben tener los derechos fundamentales en cualquier sociedad democrática, no podría desconocerse que el ejercicio de determinado derecho puede entrar en conflicto con otro derecho o con otros bienes constitucionalmente protegidos. Hace notar, en este aspecto, que los derechos no serían absolutos y, por lo mismo, reconocen límites a su ejercicio y que, en el caso de la libertad personal y la seguridad individual, su ejercicio se encuentra limitado por la norma que se impugna en estos autos constitucionales, que dispone la ejecución de la sanción administrativa impuesta por la vía sustitutiva y de apremio, consistente en la orden de prisión del afectado en caso de no acreditar el cumplimiento de la pena dentro del plazo legalmente determinado.

A continuación, al responderse la pregunta hipotética de si tal limitación legal es razonable o no, el Instituto plantea la existencia de una colisión entre dos derechos asegurados constitucionalmente: el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas –garantizado en el Nº 1º del artículo 19 de la Constitución– y el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual –garantizado en el Nº 7º del mismo precepto constitucional–. Refiriéndose a la normativa legal y reglamentaria que regula al organismo, enfatiza su competencia para velar por la salud de la población, lo que se inscribe dentro del deber mayor de garantizar el derecho a la vida de las personas, de donde afirma que a él le corresponde desarrollar acciones tendientes a controlar la calidad de los productos farmacéuticos que se ofrecen en el mercado, entre las que se encuentra la atribución para instruir los sumarios que pueden derivar en la aplicación de sanciones para los infractores y, también, aquellas acciones previstas en la norma legal cuestionada en estos autos.

Insiste, además, que respecto de las actuaciones de ese organismo siempre cabrá la posibilidad de interponer los recursos previstos en la legislación vigente, tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional.

En cuanto a la eventual transgresión de la garantía constitucional prevista en el inciso quinto del Nº 3º del artículo 19, que podría generar la aplicación del artículo impugnado del Código Sanitario, el Instituto de Salud Pública sostiene que en este caso no se advierte tal vulneración, ya que los artículos 160 y siguientes del Código consagran el principio de bilateralidad de la audiencia, el derecho de defensa y de libre aportación de pruebas y su examen, y, además, contemplan un recurso de reclamación judicial que se tramita en procedimiento breve y sumario ante un tribunal independiente en contra de las resoluciones de la autoridad que impongan sanciones.

Agrega que la sanción de multa que sea incumplida, es sustituida por la pena de prisión con una duración máxima de 60 días, de modo que resultaría injustificada e irreal la imputación de falta de proporcionalidad del apremio, denunciada en estos autos.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 2 de septiembre de 2010 se procedió a la vista de la causa, oyéndose los alegatos del abogado Ciro Colombara López, por la parte requirente, y del abogado Juan Enrique Fuentes Díaz, por el Instituto de Salud Pública.

CONSIDERANDO:

I. Identificación del conflicto constitucional sometido a esta magistratura.

Primero: Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, incisos primero, Nº 6º, y decimoprimero de la Constitución Política de la República, según se señala en la parte expositiva de esta sentencia, en la acción deducida en autos se solicita la inaplicabilidad del artículo 169 del Código Sanitario, en atención a que su aplicación al caso específico de que se trata, resultaría contraria al artículo 19, Nºs. 1º, inciso cuarto, 3º, inciso quinto, y 7º, letras a) y b), y al artículo 5º, inciso segundo, todos de la Carta Fundamental, este último en relación con el artículo 7º, Nº 7, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la forma como se ha descrito precedentemente;

Segundo: Que el aludido artículo 169 del Código Sanitario dispone textualmente lo siguiente:

"Si transcurrido el plazo señalado en el artículo anterior, el infractor no hubiere pagado la multa, sufrirá, por vía de sustitución y apremio, un día de prisión por cada décimo de unidad tributaria mensual que comprenda dicha multa.

"Para llevar a cabo esta medida, el Director del correspondiente Servicio de Salud o del Instituto de Salud Pública de Chile, en su caso, solicitará del Intendente o Gobernador respectivo el auxilio de la fuerza pública, quienes dispondrán sin más trámite la detención del infractor y su ingreso al establecimiento penal respectivo, a cuyo efecto librarán la orden correspondiente en conformidad a las reglas generales, dando cuenta de lo obrado a la autoridad sanitaria";

Tercero: Que la cuestión se suscita, en síntesis, con motivo de que el Instituto de Salud Pública cursara determinadas multas a ciertos ejecutivos de la empresa "Laboratorio Chile S.A.", las que fueron oportunamente impugnadas en sede judicial, al amparo del artículo 171 del Código Sanitario y sin consignar previamente su importe, por cuanto la parte del mismo precepto que así lo exigía fue declarada inconstitucional por este Tribunal, mediante sentencia de 25 de mayo de 2009 (rol Nº 1345), publicada en el Diario Oficial de 28 de mayo del mismo año. Empero, no obstante hallarse pendientes dichas reclamaciones ante los tribunales competentes, el referido órgano administrador procedió a despachar sendos oficios a la Intendencia de Santiago, solicitando la prisión de los sancionados en atención a que no se habían pagado dichas multas en el intertanto, basado precisamente en el artículo 169 objeto de la presente acción de inaplicabilidad;

II. Análisis de la norma cuestionada y precisiones respecto al alcance del requerimiento.

Cuarto: Que, por de pronto, se declarará infundada la cuestión relativa al artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, que manda al Estado respetar y promover los derechos esenciales garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en relación con el artículo 7º, Nº 7º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual "nadie será detenido por deudas" (entre otros casos sobre inexistencia de "prisión por deuda", roles Nºs. 519, 576, 807, 1006 y 1145). Ello, por cuanto el ilícito castigado con prisión por el mencionado artículo 169 no es el incumplimiento de una deuda, sino la misma infracción sanitaria que motivó la primitiva multa, y cuyo lugar jurídico ocupa con posterioridad una pena administrativa privativa de libertad;

Quinto: Que, con todo, es de observar que la norma cuestionada da lugar a un conjunto de situaciones sin parangón en el derecho público chileno. En efecto, mientras las remociones e inhabilidades, así como las multas, constituyen las sanciones típicas del derecho administrativo, donde lo propio cabe aseverar de las penas privativas de libertad respecto del ámbito penal, el artículo 169, por idénticos hechos imputados al infractor, convierte automáticamente la multa en pena de prisión, como forma de apremio o presión, habida cuenta de que esta sustitución opera con ejecución administrativa inmediata, cuando aquélla no hubiere sido pagada dentro de los cinco días hábiles siguientes a su notificación. Lo señalado contrasta por cierto con otros medios alternativos menos lesivos ideados por el Legislador, para el caso de impago de una multa administrativa, como es dar mérito ejecutivo al acto que la dispone (D.F.L. Nº 163, del Trabajo y Previsión Social, de 1968, artículo 61; Ley Nº 16.395, artículo 60; D.L. Nº 3.538, de 1980, artículo 31; leyes Nºs. 18.755, artículo 22; 18.840, artículo 62, inciso segundo, del artículo 1º; 18.902, artículo 14; 19.995, artículo 55, inciso final, y D.F.L. Nº 1, de Salud, de 2006, artículos 113, inciso sexto, y 116, inciso segundo, entre varias););

Sexto: Que, de otra parte, atendida la circunstancia de que las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales, al ser ambas emanaciones del ius puniendi estatal, por lo que debe aplicarse, con matices, similar estatuto, como lo ha señalado esta Magistratura (roles Nºs. 244 y 479), los sujetos pasivos de las mismas sólo suelen serlo –por regla general– quienes aparezcan como directa y personalmente infractores. De esta manera, para poder hacer efectiva una sanción sobre los administradores o representantes de la entidad agente de la infracción, se requiere texto expreso de ley, tal como se prevé en otros casos análogos (D.L. Nº 3.538, de 1980, artículo 28, inciso final; leyes Nºs. 18.755, artículo 21; 19.913, artículo 21, etc.). No obstante, en esta preceptiva sanitaria y con cobertura simplemente reglamentaria (artículos 161 y 168 del D.S. Nº 1.876 de 1996), tales sanciones no se imponen a la empresa respectiva, sino que se hacen recaer sobre el patrimonio y libertad de su director técnico y el jefe del departamento de control interno;

Séptimo: Que, además, es criterio generalmente asentado que las penas dispuestas por la Administración no pueden cumplirse mientras no se encuentren ejecutoriadas. Así lo ha manifestado la Contraloría General de la República en diversos pronunciamientos (dictámenes 34.644 de 1978; 36.415 de 1979, y 32.076 de 1996, entre otros), e igualmente lo ha plasmado el Legislador en variados cuerpos normativos (leyes Nºs. 18.168, artículo 36; 18.410, artículo 19, inciso segundo; 18.755, artículo 20; 18.838, artículo 40; 19.913, artículo 24, inciso segundo; 19.995, artículo 55, inciso final; D.F.L. Nº 1, de Salud, de 2006, artículo 113, inciso séptimo, etc.). En la misma línea, cabe recordar que el proyecto de ley sobre bases de los procedimientos administrativos sancionadores, iniciado por Mensaje Presidencial Nº 541-350 (25.3.2004), señalaba justamente que "Las sanciones que impongan multa serán siempre reclamables y no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación o ésta no haya sido resuelta" (artículo 30, inciso primero). Sin embargo, en este caso, la autoridad sanitaria cuenta con el desusado privilegio de poder consumar la pena, con auxilio de la fuerza pública, sin autorización judicial previa, a

pesar de encontrarse ésta sometida a revisión jurisdiccional y con sentencia pendiente conforme al artículo 171, por aplicación de lo prescrito en el artículo 169, en relación con los artículos 170 y 172 del Código del ramo;

Octavo: Que no aminora la observación precedente el que la Ley Nº 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos, disponga que los actos administrativos gozan de exigibilidad "desde su entrada en vigencia" (artículo 3º, inciso octavo) y que los actos de la Administración "sujetos al Derecho Administrativo" causan inmediata ejecutoriedad (artículo 51, inciso primero). Comoquiera que las sanciones administrativas han de sujetarse, preeminentemente, a las garantías y principios inspiradores del orden penal, contemplados en la Constitución Política, según la jurisprudencia asentada por esta Magistratura (roles Nºs. 244, 479, 480, 725, 766, 1183, 1184, 1203, 1205, 1221 y 1229), entonces su entrada en vigencia no puede producirse sino cuando se encuentren ejecutoriadas o firmes, puesto que materializarlas antes significaría privar de todo efecto práctico a una ulterior sentencia favorable, en tanto hayan sido reclamadas oportunamente por los afectados –como ocurre en la especie– ejerciendo el derecho a la acción que les reconoce la Carta Fundamental y, en este caso, el propio Código Sanitario;

Noveno: Que, por lo mismo, resulta decidor para entender el sentido y alcance de la disposición analizada remontarse a sus antecedentes históricos. El texto original del Código Sanitario, contenido en el Decreto Ley Nº 602, de 20 de octubre de 1925, establecía en su artículo 233 que "el infractor que no se allanare a pagar la multa sufrirá, por vía de sustitución y apremio, un día de prisión por cada veinte pesos". Posteriormente, el Decreto con Fuerza de Ley Nº 226, publicado en el Diario Oficial con fecha 29 de mayo de 1931, mantuvo similar normativa en su artículo 262. Sin embargo, se establecía en su artículo 262 que "la sentencia que imponga la multa se entenderá ejecutoriada una vez transcurrido el plazo de cinco días señalado en el art. 257, siempre que no se hubiere deducido reclamación en la forma indicada en el artículo siguiente, o una vez firmes las resoluciones pronunciadas por la justicia ordinaria civil en la reclamación interpuesta". Finalmente, el Decreto con Fuerza de Ley Nº 725, de 30 de enero de 1968, prescribe en su artículo 160 que "si transcurrido el plazo señalado en el artículo anterior, el infractor no hubiere pagado la multa, sufrirá, por vía de sustitución y apremio, un día de prisión por cada vigésimo de un suelo vital mensual para los empleados de la industria y del comercio del Departamento de Santiago que comprenda dicha multa. Para llevar a cabo esta medida, el Director General de Salud solicitará del Intendente o Gobernador respectivo el auxilio de la fuerza pública, quienes dispondrán sin más trámite la detención del infractor y su ingreso al establecimiento penal respectivo, a cuyo efecto librarán la orden correspondiente en conformidad a las reglas generales, dando cuenta de lo obrado a la autoridad administrativa";

III. Infracción a la normativa sobre apremios legítimos.

Décimo: Que en otras ocasiones esta Magistratura se ha pronunciado acerca de la legitimidad de los apremios establecidos por el legislador, rechazando sendos reproches de inaplicabilidad por inconstitucionalidad; específicamente, en dos sentencias referidas al arresto como apremio en materia previsional (recaídas en roles Nºs. 519 y 576), y en un pronunciamiento relativo al arresto como apremio en materia tributaria (autos rol Nº 1006). En los mismos se tuvo oportunidad de analizar las características y finalidades de los referidos apremios, en tanto importaban privación de la libertad, para considerarlos como una institución ajustada a lo dispuesto en la Carta Fundamental;

Decimoprimero: Que, como punto de partida, cabe recordar que el artículo 19, Nº 1, inciso final, de la Constitución Política de la República prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo. Apremio, según su sentido natural y obvio, es el "mandamiento de autoridad judicial para compeler el pago de alguna cantidad o al cumplimiento de otro acto obligatorio" (Diccionario de la Real

Academia de la Lengua Española, 22ª. ed., 2001, p. 187). E ilegítimo, por su parte, es carente de legitimidad, esto es, injusto y atentatorio de los derechos fundamentales;

Decimosegundo: Que, a su vez, en las aludidas sentencias de inaplicabilidad, este Tribunal ha consignado que tanto la detención como los apremios que importen una privación de la libertad, dentro de los cuales se encuentra el arresto, deben llevarse a cabo con plena observancia de las garantías establecidas en el artículo 19, Nº 7º, de la Constitución Política, de conformidad al cual aquel tipo de privación sólo puede ser decretado cuando una ley lo prescriba, mediante una orden expedida por un funcionario público facultado para hacerlo y previa intimación legal de la misma. Además, manifestó que la Ley Fundamental establece que, entre las garantías mínimas del afectado, se encuentran aquellas consistentes en que el imputado debe ser puesto a disposición del juez dentro de un plazo determinado, para la obtención de una determinada conducta; que la privación de libertad debe materializarse en la casa del arrestado o en lugares públicos destinados al efecto, y que su aplicación no puede implicar la privación de determinados derechos, respetándose a su vez los derechos legítimos de terceros (sentencia rol Nº 519, considerando 18º. En el mismo sentido, sentencias roles Nºs. 576 y 1006);

Decimotercero: Que, por otra parte, esta Magistratura ha afirmado que es generalmente reconocido que el término "arbitrario" no es sinónimo de "ilegal", de forma tal que una detención o arresto "puede encontrarse acorde con la ley, pero ser igualmente arbitraria". Del mismo modo, se ha reconocido también que la detención o el arresto es arbitrario "cuando se efectúa sin motivos o conforme a procedimientos distintos a los previstos por la ley o cuando confirma una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y seguridad" (sentencia rol Nº 1006);

Decimocuarto: Que, además, se ha sentenciado que un apremio que importe privación de libertad, debe decretarse "con una indudable determinación y con parámetros incuestionables, esto es, respetando el principio de proporcionalidad entre la limitación del derecho fundamental a la libertad y el objetivo constitucionalmente válido que se busca perseguir". En tal sentido, se ha señalado que una limitación a un derecho fundamental es justificable cuando dicho mecanismo "es el estrictamente necesario o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales" (sentencias roles Nºs. 519 y 576);

Decimoquinto: Que, en suma, se ha establecido que hay situaciones de excepción en que la fuerza está autorizada por la ley, existiendo por tanto "ciertos apremios que se estiman legítimos: un embargo, el arresto, la incomunicación, entre otros" (Mario Verdugo M. y otros, Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, año 1999, p. 202). Se ha precisado, además, que apremio legítimo es aquel que "es impuesto con justicia, que es proporcionado a la consecución de una finalidad lícita, secuela de una decisión de autoridad competente en un proceso justo" (José Luis Cea E., Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2004, p. 113);

Decimosexto: Que, atendidas las anteriores motivaciones y los antecedentes del precepto objetado, ya reseñados en los considerandos precedentes de esta sentencia, cabe analizar si lo dispuesto en el artículo 169 del Código Sanitario importa o no el establecimiento de un apremio ilegítimo. Para arribar a la pertinente solución es menester revisar por separado los dos incisos del referido precepto. El primero de ellos establece y describe el apremio, y el segundo se refiere al modo en que se llevará a cabo;

Decimoséptimo: Que, en lo que se refiere al apremio que consagra el primer inciso del artículo impugnado, éste no puede considerarse de aquellos amparados por el orden constitucional y, por

consiguiente, legítimo, toda vez que consiste en una limitación a la libertad que en sí misma no tiene la finalidad propia de un apremio, esto es, compeler a un individuo a realizar una determinada conducta, sino más bien, como ya se señaló, es una pena privativa de libertad utilizada como forma de apremio o presión, por lo que en sí misma importa una reacción punitiva ante una conducta del individuo que viene a reemplazar por vía de sustitución el pago de una multa y que, por consiguiente, su finalidad es más bien sancionar al responsable de un acto. De esta manera, mal podría considerarse que se está en presencia de un apremio legítimo si éste a su vez importa el castigo de una conducta que, como se apreciará, no es aún del todo reprochable, desde el momento que se ha impetrado a la jurisdicción ordinaria con el objeto de que ésta determine si existe realmente una determinada responsabilidad imputable a los recurrentes;

Decimoctavo: Que, a mayor abundamiento, la pena de prisión, utilizada como un apremio, tampoco puede considerarse ajustada a la Constitución, atendido que el precepto reprochado no establece la intervención de la autoridad judicial que decrete la respectiva privación luego de determinar, conforme al mérito de un proceso, la tipicidad de la conducta, su antijuridicidad y la culpabilidad del sujeto. Además, esta carencia de revisión judicial no permite que exista un juzgamiento en torno a si la prisión es necesaria y adecuada como apremio, ni tampoco graduarla de conformidad a la reprochabilidad de la conducta, cuestión que, por lo demás, ni la misma norma lo permite. En efecto, ésta al señalar textualmente que se "sufrirá... un día de prisión por cada décimo de unidad tributaria mensual", consagra la privación de libertad de modo obligatorio; impide que se utilicen otros medios más adecuados para lograr el cumplimiento de la multa, y que la prisión sea proporcional y graduable de conformidad a las particularidades que asisten al no pago de la multa;

Decimonoveno: Que, por otra parte, tampoco puede esta Magistratura estimar como legítimo un apremio-pena que se ha originado en una conducta cuya ilicitud aún no goza de verdad judicial, desde el momento que los requirentes reclamaron de las multas impuestas y se encuentra pendiente el respectivo pronunciamiento jurisdiccional. Así, al no existir sentencia judicial que se pronuncie sobre los hechos que motivan la sanción, no resulta lícito que esta última se haga efectiva y exigible desde ya y compulsivamente a través de un "apremio", que por demás consiste en una verdadera pena privativa de libertad impuesta por vía administrativa;

Vigésimo: Que, adicionalmente, es del caso tener presente que se trata de una sanción que no tiene fijados límites en el propio texto, lo que motivó incluso que en la tramitación de la Ley Nº 19.497 se señalara por algunos legisladores que "el apremio que contempla este artículo, un día de prisión por cada décimo de unidad tributaria mensual, no establecía una duración determinada", todo lo cual no se condice con una medida acotada en el tiempo, como debe ser por lo demás todo apremio que revista el carácter de legítimo;

Vigesimoprimero: Que en lo que respecta al inciso segundo de la disposición impugnada, éste se refiere a la forma en que se hace efectivo el apremio descrito y consiste en la atribución que se le otorga a la autoridad administrativa, esto es, al Intendente o Gobernador, en orden a disponer la detención e ingreso a un recinto penal respecto del sujeto que no haya pagado la multa impuesta en el sumario sanitario. En tal sentido, debe tenerse presente que la Ley Fundamental, en su artículo 19, Nº 7º, letra a), establece que "toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros". Por otra parte, si bien la misma disposición, en su letra c), permite al legislador facultar a la autoridad administrativa para hacer arrestar o detener a alguna persona, también requiere la intervención judicial en estos casos, en orden a que el detenido sea puesto a disposición del juez en un plazo determinado, como ya fuera señalado en esta sentencia. Así por demás lo señala la doctrina autorizada al precisar que de conformidad a la historia fidedigna de la aludida disposición constitucional: "los plazos a

que se refiere el precepto únicamente se aplican a los casos en que la autoridad administrativa o policial arreste o detenga, ya sea que actúe por orden judicial, ya sea que lo haga en caso de delitos flagrantes o en las demás situaciones en las que el ordenamiento jurídico le permite hacerlo, con el objeto de que, a la brevedad, se ponga a disposición del juez la persona afectada, todo ello con el objeto de velar por que se resguarden en mejor forma sus derechos". (Alejandro Silva Bascuñán, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII, "De los Derechos y Deberes Constitucionales", Ed. Jurídica de Chile, año 2008, pp. 39 y 40);

Vigesimosegundo: Que, en suma, de lo señalado puede concluirse que la disposición contemplada en el artículo 169 del Código Sanitario infringe lo dispuesto en el artículo 19, números 1º y 7º, de la Constitución, desde que se trata de un verdadero apremio ilegítimo, al importar una pena privativa de libertad impuesta por la vía administrativa y sin que previamente exista una instancia jurisdiccional que revise dicha actuación;

IV. Infracción al debido proceso.

Vigesimotercero: Que respecto al alcance de la disposición constitucional que consagra este derecho, esto es, el artículo 19, Nº 3º, inciso quinto, se ha precisado que de la historia fidedigna de la disposición constitucional es posible comprender: "en primer lugar, que se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador" (rol Nº 481);

Vigesimocuarto: Que, a su vez, esta Magistratura ha establecido que, con los matices que obedecen a las características propias del derecho administrativo sancionador, las garantías del debido proceso le son aplicables. En efecto, ha manifestado respecto al procedimiento administrativo sancionador que "no obstante, aunque se trate de potestades que no suponen ejercicio de jurisdicción, ciertamente deben sujetarse a los parámetros propios de un debido proceso, como lo ha señalado reiteradamente esta Magistratura en diversos pronunciamientos". Adicionalmente, este Tribunal ha precisado que "los principios inspiradores del orden penal han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi" (sentencia rol Nº 244, considerando noveno, y, más recientemente, en los autos rol Nº 480);

Vigesimoquinto: Que la disposición que se analiza también infringe el debido proceso, toda vez que, como se desprende de las motivaciones anteriores, por una parte, se está en presencia de una pena que, aunque dispuesta como apremio, supone la privación de libertad, sin que exista un proceso jurisdiccional en el que tenga lugar el principio de bilateralidad de la audiencia ante un tercero imparcial y, por consiguiente, en que se haya respetado el derecho de defensa de quien será objeto de una limitación a su libertad. Y, por otra parte, esta clase de coactividad estatal exige que la respuesta del Estado emane de una sentencia judicial que cause ejecutoria, dictada de conformidad al mérito de un justo y racional procedimiento, debidamente tramitado, tal como exige perentoriamente el artículo 19, Nº 3º, inciso quinto de la Constitución Política de la República;

Vigesimosexto: Que, del mismo modo, cabe explicitar que a partir de la declaración de inconstitucionalidad efectuada por esta Magistratura en su sentencia rol Nº 1345 –de la parte del artículo 171, inciso primero, del Código Sanitario que exigía la consignación de la multa como un requisito para dar lugar a la tramitación de la reclamación judicial–, mal podría estimarse como legítimo el apremio que establece la disposición objetada en estos autos por cuanto, al vulnerar el derecho a un debido proceso, carece de respaldo constitucional. En efecto, si la reseñada consignación fue

declarada contraria a la Constitución, atendiendo a que vulneraba el derecho de acceso a la justicia, se hace más patente la ilegitimidad del apremio reprochado, desde el momento que su aplicación efectiva no sólo desincentivaría a efectuar un reclamo judicial por temor a ser sometido a prisión, sino que, en sí mismo, supone impedir el acceso a la justicia, toda vez que el pago de la multa, al no consistir ahora en un requisito para poder reclamar de ella, importa reconocer como verdadera una actuación infraccional y aceptar una sanción sólo con la finalidad de no ser sometido a prisión;

Vigesimoséptimo: Que, siendo así y compelido este Tribunal a fallar de acuerdo a derecho, esto es conforme a las normas y principios constitucionales, no puede sino declarar la inaplicabilidad del precepto legal cuestionado, por permitir la aplicación de una disposición que vulnera el derecho al debido proceso, contraviniendo de esta manera las garantías previstas en el artículo 19, Nº 3º, inciso quinto, de la Carta Fundamental;

V. Falta de proporcionalidad de la pena.

Vigesimoctavo: Que el derecho a un procedimiento justo y racional no sólo trasunta aspectos adjetivos o formales, de señalada trascendencia como el acceso a la justicia de manera efectiva y eficaz, sino que también comprende elementos sustantivos de significativa connotación material (rol Nº 437, considerando 14º), como es –entre otras dimensiones– garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su virtud. Esto es, en los procesos punitivos, que exista una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada;

Vigesimonoveno: Que no resguarda ni promueve dicha finalidad el reparado artículo 169, toda vez que por vía administrativa y sin ninguna cautela judicial previa, aun obviando que a su respecto puede existir una gestión jurisdiccional pendiente, permite consolidar irremediablemente una pena privativa de libertad, hasta por hechos –agrégase ahora– de ínfima magnitud y en los que puede no haber mediado ni siquiera culpa del infractor;

Trigésimo: Que, en efecto, la norma objetada convierte administrativa e indiscriminadamente en prisión cualquiera multa, impaga por no estar ejecutoriada, sin atender a la circunstancia de que ésta debió modularse, antes, en relación con la naturaleza o entidad de la falta cometida. Si las multas sanitarias aun por hechos leves o menores pueden derivar en prisión, entonces ello implica desvirtuar todo el procedimiento seguido con antelación, tendiente, como se dijo, a garantizar que las decisiones de la autoridad se ciñan estrictamente al principio de proporcionalidad, de modo que las sanciones administrativas aplicadas se correspondan con la gravedad de las faltas cometidas y la responsabilidad de los infractores en ellas;

Trigesimoprimero: Que no levanta este reproche el que esa prisión guarde alguna correlación con el monto de la multa, puesto que el énfasis con que la Carta asegura especialmente la libertad personal, en sus artículos 1º, inciso primero, y 19, Nº 7º, letra b), incluso durante los estados de excepción constitucional, lleva a sostener que toda privación de ella, en forma de pena de prisión, es materia de reserva judicial exclusiva, como ya se ha señalado. Así, incluso, acontece en el caso más afín con el artículo 169 que puede encontrarse en la legislación nacional (Ley Nº 18.755, artículo 20);

Trigesimosegundo: Que tampoco avalan este excesivo rigor con que puede actuar el Instituto de Salud Pública, los altos bienes jurídicos que le incumbe resguardar, como son la vida y la salud de la población. Porque, aparte de que –aparentemente– las infracciones cometidas en la especie no revestirían tan acusada gravedad, al extremo de justificar una prisión, es lo cierto que la aplicación del artículo 169 no constituye el medio único y necesario para obtener ese fin, desde que la autoridad sanitaria siempre cuenta con la posibilidad de denunciar a la justicia del crimen aquellos delitos contra la salud pública que pueda detectar en el ejercicio de sus funciones. Especialmente si se configuran los hechos tipificados en los artículos 313 d, 314 y 317 del Código Penal;

VI. Presunción de culpabilidad.

Trigesimotercero: Que, sin perjuicio de lo anterior y como señalaron las partes en estrados, no puede dejar de repararse que, en la especie, además puede resultar infringido el artículo 19, Nº 3º, inciso sexto, de la Constitución, que prohíbe a la ley presumir de derecho la responsabilidad del sedicente infractor. Siendo de anotar, al respecto, que según la jurisprudencia de este Tribunal, de allí se deduce el principio de presunción de inocencia, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos legales que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas (rol Nº 993, considerando 3º). Agregando que dicho principio es concreción de la dignidad de la persona humana, consagrada como valor supremo en el artículo 1º de la Carta Fundamental, y del derecho a la defensa efectiva en el marco de un procedimiento justo y racional, en los términos que reconoce y ampara su artículo 19 (rol Nº 825, considerando 24º);

Trigesimocuarto: Que, así, se ha considerado enteramente inadmisible que la ley dé por establecida la existencia del hecho como constitutivo de infracción o el grado de participación que el sujeto tenga en él, impidiéndole a éste demostrar su inocencia por todos los medios de prueba que le franquea la ley (rol Nº 519, considerandos 40º y 41º). Igualmente, esta jurisprudencia ha señalado que se trata de un principio referido al "trato de inocente", que importa la obligación de considerar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en su derecho a defensa al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso (roles Nºs. 1351, considerando 45º, y 1.584, considerando 6º). Esto es, que la presunción de inocencia implica una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario (nulla poena sine iudicio);

Trigesimoquinto: Que el derecho a ser tratado como inocente, durante todo el procedimiento y hasta que una decisión ejecutoriada establezca fehacientemente la responsabilidad, no sólo puede verse vulnerado cuando una ley estructura en forma nominal alguna presunción de culpabilidad. Si del contexto de la ley aparece que diversas disposiciones, relacionadas entre sí, conducen al mismo resultado, también debe ser declarada inconstitucional aquella norma que genere como consecuencia práctica una suposición irreversible de responsabilidad, cuando se desvirtúa el derecho del afectado para presentar reclamos y pruebas en contrario de manera eficaz;

Trigesimosexto: Que lo anterior acontece con el artículo 169 del Código Sanitario, puesto que permite anticipar la ejecución administrativa de una pena de prisión, antes de encontrarse firme dicha sanción, mientras los hechos que dan por establecida la infracción y por acreditada la responsabilidad se encuentran discutidos en sede judicial. De suerte que, aunque el reclamo judicial prospere, la eventual sentencia favorable podría devenir enteramente inocua o carente de significación real, al haberse consumado antes y producido todos sus efectos irreversibles esa pena de prisión;

VII. Conclusiones.

Trigesimoséptimo: Que de lo señalado es posible concluir que la disposición contenida en el artículo 169 del Código Sanitario importa un apremio no autorizado por la Constitución, atentatorio además de la normativa propia de un justo y racional procedimiento, estableciendo una verdadera pena carente de justicia y proporcionalidad, razón por la cual se declarará su inaplicación en la presente causa.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 19, números 1º, 3º y 7º, 93, inciso primero, Nº 6º, e inciso decimoprimero, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitu-

cional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se contiene en el D.F.L. Nº 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

SE RESUELVE:

Que se acoge el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido a fojas 1. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en estos autos en resolución de fojas 83. Ofíciese al efecto a la Corte de Apelaciones de Santiago.

Acordada con la prevención del Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney, quien, respecto de los considerandos séptimo y octavo, agrega lo siguiente:

1º. Que los actos de la administración, en atención al fin público que protegen, gozan de presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, salvo que medie una orden de suspensión dispuesta por la propia autoridad administrativa o por un juez (inciso final del artículo 3º de la Ley Nº 19.880). Por ello, producen efectos una vez que se publican o se notifican (artículo 51 de la Ley Nº 19.880) y aun cuando se discuta su validez (artículo 57 de la Ley Nº 19.880);

2º. Que el propio constituyente, reconociendo la ejecutoriedad de los actos administrativos, se ha encargado de establecer mecanismos idóneos para precaver eventuales afectaciones de derechos fundamentales, tales como las acciones constitucionales consagradas en los artículos 20 y 21 de la Constitución. Son las particularidades de este caso concreto y la naturaleza e intensidad de la sanción impuesta –privativa de libertad– las que determinan que su aplicación resulte inconstitucional en el proceso sub lite.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento, fundados en las siguientes razones:

1. Que, para quienes suscriben el voto de mayoría, el artículo 169 del Código Sanitario, impugnado en autos, infringe la Constitución pues se trata de un apremio ilegítimo (artículo Nº 19 Nº 1), que priva de un justo y racional procedimiento (artículo 19 Nº 3, inciso quinto) y que se dispone sin intervención judicial (artículo 19 Nº 3, inciso sexto);

2. Que, antes de hacernos cargo de este argumento, es necesario señalar, en primer lugar, que, en este caso, se ha aplicado una sanción de multa por el Instituto de Salud Pública a los directivos de un laboratorio, en razón de una falla grave en la calidad de un medicamento, al encontrarse compuestos no autorizados en éste.

La actividad de elaboración, distribución y comercialización de medicamentos está especialmente reglada en nuestro sistema, pues requiere de registro previo (artículo 102 del Código Sanitario), sujeción estricta a normas de calidad (artículo 103 del Código Sanitario) y control de la autoridad sanitaria (artículo 94 del Código Sanitario).

La relevancia del bien jurídico salud está al margen de toda duda. Por una parte, porque en él están en juego "el derecho a la vida" y "el derecho a la protección de la salud" (artículo 19, Nºs. 1º y 9º, Constitución). Por la otra, porque la protección de este bien jurídico ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional, al señalar que "la capacidad reguladora y sancionatoria de la autoridad administrativa resulta necesaria para disciplinar la actividad económica de producir y distribuir medicamentos, por su sensible capacidad de afectar la vida y la salud de la población" (STC 1345, 25.05.2009).

3. Que, en segundo lugar, es necesario señalar que existen tres hechos que la mayoría ha pasado por alto y que cuestionan la procedencia de este requerimiento.

El primer hecho es que la gestión pendiente del presente requerimiento es un amparo constitucional, interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago (rol 3073-09), en contra de órdenes de detención solicitadas por el Instituto de Salud Pública por el no pago de multas por parte de los recurrentes. Se trata de un amparo preventivo, en que no se pidió la suspensión de dichas órdenes, y en el que se anunciaba el requerimiento por inaplicabilidad.

El segundo hecho es que en la impugnación de las multas, formulada ante el 11º y el 15º Juzgado Civil de Santiago, no se pidió tampoco la suspensión de dicha medida de detención.

El tercer hecho es que las solicitudes de detención fueron emitidas por el Instituto de Salud Pública a la Intendencia de Santiago el 25 de septiembre del año 2009. Es decir, ha transcurrido más de un año sin que éstas se hayan materializado.

4. Que estos tres hechos impactan en la procedencia de este recurso de la siguiente manera. En primer lugar, en que si bien este Tribunal considera que el precepto legal impugnado basta que pueda ser aplicado por el juez del fondo para que pueda ser considerado inaplicable (STC roles 501, 505, 790, 943, 1046, 1061, 1253, 1279 y 1463, entre otros), consideramos que en esta oportunidad dicha posibilidad no es del todo cierta ni próxima.

Para que pueda ser atacado un precepto por la vía de la inaplicabilidad, debe existir algún grado de certidumbre sobre su aplicación. No se puede cuestionar un precepto "por si acaso"; la Constitución exige que el precepto "resulte contrario" o sea "decisivo" en la resolución del asunto. Por lo mismo, no tienen que existir actos u omisiones entre medio que hagan hipotética la eventual aplicación de la norma objetada. Asimismo, es necesario que el precepto sea inminente en su aplicación por el juez del fondo. La inaplicabilidad no es una acción por amenaza. Tal situación no ocurre si tienen que producirse una serie de actos, u omisiones, incluso del propio requirente, para que esto suceda.

Señalamos lo anterior porque, atendidos los hechos mencionados, la eventual aplicación de la norma impugnada, es decir del apremio de arresto por no pago de la multa, se funda en omisiones de los requirentes (no han pagado la multa ni han pedido la suspensión) y de la autoridad (no ha materializado la detención desde hace más de un año).

Cabe advertir que la sola concesión de una suspensión de la aplicación de la medida, fundada en los artículos 3º, inciso final, y 57 de la Ley de Procedimiento Administrativo, normas supletorias del Código Sanitario, hace hipotética la aplicación de la norma objetada.

No existe, por tanto, la situación de peligro de que pueda aplicarse la norma, salvo que los propios requirentes así lo deseen, al omitir la solicitud de suspensión del arresto.

5. Que, en segundo lugar, la omisión de estos hechos hace que exista un cuestionamiento abstracto de la norma objetada, en varios de los razonamientos del voto de mayoría. Tal situación pugna con el carácter concreto que este Tribunal le ha dado a la inaplicabilidad, para distinguirla de la inconstitucionalidad. Ello se ve reflejado en varios considerandos (5º, 17º, 18º, 26º, 29º y 30º). Más que juzgar si el precepto pugna o no con la Constitución en el caso concreto, se realiza un cuestionamiento genérico sobre el precepto, sin contrastarlo con los hechos de la causa. En especial, el hecho de que no se haya pedido nunca la suspensión del apremio por los requirentes, ya sea en sede administrativa o en sede jurisdiccional.

6. Que, en tercer lugar, el principal argumento del voto de mayoría consiste en afirmar que en la norma objetada se otorga un privilegio a la administración: el de consumar la sanción sin que ésta esté confirmada judicialmente. Para la mayoría, mientras la multa no esté confirmada por los tribunales, mientras no goce de verdad judicial, no se puede permitir su aplicación. Ello lo

fundan en que, por una parte, las penas no pueden cumplirse mientras no estén ejecutoriadas; por la otra, en que se quitaría todo efecto práctico a una ulterior sentencia favorable, la cual sería inocua y carente de significación real, al haberse consumado antes (ver considerandos 3º, 7º, 8º, 17º, 19º, 29º y 36º).

7. Que, respecto de este argumento, estos disidentes tienen dos reparos.

Por una parte, lo que aquí se discute es el apremio dispuesto por la administración ante el incumplimiento de la sanción administrativa impuesta por el Instituto de Salud Pública, no la multa aplicada. En el razonamiento de la mayoría, lo que se objeta es el cumplimiento de la multa, no el apremio, al afirmar que dicha sanción se impone pese a no estar ejecutoriada (considerando 30º); y anticipa su ejecución antes de encontrarse firme (considerando 36º).

Por la otra, en el razonamiento de la mayoría se cuestionan dos normas que no están en el debate en el presente requerimiento: el artículo 172 del Código Sanitario, y el inciso final del artículo 3º y el artículo 51 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

La primera de estas disposiciones establece que las sentencias que dicte la autoridad aplicando la sanción en el sumario sanitario pueden cumplirse no obstante encontrarse pendiente la reclamación judicial que regula el artículo 171 del mismo Código.

El artículo 3º, inciso final, de la Ley de Procedimiento Administrativo permite que los actos administrativos sean exigibles "frente a su destinatario desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión". Por su parte, el artículo 51 señala que "los actos de la administración pública sujetos al derecho administrativo causan inmediata ejecutoriedad", agregando que "los decretos y resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general".

Quien manda, entonces, que los actos administrativos en general, incluida la imposición de multa, como en este caso, se puedan cumplir, a pesar de que estén impugnados judicialmente, no es la norma objetada en estos autos, es decir, el artículo 169 del Código Sanitario, sino otras normas que no son aquí objeto de cuestionamiento.

La mayoría entonces, a propósito de la norma impugnada, tácitamente, pretende objetar o cuestionar preceptos legales que exceden la cuestión constitucional debatida en el presente caso.

El acto administrativo se puede cumplir, a pesar de los cuestionamientos, no porque lo ordene la norma que en el presente caso se objeta, sino que otra norma del mismo Código Sanitario y dos disposiciones expresas de otra ley (la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, en lo sucesivo LBPA).

8. Que, sin perjuicio de lo recién señalado, queremos entrar al fondo de lo planteado por el voto de mayoría en esta parte, porque nos parece de extrema gravedad lo que se afirma. Partiremos por hacernos cargo del reparo a la ejecutoriedad del acto administrativo.

9. Que, en el derecho comparado, es clásica la explicación sobre la ejecutoriedad del acto administrativo que formula Eduardo García de Enterría. A su juicio, la administración "está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statuo quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial.... Aunque se trate de una efectiva autotutela en sentido técnico, esto es de la capacidad de un sujeto de tutelar, en vía declarativa o ejecutiva, los propios derechos, sin necesidad de acudir al juez, la autotutela de la administración difiere notablemente de los supuestos de autotutela privada. Materialmente se justifica en una razón de expeditividad y eficacia en la gestión y los servicios de asuntos públicos que tiene confiada la administración. Parece

claro que esta facción no sería factible si la administración tuviese que impetrar de los tribunales por las vías comunes, propias de la vida civil, asistencia para imponer sus pretensiones o derechos cada vez que un administrado se opusiese a los mismos... Todos los actos administrativos, salvo aquellos que expresamente la ley se lo niegue, son ejecutorios; esto es, obligan al inmediato cumplimiento aunque otro sujeto discrepe sobre su legalidad... La decisión administrativa ("decisión ejecutoria" en la terminología francesa) se beneficia de una presunción de legalidad que la hace de cumplimiento necesario, sin necesidad de tener que obtener ninguna sentencia declarativa previa. Previamente a cualquier verificación por el juez (la cual queda desplazada a una eventual intervención a posteriori en el posible proceso impugnatorio que contra el acto pueda montarse), la decisión de la administración vincula a la obediencia. La doctrina francesa habla, por ello, expresivamente de un "privilege du prealable", privilegio de decidir previamente a toda intervención del juez, en el doble sentido de que para hacer obligatoria la decisión administrativa no precisa el previo control judicial y de que ese control sólo es posible cuando la administración previamente ha decidido de manera ejecutoria". "La autotutela ejecutiva supone una dispensa de la necesidad de impetrar auxilio judicial para que la coacción legítima pueda ponerse al servicio de la ejecución práctica de los derechos de un sujeto desconocidos, resistidos o atropellados por los demás. Con las mínimas y limitadas excepciones de autotutela privada que las leyes reconocen, todos los sujetos del ordenamiento están sometidos a esa carga de requerir al juez para que ponga en marcha la ejecución forzosa de sus derechos frente a los demás sujetos mediante la aplicación de la coacción pública, única legítima. El juez administra esta coacción de manera exclusiva en el plano de la ejecución de los derechos fuera de las pequeñas excepciones indicadas más atrás. Como también recordaremos, este sistema, según la genial caracterización de Savigny, se cierra (y a la par se revela) con el principio de protección posesoria, en virtud del cual cualquier alteración de la situación posesoria de facto de los derechos obtenida por un sujeto a costa de otro y contra su voluntad que no sea mediante una ejecutoria judicial es, sin más, condenable, eventualmente en el plano penal (arts. 245, 246 y 247 CP) y necesariamente en el plano civil a través de la técnica interdictal (arts. 441 y 446 CC), que implica reponer la posesión perturbada a su estado anterior a la alteración producida por propia autoridad del perturbador, sin examinar el derecho que el poseedor o su oponente puedan ostentar o alegar. Pues bien, la Administración está exenta de dicha carga común de impetrar del juez el uso de la coacción pública, y por ende también está eximida del sistema de protección posesoria al que los demás sujetos resultan sometidos. La Administración resulta ser así un sujeto cuya coacción es coacción legítima, de modo que su uso no le está prohibido en la relación con los demás sujetos, con lo cual dicho está que puede imponer por sí misma, "por propia autoridad", la ejecución forzosa de sus propios derechos y con ello producir de manera válida una alteración de la situación posesoria sin necesidad de recabar para todo ello el auxilio del juez y aun, correlativamente, sin que el juez pueda interferir en su actuación (art. 101 LPC). Esta es, en síntesis, la singularísima posición sistemática que dentro del orden jurídico presenta el tema de la coacción administrativa, que, siguiendo la tradición francesa, ha solido llamarse entre nosotros la "acción directa" de la Administración". (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, tomo I, Undécima Edición, Madrid, 2002, pp. 509, 511, 513, 773, 774).

10. Que, por su parte, la ejecutoriedad del acto administrativo ha sido reconocida por nuestra doctrina clásica del derecho administrativo. Así, Patricio Aylwin sostiene que este es un efecto particular del acto administrativo que "le permite ejecutarse por sí mismo, sin nuevo trámite y sin intervención de otra autoridad. En derecho privado, los actos jurídicos, para ejecutarse, requieren el asentimiento voluntario o, si éste falta, la intervención de la autoridad judicial. Nadie puede hacerse justicia por sí mismo. El titular de un derecho que quiere ejercitarlo debe recurrir al Tribunal competente. Y para ejecutar el acto, necesita que éste conste de un "título ejecutivo", vale decir, de un documento fidedigno al cual la ley dé tal valor de autenticidad que le reconozca mérito para poderse ejecutar sin más trámite. En Derecho Administrativo, los actos tienen en sí mismos

fuerza ejecutiva. La situación jurídica por ellos creada, modificada, reconocida o extinguida puede ejecutarse con el solo mérito del acto administrativo y sin intervención de la autoridad judicial. No hay solución de continuidad entre el acto y su ejecución... Y este efecto va aún más lejos. No sólo importa la facultad de ejecutar el acto sin intervención de la justicia. Importa, además, la de ejecutarlo no obstante la existencia de recursos pendientes en su contra. Los recursos que los particulares interpongan contra los actos administrativos no sirven, por lo general, para suspender su cumplimiento; el acto se puede cumplir a pesar del recurso... Se dice que los recursos administrativos se conceden en el solo "efecto devolutivo", por lo general, y sólo excepcionalmente en el efecto suspensivo". (Manual de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica, 1952, p. 158, 159, 160).

En el mismo sentido se expresa otro autor clásico de la doctrina nacional del Derecho Administrativo: Enrique Silva Cimma. Para este autor, "la ejecución de la voluntad es la última etapa del proceso de formación jurídica de la voluntad administrativa. Esta etapa se identifica con los efectos del acto administrativo. Hay un efecto consubstancial al acto administrativo: la ejecutoriedad. El acto se ejecuta por la Administración sin recurrir a otros poderes. En cambio, en el Derecho Común, la ejecución de los actos que celebran los particulares corresponde a los tribunales ordinarios... La administración, por esencia, debe ser activa y dinámica. Ese es el fundamento del principio de la ejecutoriedad. La satisfacción de las necesidades no debe enervarse y por lo tanto se supone que el órgano debe bastarse a sí mismo. Además, jurídicamente, la ejecutoriedad implica una presunción de legitimidad del acto, legitimidad que emana de la declaración de voluntad de un órgano en función de su competencia... La Administración puede ejecutar el acto que emane de ella misma. El principio de la ejecutoriedad es de la esencia del acto administrativo... Significa que el acto administrativo tiene la propiedad de ser puesto en ejecución de inmediato y por la propia Administración, sin necesidad de recurrir a otro Poder del Estado para obtener su cumplimiento, como sucede por el contrario en el régimen de las relaciones entre los particulares". (Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes; Editorial Jurídica, Santiago, 1995, pp. 102, 103 y 119).

11. Que el mismo respaldo hacia la ejecutoriedad realizan los nuevos autores del Derecho Administrativo nacional. Así, para Juan Carlos Ferrada, "uno de los rasgos identificadores de este régimen administrativo de inspiración francesa es la existencia de potestades exorbitantes de la Administración del Estado, es decir, poderes jurídicos extraordinarios que no detentan otros sujetos que integran el ordenamiento. En efecto, la potestad administrativa es un poder jurídico reconocido en el ordenamiento jurídico a los órganos de la Administración del Estado. Como señala De la Cuétara, "se trata de una parcela del poder general, totalmente justificada, funcionarizada al servicio de fines concretos y fraccionada en dosis medibles". En este sentido, la potestad administrativa es un poder jurídico que comparte las características propias de todo el poder público estatal, del que la Administración del Estado forma parte, particularmente su sometimiento estricto al Derecho, su servicio a los intereses generales y su carácter unilateral y coactivo. Así esta potestad administrativa está entregada a los órganos de la Administración del Estado para satisfacer los intereses públicos puestos bajo su órbita competencial, lo que justifica, precisamente, la exorbitancia de su contenido y su fuerza coactiva con los ciudadanos. Ello permite identificar a ésta como potestad-función constitutiva al mismo tiempo de un privilegio y de una carga, lo que determina en último término los poderes especiales que se entregan a la Administración estatal. Lo anterior da lugar, sobre todo en los países herederos del sistema jurídico europeo continental como el nuestro, a un régimen jurídico diferenciado de las potestades públicas, en el que no tienen aplicación, por regla general, las normas civiles que regulan las relaciones entre privados, ya que los bienes jurídicos en juego son diametralmente distintos de los presentes en las relaciones entre particulares. Esto es lo que hace afirmar a Fiamma, en nuestro derecho, que nuestro "régimen jurídico-administrativo" funciona sobre la base de un ordenamiento operado por un conjunto de personas jurídicas administrativas, dotadas de potestades excepcionales cubiertas por un estatuto

especial, al margen del derecho privado común". Entre estas potestades exorbitantes se encuentra la de ejecución, la que "le permite declarar, prima facie, el contenido de las relaciones jurídicas que traba con los particulares (potestad de autotutela declarativa). Esta potestad deriva del mandato general de ejecución de la ley que imponen los ordenamientos jurídicos a los órganos administrativos y que en nuestro derecho tendría su funcionario en la propia Carta Política (arts. 24 y 27), al menos para el Presidente de la República. Así, la potestad extraordinaria de poner en ejecución los contenidos normativos del ordenamiento, declarando los derechos y obligaciones que impone éste, constituiría un poder jurídico reconocido a la Administración Pública en nuestro derecho, lo que ha sido confirmado recientemente por la Ley Nº 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos (arts. 3º y 51)". Además de la presunción de legalidad, señala este autor, "otro de los privilegios más emblemáticos de los actos emanados de la Administración del Estado es la posibilidad de ejecución inmediata y directa, sin necesidad de establecer previamente por los tribunales de justicia su conformidad al Derecho. Esta posibilidad de eficacia tiene su fundamento en la presunción de legalidad o validez que tendrían estos actos y puede implicar su obligatoriedad jurídica (ejecutividad), su potencialidad de ejecución coactiva (ejecutoriedad) y la disposición por la Administración del Estado de medios de ejecución forzosa directa (ejecución forzosa). En el fondo, se trata de reconocer a la Administración del Estado una potestad de autotutela declarativa y ejecutiva que le permite dotar a sus actos de una potencia y eficacia excepcionales dentro del orden jurídico, sin perjuicio de las facultades de revisión que ostentan los tribunales de justicia". En nuestro derecho, este privilegio ha sido explicado dogmáticamente a partir de la cláusula general de la protección del bien común, establecida en la Constitución Política de la República (art. 1º), lo que le permitiría a la administración desplegar sus potestades exorbitantes como manifestación concreta de la soberanía del poder estatal". (Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno, en Revista de Derecho, Universidad Austral, vol. XX Nº 2, diciembre 2007, pp. 75, 76, 79, 82, 83).

Lo mismo señala Eduardo Cordero, para quien la eficacia de los actos administrativos es la producción de los efectos jurídicos que les son propios. Dicho tema debe ser vinculado, de forma necesaria, con la actividad que despliega la administración del Estado y a la posición privilegiada que ostenta como poder político, en particular con la denominada autotutela. En su primera manifestación, la administración goza de lo que se denomina "autotutela declarativa, en cuya virtud tiene la capacidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de terceros, de forma unilateral, aun en contra de su voluntad, y sin que sea necesario la concurrencia de los órganos jurisdiccionales... La segunda expresión de esta eficacia se expresa en la autotutela ejecutiva, conforme a la cual tales actos pueden ser llevados a la práctica por la propia administración, que puede incluso utilizar la coacción en caso de resistencia de sus destinatarios e, igualmente, sin tener que contar para ello con la intromisión de los tribunales.... "los actos administrativos producen eficacia inmediata, es decir, una vez que se han cumplido todas las etapas del procedimiento administrativo". "La ejecución de oficio del acto administrativo encuentra una excepción muy importante a través de la medida de suspensión del mismo... por tal razón, bien se puede sostener que no es necesario que un acto administrativo se encuentre ejecutoriado para que se pueda ejecutar, ya que la interposición de un recurso administrativo jurisdiccional no suspende la ejecución de los actos impugnados. Esto responde a la línea central seguida por nuestra Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos en orden a garantizar el principio de eficacia en la acción administrativa y así garantizar su continuidad". Para este autor, "uno de los puntos centrales de la teoría del acto administrativo y que permite afirmar que el derecho administrativo está dominado por su concepto, lo constituye la posibilidad de ser ejecutado de oficio por parte de la administración, siendo el efecto el principal elemento que permite sostener la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de la figura de la autotutela en su vertiente ejecutiva". (La eficacia, extinción y ejecución de los actos administrativos en la Ley Nº 19.880, en Acto y Procedimiento Administrativo, Actas de las

Segundas Jornadas de Derecho Administrativo, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, s/ fecha, pp. 119, 120, 123, 127).

Jorge Bermúdez, por su parte, sostiene que "el acto administrativo goza de eficacia jurídica" (lo que) quiere decir que es obligatorio para aquellos que se encuentran comprendidos por él mismo, sean órganos de la administración pública, funcionarios o ciudadanos particulares destinatarios del mismo. Dicha eficacia jurídica es independiente del carácter válido o inválido que el acto administrativo detenta, toda vez que, dada su presunción de legalidad, el acto administrativo deberá ser cumplido mientras no sea anulado por el juez o invalidado por la propia administración de la cual emanó... Si bien hemos señalado que el acto administrativo se presume legal y que éste puede ser ejecutado y exigido desde luego por parte de la administración, la ley considera la posibilidad de que se afecte o suspenda la eficacia del acto administrativo... De esta forma, la suspensión de eficacia del acto viene a concretar la interrelación existente entre la presunción de legalidad, la autotutela administrativa y la impugnabilidad. En efecto, una vez dictado el acto, éste se presume legal y, por tanto, se ejecuta, pero si un particular lo impugna o reclama ante el juez, el acto puede suspenderse. Una vez resuelto el reclamo, se determinará si el acto debe, en definitiva, cumplirse o no. (Derecho Administrativo General, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2010, pp. 93 y 95).

Pedro Aguerrea afirma que "la ejecutoriedad consiste en una atribución, en una potestad, en una prerrogativa estatal, conforme a la cual ante el incumplimiento de las obligaciones o cargas impuestas a un destinatario, la administración puede adoptar, por sí misma, alguna medida para compeler a ese cumplimiento; por sí misma, significa "sin requerir la intervención de un tercero", en este caso, por ejemplo, el juez". (Las prerrogativas del acto administrativo en la Ley Nº 19.880; en Ley Nº 19.880, sobre Procedimientos Administrativos, Ediciones Universidad Santo Tomás, Santiago, 2003, p. 49).

Claudio Moraga, por su parte, sostiene que "mientras los ciudadanos solamente pueden hacer ejecutivas sus pretensiones y exigencias frente a otros ciudadanos y ante la propia administración por medio de una resolución judicial dictada por tribunal competente, un ente administrativo puede, por el contrario, ejecutar por sí solo sus pretensiones... La exigibilidad o la ejecutoriedad es un elemento inescindible del poder público, que refleja el pacto del Estado con la sociedad, por cuya virtud ésta entrega a un Poder Ejecutivo la prerrogativa de mandar, ejecutar y administrar, y que se operativiza en la máxima que la administración puede poner en práctica un acto administrativo por sus propios medios, a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieran una intervención judicial". (Moraga Klenner, Claudio, "Cuestiones generales sobre el acto administrativo" en "Derecho Administrativo Chileno", Rolando Pantoja, coord., México, Porrúa, 2007, pp. 201-202).

Hugo Caldera, finalmente, afirma que "la ejecutoriedad consiste en la facultad de que dispone la Administración ante el incumplimiento de las obligaciones o cargas impuestas por un acto administrativo a un administrado, para adoptar alguna de las siguientes medidas: a) imponer una multa u otro tipo de sanción al administrado; b) hacer ejecutar el acto por sus propios medios, es decir, con elementos que le pertenecen orgánicamente, por cuenta y cargo del administrado renuente; c) hacer cumplir el objeto del acto por medio de un tercero ajeno a la Administración, es decir, por un particular, por cuenta y cargo del administrado contumaz... La ejecutoriedad, como elemento o característica del acto administrativo, es algo que sólo corresponde a la Administración, esto es, al Poder Ejecutivo, ya que es él quien está constitucionalmente encargado del gobierno y de la administración del Estado y la autoridad de su máximo representante 'se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República de acuerdo con la Constitución y las leyes", y todo ello, 'sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes'". (Caldera Delgado, Hugo, "El acto administrativo. Legalidad, efectos e impugnación", Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1981, pp. 76 y 77).

12. Que, enseguida, la ejecutoriedad del acto administrativo, así conceptualizada, no se contrapone a la Constitución.

Por de pronto, de acuerdo con el artículo 5º, inciso primero, de la Constitución, la soberanía se ejerce por las autoridades que ella misma establece. Tratándose de un ejercicio de la soberanía, la actividad de estas autoridades es una expresión de poder, es decir, tiene eficacia obligatoria. Dicha obligatoriedad se reconoce en el artículo 6º, que establece el poder vinculante de la Constitución "y de las normas dictadas conforme a ella".

A continuación, la Constitución ha establecido varias autoridades en las cuales reside este poder, de acuerdo con el principio de separación de funciones, propio de un Estado de Derecho. En el caso de de la Administración del Estado, esta capacidad de obligar tiene su reconocimiento en el artículo 24, que le asigna al Presidente de la República, como funciones generales, el gobierno y la administración del Estado. Para cumplir con estas funciones, su autoridad "se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República". Es decir, el poder que tiene el Presidente de la República, en cuanto Jefe del Gobierno y de la Administración del Estado, se extiende a todo lo que sea necesario para cumplir con su tarea de ordenación. A su vez, la Administración del Estado se reconoce como un poder por nuestra Constitución en diversas disposiciones, la más importante de las cuales es el artículo 38, inciso primero. Ahí se remite expresamente a que la configuración básica de la Administración del Estado se realiza por una Ley Orgánica Constitucional. Justamente, en ejercicio de ese mandato al legislativo, se ha establecido que la Administración del Estado es el cuerpo colaborador del Presidente en su labor de gobierno y administración. Precisamente, la ejecutoriedad del acto administrativo se funda en la necesidad de que el Presidente de la República, y los órganos que colaboran con él, es decir, los órganos de la Administración del Estado, lleven a cabo adecuadamente la labor de gobierno y administración. Como lo ha puntualizado la doctrina nacional ya citada, se considera a la ejecutoriedad como un elemento necesario para cumplir con el mandato constitucional de hacer realidad el "bien común" y "servir a la persona humana".

Enseguida, conforme a nuestra Constitución, corresponde al legislador regular los procedimientos a través de los cuales actúan los órganos de la Administración del Estado. Para ello goza de un amplio margen de apreciación. La Constitución ha reservado, además, expresamente al poder del legislador la regulación de las formas en que deben desenvolverse tanto los procedimientos administrativos como judiciales (artículo 19 Nº 3, inciso quinto, artículo 63 Nº 3 y Nº 18, artículo 65, inciso cuarto, Nº 2). Sin embargo, la Constitución no prejuzga sobre cuáles deben ser estos procedimientos, ni mucho menos prohíbe que el legislador, dentro de los márgenes constitucionales, establezca la ejecutoriedad inmediata de los actos estatales, entre ellos, el acto administrativo. Sólo obliga a actuar con respeto a los derechos fundamentales (artículo 5º, inciso segundo, y artículo 19 Nº 26). En cumplimiento del mandato del artículo 63 Nº 18, el legislador puede regular los efectos de un acto que surge a consecuencia de la tramitación de un procedimiento administrativo, como efectivamente lo ha hecho en la Ley Nº 19.880, incluyendo entre estos efectos la ejecutoriedad. Lo mismo ocurre con el artículo 65, inciso cuarto, Nº 2, conforme al cual sólo una ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República puede determinar las funciones y atribuciones de los servicios públicos.

Asimismo, como señala la doctrina, "el acto administrativo es ejecución de ley (artículo 32 Nº 8); por su parte la ejecución del acto administrativo es la ejecución del acto mismo, pero también, en el fondo, es ejecución de la ley, lo que viene a significar que la inejecución o incumplimiento del acto administrativo representa la inejecución o incumplimiento de la ley, y como la Administración debe ejecutar y guardar y hacer guardar las leyes (artículo 27, inciso final), quiere decir que puede forzar el cumplimiento del acto resistido o incumplido". (Fiamma Olivares, Gustavo, "El Régimen Administrativo Tutelado", en Gaceta Jurídica Nº 71, 1976, p. 8).

Además, esto se encuentra reconocido en la regulación que hace el texto de la Constitución de los recursos jurisdiccionales. Así, el recurso por privación o desconocimiento de nacionalidad suspende por su sola presentación los efectos del acto o resolución (artículo 12). De no establecer esta suspensión de pleno derecho, el acto produciría efectos. Lo mismo sucede con el artículo 38 de la Constitución, que permite reclamar ante los tribunales que determine la ley si la persona se considera lesionada en sus derechos por la administración. El procedimiento de reclamo queda entregado a la regulación de una ley (artículos 77 y 63 Nº 3), la que debe disponer si se suspende o no la decisión administrativa. La regla general es que las leyes no establezcan la suspensión del acto reclamado, por la sola interposición del recurso. Por ejemplo, el reclamo por ilegalidad municipal (artículo 141, D.F.L. Nº 1, Interior, 2006, que Fija el Texto Refundido de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades); el reclamo por ilegalidad regional (artículo 108, D.F.L. Nº 1, Interior, 2005, que Fija el Texto Refundido de la Ley Orgánica sobre Gobierno y Administración Regional). En ambos casos, la Corte es la que dicta la orden de no innovar si considera que puede existir daño irreparable para el recurrente. Lo mismo sucede con el recurso de protección, en que la Constitución faculta a la Corte para adoptar "de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho" (artículo 20). Consecuente con ello, el auto acordado de la Corte Suprema que lo regula (Auto acordado sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales, publicado en el Diario Oficial el 27.06.1992) establece que cuando la Corte lo estime conveniente para los fines del recurso, puede decretar la orden de no innovar. Tratándose de las facultades del Tribunal Constitucional, si se le requiere en relación con la inconstitucionalidad de un decreto, la sentencia que acoja el requerimiento hace que quede sin efecto de pleno derecho dicha norma, con el solo mérito de esa sentencia (artículo 94, inciso tercero). Con ello hace desaparecer el acto, como si nunca hubiere existido. Pero se requirió que este efecto se regulara expresamente en la Constitución y fuera producto de la decisión de un tribunal. Dicho efecto parte de la base que el acto produjo efectos, que son eliminados por la sentencia del tribunal. Para evitar perjuicio a los particulares, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional faculta para dictar medidas cautelares, de oficio o a petición de parte (artículo 38).

13. Que la legitimidad de la ejecutoriedad del acto administrativo ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional, quien ha considerado dos fundamentos para ello.

Por una parte, la presunción de legalidad del acto administrativo. Así ha señalado: "desde luego, debe darse por establecido que el supuesto de este argumento, cual es la presunción de legalidad de los actos de la administración, recogido expresamente en una norma legal, resulta concordante con fines constitucionales, como los ya referidos en el considerando anterior. La vigencia misma de un Estado de Derecho se haría francamente dificultosa si no se partiera de este supuesto y los actos de la Administración no tuvieran valor hasta tanto no fueran impugnados y validados en sede judicial o por la vía de otros mecanismos de control". (STC 1345, 25.05.2009).

Por la otra, lo ha hecho sobre la base de la eficacia del actuar de la administración. A propósito del cuestionamiento que hizo esta Magistratura del solve et repete, distinguió dicha obligación de consignar, en forma previa a la reclamación, del cumplimiento del acto. El solve repete "no se opone a la ejecución de los actos administrativos" (STC 1173, 16.04.2009); "la eficacia y el imperio de las resoluciones administrativas dice relación con su cumplimiento y no con las barreras que se establezcan para reclamar de ellas" (STC 1345, 25.05.2009; 1046, 22.07.2008, 1061, 28.08.2008; 1253, 27.01.2009; 1279, 02.04.2009). Citando a Fernando Garrido Falla, el Tribunal sostuvo: "A nuestro juicio, es erróneo considerar esta regla como una exigencia próxima o remota del principio de la ejecutividad. Lo que este último postula es sencillamente la no suspensión del acto administrativo que liquide el crédito ni, por tanto, la suspensión del oportuno procedimiento de apremio que se iniciase para hacerlo efectivo, aunque el particular utilice los recursos procedentes". (STC 1173, 16.04.2009). En otra sentencia, sostuvo: "la obligación de consignación previa para recla-

mar es enteramente independiente de que el reclamo suspenda, de pleno derecho, el cumplimiento de la sanción o que el juez pueda, de oficio o a petición de parte, suspender su cumplimiento, resolución que puede estar sujeta a causales legales más o menos exigentes o al solo criterio del juez. Cualquiera forma de regulación de suspensión de la medida reclamada puede coexistir con o sin la regla que exige el previo pago de la multa y con sus diversas modalidades de procedencia. La de la (no) suspensión de la sanción sí es un medio idóneo para el fin alegado por el Consejo de Defensa". (STC 1046, 22.07.2008). Y en otras sentencias, agregó: "para lograr que la tramitación del reclamo en contra de una sanción no afecte en demasía la eficacia de la multa y la oportunidad en su cumplimiento, el derecho cuenta con una serie de instrumentos relativos a los efectos, suspensivos o no, de la reclamación judicial sobre la ejecución de la sanción" (STC 1345, 25.05.2009; 1046, 22.07.2008). "Es un objetivo legítimo asegurar que las multas efectivamente sean pagadas por quienes han cometido la infracción" (STC rol 1173, 16.04.2010).

14. Que la legitimidad de la ejecutoriedad del acto administrativo ha sido reconocida por sentencias de otros Tribunales Constitucionales. Así, el Tribunal Constitucional español ha señalado que "la ejecutividad, manifestación de la autotutela administrativa, no pugna, en sí misma, con regla o principio alguno de la Constitución" (STC 238, 17.12.1992). Y respecto de la ejecutividad de los actos sancionadores ha señalado que "el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión". (STC 66, 06.06.1984).

15. Que la ejecutoriedad del acto administrativo se encuentra reconocida de modo general en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. Esta se expresa, en primer lugar, en que el acto administrativo puede cumplirse una vez que ha sido notificado o publicado, según sea de efectos particulares o generales (artículo 51). En segundo lugar, en que, por regla general, los recursos administrativos o jurisdiccionales no suspenden el cumplimiento del acto (artículos 3º, inciso final, y 57, inciso primero). Y, en tercer lugar, en que la administración puede, de oficio, disponer el cumplimiento del acto (artículo 3º).

16. Que, establecida la ejecutoriedad del acto administrativo, cabe preguntarse qué garantía tienen los particulares frente a esa potestad.

La garantía que tiene el particular frente a la ejecutoriedad del acto administrativo es solicitar la suspensión del mismo. Esta consiste en la interrupción provisional de la eficacia de un acto administrativo, dispuesta, total o parcialmente, de oficio o a petición de parte, en sede administrativa o jurisdiccional.

En efecto, la cesación de eficacia de un acto administrativo puede ser definitiva o temporal. Es definitiva, por ejemplo, cuando se cumple el acto, se invalida o anula. Es, en cambio, temporal, transitoria o provisional, cuando se suspende.

La suspensión "es una medida de carácter provisional y cautelar, llamada a asegurar la integridad del objeto litigioso (suspensión en vía de recurso) o garantizar la imposición del criterio del ente u órgano superior que ostenta la tutela o el control sobre el autor del acto (suspensión como medida de tutela o control) en tanto se produce una decisión definitiva sobre la validez del mismo" (García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, ob.cit., p. 587).

La suspensión es una medida preventiva que equilibra adecuadamente la prerrogativa de la administración y los derechos del particular. Se trata de una medida preventiva, pues implica "la transitoria paralización de los efectos del acto administrativo... La esencia de la suspensión radica en constituir una típica medida de control del aparato administrativo por el Poder Judicial, para evitar que el privilegio de la ejecutividad adquiera un marcado cariz arbitrario en detrimento de los derechos o intereses de los particulares" (Rodríguez Arana, Jaime; La suspensión del acto ad-

ministrativo; Editorial Montecorvo, Madrid, 1986, pp. 49 y 185). "La suspensión de la eficacia de un acto administrativo con carácter temporal es, generalmente, una medida cautelar dirigida a asegurar que la resolución del procedimiento que resuelva la impugnación del acto, pueda ser efectiva y no se produzca en un momento en el que, por la consolidación de hechos de los efectos del mismo, resulte completamente inútil" (Bocanegra, Raúl; Lecciones sobre el acto administrativo; Editorial Civitas, Madrid, 2002, p. 118).

17. Que la suspensión puede solicitarse en cualquier tipo de procedimiento administrativo o jurisdiccional, pues ésta puede ser dispuesta "por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio, o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional" (artículo 3º, inciso final, Ley Nº 19.880).

En sede administrativa el interesado debe alegar "que el cumplimiento del acto recurrido pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviere, en caso de acogerse el recurso" (artículo 57, Ley Nº 19.880).

En sede jurisdiccional, el interesado debe alegar lo que el recurso respectivo exija para obtener la orden de no innovar. Así, en los citados recursos de ilegalidad municipal e ilegalidad regional, se exige alegar "daño irreparable".

En este caso particular, el interesado, para pedir la suspensión, debe invocar el artículo 3º de la Ley Nº 19.880. Dado que para solicitar la suspensión judicial del acto, la Ley Nº 19.880 no establece una causal especial, como lo hace para pedir la suspensión vía recurso administrativo, basta que alegue el daño que el cumplimiento de la multa le provocaría.

18. Que siendo legítima la ejecutoriedad del acto administrativo, porque no se contrapone con la Constitución, toda vez que ha sido reconocida por la jurisprudencia de este Tribunal, y porque ha sido reconocida por la doctrina, además de que ha sido consagrada expresamente en textos legales, resulta errónea la afirmación de los recurrentes de que la multa aplicada en contra suya no puede ser cumplida sin cautela judicial previa.

Más todavía si en el presente caso nunca los recurrentes han solicitado ni en la gestión pendiente ni ante los tribunales en que objetaron la aplicación de la multa, la suspensión de la aplicación de ésta.

19. Que un segundo cuestionamiento que es necesario formular al voto de mayoría dice relación con la objeción y desconocimiento que se hacen al procedimiento administrativo previo a la sanción aplicada a los recurrentes.

En la lógica de la mayoría, sólo la intervención judicial es una garantía suficiente.

Sin embargo, desconocen que la multa que se aplicó a los recurrentes fue la culminación del sumario sanitario que se instruyó en su contra, regulado en los artículos 161 y siguientes del Código Sanitario y supletoriamente por la Ley Nº 19.880, donde los interesados pudieron aportar pruebas y hacer sus descargos.

El procedimiento administrativo es una garantía para los interesados, pues pueden hacer alegaciones (artículo 10, Ley Nº 19.880), acceder al expediente y conocer su estado (artículo 17), pedir prueba para acreditar hechos (artículo 35), acompañar documentos (artículo 10), presentar recursos (artículos 15, 55, 59 y 60).

20. Que este Tribunal ha reconocido la importancia del procedimiento administrativo como garantía para los derechos de las personas. En primer lugar, porque lo ha considerado una manifestación de lo establecido en el artículo 19 Nº 3 de la Constitución. Así ha señalado: "Que, de

lo razonado en los considerandos precedentes, fluye que los principios del artículo 19 Nº 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, trátese 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 Nº 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. Por consiguiente, el legislador ha sido convocado por el Poder Constituyente a ejercer su función en plenitud, esto es, tanto en cuestiones sustantivas como procesales, debiendo en ambos aspectos respetar siempre lo asegurado por la Carta Fundamental en el numeral referido;" (STC 437, 21.04.2005).

En segundo lugar, porque debe existir en todos los procedimientos para no consolidar situaciones jurídicas. En este sentido, ha señalado: "Recordemos también 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". (STC 376, 17.06.2003; 389, 28.10.2003).

En tercer lugar, porque ha objetado la existencia de sanciones administrativas sin que las leyes regulen los respectivos procedimientos. Así ha expresado: "Que, del examen de las disposiciones transcritas en el considerando anterior, se desprende que, en ninguna de ellas, se contempla un procedimiento que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de las sanciones que en cada caso se establecen. Que resulta evidente, en consecuencia, que el Legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en las situaciones que, de acuerdo con las disposiciones indicadas, determinan la imposición de una sanción. A mayor abundamiento, lo recién advertido por este Tribunal puede lesionar el ejercicio de los derechos comprometidos, circunstancia que pugna con las garantías que, en los incisos primero y segundo del numeral tercero, del artículo 19, la Carta Fundamental consagra para resguardarlos;" (STC 376, 17.06.2003; 389, 28.10.2003, 1602, 01.06.2010).

21. Que lo anterior es relevante porque la multa se dictó como consecuencia de un procedimiento administrativo desarrollado ante el Instituto de Salud Pública (artículos 8º y 19, LBPA). El procedimiento en cuestión se rige por los artículos 161 y siguientes del Código Sanitario y, supletoriamente, por las disposiciones de la LBPA. El procedimiento se inicia de oficio o por denuncia particular (artículo 161 del Código Sanitario). En su instrucción, el impulso corresponde al Instituto (artículo 162) y la ley regula trámites obligatorios de instrucción según si el procedimiento se inició de oficio o por denuncia (artículos 163 y 164). Las notificaciones se hacen por los funcionarios del Instituto o por la fuerza pública (artículo 165). La ley da reglas especiales en cuanto al estándar de convicción para lograr un acto sancionatorio (artículo 166). La multa se contiene en una resolución final que el Código Sanitario llama "sentencia definitiva" (artículos 18 y 41 de la LBPA y artículo del 167 Código Sanitario). En cuanto a su ejecución, el Código Sanitario da reglas que son análogas a las de la Ley Nº 19.880. Primero, es necesario que el acto administrativo sea intimado al particular sancionado (artículo 168 del Código Sanitario y artículo 50 LBPA). Segundo, la ejecución se hace de oficio por el propio órgano, con el auxilio de la fuerza pública (artículo 169 del Código Sanitario y artículo 51 de la LBPA). Tercero, el acto administrativo se ejecuta inmediatamente, sin que sea suspendido por la interposición de recursos administrativos o judiciales, a menos que se solicite y pruebe la necesidad de suspenderlo (artículos 170 y 172 del Código Sanitario y artículo 57 de la LBPA).

22. Que no puede, en consecuencia, desconocerse que el procedimiento administrativo es una garantía para las personas.

23. Que un tercer cuestionamiento al razonamiento de la mayoría es la asimilación que se hace de la multa a una sanción penal. Es cierto que el artículo 79 del Código Penal establece que "no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de una sentencia ejecutoriada"; pero esa regla es radicalmente distinta tratándose de un acto administrativo.

La multa que se aplicó a los recurrentes por el Instituto de Salud Pública es una sanción administrativa. Como tal, es un acto administrativo. Por de pronto, porque es una manifestación de voluntad de la administración. Es el primer elemento que exige el concepto de acto administrativo que da el artículo 3º de la Ley Nº 19.880, conforme al cual éste es justamente una exteriorización de voluntad. En el caso particular que se analiza, se aplica una multa a determinadas personas (resoluciones 3411 y 2319). Enseguida, el acto administrativo emana de un órgano de la administración del Estado. En este caso, el Instituto de Salud Pública. En tercer lugar, se ejerce una potestad pública. En este caso, una sanción por infracción a la regulación de los medicamentos. Finalmente, se siguió un procedimiento administrativo para la aplicación de la multa: el sumario sanitario.

El reconocimiento de los actos administrativos sancionatorios ha sido formulado más de una vez por esta Magistratura (STC rol 124, 18.06.1991, y STC rol 287, 27.05.1999).

La multa es técnicamente un acto administrativo desfavorable, pues restringe los derechos de las personas al condenarlas a pagar una suma de dinero como consecuencia del hecho ilícito en que incurrieron. Como tal, requiere de un procedimiento administrativo previo (artículos 28 y 29 de la Ley Nº 19.880), que la resolución que la aplica esté fundada (artículo 11 de la Ley Nº 19.880) y que no sea retroactiva (artículo 52 del mismo cuerpo legal).

Como sanción administrativa, la multa la aplica un órgano administrativo, después de un procedimiento administrativo, a consecuencia de una infracción administrativa.

Por eso, la multa ha sido definida como "una decisión administrativa que, a consecuencia de la realización de un ilícito, obliga al sujeto sancionado al pago, mediato o inmediato... de una cantidad de dinero... es impuesta por algún órgano de cualquiera de las administraciones públicas, de acuerdo a las normas del procedimiento administrativo, ya sean las comunes o generales, ya alguna especial. De modo que la imposición de una multa administrativa implica la puesta en marcha de un acto administrativo. Es importante recalcar el carácter de acto administrativo, de donde resulta, por el contrario, que no se trata de un acto jurisdiccional, aunque como tal acto administrativo, la multa tenga luego acceso a la jurisdicción". (Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, "Multas administrativas", en Revista de Administración Pública, Madrid, Nº 79, pp. 10, 11 y 12).

24. Que en nada obsta al reconocimiento de la naturaleza administrativa de las sanciones de multa el que se les apliquen tanto las garantías sustantivas como procedimentales del ius puniendi del Estado, como lo ha dicho este Tribunal (STC rol 244, 26.08.1996; STC rol 747, 31.08.2007).

25. Que un cuarto cuestionamiento a la tesis de la mayoría es la afirmación que estamos en presencia de una pena privativa de libertad utilizada como forma de apremio o prisión, que reemplaza, por vía de sustitución, el pago de la multa (considerando 17º), donde no interviene un tribunal que determine la tipicidad de la conducta, su antijuridicidad, la culpabilidad del sujeto, así como la gradualidad (considerando 18º).

26. Que, antes de responder a dicha objeción, es necesario señalar que la medida que se cuestiona se enmarca dentro de un procedimiento destinado a llevar a la práctica la multa administrativa. La administración necesita la ejecución forzosa de sus actos si existe resistencia pasiva o activa de la persona obligada a su cumplimiento.

"Los actos administrativos están destinados a ser eficaces, es decir, su contenido es obligatorio tanto para los ciudadanos como para la Administración, lo que quiere decir que son ejecutivos, como ya hemos tenido ocasión de notar. Pero hay algunos actos que, además de la ejecutividad, disponen, sobre ella, de la característica añadida de la ejecutoriedad, es decir, la susceptibilidad de que la Administración pueda imponer el contenido obligatorio de sus propios actos administrativos utilizando medios coactivos" (Bocanegra, R., ob.cit., p. 125).

Dicha ejecución supone, por de pronto, la existencia de un acto administrativo. Enseguida, que el acto administrativo establezca una obligación que se haya incumplido. A continuación, es necesario que dicho acto sea exigible, o sea, apto para producir efectos. Ello implica, entre otras cosas, que no se haya suspendido. Finalmente, es necesario que se notifique de forma previa, antes de la ejecución, que se dispondrá su cumplimiento (Cordero, Eduardo; ob.cit., pp. 127-128; Bocanegra, Raúl; ob.cit., pp. 127 y 128; Silva Cimma, E.; ob.cit., pp. 102-103).

27. Que, en este caso particular, se instruyó un procedimiento administrativo (sumario sanitario) en contra de los requirentes, donde pudieron formular descargos y aportar pruebas. Como consecuencia de los antecedentes, la administración juzgó que existía una infracción, por lo que aplicó una multa. Notificada ésta, el Código Sanitario establece, en su artículo 168, que los infractores tienen cinco días hábiles para acreditar su pago. Si transcurrido ese plazo no se hubiere pagado la multa, se aplica el apremio del artículo impugnado.

28. Que el primer problema a resolver es la naturaleza jurídica de dicho apremio. Tal como ya se indicó, para el voto de mayoría dicha norma establece una pena privativa de libertad como forma de apremio.

Lo primero que es necesario resaltar a este respecto es que el Código Sanitario, dictado en 1968, no es muy preciso en el uso de la terminología que emplea. Por de pronto, denomina "sentencia" al acto administrativo que pone término al procedimiento absolviendo o imponiendo una sanción (artículo 167). Enseguida, dispone que la restricción de libertad que establece es "por vía de sustitución y apremio" (artículo 169), en circunstancias que si es una sanción sustitutiva, no es un apremio propiamente tal. Finalmente, habla de "prisión".

29. Que consideramos que la "prisión" de que habla dicha norma, en realidad, es un arresto, y no una prisión, por dos razones fundamentales.

En primer lugar, porque no estamos frente a una prisión. Desde luego, ésta es una pena penal, no un apremio destinado a cumplir una obligación legal no satisfecha por el sujeto pasivo de ella. Tienen en común el que sean privaciones temporales de la libertad. Pero la prisión no busca forzar a nadie a hacer algo, pues es una pena en sí misma. Enseguida, la prisión la impone un juez, quien está sujeto a un estándar probatorio para disponerla, reglado por el legislador. La medida, en cambio, que se impugna, la dispone una autoridad administrativa. Otra diferencia es que la prisión penal es producto de la comisión de un delito. Por el contrario, la medida establecida en el artículo 169 del Código Sanitario es consecuencia de no haber cumplido una sanción administrativa dentro de un plazo y que se impuso a consecuencia de un procedimiento administrativo. Asimismo, la prisión no se puede suspender. En cambio, el apremio que regula la norma impugnada puede ser suspendido vía recurso administrativo o vía decisión jurisdiccional. Además, la prisión se debe cumplir por el afectado, sin que pueda hacer nada por evitarla. A diferencia de lo anterior, en el apremio, si éste funciona, se pone término de inmediato a la privación de libertad. Finalmente, la prisión no es una pena alternativa, pues no se puede sustituir por otra. En cambio, la medida dispuesta por la autoridad sanitaria no busca reemplazar la multa administrativa; pretende que ésta se cumpla, que se pague la multa.

No puede, en consecuencia, afirmarse que estemos frente a una "prisión".

30. Que, en segundo lugar, dicha medida es más bien un arresto, ya que reúne todos los elementos que la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido para el arresto. En primer lugar, el arresto implica una privación temporal de libertad (STC 576, 24.04.2007; STC 1006, 22.01.2009). En segundo lugar, no está vinculado necesaria y exclusivamente a materias penales; el arresto es una institución que no forma parte propiamente del proceso criminal (STC 576, 24.04.2007; STC 1006, 22.01.2009). En tercer lugar, se trata de un apremio asociado al cumplimiento de deberes. El arresto busca obligar a determinados individuos a adoptar la conducta socialmente necesaria en un momento dado; es una privación provisional de libertad sujeta al cumplimiento de un acto por parte del arrestado, pues impone al afectado la carga de responder a un deber legal (STC 576, 24.04.2007; STC 1006, 22.01.2009).

El arresto busca, en la norma impugnada, que quien fue sancionado a pagar una multa, por infringir la normativa sanitaria, lo haga. Por eso, no es correcto lo que afirma la mayoría de que el apremio es una coacción que consiste en pagar para no ir a prisión, porque lo que se pretende es que se cumpla una sanción previamente establecida.

31. Que no se trata, tampoco, de una privación de libertad por deudas, pues la obligación incumplida emana de la ley, no de un contrato. Este Tribunal ha sostenido que las restricciones ilegítimas de libertad por deudas son aquellas que emanan de obligaciones civiles típicamente de derecho privado (STC 576, 24.04.2007).

Por lo demás, pagar la multa no es una sanción que genere una situación irremediable, pues de ser absuelto, puede pedir su restitución en monto equivalente a lo cancelado.

32. Que, como el apremio que la norma establece implica una medida extrema y excepcional, debe estar revestida de ciertas garantías, que este mismo Tribunal ha definido. Por de pronto, debe asegurar el cumplimiento de deberes legales (STC 576, 24.04.2007). Enseguida, debe estar expresamente establecido en la ley (artículo 19 Nº 7, letra c), de la Constitución) (STC 1006, 22.01.2009). Asimismo, es necesario que exista una orden de un funcionario público que lo disponga (artículo 19 Nº 7, letra c), de la Constitución) (STC 1006, 22.01.2009). Además, es necesario que dicha orden le sea intimada en forma legal (artículo 19 Nº 7, letra c), de la Constitución) (STC 1006, 22.01.2009). También, el arrestado debe ser puesto a disposición del juez competente dentro del plazo de 48 horas (artículo 19 Nº 7, letra c), de la Constitución) (STC 1006, 22.01.2009). Finalmente, el arrestado sólo puede permanecer en lugares públicos destinados a ese objeto o en su casa (artículo 19 Nº 7, letra d) de la Constitución).

33. Que no se escapan a estos disidentes dos cosas. Por una parte, que la medida es impuesta aquí por una autoridad administrativa: el Instituto de Salud Pública. Sin embargo, ello no es incompatible con la Constitución. Esta exige en el artículo 19 Nº 7, letra c), que la orden la imparta un "funcionario público expresamente facultado por la ley", o por "la autoridad". No habla de que el arresto sea dispuesto por un juez de manera exclusiva. Al contrario, cuando trata, por ejemplo, de la prisión preventiva, obliga a que ésta deba ser considerada por un juez y sólo por éste, para ponderar si su mantención es o no necesaria para la investigación o para la seguridad del defendido o de la sociedad (artículo 19 Nº 7, letra e)). En cambio, el arresto y la detención pueden ser dispuestos por una autoridad administrativa; incluso, cabe que, por delito flagrante, la detención la haga un particular.

Por la otra, que no todos los requisitos que exige la Constitución están establecidos en la norma impugnada. Está establecida la exigencia de funcionario público que disponga la orden de arresto, la intimación y que se cumpla en lugares públicos destinados al efecto. Los otros elementos que

demanda la Constitución no están establecidos en esa norma. Es decir, el dar aviso al juez y ponerlo a su disposición.

34. Que lo anterior es perfectamente entendible si consideramos que la norma se dictó bajo el imperio de la Constitución de 1925, donde esa exigencia no se establecía. Ello no significa que la autoridad sanitaria esté relevada de cumplirla.

La Constitución tiene fuerza obligatoria como para llenar vacíos o insuficiencias de la legislación. Más si sus preceptos establecen estándares adecuados para garantizar de mejor forma los derechos de las personas.

La insuficiencia de ciertos preceptos legales frente a la Constitución no significa necesariamente la inconstitucionalidad de éstos si pueden aplicarse dichos estándares, y si es viable una interpretación conforme a la Constitución.

Así las cosas, ordenado el arresto por la autoridad y materializado éste, la o las personas afectadas deben ser puestas a disposición de un juez.

35. Que, finalmente, es necesario señalar que la mayoría cuestiona que pueda aplicarse legítimamente un "apremio-pena" mientras no haya "verdad judicial", esto es, mientras se encuentre pendiente el respectivo pronunciamiento jurisdiccional (considerando 19º). Sin embargo, este mismo Tribunal ha considerado ajustada a la Constitución una norma que mantiene la prisión preventiva, es decir, una privación de libertad, aunque no exista una decisión judicial con fuerza de cosa juzgada (STC Rol 1001-2007, de 29.01.2008, considerandos 8º, 21º, 22º y 23º). Incluso más, en esa misma sentencia este Tribunal consideró que esa norma era constitucional a pesar de que hubiera un pronunciamiento judicial en contra de la prisión preventiva.

No se comprende por qué la garantía de un pronunciamiento judicial debería ser más estricta en el proceso administrativo sancionador que en el proceso penal. Si este Tribunal consideró que es posible la aplicación de la privación de libertad en el proceso penal sin que exista una sentencia judicial ejecutoriada y a pesar de un pronunciamiento judicial previo en contra, por qué no es posible aceptar la constitucionalidad de la ejecutoriedad de una medida coercitiva administrativa si, además, es posible solicitar su suspensión tanto en sede administrativa como jurisdiccional.

En definitiva, estos disidentes consideran que otorgar mayores garantías en el proceso sancionador administrativo que en el proceso penal, va en contra de la correcta interpretación de la Constitución y de la jurisprudencia constante de este Tribunal.

36. Que, por todas las razones señaladas, no podemos compartir el voto de la mayoría.

Redactaron la sentencia los Ministros señores Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado, la prevención, su autor y la disidencia, el Ministro señor Carlos Carmona Santander.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol 1518-2009-INA.

Se certifica que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurrió a la vista de la causa y al fallo, pero no firme por encontrarse con permiso.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto (Presidente Subrogante), Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

MATERIA
Sanción administrativa

ÓRGANO COMPETENTE
Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en el Fondo
Rol: 7117-2008
Fecha: 17.11.2010
Resultado recurso: Acogido y sentencia de reemplazo.
Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz y el Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich.
Ministro redactor: Héctor Carreño Seaman.
Partes: CMPC Celulosa Pacífico S.A. con SEREMI de Salud IX Región

DESCRIPTORES
Derecho Administrativo Sancionador – *Ius Puniendi* – Valor Probatorio – Carga de la Prueba – Principio de Tipicidad – *Non Bis in Idem*.

PRINCIPIO JURÍDICO
El Derecho Administrativo sancionador impone garantías de procedimiento y sustantivas.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Arts. 764, 767 y 807 Código de Procedimiento Civil; Arts. 3º, 67, 73, 166 y 174 Código Sanitario.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Las garantías para la imposición de sanciones administrativas son iguales a las relativas a las sanciones penales?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
Desde la planta de la empresa CMPC Celulosa Pacífico S.A. se produjo un derrame de petróleo hacia un cauce natural denominado "Quebrada Sin Nombre" que desemboca en el Estero Tijeral.

Se constituyó en el lugar personal de la SEREMI de Salud IX Región y se levantó el acta respectiva, en la que se dejó expresa constancia del escurrimiento de gran cantidad de líquido viscoso color negro, con olor a petróleo, a través del canal de regadío sin nombre que se origina en la Quebrada Huelehueico y que descarga sus aguas al canal de riego Tijeral.

La autoridad Sanitaria inició un sumario que culminó con la aplicación de una multa en virtud de la Resolución Nº 002983 de 17 de agosto de 2005. CMPC Celulosa S.A. reclamó de multa sanitaria, lo cual fue acogido en primera instancia, dejándose sin efecto la resolución referida. La Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la

sentencia de primer grado, ante lo cual el Fisco de Chile dedujo recurso de casación en el fondo para ante la Corte Suprema.

ALEGACIONES

La sentencia recurrida, al establecer que los hechos que se imputan a la reclamante no se encuentran acreditados en el sumario sanitario, alteró el *onus probandi*, ya que los artículos 166 y 171 del Código Sanitario establecen que es el reclamante quien debe desvirtuar los hechos que se hayan establecidos en el acta de inspección.

Como consecuencia de la infracción referida se vulneraron las normas que facultan a la autoridad sanitaria para sancionar a quien atente contra la salud pública. Estas disposiciones también han sido infringidas al sostenerse en el fallo recurrido que no procedía aplicar la multa por no estar tipificados los hechos fundantes de la misma y haber sido sancionada la reclamante por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC).

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*

El artículo 166 del Código Sanitario estatuye que "[b]astará para dar por establecida la existencia de una infracción a las leyes y reglamentos sanitarios el testimonio de dos personas contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales; o el acta, que levante el funcionario del Servicio al comprobarla". Es decir, el legislador ha conferido al acta el mérito suficiente para dar por establecidos los hechos que en ella se contienen. De esta forma, la obligación de desvirtuarlos recae sobre la reclamante debiendo aportar esta parte los antecedentes probatorios suficientes al efecto (C. 9).

Del análisis de la Resolución 002983 se puede concluir que los fundamentos de la misma están constituidos no sólo por aquello que se consigna en su número 7, sino por todos los antecedentes que se contienen en cada uno de sus diez considerandos, siendo el primero de ellos el derrame de petróleo desde la Planta de la reclamante hacia el canal de regadío sin nombre, hecho no cuestionado por las partes y que fue constatado por los funcionarios de la SEREMI de Salud de la IX Región y que se encuentra prohibido por el artículo 73 del Código Sanitario (C. 10).

A mayor abundamiento y tal como lo ha señalado esta Corte, la potestad sancionatoria de la administración en materia de salud es genérica, no siendo necesario que en las infracciones a leyes y reglamentos se encuentren tipificadas específicamente todas y cada una de las eventuales conductas que atenten contra la población y que merezcan sanción. La particular naturaleza de las contravenciones administrativas, en las que se suman componentes múltiples y complejos, algunos impregnados de elementos técnicos y sujetos a variabilidad en el tiempo, factores que hacen imposible su condensación descriptiva en un precepto de orden general como lo es una ley, hace que el principio de la tipicidad, al traspasarse al ámbito sancionatorio de la Administración, admita ciertos matices de atemperación. Como señala refiriéndose a este punto el tratadista Enrique Cury, no obstante que las sanciones punitivas tie-

nen un origen común en el *ius puniendi* del Estado, habida consideración que estas últimas importan un injusto de significación ético-social reducida, la imposición de las sanciones que les corresponda no requiere de garantías tan severas como las que rodean a la sanción penal (C. 11).

La circunstancia de haber sido sancionada la empresa CMPC Celulosa por la SEC no constituye una cuestión relevante al momento de resolver sobre la procedencia de la multa materia del sumario seguido por la autoridad sanitaria. En efecto, como presupuesto de aplicación del principio *non bis in idem* se exige una triple identidad de hechos, de sujeto y de fundamentos, requisitos que no se dan en la especie. La sanción impuesta por la Resolución 030 de 16 de abril de 2008 por la SEC se refiere a conductas y fundamentos distintos, específicamente por aquéllas referidas en el motivo 5.1 de la citada Resolución, esto es, ""[n]o velar por la correcta operación, inspección y mantención de la instalación de almacenamiento principal de Fuel Oil Nº 6", lo que difiere de los presupuestos fácticos que motivaron la multa que se discute en estos autos y que se contienen en la Resolución reclamada (C. 12).

La potestad del Servicio de Salud IX Región para adoptar la decisión de aplicar la multa contenida en la Resolución 002983 de 17.08.2005, que impone a la empresa CMPC Celulosa S.A. una multa de 700 U.T.M., emana de los artículos 3º, 67 y 174 del Código Sanitario en cuanto las primeras facultan a la autoridad administrativa a atender las materias relacionadas con la salud pública y el bienestar higiénico del país, debiendo velar porque se eliminen todos los factores, elementos o agentes que afecten la salud, la seguridad y bienestar de los habitantes; y la última dispone que la infracción al Código Sanitario, sus Reglamentos o las Resoluciones que dicte la Autoridad Sanitaria será sancionada con multa de 0.1 hasta 1.000 UTM (C. 13).

CONCLUSIÓN

Las garantías que rodean la imposición de sanciones administrativas no son iguales a las relativas a las sanciones penales. Esto se fundamenta, en término generales, en que los ilícitos administrativos importan un injusto de significación ético-social reducida, por lo que la imposición de sanciones en este ámbito no requiere de garantías tan severas como las que rodean a la sanción penal.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia es relevante pues en ella la Corte decide utilizar un matiz relevante en materia de Derecho administrativo sancionador en relación a lo sostenido por el TC y la CGR, así como en algunas decisiones de la propia Corte (ver 4627-2008 publicado en este libro).

En ella la Corte opta por sostener que la sanción administrativa, al disponer de una condición cualificada inferior (reproche ético-social) al que le corresponde a la sanción penal, no se justifica de disponer de idénticas garantías. Esta cuestión para la corte es especialmente relevante en materias vinculadas al non bis in ídem, como en el presente caso.

TEXTO COMPLETO

Santiago, diecisiete de noviembre de dos mil diez.

Vistos:

En autos rol Nº 7117-2008, juicio sumario de reclamación de multa sanitaria, el Fisco de Chile dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco que confirmó la de primer grado que acogió la reclamación interpuesta por CMPC Celulosa S.A. y dejó sin efecto la resolución Nº 002983 de 17 de agosto de 2005, emitida por la Secretaría Regional Ministerial de Salud IX Región.

Se trajeron estos autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurrente denuncia la infracción de los artículos 3º, 67, 73, 161, 166, 171 y 174 del Código Sanitario, en relación con el artículo 19 inciso 1º del Código Civil. Expresa en síntesis que la sentencia recurrida, al establecer que los hechos que se imputan a la reclamante no se encuentran acreditados en el sumario sanitario, alteró el onus probandi porque los artículos 166 y 171 del Código Sanitario establecen que es el reclamante quien debe desvirtuar los hechos que se hayan establecidos o en el acta de inspección o con la declaración de dos testigos. Añade que como consecuencia de la infracción se vulneraron las normas que facultan a la autoridad sanitaria para sancionar a quien atente contra la salud pública. Agrega que estas disposiciones también han sido infringidas al sostenerse en el fallo recurrido que no procedía aplicar la multa por no estartipificados los hechos fundantes de la misma y haber sido sancionada la reclamante por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

Segundo: Que explicando la forma en que se produjo la infracción que se denuncia, el recurrente sostiene que e l artículo 166 del Código Sanitario establece que basta para dar por establecida la existencia de una infracción a las leyes y reglamentos sobre la materia la declaración de dos personas contestes en el hecho y sus circunstancias esenciales, o el acta que levante el funcionario del servicio para comprobarla; es decir, la ley asigna a la parte reclamante la carga de tener que acreditar que lo expuesto en el acta o por los dos testigos, como ocurre en este caso, no corresponde a la realidad. Indica que lo mismo acontece con el artículo 171 del Código Sanitario, en cuanto esta disposición señala que el reclamo debe ser desechado si los hechos que hayan motivado la sanción se encuentran acreditados en el sumario.

Tercero: Que el recurrente añade que como consecuencia de las infracciones ya expresadas se vulneraron además los artículos 3º y 67 del Código Sanitario, que facultan a la reclamada a atender las materias de salud relacionadas con la salud pública y el bienestar higiénico del país, debiendo velar porque se eliminen todos los factores que la afecten, pues no obstante encontrarse acreditados los hechos constitutivos de la infracción sanitaria se dejó sin efecto la multa impuesta por la autoridad.

Cuarto: Que el recurso sostiene que además se ha vulnerado el artículo 73 del Código Sanitario, el que expresamente prohíbe descargar residuos industriales en ríos o en cualquier otra fuente o masa de agua que sirva para proporcionar agua potable o de riego, para lo cual la autoridad sanitaria puede ejercer las facultades contenidas en el Libro IX del Código del ramo.

Quinto: Que la infracción a los artículos 161 y 174 del Código Sanitario la sustenta en la circunstancia que, pese a encontrarse acreditada en el sumario la infracción por parte de CMPC Celulosa, sin que haya sido desvirtuada por la prueba rendida por la reclamante, se dejaron de aplicar las normas ya indicadas.

Sexto: Que al explicar la forma en que los errores de derecho que denuncia han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, expresa que de haberse interpretado correctamente las normas del Código Sanitario antes referidas, esto es, con arreglo al artículo 19 inciso primero del Código Civil, se debió concluir en forma necesaria que los hechos de que da cuenta el sumario administrativo constituyen una infracción al Código Sanitario y que la autoridad se encuentra facultada para imponer al infractor la multa de que da cuenta la Resolución reclamada, siendo irrelevante que otro organismo la Superintendencia de Electricidad y Combustibles– haya impuesto una multa por conductas distintas, por lo que, en vez de haber confirmado la sentencia, los sentenciadores de segundo grado debieron revocarla y rechazar la reclamación entablada en contra de la Secretaría Regional Ministerial de la Araucanía, IX Región, en todas sus partes, con costas.

Séptimo: Que para resolver el presente recurso resulta necesario consignar que son hechos de la causa, por no haberlos discutido las partes, los siguientes: 1) Que desde la planta de la Empresa CMPC Celulosa Pacífico S.A., ubicada en Mininco, comuna de Collipulli, IX Región, se produjo un derrame de petróleo Fuel Oil Nº 6 hacia un cauce natural denominado "Quebrada sin nombre" que desemboca en el Estero Tijeral. 2) Que se constituyó en el lugar personal de la Secretaría Regional Ministerial de Salud y se levantó el acta respectiva, en la que se dejó expresa constancia del escurrimiento de gran cantidad de líquido viscoso color negro, con olor a petróleo, a través del canal de regadío sin nombre que se origina en la Quebrada Huelehueico y que descarga sus aguas al canal de riego Tijeral. 3) Que en el acta se dejó constancia de los siguientes hechos: a) En terreno se observan tres puntos del canal de riego sin nombre, en los cuales cuadrillas de trabajadores se encuentran recuperando el producto derramado, para lo cual se están utilizando procedimientos rudimentarios, tales como una empalizada de contención, baldes, palas y contenedores de 1.000 litros de capacidad, en donde se dispone el producto recuperado. b) En el lugar de trabajo se observa un camión retirando siete contenedores con el producto recuperado, manteniéndose en terreno 4 depósitos más para su retiro. El destino del vehículo es la planta CMPC Celulosa Planta del Pacífico. c) Al momento de la inspección se observa que las aguas de ambos canales, que descargan sus aguas en el río Vergara, presentan una capa aceitosa en su superficie; esta agua se usa para riego y bebida animal principalmente por los parceleros del secto r. d) La descarga de estas aguas al río Vergara se produce a la altura de la localidad de Tijeral, comuna de Renaico. e) Inspeccionado el recinto de la planta en conjunto con personal técnico de la empresa, se verificó derrame de petróleo desde un estanque de almacenamiento, el que escurrió desde la tubería de drenaje de aguas lluvias y condensado, para evitar anegamiento del pretil hacia la quebrada Huelihueico. f) Se deja establecido que el hecho fue denunciado por el Alcalde de la comuna de Collipulli a la Autoridad Sanitaria. g) Se informa por parte de la empresa que hasta ese momento (14.06.05) se habían recuperado 20 contenedores de 1.000 litros del producto derramado. 4) Que la autoridad Sanitaria inició un sumario que culminó con la aplicación de la multa que motiva la presente reclamación.

Octavo: Que para acoger la reclamación interpuesta los sentenciadores de la instancia estimaron que los hechos que se imputan a la empresa CMPC Celulosa no se encuentran acreditados en el sumario administrativo (fundamento décimo octavo del fallo de primera instancia). Además, siguiendo el planteamiento de la sociedad reclamante, consideraron que la Resolución reclamada que impuso la multa tiene como fundamento que la empresa CMPC Celulosa S.A. no actuó en forma rápida, coordinada y de acuerdo a un plan preestablecido como lo exigía la situación en análisis, lo que se traduce en un impacto mayor en el medio ambiente y en el deterioro de la calidad de vida de las personas que se servían de los cauces naturales contaminados con el derrame, sustento que califican de genérico y vago y sin respaldo normativo. Finalmente, tuvieron presente que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles aplicó a la reclamante una multa por los mismos hechos.

Noveno: Que el artículo 166 del Código Sanitario estatuye: "Bastará para dar por establecida la existencia de una infracción a las leyes y reglamentos sanitarios el testimonio de dos personas contestes

en el hecho y en sus circunstancias esenciales; o el acta, que levante el funcionario del Servicio al comprobarla". Es decir, el legislador ha conferido al acta el mérito suficiente para dar por establecidos los hechos que en ella se contienen. De esta forma, la obligación de desvirtuarlos recae sobre la reclamante debiendo aportar esta parte los antecedentes probatorios suficientes al efecto.

Décimo: Que del análisis de la Resolución 002983 de 17 de agosto de 2005 se puede concluir que los fundamentos de la misma están constituidos no sólo por aquello que se consigna en su número 7º, sino en todos los antecedentes que se contienen en cada uno de sus diez considerandos, siendo el primero de ellos el derrame de petróleo desde la Planta de la reclamante hacia el canal de regadío sin nombre,hecho no cuestionado por las partes y que, como ya se señaló en el motivo séptimo, fue constatado por los funcionarios de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la IX Región y que se encuentra prohibido por el artículo 73 del Código Sanitario.

Undécimo: Que a mayor abundamiento y tal como lo ha señalado esta Corte, la potestad sancionatoria de la administración en materia de salud es genérica, no siendo necesario que en las infracciones a leyes y reglamentos se encuentren tipificadas específicamente todas y cada una de las eventuales conductas que atenten contra la población y que merezcan sanción. La particular naturaleza de las contravenciones administrativas, en las que se suman componentes múltiples y complejos, algunos impregnados de elementos técnicos y sujetos da variabilidad en el tiempo, factores que hacen imposible su condensación descriptiva en un precepto de orden general como lo es una ley, hace que el principio de la tipicidad, al traspasarse al ámbito sancionatorio de la Administración, admita ciertos matices de atemperación. Como señala refiriéndose a este punto el tratadista Enrique Cury, no obstante que las sanciones punitivas tienen un origen común en el ius puniendi del Estado, habida consideración a que estas últimas importan un injusto de significación ético-social reducida, la imposición de las sanciones que les corresponda no requiere de garantías tan severas como las que rodean a la sanción penal. (Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile.1992).

Duodécimo: Que la circunstancia de haber sido sancionada la empresa CMPC Celulosa por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles no constituye una cuestión relevante al momento de resolver sobre la procedencia de la multa materia del sumario seguido por la autoridad sanitaria. En efecto, como presupuesto de aplicación del principio non bis in idem se exige una triple identidad de hechos, de sujeto y de fundamentos, requisitos que no se dan en la especie, ya que la sanción impuesta por la Resolución Nº 030 de 16 de abril de 2008 por la Superintendencia mencionada se refiere a conductas y fundamentos distintos, específicamente por aquéllas referidas en elmotivo 5.1 de la citada Resolución, esto es, "No velar por la correcta operación, inspección y mantención de la instalación de almacenamiento principal de Fuel Oil Nº 6", lo que difiere de los presupuestos fácticos que motivaron la multa que se discute en estos autos y que se contienen en la Resolución reclamada. Décimo tercero: Que la potestad del Servicio de Salud IX Región para adoptar la decisión de aplicar la multa contenida en la Resolución Nº 002983 de 17 de agosto de 2005, que impone a la empresa CMPC Celulosa S.A. una multa de 700 U.T.M., emana de los artículos 3º, 67 y 174 del Código Sanitario en cuanto las primeras facultan a la autoridad administrativa a atender las materias relacionadas con la salud pública y el bienestar higiénico del país, debiendo velar porque se eliminen todos los factores, elementos o agentes que afecten la salud, la seguridad y bienestar de los habitantes; y la última dispone que la infracción al Código Sanitario, sus Reglamentos o las Resoluciones que dicte la Autoridad Sanitaria será sancionada con multa de 1/10 (un décimo) de UTM hasta 1.000 UTM.

Décimo cuarto: Que de esta forma, al haber razonado y concluido como lo hicieron, los jueces del grado han incurrido en los errores de derecho que se denuncian en el recurso, el que por consiguiente ha de ser acogido.

De conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 767 y 807 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de la presentación de fojas 616 contra la sentencia de catorce de octubre del año dos mil ocho, escrita a fojas 614, la que se invalida y reemplaza por la que se dicta separadamente a continuación. Se previene que el Ministro señor Brito concurre a la decisión de hacer lugar al recurso de casación en el fondo, teniendo precisamente en consideración que el fallo atacado infringe por falta de aplicación la norma del artículo 73 del Código Sanitario que prohíbe la descarga de desechos en los en las fuentes acuíferas que refiere, puesto que encontrándose declarada la ocurrencia del hecho sólo procedía imponer sanción a la empresa denunciada.

En efecto, carece de razón la sentencia y la reclamante cuando argumentan con una supuesta falta de descripción fáctica en el tipo sancionatorio; tanto porque no es efectivo que el sumario se hubiese iniciado por no haber actuado en forma rápida, coordenada y de acuerdo con el plan preestablecido, sino por?el manejo negligente al interior del recinto industrial (fs. 4), cuanto porque –como ya se ha razonado– en esta clase de infracciones no es exigible al legislador una completa descripción de los hechos típicos.

En tales condiciones los restantes acápites del recurso carecen de trascendencia, pues no están relacionados con la norma que previene la sanción ni las leyes reguladoras de la prueba porque, como se ha dicho, los hechos fueron declarados en el fallo.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño. La prevención redactada por su autor

Rol Nº 7117-2008. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y el Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Abogado Integrante señor Mauriz por estar ausente. Santiago, 17 de noviembre de 2010. Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Egusquiza. En Santiago, a diecisiete de noviembre de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Sentencia de reemplazo:

Santiago, diecisiete de noviembre de dos mil diez.

De conformidad con el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada y se rectifica la denominación de sus fundamentos a partir del noveno de fs. 547, el que se encuentra repetido, y que pasa a ser décimo, el décimo undécimo, el undécimo duodécimo y así con los que les suceden. Y se eliminan sus considerandos décimo tercero a vigésimo rectificados en la forma antedicha.

Se reproducen, asimismo, los fundamentos noveno a décimo tercero del fallo de casación.

Y se tiene además presente:

Primero: Que el reclamo se sustenta en que los hechos imputados como fundamento de la sanción no son constitutivos de infracción a las leyes y reglamentos; adicionalmente, en que éstos no son efectivos y finalmente en que en la aplicación de la multa reclamada se han vulnerado normas constitucionales y legales y los principios jurídicos. Esta última apreciación se sustenta en su pri-

mera parte en que, a juicio de la reclamante, la competencia para sancionar los hechos materia de la sanción recae sobre la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y no sobre la reclamada; y, en su segunda afirmación, en que se han vulnerado los principios de celeridad, contradictoriedad y objetividad con que debía actuar el órgano administrativo que siguió el sumario sanitario.

Segundo: Que en cuanto a la alegación en torno a que los hechos materia de la sanción no son constitutivos de infracción, tal como se señaló en el fallo de casación que en parte se ha reproducido, la multa impuesta a CMPC Celulosa S.A. como consecuencia del sumario seguido en su contra lo fue por el derrame de petróleo fuel oil Nº 6 desde el estanque de almacenamiento hacia la quebrada Huelehueico, tal como se constata del expediente respectivo agregado a estos autos a fs. 101, que así lo señala en la parte que refiere la materia de la infracción. Dicha conducta se encuentra expresamente sancionada en el artículo 73 del Código Sanitario, que prohíbe descargar las aguas servidas y residuos industriales o mineros en ríos o lagunas, o en cualquier otra fuente o masa de agua que sirva para proporcionar agua potable a alguna población, para riego o para balneario, sin que antes se proceda a su depuración en la forma que se señale en los reglamentos. A lo anterior debe agregarse lo ya expresado en orden a que la facultad sancionatoria de la administración en materia de salud es genérica, sin que sea necesario el establecimiento legal expreso de cada una de las conductas que atenten contra la población y que merezcan ser sancionadas.

Tercero: Que en cuanto al segundo sustento del reclamo, cabe consignar que no ha sido controvertido por la reclamante la circunstancia de haberse producido el derrame que motivó el inicio del sumario sanitario en su contra, situación que de acuerdo a lo razonado resulta suficiente para su rechazo. Sin perjuicio de lo expresado y a mayor abundamiento, la prueba aportada por el reclamante y de la cual dan cuenta los fundamentos noveno y décimo (rectificado) del fallo de primera instancia resulta insuficiente para desvirtuar el mérito de la presunción que emana del acta de los funcionarios del Servicio de Salud de la IX Región. En efecto, los tres primeros documentos mencionados en el motivo noveno sólo permiten dar por establecido que se aplicó una multa como consecuencia de un sumario sanitario seguido en su contra, la que se encuentra pagada. Los denominados informes periciales no revisten este carácter, ya que no han sido evacuados en estos autos con los requisitos que al efecto establecen los artículos 414 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y en consecuencia sólo se trata de instrumentos privados emanados de terceros ajenos al juicio. De estos instrumentos fueron reconocidos por los testigos que deponen por la reclamante los signados con los números 4, 5 y 6, evacuados más de seis meses después de ocurrido el derrame de petróleo cuya existencia no cuestionan y que en definitiva dan cuenta del impacto producido por el evento en la calidad de las aguas, la flora y la fauna del sector, pero calificándolo como bajo. En la misma condición se encuentran las declaraciones de los testigos presentados por la reclamante en cuanto no controvierten la efectividad de haberse producido el derrame, pretendiendo minimizar su impacto producto de las medidas adoptadas por la empresa infractora con posterioridad a él.

Cuarto: Que tampoco se divisa en el sumario seguido ante el Servicio de Salud de la IX Región alguna vulneración a las normas constitucionales que señala el actor, ya que en él se observaron las disposiciones legales que lo informan pues la empresa CMPC Celulosa tuvo la oportunidad de enterarse de los cargos que se le imputaban, formular sus descargos y aportar todos los antecedentes que estimó pertinentes, tal como lo hizo. Además consta que se actuó en coordinación con la COREMA de la Región de la Araucanía. Además, como se ha concluido en el fallo de casación no existe colisión entre lo resuelto por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y la multa aplicada por la autoridad sanitaria, como quiera que responden a motivaciones diversas que se encuentran dentro de las competencias que les otorgan las leyes a cada una de esas instituciones.

Quinto: Que por lo razonado se concluye que la parte reclamante no ha acreditado los supuestos fácticos en que sustenta su reclamación y no ha desvirtuado el mérito del acta de los funcionarios

de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la IX Región. Por estas consideraciones, citas legales y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 171 del Código Sanitario y 186 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de veintiuno de febrero de dos mil ocho, escrita a fs. 526, y se declara que se rechaza el reclamo deducido a fs. 42, sin costas por estimarse que la reclamante obró con motivos plausibles.

Regístrese y devuélvase. Redacción a cargo del Ministro señor Carreño.

Rol Nº 7117-2008.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y el Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Abogado Integrante señor Mauriz por estar ausente.

Santiago, 17 de noviembre de 2010. Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Egusquiza. En Santiago, a diecisiete de noviembre de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

MATERIA
Aplicación de principios y garantías del Derecho Penal a la actividad sancionadora

ÓRGANO COMPETENTE
Contraloría General de la República
Dictamen: 14.571
Fecha: 22.03.2005

DESCRIPTORES
Ius Puniendi – Derecho Administrativo Sancionador – Derecho Penal – Prescripción – Irretroactividad – Non Bis In Idem – Prohibición de la Analogía – Principio Pro Reo.

PRINCIPIO JURÍDICO
El derecho administrativo sancionador es una de las manifestaciones del ius puniendi general del Estado, siéndole aplicable principios de derecho penal.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Art. 19 Nº 3 CPR; Arts. 2º y 15 Ley Nº 18.410 Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

DICTÁMENES RELACIONADOS
Dictámenes 27.108/1969, 81.058/1974, 45.905/1976, 88.303/1976, 16.141/1977, 21.815/1983, 20.991/1984, 20.991/1984, 21.464/1989, 39.447/1994, 29.136/1999, 25.961/2000, 50.013 bis/2000, 3.858/2001, 6.926/2001, 38.075/2002, 41.736/2004.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Son aplicables los principios y reglas del derecho penal al derecho administrativo sancionador?

¿Cuál es el plazo de prescripción de sanciones administrativas cuando la ley que establece estas no ha regulado dicho plazo?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
Representantes de las empresas Abastecedora de Combustibles S.A. y Abastible S.A., solicitaron a la Contraloría pronunciamiento sobre las reglas que rigen la prescripción de la responsabilidad de los instaladores de gas sometidos a la fiscalización de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)
El artículo 2º de la Ley Nº 18.410 establece la competencia de la Superintendencia de Electricidad y Combustible para fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias relativas a las instalaciones de gas. Por su parte, el ar-

tículo 15 de la misma ley previene que las entidades sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta de las sanciones. A continuación, dicho precepto agrega que para la aplicación de las sanciones previstas en ese texto legal, las infracciones administrativas se clasifican en gravísimas, graves y leves, y, para tal efecto, enumera los hechos, actos y omisiones que tipifican cada tipo de infracción.

Del examen del citado cuerpo legal, aparece que la ley no ha regulado especialmente los aspectos relativos a la prescripción de las infracciones de que se trata.

Tal como lo han sostenido la jurisprudencia de la Contraloría General en su dictamen 50.013 bis de 2000, y la doctrina existente sobre la materia, la potestad disciplinaria es una manifestación de la potestad sancionatoria del Estado, la que, a su vez, es junto a la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del *ius puniendi* general del Estado, razón por la cual ha entendido también que los principios del derecho penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario.

Como se manifestó en dicho dictamen, así lo reconocen numerosos autores, entre los que se encuentra Miguel Sánchez Morón, según el cual "la doctrina y la jurisprudencia, salvo excepciones, vienen insistiendo últimamente en que todas las manifestaciones punitivas del Estado, incluidas las que confiere el derecho disciplinario, tienen un fundamento común, se explican y justifican en virtud de un mismo *ius puniendi*, de donde se deduce que les son aplicables *grosso modo* los mismos principios y reglas, por lo general extraídas de la dogmática del derecho penal" (Miguel Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública,* Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1996, p. 263). La misma tesis ha sido sostenida, entre otros, por Alejandro Nieto (*Derecho Administrativo Sancionador,* Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1993) y Juan J. Zornoza Pérez (Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992).

En nuestro país, Enrique Cury Urzúa sostiene, a propósito de los ilícitos gubernativos (administrativos), que la diferencia respecto de los penales es exclusivamente cuantitativa. Entre ambos sólo puede hacerse una distinción de magnitudes. El administrativo no es sino un injusto de significación ético-social reducida, que por tal razón sólo debe estar sometido a sanciones cuya imposición no requiere garantías tan severas como las que rodean a la de la sanción penal. Respecto del ilícito disciplinario, este tratadista señala que, dada su integración dentro del género del ilícito administrativo, son aplicables las mismas razones dadas recién para afirmar que entre aquél y el penal no existe sino una diferencia de grado (Enrique Cury Urzúa, *Derecho Penal,* Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 78).

En el mismo sentido se han manifestado Ramiro Mendoza Zúñiga y Blanca Oddo Beas, quienes, después de señalar que "tanto la potestad punitiva penal como la sancionadora administrativa son manifestaciones del *ius puniendi* general del Estado"

–Mendoza Zúñiga y Blanca Oddo Beas "Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones)", en *Revista Actualidad Jurídica* Nº 8, julio 2003, p. 286 y ss., agregan que "la identidad material o sustantiva entre las sanciones penales y las administrativas [es] la vía racional y justa para establecer las reglas básicas a las cuales debe sujetarse tanto el establecimiento legal como el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración" (p. 288).

El criterio antes reseñado ha sido igualmente recogido por el Tribunal Constitucional en fallo del 27 de diciembre de 1996, Rol 244, sobre proyecto de ley que modifica la Ley de Caza, el que sostuvo en su considerando 9 que " los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado".

Por lo demás, esta Contraloría General ha sostenido que en el ámbito administrativo, en aquellos casos en que no existe un texto legal claro e inequívoco, resulta posible la aplicación por analogía de instituciones correspondientes a otras ramas del derecho para resolver situaciones no regladas expresamente (dictamen 39.447 de 1994), por lo que una reiterada jurisprudencia administrativa ha reconocido que los principios del derecho penal son aplicables en materia sancionadora, lo que ha sido confirmado en temas tales como la irretroactividad de las normas sancionadoras –conforme al cual sólo pueden aplicarse aquellas sanciones que estaban vigentes al momento de cometerse la falta investigada, a menos que ésta tenga asignada una sanción menor de acuerdo con la nueva legislación, en cuyo caso corresponderá aplicar precisamente la sanción más benigna o favorable al funcionario aun cuando haya sido establecida con posterioridad (dictámenes 45.905/1976, 88.303/1976, 20.991/1984, 25.961/2000, 3.858/2001, 6.926/2001, y 38.075/2002, entre otros)–; el principio *non bis in idem* (dictámenes 27.108/1969, 21.815/1983, y 41.736/2004); la prohibición de la analogía en cuanto a las sanciones (dictámenes 21.464 /1989, y 29.136/1999), y el principio *pro reo* (dictámenes 81.058 /1974, 16.141 /1977 y 20.991 /1984), entre otras materias.

En tales condiciones, atendida la inexistencia de una norma especial que regule la prescripción, la consideración del principio básico de la seguridad jurídica y, especialmente, de la garantía constitucional establecida en el artículo 19 Nº 3 de la Constitución, relativa a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de las personas, la Contraloría debe concluir que para la aplicación de las sanciones que administrativamente disponga la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, ese organismo debe tener en consideración las normas pertinentes sobre prescripción establecidas en el Derecho Penal.

Asimismo, considerando que el Código Penal establece plazos de prescripción distintos según se trate de faltas, simples delitos o crímenes, y que resulta del todo inadmisible asimilar para estos efectos las infracciones de que se trata a crímenes o simples

delitos, no puede sino concluirse que el plazo de prescripción que corresponde aplicar para tales infracciones es el fijado para las faltas en el artículo 94 del mencionado Código, esto es, el plazo de seis meses.

CONCLUSIÓN

El derecho administrativo sancionador es una de las manifestaciones del *ius puniendi* general del Estado, razón por la cual le son aplicables los principios del derecho penal cuando no existe un texto legal claro e inequívoco. Entre estos principios se encuentra la irretroactividad de normas sancionadoras salvo ley más favorable, el principio *non bis in idem*, la prohibición de la analogía en cuanto a las sanciones, y el principio pro reo.

En cuanto a la prescripción de las sanciones administrativas y atendida la inexistencia de una norma especial que regule la materia, la consideración del principio básico de la seguridad jurídica y, especialmente, de la garantía constitucional establecida en el artículo 19 Nº 3 de la Constitución, relativa a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de las personas, debe aplicarse las normas pertinentes sobre prescripción establecidas en el Derecho Penal.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Este es de aquellas decisiones que pueden recibir claramente el nombre de fundantes. Con este dictamen la CGR deja atrás su jurisprudencia en materia de sanciones administrativas, en las cuales sostenía que estas eran independientes de las penales, de manera que no existía ninguna razón para aplicar reglas y principios del sistema penal a las sanciones que aplicaba la Administración.

Sin embargo, esta decisión más garantista se identifica con la corriente que entiende a la sanción administrativa como parte del *ius puniendi* estatal, que consagrara entre nosotros la sentencia del TC Rol 244, y que desarrollara de un modo sistemático las STC Roles 479 y 480 (publicadas en este libro).

Con esta decisión, la CGR sostendrá en adelante sistemáticamente que, por ejemplo, frente a la ausencia de plazo de prescripción en sanciones administrativas se aplicarán, por principio de identidad, el plazo de las faltas (6 meses) del Código Penal.

Esta tesis nos acompañará hasta hoy en la jurisprudencia del TC y de la Corte Suprema, como se acredita de distintas decisiones contenidas en este libro.

TEXTO COMPLETO

Nº 14.571 Fecha: 22-III-2005

Se han dirigido a esta Contraloría General los señores XX e YY en representación, según indican, de la empresa Abastecedora de Combustibles SA., Abastible SA., solicitando la reconsideración del Oficio Nº 7.896 de 2003, a través del cual este Organismo Fiscalizador se abstuvo de pronunciarse sobre una consulta formulada por los mismos recurrentes recién señalados –la Referencia Nº 4.446, también de 2003, relativa a la prescripción de la responsabilidad de los instaladores de

gas sometidos a la fiscalización de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles–, en atención a que el artículo 19 de Ley Nº 18.410 contempla un procedimiento especial de reclamación judicial y a que el artículo 6º de Ley Nº 10.336, previene que a esta Contraloría General "no le corresponde intervenir ni informar asuntos cuyo conocimiento se encuentre entregado al conocimiento de los Tribunales de Justicia".

Los peticionarios requieren que esta Contraloría General reconsidere la abstención aludida y en definitiva emita el pronunciamiento que en su oportunidad solicitaron sobre la materia ya indicada.

I. Competencia de la Contraloría General de la República y asuntos de carácter litigioso.

Señalan los recurrentes que el aludido Oficio Nº 7.896 de 2003, se fundamenta en que la empresa que representan puede utilizar el procedimiento judicial previsto en el artículo 19 de Ley Nº 18.410, que creó la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, por lo que, como este Organismo Fiscalizador se encuentra impedido de intervenir e informar asuntos cuyo conocimiento esté entregado al conocimiento de los Tribunales de Justicia, éste carecería de competencia para intervenir en el asunto que les interesa.

Sin embargo, indican que Abastible S.A. no ha sido sancionada administrativamente en los últimos años, motivo por el cual carece de legitimación activa para reclamar por la vía judicial prevista en el citado artículo 19. Agregan que como esa sociedad no puede hacer uso de la vía judicial, el oficio de abstención impugnado clausura también la vía administrativa, dejando en esta materia a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles al margen del control jurídico, y a la recurrente en la indefensión.

Requerida para que informase sobre el particular, la mencionada Superintendencia ha indicado que esta Contraloría General no tiene competencia para pronunciarse en la materia, atendido que se encuentra inhibida de intervenir o informar en asuntos de naturaleza litigiosa como acontecería en la especie.

Sobre el particular, y luego de un nuevo estudio de la normativa que regula tanto el procedimiento especial de reclamación previsto en el artículo 19 de Ley Nº 18.410, como las atribuciones de esta Contraloría General, y de los antecedentes aportados por la empresa recurrente y por la Superintendencia del ramo, este Organismo Fiscalizador ha estimado procedente reconsiderar el Oficio Nº 7.896 de 2003, y pronunciarse sobre el fondo de la materia consultada originalmente –mediante la Referencia Nº 4.446 de 2003–, por los interesados.

En efecto, debe precisarse que de conformidad con el inciso tercero del artículo 6º de Ley Nº 10.336, "la Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado".

Por su parte, el inciso primero del artículo 19 de Ley Nº 18.410, señala que los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia aludida "no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que les corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas", ante la Corte de Apelaciones respectiva, siguiendo el procedimiento que la misma norma previene para tal efecto.

Ahora bien, en el caso en comento no existe constancia de que la empresa recurrente haya sido objeto de sanciones, por la materia que interesa, aplicadas por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, como tampoco de que existan litigios pendientes que involucren a esa sociedad con la repartición aludida, de modo que no se cumple el supuesto que el inciso tercero del artículo 6º de Ley Nº 10.336, contempla para limitar la competencia de este Organismo Fiscalizador.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que el procedimiento judicial especial previsto en el artículo 19 antes citado está previsto en favor de quienes han sido afectados por una resolución sancionatoria de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, de manera que de mantenerse el criterio del Oficio Nº 7.896, la entidad recurrente tampoco podría, en definitiva, solicitar a esta Contraloría General un pronunciamiento sobre la juridicidad de las actuaciones de la referida Superintendencia, lo que implicaría, por una parte, dejar en la indefensión a quienes se encuentren en la situación descrita, y por la otra, excluir del control de la Contraloría General a una parte importante de la actividad de un Organo de la Administración sujeto a su fiscalización.

En este contexto, dado que en la especie no existe un asunto que esté sometido al conocimiento de los Tribunales de Justicia, y que en la especie se trata de la emisión de un pronunciamiento de carácter general en una materia que está en la esfera de competencia de la Contraloría General, corresponde reconsiderar el Oficio de abstención Nº 7.896 de 2003, y pronunciarse sobre el fondo de la Referencia Nº 4.446, también de 2003.

II. Prescripción de la responsabilidad de los instaladores de gas.

En cuanto al fondo del asunto planteado por los recurrentes, resulta útil recordar que mediante la Referencia Nº 4.446, de 2003, los representantes de Abastible S.A. sostuvieron que la potestad disciplinaria de los Organos de la Administración es una manifestación del ius puniendi del Estado, por lo que a su juicio los principios de derecho penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario. Por tal motivo, concluyeron que la responsabilidad administrativa de los instaladores de gas prescribe de conformidad con las normas generales del derecho, en especial, con las normas del derecho penal.

No obstante, indican que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles ha aplicado sanciones a instaladores de gas por hechos ocurridos hace cinco o más años, desconociendo la aplicación de la prescripción correspondiente, lo cual afecta directamente a esa empresa como empleadora de muchos de los sancionados.

Por su parte, la Superintendencia aludida argumenta que las disposiciones de derecho público son de derecho estricto y en ningún caso susceptibles de aplicación analógica como lo pretenden los recurrentes. Agregan que "la responsabilidad de los instaladores de gas es permanente, porque se parte del supuesto que las graves transgresiones que vulneran la seguridad de las personas, se mantienen vigentes día a día, en tanto no se resuelvan los problemas que significan una amenaza continua y actual sobre la seguridad de los usuarios".

Agrega el servicio informante que aceptar la tesis planteada por los peticionarios "significaría que quedarían impunes graves transgresiones a la normativa de seguridad", las que "se sanearían por el transcurso del tiempo, aunque las deficiencias en la instalación continúen, y se mantenga la amenaza real y permanente a la seguridad de las personas", y, a continuación cita diversos fallos de los Tribunales de Justicia que, en su concepto, confirman que la responsabilidad de los instaladores de gas es permanente.

A su turno, a solicitud de este Organismo de Control, la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción, también emitió su opinión sobre la materia, haciendo suyo el informe de la Superintendencia ya mencionada.

Al respecto, esta Contraloría General debe manifestar primeramente, en cuanto a los fallos judiciales que invoca en apoyo de su tesis la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, que –como se ha expresado en una reiterada jurisprudencia administrativa, contenida, entre otros, en los Dictámenes Nºs. 70.003 de 1977, 76.683 de 1979, 1.858 de 1980, 20.034 de 1992, 1.497, 1.509 y 5.109 de 1993, 17.635 de 1996, 5.061, de 1998, 49.523, de 1999, y 11.105 y 47.737,

ambos de 2000– conforme lo dispone el artículo 3º, inciso final, del Código Civil, las sentencias de los Tribunales de Justicia producen efectos relativos, vale decir, no tienen fuerza obligatoria sino en las causas en que actualmente se pronuncien, alcanzando sólo a quienes han sido parte en el litigio, de tal manera que la circunstancia de que los Tribunales de Justicia se hayan pronunciado sobre situaciones similares no empece a quienes no han sido parte de la respectiva acción judicial ni inhibe a este Organismo de Control para conocer e informar sobre las materias que el legislador ha puesto en el ámbito de su competencia, como acontece en la especie.

Enseguida, es del caso anotar que el artículo 2º de Ley Nº 18.410 dispone que compete a esa Superintendencia "fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y normas técnicas sobre generación, producción, almacenamiento, transporte y distribución de combustibles líquidos, gas y electricidad, para verificar que la calidad de los servicios que se presten a los usuarios sea la señalada en dichas disposiciones y normas técnicas, y que las antes citadas operaciones y el uso de los recursos energéticos no constituyan peligro para las personas o cosas".

Por su parte, el inciso primero del artículo 15 de la misma ley citada previene que "las empresas, entidades o personas naturales, sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta de las sanciones que se señalan en este Título, sin perjuicio de las establecidas específicamente en esta ley o en otros cuerpos legales".

A continuación, dicho precepto agrega que para la aplicación de las sanciones previstas en ese texto legal, las infracciones administrativas se clasifican en gravísimas, graves y leves, y, para tal efecto, enumera los hechos, actos y omisiones que tipifican cada tipo de infracción.

Luego, el artículo 16 enumera las sanciones que para el caso de las infracciones administrativas puede aplicar la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, mientras que los artículos 17 y siguientes regulan el procedimiento respectivo.

De este modo, y de acuerdo con lo precedentemente expuesto, es posible observar que el ordenamiento jurídico ha dotado a la Superintendencia del ramo de atribuciones para fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias relativas a las instalaciones de gas y, asimismo, de facultades para aplicar sanciones específicas en caso que, de acuerdo al procedimiento que establece la misma Ley Nº 18.410, detecte infracciones a tales normas.

También del examen del citado cuerpo legal, aparece que la ley no ha regulado especialmente los aspectos relativos a la prescripción de las infracciones de que se trata.

Puntualizado lo anterior, debe anotarse que, tal como lo han sostenido la jurisprudencia de la Contraloría General en su Dictamen Nº 50.013 bis de 2000, y la doctrina existente sobre la materia, la potestad disciplinaria es una manifestación de la potestad sancionatoria del Estado, la que, a su vez, es junto a la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del ius puniendi general del Estado, razón por la cual ha entendido también que los principios del derecho penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario.

Como se manifestó en dicho dictamen, así lo reconocen numerosos autores, entre los que se encuentra Miguel Sánchez Morón, según el cual "la doctrina y la jurisprudencia, salvo excepciones, vienen insistiendo últimamente en que todas las manifestaciones punitivas del Estado, incluidas las que confiere el derecho disciplinario, tienen un fundamento común, se explican y justifican en virtud de un mismo ius puniendi, de donde se deduce que les son aplicables grosso modo los mismos principios y reglas, por lo general extraídas de la dogmática del derecho penal" (Miguel Sánchez Morón, Derecho de la Función Pública, Editorial Tecnos SA., Madrid, 1996, p. 263).

La misma tesis ha sido sostenida, entre otros, por Alejandro Nieto (Derecho Administrativo Sancionador, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1993) y Juan J. Zornoza Pérez (Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992).

En nuestro país, Enrique Cury Urzúa sostiene, a propósito de los ilícitos gubernativos (administrativos), que la diferencia respecto de los penales es exclusivamente cuantitativa. Entre ambos sólo puede hacerse una distinción de magnitudes. El administrativo no es sino un injusto de significación ético-social reducida, que por tal razón sólo debe estar sometido a sanciones cuya imposición no requiere garantías tan severas como las que rodean a la de la sanción penal. Respecto del ilícito disciplinario, este tratadista señala que, dada su integración dentro del género del ilícito administrativo, son aplicables las mismas razones dadas recién para afirmar que entre aquél y el penal no existe sino una diferencia de grado (Enrique Cury Urzúa, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 78).

En el mismo sentido se han manifestado Ramiro Mendoza Zúñiga y Blanca Oddo Beas, quienes, después de señalar que "tanto la potestad punitiva penal como la sancionadora administrativa son manifestaciones del ius puniendi general del Estado" –Mendoza Zúñiga y Blanca Oddo Beas "Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones)", en Revista Actualidad Jurídica Nº 8, julio 2003, p. 286–, agregan que "la identidad material o sustantiva entre las sanciones penales y las administrativas [es] la vía racional y justa para establecer las reglas básicas a las cuales debe sujetarse tanto el establecimiento legal como el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración" (p. 288).

El criterio antes reseñado ha sido igualmente recogido por el Tribunal Constitucional en fallo del 27 de diciembre de 1996, rol Nº 244, sobre proyecto de ley que modifica la Ley de Caza, el que sostuvo en su considerando 9º que " los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado".

Por lo demás, esta Contraloría General ha sostenido que en el ámbito administrativo, en aquellos casos en que no existe un texto legal claro e inequívoco, resulta posible la aplicación por analogía de instituciones correspondientes a otras ramas del derecho para resolver situaciones no regladas expresamente (Dictamen Nº 39.447 de 1994), por lo que una reiterada jurisprudencia administrativa ha reconocido que los principios del derecho penal son aplicables en materia sancionadora, lo que ha sido confirmado en temas tales como la irretroactividad de las normas sancionadoras –conforme al cual sólo pueden aplicarse aquellas sanciones que estaban vigentes al momento de cometerse la falta investigada, a menos que ésta tenga asignada una sanción menor de acuerdo con la nueva legislación, en cuyo caso corresponderá aplicar precisamente la sanción más benigna o favorable al funcionario aun cuando haya sido establecida con posterioridad (Dictámenes Nºs. 45.905 y 88.303, ambos de 1976, 20.991 de 1984, 25.961 de 2000, 3.858 y 6.926, ambos de 2001, y 38.075 de 2002, entre otros)–; el principio non bis in idem (Dictámenes Nºs. 27.108 de 1969, 21.815 de 1983, y 41.736 de 2004); la prohibición de la analogía en cuanto a las sanciones (Dictámenes Nºs. 21.464 de 1989, y 29.136 de 1999), y el principio pro reo (Dictámenes Nºs. 81.058 de 1974, 16.141 de 1977 y 20.991 de 1984), entre otras materias.

En tales condiciones, atendida la inexistencia de una norma especial que regule la prescripción de las infracciones en la materia a que se refiere la presentación de la especie, la consideración del principio básico de la seguridad jurídica y, especialmente, de la garantía constitucional establecida en el artículo 19 Nº 3 del Texto Supremo, relativa a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de las personas, esta Contraloría General debe concluir que para la aplicación de las sanciones que administrativamente disponga la Superintendencia de Electricidad y Combustibles,

ese organismo debe tener en consideración las normas pertinentes sobre prescripción establecidas en el Derecho Penal.

Asimismo, considerando que el Código Penal establece plazos de prescripción distintos según se trate de faltas, simples delitos o crímenes, y que resulta del todo inadmisible asimilar para estos efectos las infracciones de que se trata a crímenes o simples delitos, no puede sino concluirse que el plazo de prescripción que corresponde aplicar para tales infracciones es el fijado para las faltas en el artículo 94 del mencionado Código, esto es, el plazo de seis meses.

MATERIA
Plazo de prescripción de las sanciones administrativas

ÓRGANO COMPETENTE
Contraloría General de la República
Dictamen: 68.086
Fecha: 15.11.2010

DESCRIPTORES
Prescripción – Suspensión de la Prescripción – Sumario Sanitario.

PRINCIPIO JURÍDICO
Las sanciones administrativas son una manifestación del ius puniendi estatal.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Arts. 168 y 169 Código Sanitario; Arts. 94, 96 y 97 Código Penal; Arts. 3º y 57 Ley Nº 19.880 Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

DICTÁMENES RELACIONADOS
Dictámenes 14.571/2005, 28.226/2007, 39.348/2007, 30.070/2008, 62.188/2009, 58.795/2010.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Desde cuándo debe computarse el plazo de prescripción de las sanciones aplicadas por la Administración?

¿La inexistencia de normas de prescripción respecto de las multas impuestas en un sumario sanitario, permite la aplicación de las reglas de prescripción que consagra el Código Penal para las faltas?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
Tomás Brenner Grunpeter, en representación de Dynal Industrial S.A. solicitó pronunciamiento acerca de la prescripción de la acción y la pena derivadas del sumario sanitario Nº 1.818, de 2008, que se inició en contra de esa empresa el 19 de abril de 2008, a consecuencia del acaecimiento de un accidente laboral grave en sus dependencias.

En dicho sumario, mediante la resolución 6.492, de 15 de septiembre de 2009, se aplicó una multa, pagadera en cinco días hábiles contados desde su notificación, esto es, el 24 de noviembre de 2009, bajo apercibimiento de arresto. Contra ella la sumariada dedujo los recursos de reposición y jerárquico, alegando las prescripciones de la acción y de la multa impuesta, ambos denegados por resolución de 16 de diciembre de 2009, notificada el 17 de mayo de 2010. El primero de dichos recursos fue rechazado fundamentando que la prescripción de la acción se encontraba suspendida

desde la iniciación del sumario sanitario y que la prescripción de la multa es de seis meses, contados desde su notificación más el transcurso de los cinco días que señala el apercibimiento ya indicado, lapso que a ese tiempo no se encontraba cumplido. En tanto, el recurso jerárquico fue denegado por improcedente. Adicionalmente, la referida resolución ordenó despachar la solicitud de arresto en contra del infractor, de conformidad con el artículo 169 del Código Sanitario.

La autoridad sanitaria, mediante resolución de 8 de junio de 2010, suspendió el procedimiento de apremio y el plazo de prescripción de la multa, a solicitud del interesado, mientras Contraloría no se pronuncie.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*

Los artículos 168 y 169 del Código Sanitario prescriben que, en caso de imponerse una multa en un sumario sanitario, el infractor deberá acreditar su pago dentro del plazo de cinco días hábiles contado desde la notificación de la sentencia, transcurridos los cuales sufrirá la proporción de días de prisión que indica, por vía de sustitución y apremio.

Contraloría ha precisado en su jurisprudencia que la inexistencia de normas de prescripción en el Código Sanitario, en el ámbito recién enunciado, permite la aplicación de los artículos 94 y 97 del Código Penal, debiendo calcularse a estos efectos el plazo de seis meses asignado a las faltas. Además, ha señalado, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 3º y 51 de la Ley Nº 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, que el cómputo del plazo de prescripción de las sanciones aplicadas por la Administración debe contarse desde que el acto que las impone se encuentre ejecutoriado, lo cual, tratándose de un acto de contenido individual como el de la especie, se verifica desde su notificación. Ello, salvo en los casos en que una disposición legal establezca lo contrario, tal como ocurre en el citado artículo 168 del Código Sanitario, que prevé el plazo ulterior ya indicado.

Establecido lo anterior, corresponde señalar que tanto la resolución 6.492, de 2009, como la recaída en las impugnaciones deducidas en su contra, notificada a la empresa afectada el 17 de mayo de 2010, permitían disponer su ejecución de oficio, ya que no se encontraban prescritas, a esa data, ni la acción respectiva, ni la multa impuesta a la ocurrente. Ello porque, según el artículo 94 del Código Penal, la acción prescribe en seis meses en el caso de las faltas, plazo que, de acuerdo a su artículo 96, se suspende desde que el procedimiento se dirige contra el infractor, circunstancia que ocurrió, en la especie, el 19 de abril de 2008. A su vez, el artículo 97 del Código Penal prevé que la prescripción de las penas impuestas por sentencia ejecutoriada es de seis meses en el caso de las faltas, término que, en el caso de la imposición de una multa a consecuencia de un sumario sanitario, se inicia desde que el fallo respectivo se encuentra ejecutoriado, esto es, una vez notificado y transcurrido el apercibimiento antes aludido, lo cual, en la especie, se produjo el 2 de diciembre del mismo año, sin que la interposición de los antedichos recursos administrativos causara, según las reglas

generales sobre el particular, la suspensión del plazo de prescripción de la sanción administrativa.

En consecuencia, la resolución denegatoria del recurso de reposición intentado por la empresa ocurrente se ajustó a derecho, toda vez que, a la fecha en que quedó ejecutoriada, como a la de la notificación de la decisión recaída en las impugnaciones deducidas en su contra, no había transcurrido el plazo de prescripción de la acción alegada por la interesada, ya que dicho término se encontraba suspendido desde el inicio del procedimiento sanitario correspondiente. Además, no habían transcurrido, a ese momento, los seis meses requeridos para la prescripción de la multa, plazo que debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo que la impone, y que, de conformidad con la jurisprudencia de Contraloría, dado su naturaleza, no se suspende. Esto último implica que esa institución no debe considerarse en el caso de las sanciones impuestas en los sumarios sanitarios.

Conviene advertir que a la fecha en que la autoridad administrativa ordenó la suspensión del procedimiento, la multa impuesta se hallaba prescrita, de manera que no corresponde hacer efectiva la solicitud de arresto que de acuerdo con el artículo 169 del Código Sanitario se ordena despachar.

Por otra parte, es necesario señalar que la denegatoria del recurso jerárquico interpuesto por la ocurrente se ajustó a derecho, atendido que, según el criterio jurisprudencia de Contraloría, las atribuciones fiscalizadoras y sancionatorias de las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, que éstas materializan a través del sumario sanitario, son potestades desconcentradas que el legislador ha radicado directa y exclusivamente en tales órganos, y no en el Ministerio del ramo, de lo que se deriva la improcedencia del recurso jerárquico ante el Ministro de Salud respecto de los actos que tales Secretarías emitan cuando ejerzan esos poderes jurídicos.

CONCLUSIÓN

El cómputo del plazo de prescripción de las sanciones aplicadas por la Administración debe contarse desde que el acto que las impone se encuentre ejecutoriado, salvo en los casos en que una disposición legal establezca lo contrario.

La inexistencia de normas de prescripción respecto de las multas impuestas en un Sumario Sanitario permite la aplicación de las reglas de prescripción que consagra el Código Penal para las faltas, debiendo calcularse a estos efectos el plazo de prescripción de seis meses asignado a las ellas.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Este dictamen es consecuencia del cambio jurisprudencial que experimentó la CGR desde el año 2005 (dictamen 14.571/2005, publicado en este libro), en el que señaló, recogiendo la jurisprudencia constitucional, que la sanción administrativa debía disponer de un sistema de garantías semejantes al de la sanción penal, dado que ambas provenían del denominado *ius puniendi* estatal.

La tesis de la CGR es que por tal razón, el plazo de prescripción de una infracción administrativo, frente al silencio del texto legal, debe ser de seis meses, que es el que corresponde a las faltas en el Código Penal.

Se debe recordar que este es uno de los debates abiertos en la jurisprudencia de la Corte Suprema, tal como lo acreditan algunas de las decisiones publicadas en este libro.

TEXTO COMPLETO

Nº 68.086 Fecha: 15-XI-2010

Don Tomás Brenner Grunpeter, en representación de DYNAL INDUSTRIAL S.A. solicita un pronunciamiento acerca de la prescripción de la acción y la pena que habrían sobrevenido en relación con el sumario sanitario Nº 1.818, de 2008, que se inició en contra de esa empresa el 19 de abril de 2008, a consecuencia del acaecimiento de un accidente laboral grave en sus dependencias, ocurrido con esa data.

Sobre el particular, y de los antecedentes respectivos, incluidos los expuestos por el ocurrente y el informe emanado de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana, aparece que a la fecha indicada, y con motivo de tal accidente, se inició el sumario sanitario ya enunciado, verificándose la audiencia de descargos el 22 de abril de 2008, para dictarse posteriormente la resolución Nº 6.492, de 15 de septiembre de 2009, que aplicó una multa, pagadera en cinco días hábiles contados desde su notificación, esto es, el 24 de noviembre de 2009, bajo apercibimiento de arresto. En contra de ese acto administrativo la sumariada dedujo los recursos de reposición y jerárquico, alegando las prescripciones de la acción y de la multa impuesta, ambos denegados por resolución de 16 de diciembre de 2009, notificada el 17 de mayo de 2010.

El primero de dichos recursos fue rechazado con fundamento en que la prescripción de la acción se encontraba suspendida desde la iniciación del sumario sanitario y en que la prescripción de la multa es de seis meses, contados desde su notificación más el transcurso de los cinco días que señala el apercibimiento ya indicado, lapso que a ese tiempo no se encontraba cumplido. En tanto, el recurso jerárquico fue denegado por improcedente. Además, la referida resolución ordenó despachar la solicitud de arresto en contra del infractor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 169 del Código Sanitario.

También, cabe indicar que la autoridad sanitaria, mediante resolución de 8 de junio de 2010, suspendió el procedimiento de apremio y el plazo de prescripción de la multa, a solicitud del interesado, mediante presentación realizada el 24 de mayo de 2010, ante esta Contraloría General y en tanto "ese Órgano Contralor no se pronuncie".

Precisado lo anterior, es necesario manifestar que el procedimiento sancionatorio de que se trata está regulado en el Título II del Libro Décimo del Código Sanitario, bajo la denominación de Sumario Sanitario, cuyo artículo 161 ordena su instrucción en los casos de infracciones a dicho código y a sus reglamentos, y a decretos o resoluciones de la autoridad sanitaria.

A continuación, los artículos 168 y 169 de ese texto legal prescriben que, en caso de imponerse una multa, el infractor deberá acreditar su pago "dentro del plazo de cinco días hábiles contado desde la notificación de la sentencia", transcurridos los cuales sufrirá la proporción de días de prisión que indica, por vía de sustitución y apremio.

En este punto, conviene recordar que la jurisprudencia de esta Contraloría General, manifestada en los dictámenes Nºs. 14.571, de 2005; 28.226, de 2007; 30.070, de 2008 y 62.188, de 2009, ha precisado que la inexistencia de normas de prescripción en el Código Sanitario, en el ámbito

precedentemente enunciado, permite la aplicación de los artículos 94 y 97 del Código Penal, debiendo calcularse a estos efectos el plazo de seis meses asignado a las faltas.

Además, mediante su dictamen Nº 30.070, de 2008, entre otros, ha señalado, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 3º y 51 de la ley Nº 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, que el cómputo del plazo de prescripción de las sanciones aplicadas por la Administración debe contarse desde que el acto que las impone se encuentre ejecutoriado, lo cual, tratándose de un acto de contenido individual como el de la especie, se verifica desde su notificación. Ello, salvo en los casos en que una disposición legal establezca lo contrario, tal como ocurre en el citado artículo 168 del Código Sanitario, que prevé el plazo ulterior ya indicado.

Por otro lado, agrega el aludido pronunciamiento, también constituye una excepción a la inmediata ejecutoriedad de los actos administrativos lo establecido en los artículos 3º y 57 de la enunciada ley Nº 19.880, en los casos en que la autoridad competente, conociendo de alguno de los recursos administrativos a que aluden los artículos 10 de la ley Nº 18.575, y 15 de la precitada ley Nº 19.880, suspenda la ejecución del acto impugnado, en tanto no se resuelva el recurso o se alce la suspensión, situación que no concurrió en la especie.

Establecido lo anterior, corresponde señalar que tanto la resolución Nº 6.492, de 2009, como la recaída en las impugnaciones deducidas en su contra, notificada a la empresa afectada el 17 de mayo de 2010, permitían disponer su ejecución de oficio, comoquiera que no se encontraban prescritas, a esa data, ni la acción respectiva, ni la multa impuesta a la ocurrente.

Ello, por cuanto, de conformidad con lo previsto en el mencionado artículo 94 del Código Penal, la acción prescribe en seis meses en el caso de las faltas, plazo que, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 96, "se suspende desde que el procedimiento se dirige" contra el infractor, circunstancia que ocurrió, en la especie, el 19 de abril de 2008.

A su vez, el artículo 97 del mencionado Código Penal prevé que la prescripción de las penas impuestas por sentencia ejecutoriada es de seis meses en el caso de las faltas, término que, en el caso de la imposición de una multa a consecuencia de un sumario sanitario, según se ha expuesto, se inicia desde que el fallo respectivo se encuentra ejecutoriado, esto es, una vez notificado y transcurrido el apercibimiento antes aludido, lo cual, en la especie, se produjo pasados cinco días hábiles desde su notificación, efectuada el 24 de noviembre de 2009, esto es, el 2 de diciembre del mismo año, contado dicho plazo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la citada ley Nº 19.880, sin que la interposición de los antedichos recursos administrativos causara, en la especie, y según las reglas generales sobre el particular, la suspensión del plazo de prescripción de la sanción administrativa.

En consecuencia, la resolución denegatoria del recurso de reposición intentado por la empresa ocurrente se ajustó a derecho, toda vez que, a la fecha en que quedó ejecutoriada, como a la de notificación de la decisión recaída en las impugnaciones deducidas en su contra, efectuada el 17 de mayo de 2010, no había transcurrido el plazo de prescripción de la acción alegada por la interesada, comoquiera que dicho término se encontraba suspendido desde el inicio del procedimiento sanitario correspondiente.

Lo expuesto es coherente con lo manifestado en el dictamen Nº 58.795, de 2010, de este Organismo de Control, el cual señala que "el citado artículo 96 del Código Penal dispone que la prescripción se suspende desde que el procedimiento se dirige contra el delincuente, precepto que se aplica al infractor de la normativa sanitaria, y que opera a contar de la fecha de inicio del sumario respectivo".

Además, no habían transcurrido, a ese momento, los seis meses requeridos para la prescripción de la multa, plazo que, como se ha señalado, debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo que la impone, es decir, en la especie, desde el 2 de diciembre de 2009, término que de conformidad con lo expresado en el citado dictamen Nº 58.795, de 2010, "dada su naturaleza, no se suspende", manifestando que, por ende, esa institución no debe considerarse en el caso de las sanciones impuestas en los sumarios sanitarios, criterio que, según se expone en ese pronunciamiento, "resulta concordante con lo determinado –en lo que interesa en este punto– en el dictamen Nº 30.070, de 2008, de esta Entidad Fiscalizadora en cuanto a que el acto administrativo que dispone la detención del infractor no interrumpe ni suspende la prescripción de la multa, por lo que el plazo de ésta ha seguido corriendo luego de dicha resolución'".

Sin perjuicio de lo expuesto, conviene advertir que a la fecha en que la autoridad administrativa ordenó la suspensión del procedimiento seguido en contra de DYNAL INDUSTRIAL S.A., esto es, el 8 de junio de 2010, la multa impuesta se hallaba prescrita, por haber transcurrido más de seis meses desde el 2 de diciembre de 2009, de manera que no corresponde hacer efectiva la solicitud de arresto que de acuerdo con el artículo 169 del Código Sanitario se ordena despachar en la resolución de 16 de diciembre de 2009, de la ya mencionada autoridad sanitaria, notificada a la interesada el 17 de mayo de 2010.

Por otra parte, es necesario señalar que la denegatoria del recurso jerárquico interpuesto por la ocurrente se ajustó a derecho, atendido que según el criterio expresado por esta Contraloría General, entre otros, en su dictamen Nº 39.348, de 2007, "las atribuciones fiscalizadoras y sancionatorias de las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, que éstas materializan a través del sumario sanitario, son potestades desconcentradas que el legislador ha radicado directa y exclusivamente en tales órganos, y no en el Ministerio del ramo, de lo que se deriva la improcedencia del recurso jerárquico ante el Ministro de Salud respecto de los actos que tales Secretarías emitan cuando ejerzan esos poderes jurídicos", agregando que lo anterior es ratificado por el artículo 26 de la aludida ley Nº 18.575, y por el artículo 61 de la ley Nº 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, que coinciden en señalar que los ministerios se desconcentrarán territorialmente mediante secretarías regionales ministeriales.

MATERIA
Plazo de prescripción de las sanciones administrativas

ÓRGANO COMPETENTE
Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en el fondo
Rol: 4627-2008
Fecha: 11.05.2010
Resultado recurso: Acogido
Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Sonia Araneda Briones, Rosa Egnem Saldías, y Abogados Integrantes Jorge Medina Cuevas y Arnaldo Gorziglia Balbi.
Partes: Alejandro Weinstein Manieu con Director I.S.P.

DESCRIPTORES
Derecho Administrativo Sancionador – Prescripción – Sanciones Administrativas

PRINCIPIO JURÍDICO
El plazo de prescripción de las sanciones administrativas es de seis meses.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Arts. 94 y 97 Código Penal; Art. 2515 Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Qué régimen de prescripción debe aplicarse a las obligaciones administrativas en silencio de la ley?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
El 27 de julio de 2001 un laboratorio presentó una denuncia ante el Instituto de Salud Pública señalando que se estaban distribuyendo gratuitamente cupones canjeables por un determinado producto farmacéutico en lugares no autorizados para su dispensación. Tal denuncia fue constatada por el I.S.P. por lo cual el 2 de junio de 2003 instruyo sumario en contra de Laboratorio, y mediante resolución exenta, de 31 de julio de 2003, se impuso una multa de 100 UTM a éste. Con fecha 25 de agosto de 2003 se reclama judicialmente de la multa cursada por la autoridad sanitaria.
El recurrente señala que se habría dado una errónea aplicación al art. 94 del Código Penal por haber hecho extensivas las disposiciones de tal cuerpo normativo a las infracciones sanitarias. A su juicio, debió haberse aplicado el régimen de prescripción relativo al derecho común, esto es 5 años, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2515 del Código Civil, puesto que es éste el que opera supletoriamente en silencio de la ley.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN).*
La prescripción extintiva constituye un principio general del derecho que adquiere presencia plasmándose positivamente en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos. Sólo por ley o atendida la naturaleza de la materia se establece la imprescriptibilidad de las acciones.

Aceptándose que aun en silencio de la ley, las infracciones y sanciones han de someterse a los efectos jurídicos de la prescripción, corresponde determinar la modalidad del plazo o extensión del tiempo con que cuenta la Administración para ejercer las acciones destinadas a fiscalizar y sancionar los ilícitos ubicados en el ámbito de su potestad represiva. Esta cuestión se encuentra íntimamente vinculada con la naturaleza de las sanciones administrativas y del Derecho Administrativo Sancionador. Se entiende que éste y el Derecho Penal tienen origen común en el *ius puniendi* único del Estado. De esta similitud se desprende como consecuencia la posibilidad de aplicar supletoriamente en el ámbito de las sanciones administrativas algunos de los principios generales que informan el derecho penal, por lo cual se concluye que los agentes fiscalizadores en lo administrativo deben contar con un régimen de plazos más exiguos en el ejercicio de sus funciones de supervisión que los que el ordenamiento reconoce al acreedor común para la cautela de sus derechos. Por este motivo corresponde desestimar la aplicación supletoria al derecho administrativo sancionador del plazo de prescripción establecido en el art. 2515 del Código Civil, y establecer que en ausencia de una regla específica sobre el punto las infracciones y sanciones administrativas deben prescribir en el plazo de seis meses establecido para las faltas en los arts. 94 y 97 del Código Penal.

CONCLUSIÓN

Debe aplicarse el plazo de seis meses por aplicación supletoria del régimen de prescripción de faltas del Código Penal.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

La Corte Suprema ha hecho suya el criterio de la existencia de un Derecho Administrativo Sancionador, que proviene de un único *ius puniendi* estatal que también ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la CGR.

Sin embargo, hoy, al interior de la Corte, existe una notoria diferencia entre quienes son partidarios de esa identidad total, de manera que el plazo de prescripción deber ser por homologación el de seis meses del Código Penal para las faltas, de quienes consideran que esa identidad no es completa, de manera que el plazo de prescripción debe ser el general del Código Civil. Dentro de esta última línea se encuentra la sentencia de la Corte Suprema Rol 3283-2009.

TEXTO COMPLETO

Santiago, once de mayo del año dos mil diez.
Vistos:

En estos autos Rol Nº 4627 2008, la parte demandada, Instituto de Salud Pública, dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que hizo lugar a la excepción de prescripción extintiva opuesta por la demandante respecto de la infracción que se le imputó en un sumario sanitario.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso denuncia, en primer término, la errónea aplicación del artículo 94 del Código Penal. Explica que el fallo impugnado ha hecho extensivas las disposiciones del Código Penal relativas a las faltas y su prescripción, a las infracciones sanitarias contempladas en el Código Sanitario y sus reglamentos.

En este aspecto, argumenta que los sentenciadores de segunda instancia dan por establecido que la sanción pecuniaria con que se castiga una infracción a la normativa sanitaria es equivalente a una pena de falta regida por el Código Penal. Sin embargo, continúa el recurso, contrariamente a lo planteado por la sentencia, no existe una identidad material de las sanciones pecuniarias administrativas y las faltas penales, toda vez que los fundamentos de la responsabilidad difieren en un caso y en otro.

Agrega que la falta penal requiere de la concurrencia de un elemento subjetivo para poder imputar responsabilidad, en tanto que las infracciones a la norma sanitaria cuya sanción se extrae de la represión penal para así diferirla a la órbita de competencia de la autoridad administrativa, se sustenta en el carácter objetivo de dichas infracciones al cimentarse en un deber de conducta descrito en la ley.

Segundo: Que, en segundo lugar, alega la vulneración, por falta de aplicación, del artículo 2515 del Código Civil. Manifiesta que el Código Sanitario nada dice en relación al lapso de tiempo en que prescribe la acción para perseguir la infracción a sus disposiciones y reglamento, por tanto, a falta de norma expresa que regle el tiempo de prescripción de la acción, deben aplicarse supletoriamente las normas generales del derecho común, esto es, el artículo 2515 del Código Civil que fija un tiempo de prescripción de 5 años para las acciones ordinarias. En consecuencia, para que no se aplique, se requiere norma legal expresa que señale uno distinto, como sucede en la indemnización del hecho ilícito o en la prescripción aplicable a las infracciones legales y reglamentarias de que conoce la Superintendencia de Valores y Seguros, cuya acción prescribe en ambos casos en cuatro años contados desde la fecha en que hubiere terminado de cometerse el hecho penado o de ocurrir la omisión sancionada; o la prescripción de tres años que fija el Código Tributario para perseguir las sanciones de carácter pecuniario y otras que no accedan al pago de un impuesto contados desde la fecha en que se cometió la infracción, etc.

Tercero: Que al explicar la forma en que los yerros jurídicos anotados han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, indica que si la sentencia de segunda instancia no hubiere incurrido en ellos y, en definitiva, hubiese aplicado la prescripción general del artículo 2515 del Código Civil, habría rechazado la excepción de prescripción alegada por el reclamante y mantenido, en consecuencia, la multa aplicada por el Instituto de Salud Pública mediante resolución exenta Nº 6023 de 31 de julio de 2003.

Cuarto: Que previo a analizar el recurso de nulidad reseñado, resulta necesario consignar los hechos fijados por la sentencia cuestionada. Estos son:

a) Que con fecha 27 de julio de 2001, Laboratorio Chile Sociedad Anónima, presentó denuncia ante el Instituto de Salud Pública, señalando que se estaban distribuyendo gratuitamente cupones canjeables por el producto farmacéutico LIPOTROPIC comprimidos, en lugares no autorizados para su dispensación;

b) Que con ocasión de dicha denuncia se instruyó la realización de visitas inspectivas por parte de funcionarios del Instituto de Salud Pública, constatándose, conforme al acta e informe inspectivo de fecha 23 de agosto de 2001 lo siguiente Que en el primer piso del edificio de Integramédica ubicado en calle Barcelona Nº 2116, se hacía entrega del medicamento LIPOTROPIC, muestra

médica, sin costo alguno para el paciente, contra la entrega de la receta médica correspondiente, y en la cantidad que señala el médico. Así también, se constituyeron en calle Terranova Nº 315, Providencia, correspondiente al Centro de Información Farmacológica de Laboratorios RECALCINE Sociedad Anónima, donde personal administrativo hacía entrega de los mismos productos, no correspondiendo el local a un centro médico;

c) Que con fecha 2 de junio de 2003, se instruye sumario contra Laboratorio RECALCINE y mediante resolución exenta Nº 6023, de 31 de julio de 2003, se impone al reclamante una multa ascendente a cien unidades tributarias mensuales, por infracción al artículo 21 del Decreto Supremo Nº 1876 de 1995, del Ministerio de Salud y;

d) Que con fecha 25 de agosto de 2003, se reclama judicialmente de la multa cursada por la autoridad sanitaria.

Quinto: Que el análisis de la materia en referencia debe iniciarse desestimando toda posición que propugne la imprescriptibilidad de las infracciones y sanciones administrativas, respecto de aquellas situaciones donde la ley correspondiente no haya establecido de manera expresa un plazo determinado para que opere la prescripción.

Como lo ha afirmado reiteradamente esta Corte, refiriéndose al tema, la prescripción extintiva constituye un principio general de derecho que adquiere presencia plasmándose positivamente en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, resultando excluida sólo en aquellos casos donde por ley o atendida la naturaleza de la materia, se establece la imprescriptibilidad de las acciones.

Ella representa, en efecto, junto a otras instituciones, como la caducidad, los plazos, el abandono del procedimiento y la preclusión, una manifestación determinante, en el ámbito de las relaciones jurídicas, del factor tiempo.

Mediante la prescripción extintiva se propende al resguardo del orden social y a la seguridad, estabilidad y consolidación de las relaciones jurídicas. De allí que juristas como Savigny hayan afirmado que se trata de una de las instituciones más importantes y saludables en el campo del derecho y que se haya agregado que resulta condición insustituible para la tranquilidad colectiva, desde que sin ella, la sociedad sería un caos o un estado de conflicto permanente;

Sexto: Que, aceptándose, entonces, como premisa que, aun en el silencio de la ley tal como ocurre en el caso de que se trata en estos autos las infracciones y sanciones administrativas han de someterse a los efectos jurídicos de la prescripción, corresponde determinar la modalidad del plazo o extensión del tiempo con que cuenta la Administración para ejercer las acciones destinadas a fiscalizar y sancionar los ilícitos ubicados en el ámbito de su potestad represiva;

Séptimo: Que semejante cuestión se encuentra íntimamente vinculada con la naturaleza de las sanciones administrativas y del Derecho Administrativo Sancionador, bajo cuyo imperio, aquéllas se investigan y aplican por la Administración.

Se entiende que el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal tienen origen común en el ius puniendi único del Estado, del cual constituyen manifestaciones específicas tanto la potestad sancionatoria de la Administración como la potestad punitiva de los Tribunales de Justicia.

De esta similitud se desprende como consecuencia la posibilidad de aplicar supletoriamente en el ámbito de las sanciones administrativas algunos de los principios generales que informan al derecho penal.

Octavo: Que, corresponde desestimar, asimismo, la opinión que también suele sustentarse proclive a aplicar supletoriamente en el derecho administrativo sancionador el plazo de 5 años establecido en el artículo 2515 del Código Civil para la prescripción de largo tiempo propia de las acciones ordinarias vinculadas al derecho de las obligaciones, tanto por la distinta naturaleza que ostentan las acciones relativas al ámbito sancionatorio de indiscutible pertenencia al campo del Derecho Público y aquéllas que sirven para salvaguardar las acreencias del derecho común, inspiradas en principios jurídicos pertenecientes al orden privado y reguladas en dicho Código, como si se atiende a los fundamentos sobre los que reposa el instituto de la prescripción extintiva.

En efecto, para que ésta pueda operar deben conjugarse dos factores: por un lado, el transcurso del tiempo y, por el otro, la inactividad del acreedor, cuya desidia en la cautela de su derecho es castigada por el legislador con la prescripción de la acción pertinente.

Desde esta última perspectiva, no parece razonablemente justificada la sujeción de ambas clases de acciones al plazo común de prescripción de 5 años, prevista en el Código Civil, puesto que no es dable exigir el mismo grado de diligencia y esmero en el resguardo de sus intereses a personas con patrones medianos de cultura, como son, en general, los destinatarios del derecho común, que a los órganos de la Administración institucionalmente encargados de ejercer las potestades sancionatorias, cuyos integrantes necesariamente deben contar con capacidades, destrezas y recursos jurídicos, materiales y tecnológicos adecuados para cumplir con oportunidad el mandato que la ley les impone en orden a fiscalizar y perseguir las conductas que transgreden el ordenamiento administrativo en procura de su adecuada sanción.

La conclusión obvia que de ello se sigue no puede ser otra que los agentes fiscalizadores en lo administrativo deben contar con un régimen general de plazos más exiguos en el ejercicio de sus funciones de supervisión que los que el ordenamiento reconoce al acreedor común para la cautela de sus derechos;

Noveno: Que desde la perspectiva con que se ha venido analizando el tema en cuestión, no resulta jurídicamente acertado postular respecto de las acciones destinadas a sancionar infracciones administrativas, de clara adscripción al derecho público punitivo, la aplicación del artículo 2497 del Código Civil, según el cual, las reglas relativas a la prescripción establecidas en ese cuerpo normativo entre las que se cuenta el artículo 2515 se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, pues, por su ubicación dentro del Código Civil en el Título XLII con que se clausura su Libro Cuarto, que trata De las Obligaciones en general y de los Contratos, no cabe duda que el mencionado precepto se encuentra referido únicamente a las obligaciones que se originan en las fuentes indicadas por los artículos 1437 con que se inicia precisamente el Libro Cuarto del Código y 2284, esto es, a las obligaciones que nacen de los contratos, de los cuasicontratos, de los delitos y cuasidelitos de índole civil y de la ley y que esencialmente pertenecen al derecho privado o común, como ha tenido oportunidad de señalarlo esta Corte al conocer de acciones sobre responsabilidad patrimonial del Estado por actuaciones ilícitas de sus agentes u originadas en declaraciones de nulidad de derecho público;

Décimo: Que en el orden de los principios rectores de los razonamientos desarrollados precedentemente, no corresponde dar cabida a las argumentaciones que a veces, suele aducirse acerca de que un plazo de prescripción de seis meses resultaría exiguo para sanciones relativas a contravenciones que afectan a bienes jurídicos de trascendencia en el ámbito social y económico; consideración que, resultando atendible, corresponde atender al legislador, el cual cuenta para ello con dos vías: establecer, con carácter general, una gradación en los plazos de prescripción, atendida la gravedad de las infracciones, como se postula en el Proyecto de Ley sobre Bases de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios, a que antes se hizo alusión; o bien fijar en la ley particular un término de prescripción acorde con la entidad de las contravenciones a sancionar, según ha ocurrido

recientemente, con la Ley Nº 20.361, que, modificando el artículo 20 del D.L. Nº 211 de 1973 que fija normas sobre Protección a la Libre Competencia elevó, a cinco años el plazo de prescripción de las acciones destinadas a perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3º de dicho cuerpo legal (relacionadas con acuerdos colusivos entre agentes económicos en desmedro de la libre competencia en los mercados);

Undécimo: Que, al término de las reflexiones anteriores, no cabe sino concluir, en congruencia con las ideas en ellas expresadas, que han sido, en lo esencial, compartidas por la jurisprudencia reiterada de esta Corte que, en ausencia de una regla específica sobre el punto las infracciones y sanciones administrativas deben prescribir en el plazo de seis meses establecido para las faltas en los artículos 94 y 97 del Código Penal;

Duodecimo: Que, acorde con lo razonado, en la especie los hechos constitutivos de la infracción ocurrieron en el mes de julio de 2001, iniciándose el sumario sanitario en el mes de junio de 2003, el cual concluyó con la resolución exenta Nº 6023 de 31 de julio de 2003 que le impuso al reclamante una multa ascendente a cien unidades tributarias mensuales (100 UTM), por infracción al artículo 21 del Decreto Supremo Nº 1876 de 1995 del Ministerio de Salud. En consecuencia, aplicando el artículo 94 del Código Penal, la infracción imputada a la recurrente se encontraba prescrita al momento de ejercer el ente fiscalizador la acción persecutoria correspondiente.

Décimo Tercero: Que por lo precedentemente expuesto y razonado, el recurso de casación en el fondo debe rechazarse, puesto que los sentenciadores al acoger la excepción de prescripción opuesta por el actor no han incurrido en las transgresiones de ley denunciadas.

De conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de la presentación de fojas 199 en contra de la sentencia de veintiséis de mayo del año dos mil ocho, escrita a fojas 196.

Adoptada con el voto en contra de las Ministros señoras Araneda y Egnem, quienes estuvieron por acoger el recurso de casación en el fondo deducido y rechazar la excepción de prescripción extintiva de la acción infraccional ejercida por la demandada por las siguientes consideraciones:

1º) Que conforme lo ha sostenido esta Corte, es útil precisar que la circunstancia de encontrarse reguladas algunas responsabilidades por normas de Derecho Público, no impide que ellas puedan extinguirse por el transcurso del tiempo, en razón de que la prescripción es de carácter universal e indispensable para asegurar criterios de certeza y seguridad en las relaciones jurídicas y, por ello, puede operar también en todas las disciplinas que pertenecen al Derecho Público. Por consiguiente, acorde a este predicamento, la prescripción de las acciones procede en nuestro Derecho positivo como regla general, la que sólo cesa cuando la ley determine su imprescriptibilidad;

2º) Que, asentada la premisa de que la prescripción, en cuanto regla general, es aplicable también en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, cabe consignar que el Código Sanitario no contempla disposiciones que establezcan la imprescriptibilidad de las acciones destinadas a castigar las infracciones relativas a la normativa sanitaria;

3º) Que, ante la ausencia de norma expresa en el ordenamiento citado, y tratándose de disposiciones especiales, debe entenderse que en lo no contemplado expresamente en ellas deben aplicarse supletoriamente las reglas del Derecho común que, según la materia específica, correspondan;

4º) Que, en orden a dilucidar esta cuestión, valga considerar que en el ámbito que se trata no corresponde aplicar la prescripción de seis meses que respecto de las faltas contempla el artículo 94 del Código Penal. En efecto, la sola circunstancia de que la infracción conlleve una sanción

pecuniaria no transforma ese ilícito en una falta penal o que deba reputársele como tal, toda vez que esta sanción es, según el artículo 21 del Código Penal, una pena común para los crímenes, simples delitos y también para las faltas;

5º) Que si bien la potestad sancionadora de la Administración forma parte del denominado ius puniendi del Estado, no es menos cierto que la sanción administrativa es independiente de la sanción penal, por lo que debe hacerse una aplicación matizada de los principios del Derecho penal en materia de sanción administrativa, no siendo razonable aplicar el plazo de prescripción de las faltas, porque al ser una prescripción de corto tiempo seis meses resultaría eludida la finalidad del legislador de dar eficacia a la Administración en la represión de estos ilícitos, de modo que la sanción contemplada en la ley carecería de toda finalidad preventiva general.

De acuerdo al profesor español, Alejandro Nieto, el Derecho Administrativo Sancionador no renuncia a su origen: el Derecho Administrativo. Pero como desconfía de él y de su quintaesencia autoritaria tradicional acorde a su devenir histórico desde un Derecho monárquico absoluto, carente de garantías para el administrado, a un Derecho más legalista y garante de las salvaguardas constituciones de los administrados, no ha buscado en sí misma los mecanismos de la protección y garantías de los interesados y ha preferido "tomarlas en préstamo" del Derecho Penal, que tiene actualmente una mayor experiencia a tal propósito.

Esta apertura al Derecho Penal continúa Nieto no desvirtúa la naturaleza del importador, que sigue siendo administrativa. Y, además es sólo provisional, o sea, a falta de normas suficientes propias del Derecho Administrativo o del derecho común, y hasta tanto ésta no las produzca. El Derecho Penal, es y debe seguir siendo, la última ratio, vale decir, la última barrera de contención del sistema jurídico frente a los desvalores de conducta, tipificados por el ordenamiento como crímenes o delitos. He aquí la diferencia sustancial de este ius puniendi estatal bifronte. Mientras la sanción administrativa no implica necesariamente una excepción en la vida jurídica diaria de los ciudadanos, la sanción penal y todo lo que ella implica, sí constituye una excepcionalidad.

Así, la aplicación de los principios penales se justifica únicamente, entonces, por la necesidad de garantizar los derechos fundamentales del ciudadano, en un mínimo suficiente que impida una desigualdad intolerable de trato entre el procesado y el que es objeto de un procedimiento administrativo.

6º) Que, esta independencia entre la sanción administrativa y la sanción penal queda claramente establecida si se considera que la primera puede afectar a las personas jurídicas, en cambio en la legislación penal chilena ello resultaría imposible;

7º) Que, por lo demás, las consideraciones que la jurisprudencia y la doctrina han venido formulando acerca de la unidad del poder sancionador del Estado más allá de las naturales diferencias entre las sanciones administrativas y las penales y la necesidad de someter a unas y otras a un mismo estatuto de garantías, sus diferencias no pueden dejar de ser comprendidas y apreciadas separadamente;

8º) Que, en efecto, si bien principios elementales entre una y otra son comunes y lógicos, como ocurre con los relativos al non bis in idem, a la irretroactividad de la ley sancionadora, al principio pro reo y a la necesidad de prescripción de la respectiva acción persecutoria, no es posible desentenderse de la imposibilidad jurídica que se advierte en asimilar la contravención administrativa a una falta penal única manera de concluir en un plazo de prescripción de seis meses para la respectiva acción persecutoria la que surge de la naturaleza intrínseca del castigo;

9º) Desde luego, por cuanto la sanción penal presenta características ineludibles, suficientemente estudiadas por la doctrina, como son las de su moralidad, esto es, su fundamento ético; su aflic-

tividad, destinada al restablecimiento del equilibrio social perturbado; su proporcionalidad a la naturaleza de la ilicitud penal de que se trate; su personalidad o individualidad; su igualdad, esto es, una misma conducta debe tener una idéntica sanción; su ejemplaridad, es decir, su potencialidad de intimidación; su publicidad, no sólo respecto del castigo sino del justo proceso que a ella condujo; su certeza e ineludibilidad; su prontitud, en relación a la comisión del ilícito; su revocabilidad para remediar una eventual injusticia en su aplicación; su temporalidad y divisibilidad, para amoldarse a las características del hechor; todas condiciones no necesariamente presentes en la sanción administrativa, pero sí aplicables a crímenes, simples delitos y faltas;

10º) Que, además, si bien en doctrina es posible hablar de algunos simples delitos y faltas como delitos de bagatela o enanos, no por ello han dejado de ser tratados como infracciones propias del Derecho penal e interpretados de acuerdo con sus principios. De donde se desprende que por nimia que fuere la sanción anexa al hecho, éste no deja de ser delito penal por tal circunstancia;

11º) Que, también es útil recordar el artículo 20 del Código Penal, en cuanto señala que no se reputan penas. las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas. Estas últimas, las atribuciones gubernativas, son aquellas que corresponden al Estado administrador como propias del jus puniendi que le pertenece en el ámbito administrativo respectivo;

12º) Que, por último, aceptar la prescripción de seis meses para la aplicación de la sanción administrativa atenta contra la debida relación y armonía que debe guardar la legislación, ya que no resulta coherente que la acción disciplinaria por responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos prescriba en cuatro años, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 158 del Estatuto Administrativo y 154 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales y, en cambio, tratándose de la acción sancionatoria dirigida contra particulares, prescriba en el plazo de seis meses;

13º) Que, entonces, el defecto normativo de omisión de un plazo razonable y prudente de prescripción en el Código Sanitario, en que incurriera el legislador, impone el deber de encontrar en la legislación positiva, actual y común, la solución del problema que ha sido promovido, debiendo acudirse a las normas generales del Derecho común dentro del ámbito civil y, en ese entendido, hacer aplicación de la regla general de prescripción extintiva de cinco años a que se refiere el artículo 2515 del Código Civil;

14º) Que, en este punto conviene destacar que la aplicación de la normativa del ordenamiento ordinario en materia de prescripción de las acciones que aquí se tratan, no lo es en carácter supletorio, basada en principios generales del Derecho, sino en virtud de un mandato expreso del legislador, consignado en el artículo 2497 del Código Civil, conforme al cual las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo;

15º) Con todo, el plazo de prescripción para el caso de la infracción administrativa, habrá de contarse desde que ocurrieron los hechos.

Que, entonces, habida consideración que desde el acaecimiento de los hechos, esto es, desde la fecha en que la autoridad sanitaria tomó conocimiento, el día 27 de julio de 2001, a la fecha en que inició sumario sanitario y dictó sentencia en éste 2 de junio de 2003 y 31 de julio de 200 3, respectivamente no ha transcurrido el plazo de cinco años contemplado en el artículo 2515 del Código Civil, para que la presente acción se encuentre prescrita.

Regístrese y devuélvase, con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sra. Araneda.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sra. Sonia Araneda, Sra. Rosa Egnem y los Abogados Integrantes Sr. Jorge Medina y Sr. Arnaldo Gorziglia. No firman, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo los Abogados Integrantes señores Medina y Gorziglia por estar ambos ausentes. Santiago, 11 de mayo de 2010.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Sra. Carola Herrera Brummer.

En Santiago, a once de mayo de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Rol Nº 4627-2008.

MATERIA

Procedimiento administrativo sancionatorio debe dar cumplimiento a garantías del debido proceso

ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional
Tipo de recurso: Inaplicabilidad precepto legal (art. 93 Nº 6 CPR)
Rol: 1437
Fecha: 07.09.2010
Resultado recurso: Acogido
Ministros mayoría: Marcelo Venegas Palacios, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza y Enrique Navarro Beltrán.
Ministros minoría: Juan Colombo Campbell, Marisol Peña Torres, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander.
Ministro redactor: Raúl Bertelsen Repetto.
Requirente: Úrsula Cortés Zamora.

DESCRIPTORES

Debido Proceso – Defensa Oportuna – Deudores de Crédito Universitario.

PRINCIPIO JURÍDICO

Un procedimiento administrativo racional y justo debe permitir una defensa amplia del administrado.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 19 Nº 3 CPR.

CAUSA EN QUE INCIDE

Recurso de protección contra la Tesorería General de la República, del cual conoce la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol 7833-2009.

DISPOSICIÓN CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA

Artículo 1º de la Ley Nº 19.989 que faculta a la Tesorería General de la República para retener, de la devolución anual de impuestos a la renta que correspondiere a los deudores del crédito solidario universitario, los montos de dicho crédito que se encontraren impagos según lo informado por la entidad acreedora, e imputar dicho monto al pago de estas deudas.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Afecta el derecho a un debido proceso una norma que permite a la Tesorería General de la Republica retener, de la devolución de impuestos, el monto del crédito solidario universitario adeudado, con la sola información que de la existencia de dicho crédito formule el acreedor?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Tesorería procedió a retener de la devolución de impuesto de la requirente el monto correspondiente a la deuda de crédito solidario universitario que esta mantendría con la Universidad Católica de Valparaíso y Valparaíso por los estudios realizados en esas casas de estudios entre los años 1990 y 1999.

Frente a esta retención la requirente interpuso un recurso de protección contra la Tesorería, gestión en la cual solicita inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.

ALEGACIONES

La norma que otorga la facultad a la Tesorería para retener de la devolución de impuestos los montos adeudados del crédito solidario universitario infringe el derecho al debido proceso al privarle a los supuestos deudores del derecho a oposición, a aportar pruebas y a un procedimiento imparcial.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

De la garantía contemplada en el artículo 19 Nº 3 inciso quinto de la CPR se desprende que, tanto los órganos judiciales como los administrativos, cuando han de resolver un asunto que implique el ejercicio de la jurisdicción, han de hacerlo con fundamento en el proceso que previamente se incoe, el que ha de tramitarse de acuerdo a las reglas que señale la ley, la que siempre ha de contemplar un procedimiento que merezca el calificativo de racional y justo. De ahí que el legislador esté obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquellas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según sea el caso, proceda, excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad (C. 7).

De acuerdo al tenor literal del artículo 1º de la Ley Nº 19.989 resulta que la Tesorería General de la República ejerce la facultad de retener de la devolución anual de impuestos que corresponde a los contribuyentes que aparecen como deudores de crédito universitario los montos de dicho crédito que se encontraren impagos, con la sola información que le proporciona el Administrador del Fondo Solidario de Crédito Universitario respectivo, sin dar oportunidad al aparente deudor a presentar otro descargo que no sea el certificado de pago emitido por dicho Administrador. Tal forma de actuar, de un servicio público, no satisface las exigencias mínimas de un racional y justo procedimiento, porque no permite a quien aparece como deudor de acuerdo con la información proporcionada por el Administrador del Fondo Solidario de Crédito Universitario, ejercitar ni ante la Tesorería ni ante un tribunal de justicia, otro medio de defensa que no sea la prueba del pago de la obligación y siempre que conste en un certificado emitido por el mismo ente cuya información

es título suficiente para retener los fondos de la devolución anual de impuestos. Una restricción tan drástica de los medios de defensa de una persona no tiene sustento racional, pues, aun cuando existen fundamentos objetivos para un cobro expedito de las deudas provenientes de los Fondos de Crédito Universitario, lo que justifica la restricción de las excepciones de que pueda valerse quien aparezca como deudor, ello no puede llegar hasta privar, en la práctica, del derecho que tiene toda persona a una defensa oportuna, sea ante el órgano administrativo que decide la retención o ante algún tribunal al que pudiera reclamarse, que en el caso de autos no existe (C. 8).

CONCLUSIÓN

La facultad de la Tesorería General de la Republica de retener de la devolución anual de impuestos, que corresponde a los contribuyentes que aparecen como deudores de crédito universitario, los montos de dicho crédito que se encontraren impagos, con la sola información que le proporciona el Administrador del Fondo Solidario de Crédito Universitario, vulnera las exigencias mínimas de un racional y justo procedimiento, al privar al supuesto deudor del derecho a una debida defensa.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia continúa con el criterio establecido en el caso Rol 376 (incorporada en el presente libro) al trasladar al procedimiento administrativo de sanción o de imposición de acto de gravamen, las exigencias de un justo y racional procedimiento. Lo anterior implica permitir a todas las partes o personas afectadas contar con los medios de defensa que le permitan impugnar las pruebas de la contraparte, exigencia ya incorporada en la LBPA.

Este criterio además lo sostuvo en los casos Roles 1411 y 1438.

TEXTO COMPLETO

Santiago, siete de septiembre de dos mil diez.

VISTOS:

El abogado José Luis Baro Ríos, en representación de la señora Úrsula Cortés Zamora, ha interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ley Nº 19.989, en el recurso de protección que esa parte ha deducido en contra de la Tesorería General de la República, del cual conoce la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol de ingreso Nº 7833-2009.

El artículo 1º de la Ley Nº 19.989, impugnado, establece:

"Facúltase a la Tesorería General de la República para retener de la devolución anual de impuestos a la renta que correspondiere a los deudores del crédito solidario universitario regulado por la ley Nº 19.287 y sus modificaciones, los montos de dicho crédito que se encontraren impagos según lo informado por la entidad acreedora, en la forma que establezca el reglamento, e imputar dicho monto al pago de la mencionada deuda.

La Tesorería General de la República deberá enterar los dineros retenidos por este concepto al administrador del fondo solidario de crédito universitario respectivo, en el plazo de 30 días contados

desde la fecha en que debiera haberse verificado la devolución, a menos que el deudor acredite que ha solucionado el monto vencido y no pagado por concepto de crédito universitario, mediante certificado otorgado por el respectivo administrador.

Si el monto de la devolución de impuestos fuere inferior a la cantidad adeudada, subsistirá la obligación del deudor por el saldo insoluto".

En cuanto a los hechos que motivaron la interposición del recurso de protección que se individualiza, la requirente manifiesta en el libelo que aquél se interpuso por cuanto la Tesorería General de la República, en ejercicio de la facultad que le entrega la norma legal impugnada, procedió a retener de su devolución de impuestos a la renta correspondiente al año 2008, la suma de $ 2.276.188, por concepto de supuesta deuda de crédito universitario que mantendría con las Universidades Católica de Valparaíso –en la que cursó la carrera de ingeniería en alimentos entre los años 1990 y 1993– y de Valparaíso –casa de estudios superiores en que la actora estudió contabilidad entre los años 1993 a 1999–. Se agrega que tal retención ocurrió sin forma de juicio y a solo requerimiento de las mencionadas instituciones de educación superior.

La requirente manifiesta, asimismo, no tener claridad acerca de los documentos que habrían dado origen a tales créditos ni sobre sus montos y, sobre este aspecto en particular, hace hincapié en que, sin perjuicio del hecho de que las referidas universidades y ORSAN, que es la entidad que tiene a su cargo el cobro de las carteras de deudores de crédito universitario, le han comunicado la existencia de la supuesta deuda por diversos medios que indica, no le han entregado información que pueda disipar sus dudas con respecto a la exigibilidad y pertinencia de la referida deuda.

En el requerimiento también se afirma que las acciones para el cobro de la aludida supuesta deuda por crédito universitario se encontrarían prescritas, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Nº 18.092.

Finalmente, la actora alude a la sentencia definitiva que esta Magistratura Constitucional dictó en la causa Rol 808, que declaró inaplicable el mismo precepto que se impugna en este proceso y hace notar la manera como el mismo pronunciamiento influyó en el resultado de la gestión judicial en la que incidía la acción que, al igual que en su caso, se trataba de un recurso de protección.

En cuanto respecta al conflicto constitucional que eventualmente se produciría de aplicarse en la gestión judicial pendiente el precepto legal que se impugna, la requirente plantea, en síntesis, que el reconocimiento de una potestad que faculta a un servicio público para proceder como lo ha hecho la Tesorería General de la República en este caso, se encuentra en abierta contradicción con las siguientes garantías que la Constitución asegura:

En primer lugar, contraviene la igualdad ante la ley asegurada en el numeral 2º del artículo 19 de la Carta Fundamental, atendido que la disposición legal impugnada libera a una de las partes de la relación jurídica de la carga de acreditar la existencia de la obligación, conforme a las reglas generales del Código Civil (artículos 1698, 1708 y 1709). Por otra parte, a juicio de la actora de autos, la norma cuestionada establece como único medio para acreditar la extinción de la obligación objeto de cobro un certificado emitido por el propio acreedor. De esta forma, continúa la requirente, el artículo 1º de la Ley Nº 19.989 constituiría a las casas de estudio superiores, a los administradores de fondos de crédito universitario y a las entidades privadas dedicadas al cobro de las respectivas carteras de deudores de crédito universitario, en verdaderos grupos privilegiados gracias a un sistema de cobro "supra-preferente", esto es, que va más allá de las normas generales en materia de prelación de créditos o de cualquier convención relacionada con garantías, estableciéndose, así, una discriminación arbitraria en perjuicio de los deudores de dichos créditos.

Según se manifiesta en el libelo, la aplicación de la disposición legal impugnada también vulneraría la garantía reconocida en el inciso quinto del numeral 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental

y ello, fundado en que dicha norma no contiene regulación alguna ni contrapesos suficientes para el ejercicio de la potestad conferida a la Tesorería General de la República, "privando al deudor de los elementos más fundamentales del debido proceso, tales como el derecho de oposición o bilateralidad de la audiencia, un procedimiento seguido en términos imparciales y, muy en especial, el derecho a aportar pruebas generadas de forma independiente del supuesto acreedor, para impugnar la existencia, monto y exigibilidad de la deuda objeto de cobro".

En tercer lugar, en el requerimiento se aduce que la aplicación que ha hecho la Tesorería General de la República de la norma legal impugnada habría privado a la actora de varios bienes incorporales que forman parte de su patrimonio, en virtud del principio de la "cosificación de los derechos", contenido en el artículo 583 del Código Civil y en el inciso primero del numeral 24º del artículo 19 de la Constitución, como lo son: su derecho a alegar ante un tribunal de la República la prescripción de la deuda, así como el resto de las acciones, excepciones o defensas que contempla el ordenamiento jurídico.

Con fecha 21 de julio de 2009, la Segunda Sala de esta Magistratura declaró admisible el requerimiento deducido y dispuso la suspensión del procedimiento en el que incide. Pasados los autos al Pleno, la acción constitucional fue puesta en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y de la Tesorería General de la República a los efectos de que pudieren formular las observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren procedentes.

Consta en autos que, mediante presentación ingresada a esta Magistratura el 11 de agosto de 2009 –fojas 49 a 61–, la Tesorera General de la República, señora Pamela Cuzmar Poblete, formuló observaciones al requerimiento materia de este proceso constitucional, solicitando su rechazo. Los fundamentos de tal petición, en síntesis, son los siguientes:

Luego de aludir a los hechos de la causa y a alguna jurisprudencia judicial que se ha pronunciado sobre el ejercicio de la atribución que se le confiere al organismo por el artículo 1º de la Ley Nº 19.989, la entidad pública aludida ha señalado que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Nº 19.287 –que les asignó a los Fondos Solidarios de Crédito Universitario la calidad de sucesores y continuadores legales de los fondos de crédito universitario y sus administradores tratados en la Ley Nº 18.591–, toda deuda contraída para con algún Fondo de Crédito Universitario con anterioridad a la entrada en vigencia de esa legislación, esto es, con anterioridad al 4 de febrero de 1994, se entiende regida por ésta. Y, en este sentido, la deuda de la requirente de este proceso constitucional estaría cubierta por esa normativa.

En seguida, se hace hincapié en que del análisis de la legislación vigente en la materia –al efecto se cita el artículo 71 de la Ley Nº 18.591 y los artículos 14 y 15 de la Ley Nº 19.287– se puede sostener que la certificación que le entrega a ese servicio el Administrador General del respectivo Fondo Solidario de Crédito Universitario, previo a que se ejerza la facultad prevista en la norma legal impugnada, resulta tener mérito suficiente tanto para establecer la existencia de la obligación y su monto como la situación de morosidad y, por ende, no puede ser considerada como una simple información, sin mayor validez, como lo ha planteado la actora en su libelo. Conforme a lo expresado, el organismo público concluye que la condición de deudor moroso y del monto de su deuda no se sustenta exclusivamente en el precepto legal que se impugna en estos autos constitucionales y que se pretende que no se aplique para resolver la cuestión de fondo pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

En cuanto a la supuesta afectación de garantías constitucionales que se denuncia en estos autos, el organismo niega que ello suceda, en razón de que la norma que se impugna se aplica a toda persona que se encuentre en la condición de deudor de los fondos solidarios de crédito universitario; por ende, no existiría discriminación arbitraria alguna en su aplicación. Tampoco se vulneraría la

garantía constitucional del debido proceso en tanto ese organismo, al ejercer la potestad que la ley le asigna, no realiza una actividad de naturaleza jurisdiccional. Asimismo, afirma que la deudora ha tenido posibilidad de presentar sus defensas ante el respectivo Administrador del Fondo y ante ese mismo organismo público en la forma que establece la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, Nº 19.880. Por último, en cuanto al derecho de propiedad, éste tampoco se vería afectado en este caso, señala la Tesorería General de la República, puesto que ese organismo sólo ha procedido a la retención correspondiente para que con ella se realice el pago de una deuda que la requirente mantiene con el respectivo Administrador del Fondo de Crédito Universitario.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 7 de enero de 2010 se procedió a la vista de la causa –en conjunto con la causa Rol 1438-09-INA-, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados señores José Luis Baro Ríos, por la requirente, y Julio Covarrubias Vásquez, por la Tesorería General de la República. A continuación, y conforme a lo resuelto en autos con fecha 6 de enero de 2010 –fojas 85 y 86–, expusieron los abogados señores Hugo Muñoz López, por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, y Cristián Moyano Guerra, por la Universidad de Valparaíso.

Considerando:

Primero.- Que el artículo 93, inciso primero, Nº 6º, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional "resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicablidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución";

Segundo.- Que la misma norma constitucional, en su inciso decimoprimero, expresa que: "la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto" y agrega que "corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley";

Tercero.- Que, como se ha manifestado en la parte expositiva, en el presente requerimiento Ursula Graciela Cortés Zamora solicita la declaración de inaplicabilidad del artículo 1º de la Ley Nº 19.989 en la causa sobre recurso de protección Rol Nº 7833-2009, de la Corte de Apelaciones de Santiago, caratulado "Cortés Zamora, Ursula Graciela, con Tesorería General de la República", siendo ésta, precisamente, la gestión pendiente seguida ante un tribunal ordinario o especial que habilita a esta Magistratura Constitucional para pronunciarse sobre la acción de inaplicabilidad entablada;

Cuarto.- Que, como ya se señaló en la parte expositiva de esta sentencia, el precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita es del siguiente tenor:

"Artículo 1º. Facúltase a la Tesorería General de la República para retener de la devolución anual de impuestos a la renta que correspondiere a los deudores del crédito solidario universitario regulado por la ley Nº 19.287 y sus modificaciones, los montos de dicho crédito que se encontraren impagos según lo informado por la entidad acreedora, en la forma que establezca el reglamento, e imputar dicho monto al pago de la mencionada deuda.

La Tesorería General de la República deberá enterar los dineros retenidos por este concepto al administrador del fondo solidario de crédito universitario respectivo, en el plazo de 30 días contados desde la fecha en que debiera haberse verificado la devolución, a menos que el deudor acredite que ha solucionado el monto vencido y no pagado por concepto de crédito universitario, mediante certificado otorgado por el respectivo administrador.

Si el monto de la devolución de impuestos fuere inferior a la cantidad adeudada, subsistirá la obligación del deudor por el saldo insoluto";

Quinto.- Que a esta Magistratura no le corresponde examinar si la requirente es o no deudora de sumas obtenidas por concepto de crédito universitario para financiar sus estudios en las universidades en las que fue alumna, ni resolver si han operado las acciones para su cobro, como tampoco pronunciarse sobre la actuación conforme a derecho de organismos de la Administración del Estado, o fiscal universita sino únicamente decidir si la aplicación del precepto legal impugnado resulta o no contraria a la Constitución Política en la gestión judicial respecto a la cual se ha deducido la presente acción de inaplicabilidad;

Sexto.- Que, a juicio del requirente, una de las infracciones a la Constitución Política en que incurre el artículo 1º de la Ley Nº 19.989 consiste en la vulneración de la garantía reconocida en el artículo 19, Nº 3º, inciso quinto, de la Carta Fundamental, que asegura a toda persona un debido proceso, al disponer que "[t]oda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos";

Séptimo.- Que de la citada garantía constitucional se desprende, como este Tribunal lo ha señalado de modo reiterado, que tanto los órganos judiciales como los administrativos cuando han de resolver un asunto que implique el ejercicio de la jurisdicción, han de hacerlo con fundamento en el proceso que previamente se incoe, el que ha de tramitarse de acuerdo a las reglas que señale ley, la que siempre, esto es sin excepción alguna, ha de contemplar un procedimiento que merezca el calificativo de racional y justo.

De ahí que el legislador esté obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda, excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad. Lo anterior se ve reafirmado por lo señalado en el artículo 19, Nº 26º, de la Carta Fundamental, que prohíbe al legislador afectar los derechos en su esencia o imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio;

Octavo.- Que, de acuerdo al tenor literal del artículo 1º de la Ley Nº 19.989 y a la aplicación que se le ha dado en el caso que nos ocupa, resulta que la Tesorería General de la República ejerce la facultad de retener de la devolución anual de impuestos que corresponde a los contribuyentes que aparecen como deudores de crédito universitario los montos de dicho crédito que se encontraren impagos, con la sola información que le proporciona el Administrador del Fondo Solidario de Crédito Universitario respectivo, sin dar oportunidad al aparente deudor a presentar otro descargo que no sea el certificado de pago emitido por dicho Administrador.

Tal forma de actuar de un servicio público no satisface, indudablemente, las exigencias mínimas de un racional y justo procedimiento, porque no permite a quien aparece como deudor de acuerdo con la información proporcionada por el Administrador del Fondo Solidario de Crédito Universitario, ejercitar ni ante la Tesorería ni ante un tribunal de justicia otro medio de defensa que no sea la prueba del pago de la obligación y siempre que conste en un certificado emitido por el mismo ente cuya información es título suficiente para retener los fondos de la devolución anual de impuestos.

Una restricción tan drástica de los medios de defensa de una persona no tiene sustento racional, pues, aun cuando existen fundamentos objetivos para un cobro expedito de las deudas provenientes de los Fondos de Crédito Universitario, lo que justifica la restricción de las excepciones de que pueda valerse quien aparezca como deudor, ello no puede llegar hasta privar, en la práctica, del derecho que tiene toda persona a una defensa oportuna, sea ante el órgano administrativo que decide la retención o ante algún tribunal al que pudiera reclamarse, que en el caso de autos no existe;

Noveno.- Que, por lo dicho, este Tribunal estima que la aplicación por el tribunal de la causa del artículo 1º de la Ley Nº 19.989 produciría efectos contrarios a la Constitución Política, por lo que acogerá el recurso de inaplicabilidad interpuesto;

Décimo.- Que, conforme a la doctrina que ha sustentado este Tribunal con anterioridad en el sentido de que habiendo acogido una causal de inconstitucionalidad para estimar el requerimiento, no corresponde pronunciarse sobre los otros vicios de inconstitucionalidad invocados por el requirente, no emitirá pronunciamiento sobre los otros vicios de inconstitucionalidad invocados por el requirente.

Y VISTO lo dispuesto en los artículos 19, Nº 3º, y 93, inciso primero, Nº 6º, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se contiene en el D.F.L. Nº 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

Se resuelve que se acoge el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1 y que se pone término a la suspensión de procedimiento decretada en estos autos a fojas 36, oficiándose al efecto a la Corte de Apelaciones de Santiago.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señor Juan Colombo Campbell, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento formulado, por las siguientes consideraciones:

Primero: Que, para la mayoría, la retención que está legalmente facultada a hacer la Tesorería General de la República, de parte o el total de los dineros que por concepto de impuesto a la renta está obligada a devolver al contribuyente, respecto de los deudores del crédito solidario universitario, priva, en la práctica, del derecho a la defensa oportuna del que es titular la deudora, infringiendo gravemente el derecho establecido en el artículo 19 Nº 3º, así como el artículo 19 Nº 26º de la Constitución;

Segundo: Que para hacernos cargo de este argumento es necesario, previamente, realizar varias consideraciones. En primer lugar, resulta pertinente comprender la situación deudora de la requirente.

En efecto, la requirente, doña Úrsula Graciela Cortés Zamora, estudió la carrera de Ingeniería en Alimentos en la Universidad Católica de Valparaíso entre los años 1990 y 1993 y luego, la carrera de Contabilidad en la Universidad de Valparaíso entre los años 1993 y 1999. Como señala expresamente en su escrito de impugnación, financió sus estudios con ayuda del Estado, primero, mediante el crédito universitario regulado, en ese entonces, en la Ley Nº 18.591 y, después, mediante el crédito solidario universitario regulado por la Ley Nº 19.287 y sus modificaciones (fs. 3). Fue notificada por el fondo de crédito universitario acreedor sobre el hecho de la deuda y de la eventual retención y, además, mantuvo abundante correspondencia con los funcionarios respectivos sobre el objeto preciso y la forma de cumplir sus obligaciones, reconociendo la existencia de la deuda (según documentos acompañados por la propia requirente y la Universidad de Valparaíso). La señora Cortés dice desconocer la causa y objeto de la deuda que se le atribuye y afirma que no conserva ningún documento que la respalde (fs. 3 y 4).

La Tesorería General de la República, en ejercicio de la facultad que regula la norma legal impugnada, retuvo su devolución de impuestos a la renta, correspondiente a los años tributarios 2005 y 2007, efectiva los años 2006 y 2008, según documentación acompañada por la Universidad de Valparaíso. La deudora no ejerció ninguna impugnación contra tales retenciones.

En cambio, cuando la Tesorería realizó la misma retención tratándose de la devolución de impuestos correspondiente al año 2008, la requirente presentó un recurso de protección el día 17 de junio (fs. 5);

Tercero: Que, en segundo lugar, es necesario señalar que la norma legal impugnada tiene por objeto establecer un sistema expedito de recuperación de una ayuda estatal, que se realiza en tres etapas. En la primera etapa se debe notificar al deudor de la existencia de la deuda y el hecho de la eventual retención, hecho que ocurrió en este caso el 30 de marzo de 2009. Luego, en la segunda etapa, la Tesorería General de la República retiene la devolución de impuestos. En efecto, en primer lugar, se otorga a la Tesorería General de la República, es decir, un órgano de la Administración del Estado, la facultad de retener, total o parcialmente, la devolución anual de impuestos a la renta. Es decir, de aquellos montos que haya recibido preliminarmente a título de impuestos que finalmente no son exigibles por alguna causa legal. En segundo lugar, dicha retención opera sólo respecto de quienes sean deudores de ciertas obligaciones. No opera sobre toda persona, sino sobre ciertos sujetos especialmente calificados. Y la deuda que pretende atender no es otra que la que corresponda al denominado "crédito solidario universitario", regulado, con modificaciones, por la Ley Nº 19.287, cuyo alcance analizaremos más adelante. En tercer lugar, la retención puede ser total o parcial, pues se limita sólo a aquellos montos impagos del crédito que venzan ese año, según lo informe la "entidad acreedora"; además, si la retención es insuficiente para pagar la cuota respectiva, la deuda subsiste por el saldo según el inciso tercero de la norma impugnada. En cuarto lugar, para que opere la retención es necesario que el acreedor haya informado de la existencia de la deuda a la Tesorería de acuerdo a unas nóminas que, como se verá, son públicas;

Cuarto: Que, en una tercera etapa, se transfieren los fondos retenidos al acreedor. El inciso segundo de la norma impugnada sirve para comprender cuál es la naturaleza de la facultad que la Ley establece. En efecto, la Tesorería General de la República no es acreedora, sino que simplemente es una recaudadora. La Tesorería debe enterar los dineros retenidos al administrador del fondo solidario de crédito universitario –fondo que es el verdadero acreedor–, en el plazo de 30 días contados desde la fecha en que debiera haberse verificado la devolución. Precisamente, durante este plazo, el deudor interpelado tiene la oportunidad de ejercer sus reclamaciones en contra del Fondo respectivo (su acreedor). Si obtiene el certificado de que su deuda está extinta ("solucionada"), puede oponerse a la retención ante la Tesorería;

Quinto: Que, como se observa, en tercer lugar, este sistema, establecido para un cobro más efectivo de las deudas de los beneficiarios del crédito universitario, ofrece varias garantías a los deudores.

Primero, la Tesorería actúa como mero ente "recaudador", pues la deuda no es con el Fisco. Como la norma legal lo dice expresamente, el acreedor es el Fondo de Crédito Universitario respectivo. Ello explica que, si el deudor paga o extingue su deuda por otra causa, debe hacerlo ante el respectivo acreedor y no ante la Tesorería.

Segundo, la devolución que se retiene por la Tesorería es siempre un derecho condicionado. Corresponde a los montos que preventivamente se haya recaudado a lo largo de un año tributario, cuya devolución está sujeta a la inexistencia de una causa legal para retener. La retención no crea una situación definitiva.

Tercero, es necesario que la retención se ponga en conocimiento del deudor. La norma impugnada habla de un plazo de 30 días, desde que debió hacerse la devolución, durante el cual el deudor puede aclarar la situación con su acreedor, es decir, el Fondo respectivo.

Cuarto, se retiene anualmente sólo la cuota vencida para esa anualidad. No se produce una "aceleración" (caducidad del plazo) de la deuda, pues no se cobra el total por un simple atraso. Se retiene sólo lo que corresponde a ese año;

Sexto: Que no es éste un caso en que la Tesorería imponga unilateralmente su interés propio a un ciudadano, pues, ante todo, ella no está actuando unilateralmente, sino a petición del acreedor. Luego, no es un cobro automático, sino que es necesario siempre que el acreedor entregue previamente una nómina de deudores y, además, el deudor toma conocimiento previo. Existe un plazo de un año completo para aclarar la situación tributaria, pues la retención opera sobre el impuesto a la renta que se declara y paga cada año en el mes de abril, y treinta días más para el certificado correspondiente. Finalmente, como se ha dicho, es una simple retención para el pago de una obligación ajena. La Administración no está imponiendo su interés propio;

Séptimo: Que, en cuarto lugar, corresponde explicar y poner en contexto el beneficio del crédito para la educación superior.

El crédito universitario, es un sistema de ayudas públicas para financiar estudios de educación superior universitaria, que ha pasado por distintas etapas desde el año 1981. Se enmarca, por tanto, dentro de la actividad de fomento que puede desplegar el Estado, de acuerdo a las condiciones que establece el artículo 19 Nº 22 de la Constitución, de manera de capacitar a las personas para que puedan "participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional" (artículo 1º, inciso final, Constitución Política de la República). El crédito está diseñado para lograr la solidaridad en materia educacional de acuerdo a imperativos constitucionales.

En efecto, tratándose de la educación de la población, la Constitución, por una parte, obliga al Estado a "fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles" (artículo 19 Nº 10º inciso sexto) y, por otra parte, carga a la comunidad y sus miembros con el deber de "contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación" (artículo 19 Nº 10º inciso séptimo). En virtud de esta habilitación constitucional se establece un crédito especial del Estado que se otorga en condiciones privilegiadas y que, asimismo, tiene un régimen particular de cobro que lo adapta al cumplimiento de especiales fines de solidaridad.

La evolución de esta ayuda estatal tiene relación directa con la comprensión del presente caso, pues la requirente ha gozado de beneficios sucesivos desde que cursó sus estudios entre los años 1990 y 1999 hasta el día de hoy;

Octavo: Que el primer régimen relativo a préstamos para la educación superior fue establecido por el D.F.L. Nº 4 de 1981, del Ministerio de Educación, que establecía normas sobre "crédito fiscal universitario". Este régimen vino a sustituir el sistema anterior de financiamiento universitario, de "arancel diferenciado", creando un financiamiento mixto de las Universidades a través del presupuesto del Estado y de los ingresos propios a título de aranceles y matrículas de los alumnos. El reglamento de esta Ley fue el D.S. Nº 720 de 1982, del Ministerio de Educación. Dicho crédito rigió entre los años 1981 y 1986 y era financiado íntegramente por transferencias desde el Estado a las Universidades (artículo 5º). El alumno se constituía en deudor del Fisco por el monto del crédito que este último hubiere pagado a la Universidad. El interés anual era privilegiado (1%), y la obligación de pago se hacía exigible sólo después de dos años desde el egreso o desde que hubiere abandonado sus estudios (artículo 11). Luego de este plazo de gracia, el deudor tenía un plazo de 10 o 15 años, dependiendo del monto del crédito efectivamente gozado; el que se pagaba en dos o más cuotas parciales durante el año. El deudor podía siempre solicitar una exención fundándose en que estaba impedido de pagar, caso en el cual celebraba un convenio con la Tesorería General de la República (artículo 12). Las nóminas de deudores eran públicas y se debía acompañar "un documento firmado por el alumno en el que se reconozca la obligación" (artículo 14);

Noveno: Que dicho sistema de "crédito universitario fiscal", fue sustituido por el sistema de Fondo Solidario de Crédito Universitario, que se encuentra regulado por la Ley Nº 18.591 de 1987, modificada por las leyes Nº 19.287, y 19.848, y por el D.S. Nº 938 de 1994, de Educación, pasando las acreencias del mencionado crédito fiscal a ser administradas por este Fondo, conforme al artículo 71 letra a) de la Ley Nº 18.591. Este sistema rige a partir del año 1987.

Dicho Fondo es un patrimonio especial que la Ley crea, paralelo a cada una de las universidades que integran el Consejo de Rectores, destinado al otorgamiento de créditos a sus alumnos para pagar el valor anual o semestral de la matrícula, según corresponda (artículo 70 de la Ley Nº 18.591). El Fondo se compone por los créditos adeudados por los beneficiarios, los pagarés que se otorguen, los recursos de la Ley de Presupuestos y donaciones (artículos 71 y 71 bis de la Ley Nº 18.591).

La Ley establece expresamente que el alumno firma un convenio escrito donde acepta su obligación de pagar el crédito, como contrapartida al servicio educacional que recibe (artículo 6º de la Ley Nº 19.287).

Se trata de un crédito "subvencionado", porque da varias garantías al deudor. Desde luego, la Ley le otorga un plazo de "gracia", de dos años, para que reúna los fondos necesarios para comenzar a pagar (artículo 7º de la Ley Nº 19.287). Además, limita la cantidad que debe pagar anualmente el deudor, que no es más del 5% de lo que haya obtenido el año anterior. Además, la Ley señala que el deudor diligente, o sea, el que está al día en sus cuotas mensuales, ve extinguida su deuda, "por el solo ministerio de la Ley", 12 años después desde que se hizo exigible, a menos que su deuda acumulada haya sido superior a 200 UTM, en cuyo caso el plazo será de 15 años. Asimismo, si el deudor terminó su carrera profesional y estudia un postgrado, puede suspender el pago (artículo 8º de la Ley Nº 19.287). También, la Ley reconoce la situación de deudores que pueden reducir o suspender su obligación por ganar muy poco, estar casados, tener hijos, etc. (artículo 10 de la Ley Nº 19.287). En todo caso, el deudor puede también novar la deuda ("repactarla" o "reprogramarla"), en orden a lograr su cómodo cumplimiento (artículo 12 de la Ley Nº 19.287). El administrador de cada Fondo –es decir, cada una de las Universidades– debía extender un certificado de extinción de la deuda, sea por pago u otra causa (artículo 14 de la Ley Nº 19.287). Las nóminas de deudores son públicas (artículo 15 de la Ley Nº 19.287).

De acuerdo al artículo 2º transitorio de la Ley Nº 19.287, de 1994, los deudores del Crédito Universitario –o sea, entre 1981 y 1988– podían repactar sus deudas de acuerdo al nuevo sistema, gozando de nuevos plazos de gracia y para pagar sus deudas.

En el año 1990, por la Ley Nº 19.083 se otorgó a los deudores la posibilidad de convenir con cada uno de los Fondos "novaciones" (reprogramaciones o repactaciones) de sus créditos;

Décimo: Que en el año 2002, la Ley Nº 19.848 facultó a los deudores de los Fondos Solidarios, es decir, los que lo fueran conforme a la Ley Nº 18.591 y sus modificaciones, así como los que hubieran gozado de los beneficios de la Ley Nº 19.287, para que "novaran" ("repactaran") nuevamente sus deudas. Correspondía a cada Administrador contactar a los deudores y comunicarles su situación. En la repactación se podían establecer hasta 10 cuotas anuales para cumplir. Es decir, 10 años más a los originales y a los repactados previamente (artículo 4º). Además, la obligación de pago podía suspenderse respecto de ciertas personas que estaban imposibilitadas de pagar (artículo 7º). El cobro del crédito así repactado podía hacerse mediante descuentos realizados por el empleador –para lo cual era necesario firmar un contrato de mandato– o bien mediante retenciones hechas por la Tesorería General de la República, quien entregaba los recursos al acreedor, es decir, al Fondo de Crédito Universitario respectivo, dándole derecho al deudor de impedir esta retención acreditando la extinción de la deuda ante la Tesorería en el plazo de 30 días (artículos

8º y 9º). Fuera de todo lo anterior, el deudor tenía derecho a que se le condonaran parte de los intereses (artículo 11);

Undécimo: Que, finalmente, en el año 2004, mediante la Ley Nº 19.989, cuyo artículo 1º que se impugna en el presente proceso, se facultó a la Tesorería General de la República para retener las devoluciones de impuestos respecto de quienes fueran deudores conforme a las leyes número 18.591, 19.287 y 19.848;

Duodécimo: Que, el sistema de ayudas públicas para la educación superior que crean estas leyes constituye un crédito especialísimo. Desde luego, no se rige por las reglas del derecho común, sino que está compuesto de beneficios o privilegios para el estudiante quien goza de intereses privilegiados, plazos de gracia, cuotas especiales, exenciones, prórrogas, suspensiones de pago y la posibilidad de reprogramar. Asimismo, y como contrapartida, las entidades acreedoras también gozan de ciertas prerrogativas para el cobro. Dentro de esas prerrogativas se enmarca la retención que puede hacer la Tesorería General de la República. Dicho de otro modo, de la misma manera que la Ley permitió a los beneficiarios del crédito acceder a condiciones mucho más favorables que las existentes en el mercado, la deuda que contrajeron se cobra por medios especiales;

Decimotercero: Que, en consecuencia, por la aplicación sucesiva de las leyes descritas, se comprende fácilmente cómo una deuda contraída entre los años 1990-1993 y 1993-1999 y que se hizo exigible a partir 1995, a través de un sistema legal de reprogramaciones, sigue siendo exigible hoy en día. Y, por supuesto, que la deudora ha tenido un plazo más que suficiente para defenderse si consideraba que algo no era correcto.

Asimismo, el crédito nunca fue otorgado conforme a reglas propias del mercado y del derecho privado. La regulación de aspectos esenciales en una normativa legal, en condiciones distintas a las comunes para los préstamos, explica razonablemente que pueda tener también un mecanismo excepcional de pago a través de la retención de la devolución de impuestos si la deudora no ha cancelado sus obligaciones oportunamente;

Decimocuarto: Que luego de realizadas las precisiones preliminares contenidas en los considerandos anteriores, estamos en condiciones de entrar al fondo del asunto. A juicio de quienes suscriben esta disidencia, existen varias razones para disentir del razonamiento sustentado por la mayoría en esta sentencia, toda vez que la aplicación del precepto legal impugnado no resulta inconstitucional en el caso concreto, pues no vulnera el derecho a una defensa oportuna;

Decimoquinto: Que, en efecto, en primer lugar, cabe resaltar que la deudora requirente, según se desprende de los antecedentes que la misma hace valer en su requerimiento, no ha sido todo lo diligente que se podía esperar en el cumplimiento de sus obligaciones emanadas del crédito que se le otorgó y reprogramó sucesivas veces, en condiciones especialmente favorables y no disponibles para otros deudores. A pesar de que contrajo una deuda voluntaria, desconoce su situación de deudora y el monto que le falta por pagar (fs. 3 a 5). Luego, ha tenido, al menos, todo el año tributario anterior para aclarar su situación con el acreedor respectivo. Si la deuda estaba extinta, como ahora reclama, tuvo tiempo suficiente para solucionar su obligación. Cabe precisar que el acreedor acompañó carta enviada a la requirente donde ponía en su conocimiento la deuda, y el hecho de que se produciría la retención legal, con fecha 30 de marzo de 2009. Por último, dejó pasar el plazo de 30 días que la norma legal impugnada le otorga para presentar sus defensas ante el acreedor y, posteriormente, a la Tesorería.

La acción de inaplicabilidad no es la vía idónea para salvar su comportamiento como deudora;

Decimosexto: Que, en segundo lugar, debe constatarse que la norma impugnada parte de un supuesto que pasa por alto el voto de mayoría: la deudora tuvo conocimiento previo y efectivo de la existencia de la deuda y su morosidad, con anterioridad a cualquier cobro.

Por una parte, porque la norma que impugna, no es otra cosa que un mecanismo de cobro para quien, obviamente, ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contraídas, en este caso, sucesivamente entre los años 1990 a 1999. La deudora ha tenido oportunidades de reprogramar, de pedir condonación y de pagar conforme a sus ingresos. De hecho, a pesar de estar en mora hace varios años, no se inició el cobro judicial. Para estos disidentes resulta evidente que estamos ante el cobro de una deuda que ya debiera esta pagada.

Resulta contrario a la lógica que, al mismo tiempo, la requirente afirme ignorar su situación de deuda, pero apenas la Tesorería General de la República ha puesto en riesgo su devolución de impuesto, ha iniciado los litigios correspondientes. Con sus acciones judiciales, la requirente está saliendo de su inactividad.

De lo afirmado en su escrito, queda fuera de toda duda que sus estudios universitarios fueron financiados por el Estado entre los años 1990 y 1999 (fs. 3 y 4). La requirente, con su negligencia, está rompiendo una cadena solidaria que busca beneficiar a otros, pues el Fondo se constituye principalmente por las devoluciones que hacen los deudores. El Fondo recauda sus créditos no para perjudicar a nadie ni para buscar lucro, sino para volver a prestar esos dineros a otros estudiantes necesitados. Y la Tesorería retiene ingresos de devolución de impuestos, es decir, de ingresos existentes por concepto de impuesto a la renta. No es una retención sobre el sueldo, ni sobre dineros de un embargo. Recae sobre utilidades o ganancias, que en este caso alcanzan a $ 2.276.188 (fs. 2).

Finalmente, debe recalcarse que la calidad de deudora no era clandestina u oculta, pues su estado de deudora morosa es público y notorio. La Ley establece, desde el inicio del sistema de crédito para estudiantes necesitados, que las listas de deudores son públicas (artículo 14 del D.F.L. Nº 4 de 1981, del Ministerio de Educación, y artículo 15 de la Ley Nº 19.287);

Decimoséptimo: Que, en tercer lugar, para estos disidentes resulta claro que no se produce la infracción al derecho a la defensa oportuna de la requirente, pues tuvo oportunidad de ejercer defensas en sede administrativa de manera previa a la retención. Como se ha insistido, no puede ignorarse el hecho que tuvo 30 días para aclarar su situación ante el acreedor respectivo y de hacerla valer ante la Tesorería a través de los medios que la Ley señala (es decir, el certificado correspondiente);

Decimoctavo: Que, además, debe resaltarse que la Tesorería General de la República, entidad requerida en autos, no es acreedora original ni actual. Ni la Ley, ni acto alguno, la ha transformado en una acreedora. No operó en este caso una novación legal u otra modificación subjetiva de la obligación. Lo que establece la norma impugnada es una mera diputación para el cobro (artículos 1576 y 1632 del Código Civil). El acreedor sigue siendo el Fondo de Crédito Universitario Solidario. Es esa razón la que explica por qué, ante la Tesorería, no cabe interponer otras excepciones que "la solución de la obligación". Sería jurídicamente imposible que hiciera valer la extinción de la deuda ante dicho ente. Las excepciones de fondo se interponen ante el acreedor; ese derecho de la deudora no está en cuestión en el presente proceso. Por eso, la Ley hubo de decir expresamente que podía oponer como "excepción" el hecho de haber pagado ante el acreedor –no ante la Tesorería. Si no lo hubiera dicho expresamente, sencillamente ninguna excepción sería admisible. Por la misma razón se equivoca la requirente cuando afirma que estamos ante un caso de "compensación" de deudas (fs. 21), pues no puede haber tal porque la Tesorería no es acreedora. En efecto, ello explica también que la Tesorería le haya extendido el certificado respectivo donde se señala que el requirente no es deudor del Fisco (fs. 28 y 29), pues evidentemente el acreedor es en este caso el fondo de crédito universitario respectivo.

Con la misma lógica, sostenida por el voto de mayoría, no habría sustento para instituciones como el Boletín Comercial que regula el D.S. Nº 950 de 1928, del Ministerio de Hacienda, en el que se publican prácticamente todas las deudas de una persona, sin posibilidad de oponerle al Boletín sus

defensas. Como resulta lógico, la obligación debe solucionarse con el acreedor. Ocurre lo mismo con casos tales como la facultad del empleador de realizar descuentos automáticos pactados o simplemente legales de las remuneraciones del trabajador conforme los artículos 57 y siguientes del Código del Trabajo. Igual cosa ocurre con los impuestos sujetos a retención como el Impuesto al Valor Agregado (artículo 3º del D.L. Nº 825), y el Impuesto a la Renta (artículos 73 y siguientes del D.L. Nº 824). En ninguno de ellos se priva de la defensa. Lo que sucede es que ésta se debe ejercer ante el acreedor y no ante un mero intermediario;

Decimonoveno: Que, asimismo, no es efectivo que el deudor carezca de una defensa ante la Tesorería. En cuanto órgano de la Administración del Estado, el deudor requirente posee todos los derechos que le otorga la normativa especial y la Ley Nº 19.880, que recibe aplicación supletoria en virtud de su artículo 1º, especialmente el artículo 17 de dicho cuerpo legal que enumera los derechos del interesado (la misma requirente lo reconoce a fs. 7 y 8). La citada Ley Nº 19.880, establece un verdadero "debido proceso administrativo", en ejecución del mandato del artículo 63 Nº 18 de la Constitución. Si la Tesorería, en el caso concreto, hubiera omitido darle aplicación a la Ley, es un problema de legalidad, no de inconstitucionalidad y precisamente ése es el objeto que tiene la gestión pendiente. Resulta contrario a la lógica que el deudor alegue que no tiene derecho a defensa porque el acto de la Tesorería es "automático". Sin embargo, dicho efecto ejecutivo es solamente una consecuencia de que es un acto administrativo (artículo 3º inc. final y artículos 50 y 51 de la Ley Nº 19.880). Eso no significa que esté privado de defensa y medios de impugnación. La requirente goza de tales derechos que son principios informadores del procedimiento administrativo. Si no ha ejercido los recursos administrativos, eso no se traduce en una afectación de su derecho a defensa;

Vigésimo: Que, en cuarto lugar, y con carácter posterior a la retención que impugna, la deudora requirente tiene todavía disponible la tutela judicial de sus derechos, sede en la cual puede aclarar totalmente su situación obligacional, ejerciendo todas las acciones y excepciones, así como los recursos procesales que sean procedentes. No es efectivo que esté privado de ellas, como se aduce en el voto de mayoría. Las defensas que tenga el deudor pueden perfectamente presentarse en contra del acreedor, esto es, el Fondo de Crédito Universitario Solidario, mediante acciones judiciales. De hecho, puede interponer la acción de prescripción extintiva y pedir como medida cautelar que no opere la retención. Ella misma lo reconoce a fs. 4 y 21.

Es más. Desde el año 2004, con la entrada en vigencia de la norma que impugna, la deudora requirente sabe que la Tesorería General de la República puede hacer el descuento que ahora intenta impugnar. Ha tenido al menos 5 años para aclarar sus obligaciones con su acreedor y lograr que no se haga efectivo el descuento. No puede estimarse, entonces, que este descuento sea "sorpresivo" para ella;

Vigesimoprimero: Que, de hecho, nada impide que, si su derecho es efectivo, la deudora requirente ejerza las acciones judiciales pertienentes para quedar totalmente restituido. Puede ejercer estas acciones y obtener una restitución completa incluso después de que los descuentos o retenciones hayan ocurrido. El único motivo que tiene la requirente, al parecer, para alegar la inconstitucionalidad, es que, a su juicio, se está cobrando una obligación que está prescrita. Sin embargo, como es obvio, si una obligación está prescrita o no, no es cuestión que deba ser conocida por este tribunal;

Vigesimosegundo: Que, finalmente, el legislador ha creado nuevos medios para evitar el cobro en dinero, a los que puede acceder el deudor que carece efectivamente de recursos económicos para pagar. De conformidad a la Ley Nº 20.330 y a su Reglamento (D.S. Nº 403 de 2009, del Ministerio del Interior), los profesionales y técnicos que presten servicios en las comunas con menores niveles de desarrollo del país, se les exime del pago de la cuota anual de su deuda de crédito uni-

versitario por cada año servido hasta un máximo de tres años. Al tercer año, se exime del triple de una deuda anual, como máximo, saldándose de ese modo el total del crédito;

Vigesimotercero: Que, en suma, a juicio de estos disidentes, la norma impugnada no infringe el derecho a defensa de la deudora. Ésta, en la misma norma impugnada, así como antes y después de aplicada la retención, tiene mecanismos de tutela tanto en sede administrativa como judicial. No es ante la Tesorería, en todo caso, donde debe clarificar su situación crediticia, pues ella no es la acreedora del préstamo;

Vigesimocuarto: En todo caso, no deja de llamar la atención a estos disidentes que un crédito, con todas sus reprogramaciones y prórrogas, que se hizo efectivo en 1995, hace 15 años, recién merezca una actitud activa de preocupación por parte de la requirente, no obstante que se trata de una ayuda social para cursar estudios universitarios por personas necesitadas y cuyo retorno será nuevamente empleado en ayuda de otros alumnos carenciados.

Redactó la sentencia el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto y la disidencia, el Ministro señor Carlos Carmona Santander.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol Nº 1437-2009-INA.

Se certifica que los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Juan Colombo Campbell y José Luis Cea Egaña concurrieron a la vista de la causa y al fallo, pero no firman, el primero, por encontrarse haciendo uso de feriado legal y los otros dos, por haber cesado en sus cargos.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Juan Colombo Campbell, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

6.4. BIENES PÚBLICOS

MATERIA
Bienes nacionales de uso público

ÓRGANO COMPETENTE
Contraloría General de la República
Dictamen: 24.860
Fecha: 13.06.2003

DESCRIPTORES
Bienes Públicos – Bienes Nacionales Uso Público – Derecho Eléctrico – Servicio Público de Distribución Eléctrica – Alumbrado Público – Derecho Urbanístico – Recepción Municipal – Deberes del Urbanizador.

PRINCIPIO JURÍDICO
Los bienes nacionales de uso público requieren declaración expresa.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Arts. 4º y 5º letra c) Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades; Art. 2º Nº 4 letra b), 3, 7 y 47 y ss. D.F.L. Nº 1/1982 Ministerio de Minería, Aprueba Modificaciones al D.F.L. Nº 4 de 1959, Ley General de Servicios Eléctricos, en Materia de Energía Eléctrica; Arts. 70, 134 y 135 D.F.L. Nº 458/1975 Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ley General de Urbanismo y Construcciones; Arts. 3.2.3. y 3.4.5. D.S. Nº 47/1992 Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

DICTÁMENES RELACIONADOS
Dictámenes 14.390/1997, 10.980/1999, 6.351/2000, 1.358/2002.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Las instalaciones de energía eléctrica construidas por el urbanizador pasan a ser bienes nacionales de uso público una vez emitido el correspondiente certificado de recepción definitiva total o parcial?

¿En qué se distinguen los postes de distribución de energía eléctrica y los postes del alumbrado público?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
Un particular solicitó a la Contraloría la aclaración de su jurisprudencia administrativa (contenida en los dictámenes 20.980 /1999, 6.351/2000 y 1.358/2002) en virtud de la cual una vez recepcionadas las obras de urbanización, por la Dirección de Obras Municipales, "los postes del alumbrado público, pasan a tener la calidad de bienes nacionales de uso público, por cuanto forman parte de las obras de urba-

nización que debe ejecutar aquél [el urbanizador], las que se incorporan al dominio de la Nación toda, correspondiendo su administración al Municipio". Agregó, que "si los postes no tienen su origen en una urbanización, sino que han sido instalados por la propia empresa concesionaria del servicio de distribución eléctrica, dichos postes son de su propiedad".

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

En primer término, para clarificar la materia planteada es menester formular una distinción ente las funciones o atribuciones que corresponden a las municipalidades en relación al alumbrado público de los bienes nacionales de uso público, por una parte, y el deber de las empresas titulares de concesiones de distribución de energía eléctrica, de proporcionar de manera eficiente el servicio eléctrico en su zona de concesión, por otra.

En cuanto al primer aspecto, cabe recordar que, según lo dispuesto en el artículo 5º letra c) de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, los municipios tienen la obligación de velar por la buena administración de los bienes nacionales de uso público. Asimismo, acorde con el artículo 4º de esa ley, deben desarrollar funciones relacionadas con la urbanización, con la seguridad ciudadana, y, en general, con actividades de interés común en el ámbito local.

De esa normativa, unida a la existencia de disposiciones legales especiales –como son las normas de la ley eléctrica que se citan más adelante–, y a la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en el dictamen 14.390, de 1997, se advierte claramente que la instalación, provisión y mantención del alumbrado público de la comuna constituye un servicio que las municipalidades deben proporcionar a la población, en las calles, avenidas, plazas, y otros espacios públicos comunales.

Por su parte, las empresas concesionarias de servicio público de distribución de energía eléctrica, tienen el derecho y la obligación que les impone la ley, contenida en el D.F.L. Nº 1 de 1982, del Ministerio de Minería, de proporcionar servicios eléctricos a sus usuarios o clientes ubicados en la zona de concesión. Para cumplir con esta función, la ley les impone el deber de contar con instalaciones eléctricas adecuadas para prestar el servicio con las exigencias legales y reglamentarias requeridas, de modo que tales instalaciones, como son, en lo que interesa, los postes y líneas eléctricas, son una condición necesaria para el ejercicio del derecho de explotación del servicio público de distribución de energía eléctrica.

Ahora bien, esta distinción entre el servicio de alumbrado público y el de distribución de energía eléctrica, tiene consagración expresa en la Ley General de Servicios Eléctricos.

En efecto, el artículo 3º del aludido D.F.L. Nº 1, de 1982, del Ministerio de Minería, señala, en lo que interesa, que no están sometidas a las concesiones a que se refiere esa ley las líneas de distribución destinadas al alumbrado público de calles, caminos,

plazas, parques y avenidas; sean éstas establecidas por la municipalidad, o por cualquier otra entidad, incluyéndose las empresas distribuidoras de servicio público que tengan a su cargo el alumbrado público en virtud de contratos celebrados con las respectivas municipalidades.

De la anterior disposición legal se infiere que una cosa es la concesión de servicio público de distribución eléctrica y otra el servicio de alumbrado público, no regulado en esa ley. Sin embargo, se señala que es posible que las empresas concesionarias del servicio público eléctrico tomen a su cargo el alumbrado público, de responsabilidad municipal, por la vía contractual.

Asimismo, el artículo 2º, Nº 4, letra b), del mismo texto legal refleja tal distinción, al señalar que en la ley eléctrica están comprendidas las servidumbres a que están sujetas las postaciones y líneas eléctricas, para que personas distintas al propietario de estas instalaciones las puedan usar en el tendido de otras líneas o para el transporte de energía eléctrica o para que las municipalidades puedan hacer el alumbrado público.

Guarda armonía con lo señalado, lo dispuesto en el artículo 7º del cuerpo legal en comento, al disponer que las empresas que posean concesiones de servicio público de distribución sólo podrán destinar sus instalaciones de distribución al servicio público y al alumbrado público.

En consecuencia, de lo expuesto se colige que los postes que debe instalar el concesionario de distribución eléctrica en el área de concesión –sea o no en un terreno urbanizado, toda vez que la ley no distingue–, son instalaciones eléctricas que el titular de la concesión debe disponer para el cumplimiento de los deberes que le impone la misma, con independencia de que se trate de terrenos fiscales, municipales, nacionales de uso público o particulares, para cuyo efecto la ley prevé la imposición de servidumbres en favor del concesionario, reguladas especialmente en los artículos 47 y siguientes de esa ley eléctrica.

A su vez, el concesionario está obligado a dejar pasar por sus postes las líneas de alumbrado público, puesto que sus instalaciones se encuentran afectas a servidumbres en favor de ciertas entidades, entre las cuales se encuentran precisamente las municipalidades.

Precisado lo anterior, es menester analizar los artículos 134 y 135 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, por cuanto la jurisprudencia cuya aclaración se solicitó, se fundamenta en que acorde con el referido artículo 135 los postes del alumbrado público recepcionados al término de una urbanización, tienen el carácter de bienes nacionales de uso público. En cambio los postes instalados por las compañías eléctricas en el ámbito de su concesión, y que no tenga su origen en una urbanización, son de su propiedad.

Pues bien, el artículo 134 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones –modificado por Ley Nº 19.525– dispone que para urbanizar un terreno, el propietario

del mismo deberá ejecutar, a su costa, el pavimento de las calles y pasajes, las plantaciones y obras de ornato, las instalaciones sanitarias y energéticas con sus obras de alimentación y desagües de aguas servidas y de aguas lluvias, y las obras de defensa y de servicio del terreno.

Por su parte, el artículo 135 de la misma ley prescribe que terminados los trabajos a que se refiere el artículo anterior, el urbanizador solicitará su recepción al Director de Obras y que cuando la Dirección de Obras Municipales acuerde la recepción indicada, se considerarán, por este solo hecho, incorporadas al dominio nacional de uso público todas las calles, avenidas, plazas y espacios públicos en general, que existieren en la nueva zona urbanizada.

A su turno, el artículo 3.2.3. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, dispone que todas las redes de electrificación, de alumbrado público, de gas y sus respectivas obras complementarias que se vinculen con cualquier proyecto de urbanización de un terreno serán de cargo del urbanizador y se ejecutarán en conformidad a las normas que indica, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley General de Servicios Eléctricos.

Asimismo, el artículo 3.4.5. de la misma ordenanza dispone que por el solo hecho de emitirse por parte del Director de Obras Municipales el correspondiente certificado de recepción definitiva total o parcial quedarán incorporadas al dominio nacional de uso público, las superficies cedidas gratuitamente, en conformidad a lo previsto en el artículo 70 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, correspondientes a las vías de tránsito público y áreas verdes de uso público.

Pues bien, de acuerdo a lo señalado es necesario precisar, por una parte, que el artículo 134, antes aludido, se limita a señalar cuáles son las instalaciones que debe procurar el urbanizador, dentro de las cuales se encuentran las instalaciones energéticas, y, por la otra, que los artículos 135, de la misma ley, y 3.4.5. de la citada ordenanza, se refieren a los bienes que pasan al dominio nacional de uso público en virtud de la recepción municipal, y en los que no se mencionan las instalaciones energéticas –como serían los postes–, sino únicamente las superficies destinadas a áreas verdes, vías públicas, y espacios públicos, en general.

En ese orden de consideraciones, es dable sostener que las postaciones de la red de energía eléctrica, aún las recepcionadas por la municipalidad al término de una urbanización, siempre se encuentran afectadas a un régimen especial de concesión regulado en la normativa especial, contenida en la Ley General de Servicios Eléctricos –a la cual se remite expresamente el artículo 3.2.3. de la citada ordenanza general–, por lo que la titularidad de dichas instalaciones eléctricas corresponde a la empresa concesionaria.

Dicha conclusión no se ve alterada por la circunstancia de que esos postes sostengan, además, luminarias de alumbrado público, por cuanto ello ocurrirá en virtud de un

convenio que la municipalidad celebra con la concesionaria de acuerdo a lo previsto en las disposiciones citadas de la Ley General de Servicios Eléctricos, en concordancia con las servidumbres a que están sujetas las postaciones eléctricas para estos efectos.

Distinta es la situación de los postes que las municipalidades destinan principal o exclusivamente al alumbrado público, por cuanto respecto de éstos, los municipios tienen amplias atribuciones, ya que constituyen una instalación que les permite cumplir con su función pública de alumbrar los bienes nacionales de uso público.

Por consiguiente, los terceros que deseen apoyar sus líneas en postes ya instalados por la concesionaria de servicio público, al amparo de su título concesional, deben necesariamente tratar con ella a los efectos de hacer efectivo los derechos de servidumbre que la ley establece respecto de esas instalaciones.

En síntesis, debe concluirse que en la actual legislación son perfectamente distinguibles los postes de distribución de energía eléctrica y los postes del alumbrado público. Los primeros son aquellos destinados al servicio público de distribución de energía eléctrica y se encuentran bajo tuición y administración de la respectiva empresa concesionaria, y son generalmente de su propiedad, con independencia que se encuentren ubicados en una urbanización y de que puedan soportar luminarias de alumbrado público.

Por su parte, los postes que una municipalidad puede disponer y administrar en cumplimiento de sus funciones públicas sobre los bienes nacionales de uso público, son aquellos destinados al alumbrado público, que no soportan la red de energía eléctrica de una concesionaria, sin perjuicio que ese servicio de alumbrado público pueda prestarse a través de postes de propiedad de las empresas concesionarias de energía eléctrica, en virtud de la celebración de los respectivos contratos.

CONCLUSIÓN

Las instalaciones de energía eléctrica construidas por el urbanizador no pasan a ser bienes nacionales de uso público una vez emitido el correspondiente certificado de recepción definitiva total o parcial, ya que este tipo de instalaciones se encuentran dentro de aquellas que debe procurar el urbanizador, pero no se mencionan dentro de los bienes que pasan al dominio nacional de uso público en virtud de la recepción municipal, según la normativa urbanística. Así, las postaciones de la red de energía eléctrica siempre se encuentran afectas a un régimen especial de concesión regulado en la Ley General de Servicio Eléctricos, siendo por tanto los titulares de dichas instalaciones las empresas concesionarias, sin importar que dichos postes sostengan además, luminarias de alumbrado público, ya que ello ocurrirá de acuerdo a un convenio que la municipalidad celebra con la concesionaria en conformidad a dicho cuerpo normativo.

La ley distingue entre los postes de distribución de energía eléctrica y los postes del alumbrado público, donde los primeros son aquellos destinados al servicio público

de distribución de energía eléctrica y se encuentran bajo tuición y administración de la respectiva empresa concesionaria, siendo generalmente de su propiedad, con independencia de que se encuentren ubicados en una urbanización y de que puedan soportar luminarias de alumbrado público; y los segundos son aquellos destinados al alumbrado público y son disponibles y administrados por una municipalidad en cumplimiento de sus funciones públicas sobre los bienes nacionales de uso público y no soportan la red de energía eléctrica de una concesionaria, sin perjuicio que el servicio de alumbrado público pueda prestarse a través de postes de propiedad de las empresas concesionarias de energía eléctrica, en virtud de la celebración de los respectivos contratos.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Este caso revela la complejidad en la gestión de los bienes nacionales de uso público y las actividades de servicio público, que tienen de conformidad a la ley, el derecho a usar de dichos bienes.

La propiedad de las postaciones de energía eléctrica es uno de los casos interesantes de delimitación de propiedad de acceso público, pues no basta con estos se encuentren destinados al uso del alumbrado para transformarlos en bienes nacionales de uso público.

Este caso, además, da origen a otra serie de situaciones complejas en la relación de las empresas concesionarias y los municipios, muchas de las cuales se expresan a través de la Ley de Rentas Municipales.

TEXTO COMPLETO

Nº 24.860 Fecha: 13-VI-2003

Se solicita la aclaración de la jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control, contenida, entre otros, en los Dictámenes Nºs. 20.980, de 1999, 6.351, de 2000 y 1.358 de 2002.

La jurisprudencia aludida establece, en lo que interesa, que una vez recepcionadas las obras de urbanización, por la Dirección de Obras Municipales, "los postes del alumbrado público, pasan a tener la calidad de bienes nacionales de uso público, por cuanto forman parte de las obras de urbanización que debe ejecutar aquél, las que se incorporan al dominio de la Nación toda, correspondiendo su administración al Municipio". Agrega, que "si los postes no tienen su origen en una urbanización, sino que han sido instalados por la propia empresa concesionaria del servicio de distribución eléctrica, dichos postes son de su propiedad".

Afirma el recurrente, que el criterio en cuya virtud se establece como factor diferenciador de la titularidad del dominio de los postes, la recepción de las obras al término de una urbanización, es errado, ya que, a su entender, de acuerdo a la normativa legal y jurisprudencia que invoca, los postes instalados por la empresa concesionaria de distribución de energía eléctrica que sirven para soportar la red de suministro de energía eléctrica, son siempre de su propiedad, sean o no instalados en el contexto de una urbanización y aún en el caso que soporten una luminaria de alumbrado público.

Atendido lo anterior, pide que se aclare el aludido criterio jurisprudencial y se establezca que los postes de alumbrado público son aquéllos exclusiva o principalmente destinados por las munici-

palidades a ese servicio, y no los instalados, incluso en las mismas urbanizaciones, por las empresas de distribución eléctrica y que sirven para soportar la red de suministro de energía eléctrica, aun cuando, adicionalmente, soporten en forma accesoria, una luminaria de alumbrado público.

Sobre el particular se solicitó informe a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, la cual, mediante el Oficio Nº 823/S-31/DJ 43, de 2003, ha explicado detalladamente los alcances de la normativa contenida en la Ley General de Servicios Eléctricos –D.F.L. Nº 1, de 1982, del Ministerio de Minería–, en relación al tema en examen, oficio que se ha tenido particularmente presente considerando las atribuciones que la ley le reconoce a dicha repartición pública para interpretar administrativamente las disposiciones contenidas en esa normativa legal.

Pues bien, a fin de dilucidar la problemática jurídica a que ha dado lugar la interpretación y aplicación de la jurisprudencia administrativa cuya aclaración se solicita, esta Contraloría General ha procedido a reestudiar la materia, a la luz de los nuevos antecedentes de derecho expuestos tanto en la presentación como en sus antecedentes adjuntos y en el informe de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, antes aludido.

En primer término, esta Entidad de Control estima que para clarificar la materia planteada es menester formular una distinción ente las funciones o atribuciones que corresponden a las municipalidades en relación al alumbrado público de los bienes nacionales de uso público, por una parte, y el deber de las empresas titulares de concesiones de distribución de energía eléctrica, de proporcionar de manera eficiente el servicio eléctrico en su zona de concesión, por otra.

En cuanto al primer aspecto, cabe recordar que, según lo dispuesto en el artículo 5º, letra c), de Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, los municipios tienen la obligación de velar por la buena administración de los bienes nacionales de uso público. Asimismo, acorde con el artículo 4º de esa ley, deben desarrollar funciones relacionadas con la urbanización, con la seguridad ciudadana, y, en general, con actividades de interés común en el ámbito local.

De esa normativa, unida a la existencia de disposiciones legales especiales –como son las normas de la ley eléctrica que se citan más adelante–, y a la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en el Dictamen Nº 14.390, de 1997, se advierte claramente que la instalación, provisión y mantención del alumbrado público de la comuna constituye un servicio que las Municipalidades deben proporcionar a la población, en las calles, avenidas, plazas, y otros espacios públicos comunales.

Por su parte, las empresas concesionarias de servicio público de distribución de energía eléctrica, tienen el derecho y la obligación que les impone la ley, contenida en el D.F.L. Nº 1, de 1982, del Ministerio de Minería, de proporcionar servicios eléctricos a sus usuarios o clientes ubicados en la zona de concesión. Para cumplir con esta función, la ley les impone el deber de contar con instalaciones eléctricas adecuadas para prestar el servicio con las exigencias legales y reglamentarias requeridas, de modo que tales instalaciones, como son, en lo que interesa, los postes y líneas eléctricas, son una condición necesaria para el ejercicio del derecho de explotación del servicio público de distribución de energía eléctrica.

Ahora bien, esta distinción entre el servicio de alumbrado público y el de distribución de energía eléctrica, tiene consagración expresa en la Ley General de Servicios Eléctricos.

En efecto, el artículo 3º del aludido D.F.L. Nº 1, de 1982, del Ministerio de Minería, señala, en lo que interesa, que no están sometidas a las concesiones a que se refiere esa ley las líneas de distribución destinadas al alumbrado público de calles, caminos, plazas, parques y avenidas; sean éstas establecidas por la municipalidad, o por cualquier otra entidad, incluyéndose las empresas distribuidoras de servicio público que tengan a su cargo el alumbrado público en virtud de contratos celebrados con las respectivas municipalidades.

De la anterior disposición legal se infiere que una cosa es la concesión de servicio público de distribución eléctrica y otra el servicio de alumbrado público, no regulado en esa ley. Sin embargo, se señala que es posible que las empresas concesionarias del servicio público eléctrico tomen a su cargo el alumbrado público, de responsabilidad municipal, por la vía contractual.

Asimismo, el artículo 2º, Nº 4, letra b), del mismo texto legal refleja tal distinción, al señalar que en la ley eléctrica están comprendidas las servidumbres a que están sujetas las postaciones y líneas eléctricas, para que personas distintas al propietario de estas instalaciones las puedan usar en el tendido de otras líneas o para el transporte de energía eléctrica o para que las municipalidades puedan hacer el alumbrado público.

Guarda armonía con lo señalado, lo dispuesto en el artículo 7º del cuerpo legal en comento, al disponer que las empresas que posean concesiones de servicio público de distribución sólo podrán destinar sus instalaciones de distribución al servicio público y al alumbrado público.

En consecuencia, de lo expuesto se colige que los postes que debe instalar el concesionario de distribución eléctrica en el área de concesión –sea o no en un terreno urbanizado, toda vez que la ley no distingue–, son instalaciones eléctricas que el titular de la concesión debe disponer para el cumplimiento de los deberes que le impone la misma, con independencia de que se trate de terrenos fiscales, municipales, nacionales de uso público o particulares, para cuyo efecto la ley prevé la imposición de servidumbres en favor del concesionario, reguladas especialmente en los artículos 47 y siguientes de esa ley eléctrica.

A su vez, el concesionario está obligado a dejar pasar por sus postes las líneas de alumbrado público, puesto que sus instalaciones se encuentran afectas a servidumbres en favor de ciertas entidades, entre las cuales se encuentran precisamente las Municipalidades.

Precisado lo anterior, es menester analizar los artículos 134 y 135 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, contenida en el D.F.L. Nº 458, de 1975, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, por cuanto la jurisprudencia cuya aclaración se solicita, se fundamenta en que acorde con el referido artículo 135 los postes del alumbrado público recepcionados al término de una urbanización, tienen el carácter de bienes nacionales de uso público. En cambio los postes instalados por las compañías eléctricas en el ámbito de su concesión, y que no tenga su origen en una urbanización, son de su propiedad.

Pues bien, el artículo 134 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones –modificado por Ley Nº 19.525– dispone que para urbanizar un terreno, el propietario del mismo deberá ejecutar, a su costa, el pavimento de las calles y pasajes, las plantaciones y obras de ornato, las instalaciones sanitarias y energéticas con sus obras de alimentación y desagües de aguas servidas y de aguas lluvias, y las obras de defensa y de servicio del terreno.

Por su parte, el artículo 135 de la misma ley prescribe que terminados los trabajos a que se refiere el artículo anterior, el urbanizador solicitará su recepción al Director de Obras y que cuando la Dirección de Obras Municipales acuerde la recepción indicada, se considerarán, por este solo hecho, incorporadas al dominio nacional de uso público todas las calles, avenidas, plazas y espacios públicos en general, que existieren en la nueva zona urbanizada.

A su turno, el artículo 3.2.3. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, contenida en el Decreto Supremo Nº 47, de 1992, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, dispone que todas las redes de electrificación, de alumbrado público, de gas y sus respectivas obras complementarias que se vinculen con cualquier proyecto de urbanización de un terreno serán de cargo del urbanizador y se ejecutarán en conformidad a las normas que indica, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley General de Servicios Eléctricos.

Asimismo, el artículo 3.4.5. de la misma ordenanza –de acuerdo con su numeración actual, fijada por el artículo único, número 56, del Decreto Nº 75, de 2001, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo– dispone que por el solo hecho de emitirse por parte del Director de Obras Municipales el correspondiente certificado de recepción definitiva total o parcial quedarán incorporadas al dominio nacional de uso público, las superficies cedidas gratuitamente, en conformidad a lo previsto en el artículo 70 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, correspondientes a las vías de tránsito público y áreas verdes de uso público.

Pues bien, de acuerdo a lo señalado es necesario precisar, por una parte, que el artículo 134, antes aludido, se limita a señalar cuáles son las instalaciones que debe procurar el urbanizador, dentro de las cuales se encuentran las instalaciones energéticas, y, por la otra, que los artículos 135, de la misma ley, y 3.4.5. de la citada ordenanza, se refieren a los bienes que pasan al dominio nacional de uso público en virtud de la recepción municipal, y en los que no se mencionan las instalaciones energéticas –como serían los postes–, sino únicamente las superficies destinadas a áreas verdes, vías públicas, y espacios públicos, en general.

En ese orden de consideraciones, es dable sostener que las postaciones de la red de energía eléctrica, aún las recepcionadas por la municipalidad al término de una urbanización, siempre se encuentran afectadas a un régimen especial de concesión regulado en la normativa especial, contenida en la Ley General de Servicios Eléctricos –a la cual se remite expresamente el artículo 3.2.3. de la citada ordenanza general–, por lo que la titularidad de dichas instalaciones eléctricas corresponde a la empresa concesionaria.

Dicha conclusión no se ve alterada por la circunstancia de que esos postes sostengan, además, luminarias de alumbrado público, por cuanto ello ocurrirá en virtud de un convenio que la municipalidad celebra con la concesionaria de acuerdo a lo previsto en las disposiciones citadas de la Ley General de Servicios Eléctricos, en concordancia con las servidumbres a que están sujetas las postaciones eléctricas para estos efectos.

Distinta es la situación de los postes que las Municipalidades destinan principal o exclusivamente al alumbrado público, por cuanto respecto de éstos, los Municipios tienen amplias atribuciones, ya que constituyen una instalación que les permite cumplir con su función pública de alumbrar los bienes nacionales de uso público.

Por consiguiente, los terceros que deseen apoyar sus líneas en postes ya instalados por la concesionaria de servicio público, al amparo de su título concesional, deben necesariamente tratar con ella a los efectos de hacer efectivo los derechos de servidumbre que la ley establece respecto de esas instalaciones.

En síntesis, debe concluirse que en la actual legislación son perfectamente distinguibles los postes de distribución de energía eléctrica y los postes del alumbrado público. Los primeros son aquellos destinados al servicio público de distribución de energía eléctrica y se encuentran bajo tuición y administración de la respectiva empresa concesionaria, y son generalmente de su propiedad, con independencia que se encuentren ubicados en una urbanización y de que puedan soportar luminarias de alumbrado público.

Por su parte, los postes que una Municipalidad puede disponer y administrar en cumplimiento de sus funciones públicas sobre los bienes nacionales de uso público, son aquellos destinados al alumbrado público, que no soportan la red de energía eléctrica de una concesionaria, sin perjuicio que ese servicio de alumbrado público pueda prestarse a través de postes de propiedad de las empresas concesionarias de energía eléctrica, en virtud de la celebración de los respectivos contratos.

En consecuencia, en virtud de lo expuesto, se deja sin efecto el criterio jurisprudencial contenido en el Dictamen Nº 20.980, de 1999, y en todo otro pronunciamiento que lo haya aplicado.

7. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

7.1 NORMAS APLICABLES Y CRITERIOS DE DECISIÓN

MATERIA
Normas aplicables en materia de responsabilidad del Estado

ÓRGANO COMPETENTE
Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en la Forma y en el Fondo
Rol: 19.439
Fecha: 28.07.1987
Resultado recurso: Rechazado
Ministros mayoría: José María Eyzaguirre Echeverría, Enrique Correa Labra, Hernán Cereceda Bravo y Abogados Integrantes Luis Cousiño Mac-Iver y Manuel Jiménez Bulnes.
Ministro redactor: Abogado Integrante Manuel Jiménez Bulnes.
Partes: Hexagon Limitada, Sociedad Importadora y Exportadora con Fisco.

DESCRIPTORES
Responsabilidad del Estado – Responsabilidad Objetiva – Igualdad ante las Cargas Públicas – Prescripción – Código Civil

PRINCIPIO JURÍDICO
La responsabilidad del Estado se rige por un estatuto de Derecho público.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Arts. 6º, 7º, 19 Nº 20 y 24 y 38 CPR; Arts. 4º y 44 Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; arts. 2284, 2314 y 2332 Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA
¿A la responsabilidad del Estado le son aplicables las normas del Código Civil?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
La Sociedad Importadora Hexagon el 23 de marzo de 1977 interpuso un recurso de protección contra el Servicio de Impuestos Internos con motivo de la paralización que realizó dicha institución de las liquidaciones de importación de los automóviles marca Pacer y Hornets. La Corte declaró que la actuación del servicio era arbitraria e ilegal con fecha 23 de marzo de 1977.

Sobre esa base Hexagon demandó al Fisco sosteniendo que la actuación del servicio había ocasionado a la empresa perjuicios porque impidió la comercialización de los vehículos durante los tres primeros meses de 1977, período en el cual eran los únicos

vehículos importados para la venta en Chile; que también sufrió perjuicio, cuando ya iniciada la comercialización de los vehículos, hubo de rebajar sus precios por la internación de gran cantidad de otros automóviles importados; que al no poder realizar oportunamente las ventas de sus vehículos, Hexagon debió de recurrir a créditos bancarios en moneda nacional, más caros que los en moneda extranjera que tenía convenidos; y la campaña publicitaria para la venta de los vehículos, se perdió en parte al no poder venderlos en los primeros meses de 1977.

La demanda fue notificada al Fisco el 03 de abril de 1981, lo que en opinión de este hacía que la acción estuviese prescrita de conformidad a las normas del Código Civil.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*

Las normas legales y principios de derecho que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado, según la mayoría de los autores chilenos que han estudiado la materia, se encuentran en el derecho público, específicamente en las Actas Constitucionales números 2 y 3 de 1976, la CPR de 1980 y en las leyes que por mandato de ellas se han dictado. Las Actas Constitucionales referidas, vigentes a la época de las acciones y omisiones que han generado la obligación de indemnizar del Fisco, establecían la responsabilidad del Estado en las siguientes disposiciones:

1. Acta Constitucional Nº 2, sobre "Bases Esenciales de la Institucionalidad Chilena", a) "Artículo 3º. Las potestades estatales y las autoridades públicas someten su acción a las Actas Constitucionales, a la Constitución y a las leyes", b) "Artículo 7º. Los preceptos de las Actas Constitucionales y de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de los distintos órganos de autoridad, como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley", c) "Artículo 6º. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma y con los requisitos que prescribe la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona, ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y origina las responsabilidades y sanciones que la ley señale". Es decir, de los artículos 3º y 7º anteriormente transcritos se concluye que los órganos del Estado, cualesquiera sean sus actividades, resultan responsables por la infracción en que incurren si no "someten su acción a las Actas Constitucionales, a la Constitución y a las leyes". La infracción a lo preceptuado en el artículo 6º citado origina para el Estado no solo la nulidad del acto que haya realizado el órgano administrativo, sino además las responsabilidades consecuenciales señaladas en los textos legales citados.

2. Acta Constitucional Nº 3, "De los Derechos y Deberes Constitucionales", se refiere y da aplicación a la materia en comento en el artículo 1º Nº 16 que dice textualmente en las partes pertinentes: "Artículo 5º. Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas: 16. El derecho de propiedad

en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales (inciso 2). Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan su función social. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes de energía productiva para el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes (inciso 3). No obstante, nadie puede en caso alguno ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae, o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social o nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales".

De lo anterior se desprende que en los casos que el Acta Constitucional señala, cumpliendo sus requisitos y sólo en virtud de una ley es posible que alguien se vea privado de lo suyo o se le impongan limitaciones y obligaciones a su propiedad que deriven de la función social de ésta. Ahora bien, todo daño inferido por un órgano del Estado, implica al sujeto de derecho que lo sufre o soporta un menoscabo o lesión en lo suyo, un desequilibrio en su situación jurídica y según se ha visto nadie puede en caso alguno ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales de dominio salvo en los casos que el Acta Constitucional ha señalado. En consecuencia un daño que se produzca por los órganos del Estado y que no esté amparado por las normas constitucionales genera responsabilidad conforme lo señalado en los artículos 3º y 7º de Acta Constitucional Nº 2, anteriormente transcritos. Una situación similar se concluye analizando el daño que sufre el sujeto de derecho por parte de un órgano del Estado, a través de lo dispuesto en el Nº 5 del artículo primero del Acta Constitucional Nº 3 cuando prescribe: "Artículo 1º.... Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas: 5. La igual repartición de los impuestos y contribuciones, en proporción de los haberes o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas". Así es como todo daño que produzca un órgano del Estado, implica según se ha dicho un menoscabo o lesión en lo suyo para la persona que lo sufre, se ve afectada por una carga que solo ella soporta, generando una desigualdad en la repartición que vulnera la norma constitucional debiendo ser resarcida por el Estado. Todas las normas referidas anteriormente de las Actas Constitucionales Nº 2 y 3 se encuentran expresamente contempladas en la CPR de 1980 en sus artículos 6º, 7º y 19 números 20 y 24 y en la LOCBGAE, publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de diciembre de 1986 que en su artículo 4º establece la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones y en el artículo 44 que prescribe la responsabilidad de los órganos de la Administración por los daños que causen por falta de servicio, reconociendo el derecho del Estado de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta que causó el daño.

De todo lo analizado precedentemente es forzoso concluir que las normas legales de responsabilidad extracontractual del Estado, por los perjuicios causados a los particulares provenientes de actuaciones o de omisiones de los órganos de su administración emanaban y se encontraban establecidas expresamente a la época del presente litigio en las Actas Constitucionales Nº 2 y 3, y, en la actualidad, en la CPR de 1980 y LOCBGAE, en consecuencia no se han podido aplicar las normas del Título XXXV del Código Civil sobre delitos y cuasidelitos, dentro de las cuales se encuentra el artículo 2332 sobre prescripción de las acciones provenientes de ellos.

CONCLUSIÓN

El sistema de responsabilidad patrimonial del estado está sujeto a normas de derecho público, de modo que la acción que se establece es de carácter constitucional, objetivo e imprescriptible, por lo que no le son aplicables las normas del Código Civil.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia es esencial en los estudios de la responsabilidad del Estado en Chile, pues revela con bastante nitidez la tesis de la Corte Suprema durante la década de los 80 y 90. La tesis del estatuto de Derecho Público de la responsabilidad hacía rechazar la aplicación de las normas del Código Civil, en especial las de prescripción.

Esta tesis se extenderá hasta el año 2001 en que se pronuncia en el caso Domic Bezic (publicada en este libro), fecha en que la Corte dejará atrás lo afirmado aquí y la sustituirá por la de un sistema de responsabilidad legal, por falta de servicio y prescriptible.

TEXTO COMPLETO

Santiago, 28 de julio de 1987.

VISTOS:

Por sentencia de 15 de marzo de 1985, se confirmó con declaración el fallo de primera instancia de cuatro de julio de mil novecientos ochenta y tres que se lee a fojas 225 en el cual se acoge la demanda interpuesta por don Ricardo González Fernández en representación de la sociedad Hexagon Limitada, Sociedad Importadora y Exportadora en contra del Fisco de Chile, declarando que éste, está obligado a indemnizar los daños y perjuicios que causó el Servicio de Impuestos Internos al demandante con motivo de la paralización en el año 1977 de las liquidaciones de importación de automóviles marca Pacer y Hornets que realizó en dicho año, materia esta última que fue objeto de un recurso de protección acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 23 de abril de 1977 confirmado por esta Corte con fecha 11 de mayo del mismo año. El fallo, además, confirma la reserva de acciones para discutir el monto de los perjuicios que se acrediten en la ejecución de la sentencia o en otro juicio diverso, en conformidad al artículo 173 del Código de Procedimiento Civil.

Contra esta sentencia, a fojas 289, el Fisco representado por el Presidente del Consejo de Defensa del Estado dedujo recurso de casación en la forma, y a fojas 295 y siguientes formalizó recurso de casación en el fondo solicitando por las razones que aduce, que se invalide dicho fallo y que se dicte nueva sentencia que rechace en todas sus partes con costas la demanda interpuesta por Hexagon Limitada, Sociedad Importadora y Exportadora.

El recurso de casación en la forma se fundamenta en la causal Nº 4 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, esto es, haber sido dictado el fallo ultra petita, y en la del Nº 5 del citado artículo 768 en relación al artículo 170 Nº 5 del mismo Código y el Nº 9 del Auto Acordado de esta Corte Suprema de 30 de septiembre de 1920, esto es, no contener el fallo recurrido, la enunciación de las leyes y en su defecto de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia.

En el recurso de casación en el fondo se denuncian como infringidas diversas disposiciones legales divididas en tres grupos, a saber: Primero: El artículo 2332 del Código Civil, en relación con los artículos 2314, 2329, 2515, 2284 y 19 y 20 todos del Código Civil; Segundo: El artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos 2314 y 2284 y artículos 19 inciso 1º, 20 y 22 del Código Civil; y Tercero: El artículo 2284 del Código Civil en relación con los artículos 2314 y 19 inciso 1º y 20 del mismo Código.

A fojas 305 se declararon admisibles ambos recursos de casación y se trajeron los autos en relación para resolver.

CONSIDERANDO:

En cuanto al recurso de casación en la forma:

1º) Que la primera causal invocada por el recurrente para solicitar la invalidación del fallo recurrido es la contemplada en el Nº 4 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, esto es haber sido dictada la sentencia ultra petita al otorgar más de lo pedido por el demandante. Se configura a su entender este vicio, al resolver la sentencia del Juez a quo confirmada por la de segunda instancia que ha lugar a la reserva de acciones para discutir el monto de los perjuicios en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso, conforme lo establecido en el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil sin que ello hubiere sido solicitado por el demandante. No se trata, afirma el recurrente, de los casos en que el sentenciador pueda actuar de oficio, no afectando a la existencia del vicio la declaración que para determinar la especie y monto de los perjuicios en la ejecución del fallo se reservó para sí el actor en el primer otrosí de su demanda, pues lo que corresponde es pedírselo al tribunal ya que se trata en la especie, de un derecho que debe solicitarse y, no solamente reservarse, y al haberlo otorgado el Juez en estas condiciones ha incurrido en el vicio de ultra petita denunciado.

2º) Que es un hecho de la causa que no se ha litigado ni pretendido litigar por el demandante sobre el monto de los perjuicios que dice haber sufrido por las acciones y omisiones arbitrarias del Servicio de Impuestos Internos, sino solamente ha deducido sus acciones para que se declare la existencia de la obligación de indemnizar dichos perjuicios por parte del Fisco. Es en atención a lo anterior que el demandante en el primer otrosí de su escrito de demanda, hizo presente que se reservaba expresamente el derecho de determinar la especie y monto de los perjuicios causados por el demandado en la ejecución del fallo todo ello en conformidad al artículo 173 del Código de Procedimiento Civil.

El demandado al contestar la demanda a fojas 15, al evacuar el trámite de la dúplica a fojas 42 vuelta y al expresar agravios a fojas 245 vuelta no impugna la petición del demandante, tal como se formula en esta causal, sino todo lo contrario, reconociendo en dichos trámites el hecho que éste ha formulado una petición de reserva del derecho a discutir la especie y monto de los perjuicios al momento de la ejecución del fallo sostiene que es imposible aceptar ésta, fundamentalmente porque el artículo 173 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil tiene aplicación exclusivamente a los perjuicios que provengan del incumplimiento de obligaciones contractuales.

3º) Que el inciso 2º del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil establece la actitud que debe asumir el tribunal según se haya litigado o no sobre la especie y monto de los perjuicios, se-

ñalando que éste debe reconocer el derecho de las partes para discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso. Pero este reconocimiento no es facultativo del tribunal, si ha resuelto en su sentencia que el demandado está obligado a indemnizar los daños que ha causado y cuyo monto no se ha debatido y es por ello que el legislador le señala al tribunal en el artículo en comento, que reservará a las partes su derecho.

En autos, la sentencia recurrida al declarar la procedencia de la reserva de acciones para discutir el monto de los perjuicios en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso, ha dado cumplimiento a la norma contenida en el artículo 173, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, no sólo porque la ley lo impone sino porque también lo solicitó el demandante en el primer otrosí de su escrito de demanda, según así, lo han entendido los litigantes y el tribunal. De todo lo anterior se concluye que el vicio de ultra petita contemplado en el Nº 4 del artículo 760 del Código de Procedimiento Civil atribuido a la sentencia recurrida no puede prosperar y debe ser rechazado.

4º) Que ha invocado también el recurrente como defecto que afecta la sentencia recurrida, la causal contemplada en el artículo 768 Nº 5 del Código de Procedimiento Civil en relación al artículo 170 Nº 5 del mismo Código, y el número 9 del Auto Acordado de este tribunal sobre la forma de las sentencias de 30 de septiembre de 1920, porque a su entender el citado fallo carecería de la enunciación de las leyes y en su defecto de los principios de equidad conforme a las cuales se pronuncia. Hace consistir el vicio en que por el hecho de haber eliminado el tribunal de segunda instancia del fallo en alzada confirmado, la cita legal al artículo 2314 del Código Civil, ha suprimido la única disposición que según él permite acoger la acción de indemnización de perjuicios deducida, y al resolver en el considerando primero del citado fallo la no aplicación de la norma del artículo 2332 del mismo Código ha producido que quede la sentencia recurrida sin fundamentación y sin enunciar las leyes y en su defecto los principios de equidad con arreglo a los cuales se ha dictado, puesto que, las restantes disposiciones legales que contempla el fallo de primera instancia confirmado no se refieren a la indemnización de perjuicios intentada.

5º) Que esta segunda causal de casación al igual que la anterior debe también ser rechazada porque no es efectivo lo afirmado por el recurrente pues el fallo recurrido, al confirmar la sentencia del Juez de la primera instancia, ha hecho suyas las normas legales en ella señaladas y que se contienen en sus considerandos 17 a 24 ambos inclusive, en los cuales se señala que el origen de la obligación de indemnizar perjuicios a que condena al Fisco se encuentran en la Constitución, Actas Constitucionales 2 y 3 de 1976 y en el Estatuto Administrativo. Concretamente el fallo señala como fundamento de la obligación de indemnizar del demandado: a) El Acta Constitucional Nº 2 artículo 3º (Considerando 20); b) Artículo 6º del Acta Constitucional Nº 2 (considerando 20); c) Acta Constitucional Nº 3, artículo 1º, número 16 inciso 3º, (considerando 22); d) Normas y principios constitucionales de la igual repartición de las cargas públicas y de la igualdad ante la ley (considerando 23); e) Estatuto Administrativo.

De lo anterior se concluye, por el contrario de lo que sostiene el recurrente, que la eliminación de la cita legal que ha hecho el fallo de segunda instancia del artículo 2314 del Código Civil y la declaración de no aplicación de la regla del artículo 2332 del mismo Código, no deja sin enunciación ni menos sin fundamento en las leyes al fallo recurrido, no adoleciendo en consecuencia del vicio imputado por el recurso en este sentido y debiendo por tanto esta causal de casación también ser rechazada.

6º) Que por todo lo expuesto precedentemente corresponde rechazar el recurso de casación en la forma que se ha examinado.

En cuanto al recurso de casación en el fondo:

7º) Que en la formalización de este recurso se invoca como primer grupo de disposiciones legales infringidas el artículo 2332 del Código Civil en relación a los artículos 2314, 2329, 2515, 2284,

19 y 20 del mismo Código. En esencia el recurrente sostiene que el reconocimiento de la obligación de indemnizar los supuestos perjuicios que el demandante reclama del Fisco en este juicio, y que le han sido declaradas por la sentencia impugnada, nacería de actos o hechos que el actor calificó como ilegales y arbitrarios en el recurso de protección que con fecha 23 de marzo de 1977 interpuso ante la Corte de Apelaciones de Santiago y que consistían en la paralización de las pólizas de importación de los automóviles modelos Pacer y Hornets fabricados por American Motors. Agrega el recurrente que estos actos o hechos, que generarían sólo responsabilidad extracontractual, tienen que haberse realizado o cometido con anterioridad a la interposición del recurso de protección aludido, y, en consecuencia, la acción intentada por el demandante está prescrita, pues ha transcurrido el plazo de cuatro años desde la perpetración del acto a que se refiere el artículo 2332 del Código Civil, ya que se le notificó la demanda con fecha 3 de abril de 1981. Con lo anterior se sostiene en el recurso se ha producido en la sentencia recurrida una violación al artículo 2332 del Código Civil con la agravante de declararlo no aplicable y también a los artículos 2314 y 2329 del mismo Código, violaciones que han tenido influencia en lo dispositivo del fallo ya que, al conceder este último la acción de indemnización de perjuicios debió haberla otorgado por las citadas disposiciones que conducían necesariamente a dar lugar a la prescripción invocada. El artículo 2515 del Código Civil sobre prescripción de cinco años de las acciones ordinarias lo da por infringido pues tácitamente le dio aplicación al rechazar el fallo recurrido la prescripción del citado artículo 2332 del Código Civil. El artículo 2284 del mismo Código se analiza infringido porque se dio una acción de indemnización de perjuicios fuera de los casos que esta disposición contempla, puesto que la que se otorgó no se basa en la ley, en un delito o cuasidelito ni tampoco en un contrato o cuasicontrato.

8º) Que son hechos de la causa establecidos en los fundamentos 7º, 8º y 9º de la sentencia del Juez a quo, asumidos por el fallo que se impugna los siguientes:

a) Que los perjuicios cuya obligación de indemnizar ha solicitado el demandante se le reconozcan en este juicio tienen como antecedente el expediente sobre recurso de protección interpuesto por Hexagon Limitada en contra del Servicio de Impuestos Internos, Rol de Ingreso 126-77 de la Corte de Apelaciones de Santiago, y en el que se da cuenta de un conjunto de hechos y actuaciones realizados por el citado Servicio iniciados con la paralización de las pólizas de internación de los automóviles importados y continuados hasta a lo menos el 16 de mayo de 1977, fecha en que el Director Nacional de Impuestos Internos comunicó a la Corte de Apelaciones el cumplimiento de la sentencia que acogió el recurso de protección. Esta situación se suspendió nuevamente al concederse orden de no innovar con motivo del recurso de queja interpuesto por el Fisco en contra de una solicitud de ampliación de las medidas de protección presentadas con ocasión de un nuevo impuesto que pretendió aplicar el Servicio de Impuestos Internos a la internación de los automóviles de Hexagon, las que fueron confirmadas por esta Corte con fecha 14 de julio de 1977.

b) Que con fecha 23 de abril de 1977 la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de protección referido en la letra a) precedente, calificando de abusiva la actuación del Servicio de Impuestos Internos, lo que fue confirmado por esta Corte Suprema, con fecha 11 de mayo del mismo año calificando de demasías funcionarias graves lo actuado por el citado Servicio.

c) Que el actuar del Servicio de Impuestos Internos en la forma antedicha causó daños y perjuicios al demandante según se establece con la prueba testimonial y documentaria analizada en los considerandos 12, 13 y 14 del fallo de primera instancia.

9º) Que conforme a lo señalado en el recurso a través de las transgresiones de ley denunciadas en este primer grupo de infracciones se pretende obtener a juicio de la parte recurrente la correcta aplicación de los preceptos que precisa, para que se decida en definitiva que la acción tendiente a declarar la obligación de indemnizar del Fisco se encuentra prescrita al tenor del artículo 2332 del

Código Civil. Específicamente lo que el recurrente afirma es que la declaración de la obligación de indemnizar que ha acogido el fallo recurrido debe regirse por las normas contempladas en el Título XXXV del Código Civil sobre delitos o cuasidelitos.

10º) Que para resolver la existencia de este primer grupo de infracciones legales denunciadas, especialmente la aplicación del plazo de prescripción del artículo 2332 del Código Civil, es previo dilucidar la existencia de disposiciones legales diferentes a dicho Código que contemplen la responsabilidad del Estado cuando, actuando bajo su Rol de administración ejecuta un acto o comete una omisión que genera un daño o perjuicio a un sujeto de derecho.

Las normas legales y principios de derecho que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado, según la mayoría de los autores chilenos que han estudiado la materia, se encuentra en el derecho público, específicamente en las Actas Constitucionales números 2 y 3 de 1976, la Constitución Política de 1980 y en las leyes que por mandato de ellas se han dictado. Las Actas Constitucionales referidas, vigentes a la época de las acciones y omisiones que han generado la obligación de indemnizar del Fisco, establecían la responsabilidad del Estado en las siguientes disposiciones: 1.- Acta Constitucional Nº 2 sobre Bases Esenciales de la Institucionalidad Chilena. a) Artículo 3º. Las potestades estatales y las autoridades públicas someten su acción a las Actas Constitucionales, a la Constitución y a las leyes. b) Artículo 7º. Los preceptos de las Actas Constitucionales y de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de los distintos órganos de autoridad, como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley. c) Artículo 6º. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma y con los requisitos que prescribe la Ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona, ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y origina las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

Es decir, de los artículos 3º y 7º anteriormente transcritos se concluye que los órganos del Estado, cualesquiera sean sus actividades resultan responsables por la infracción en que incurren si no someten su acción a las Actas Constitucionales, a la Constitución y a las leyes. La infracción a lo preceptuado en el artículo 6º citado origina para el Estado no sólo la nulidad del acto que haya realizado el órgano administrativo, sino además las responsabilidades consecuenciales señaladas en los textos legales citados.

2º Acta Constitucional Nº 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales se refiere y da aplicación a la materia en comento en el artículo 1º, Número 16 que dice textualmente en las partes pertinentes: Artículo 1º– Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas: 16.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. (inciso 2º). Sólo la Ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan su función social. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública, el mejor aprovechamiento de las fuentes de energía productiva para el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes (inciso 3º). No obstante, nadie puede en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae, o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social o nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar

de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

De lo anterior se desprende que en los casos que el Acta Constitucional señala, cumpliendo sus requisitos y sólo en virtud de una Ley es posible que alguien se vea privado de lo suyo o se le impongan limitaciones y obligaciones a su propiedad que deriven de la función social de ésta. Ahora bien, todo daño inferido por un órgano del Estado, implica al sujeto de derecho que lo sufre o soporta un menoscabo o lesión en lo suyo, un desequilibrio en su situación jurídica y según se ha visto nadie puede en caso alguno ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales de dominio salvo en los casos que el Acta Constitucional ha señalado. En consecuencia un daño que se produzca por los órganos del Estado y que no esté amparado por las normas constitucionales genera responsabilidad conforme lo señalado en los artículos 3º, y 7º, del Acta Constitucional Nº 2 anteriormente transcritos. Una situación similar se concluye analizando el daño que sufre el sujeto de derecho por parte de un órgano del Estado, a través de lo dispuesto en el Nº 5 del artículo primero del Acta Constitucional Nº 3 cuando prescribe: Artículo 1º... Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas: 5.- La igual repartición de los impuestos y contribuciones, en proporción de los haberes o en la progresión o forma que fije la Ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas. Así es, como todo daño que produzca un órgano del Estado, implica según se ha dicho un menoscabo o lesión en lo suyo para la persona que lo sufre, se ve afectada por una carga que sólo ella soporta, generando una desigualdad en la repartición que vulnera la norma constitucional debiendo ser resarcida por el Estado. Todas las normas referidas anteriormente de las Actas Constitucionales números 2 y 3 se encuentran expresamente contempladas en la Constitución Política de 1980 en sus artículos 6º, 7º y 19 números 20 y 24 y en la Ley Orgánica Constitucional Nº 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de diciembre de 1986 que en su artículo 4º establece la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones y en el artículo 44 que prescribe la responsabilidad de los órganos de la Administración por los daños que causen por falta de servicio, reconociendo el derecho del Estado de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta que causó el daño.

11º) Que de todo lo analizado precedentemente es forzoso concluir que las normas legales de responsabilidad extracontractual del Estado, por los perjuicios causados a los particulares provenientes de actuaciones o de omisiones de los órganos de su administración emanaban y se encontraban establecidas expresamente a la época del presente litigio en las Actas Constitucionales Nºs. 2 y 3, y, en la actualidad, en la Constitución de 1980 y Ley Orgánica Constitucional 18.575 de 1986, en consecuencia no se han podido aplicar las normas del Título XXXV del Código Civil sobre delitos y cuasidelitos, dentro de las cuales se encuentra el artículo 2332 sobre prescripción de las acciones provenientes de ellos.

Es por todo lo anterior que este primer grupo de infracciones de ley denunciadas en el recurso debe ser desestimada, pues la sentencia recurrida no ha infringido el artículo 2332 del Código Civil al no darle aplicación.

12º) Que establecida la no aplicación de las normas de la responsabilidad extracontractual del Título XXXV del Código Civil a las acciones u omisiones de los órganos administrativos del Estado y rechazada la violación del artículo 2332 y consecuencialmente los artículos 2515, 19 y 20 todos del Código Civil, señalados estos últimos como infringidos en relación al primero de los enumerados, también procede desestimar las demás normas legales denunciadas como infringidas y que se contienen en dicho Título, esto es, los artículos 2314 y 2329 del Código Civil. Se desestima también la infracción denunciada al artículo 2284 del Código Civil, pues según se ha analizado la acción de perjuicios que se ha reconocido en la sentencia tiene su fundamento en la ley.

13º) Que el segundo grupo de disposiciones legales infringidas que se invoca en la formalización de este recurso, es el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil en relación con los artículos 2314, 2284, 19 inciso 1º, 20 y 22 todos del Código Civil. En esencia sostiene el recurrente que la reserva de derechos que ha otorgado la sentencia recurrida al demandante, para discutir el monto de los perjuicios en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso, infringe y da una errada aplicación al artículo 173 del Código de Procedimiento Civil que reconoce en su inciso segundo este derecho a las partes solamente si se trata de juicios en que se litigue sobre indemnización de perjuicios provenientes de obligaciones de índole contractual. Si los perjuicios que se demandan no tienen ese origen, debe discutirse y probarse en un solo juicio la obligación de indemnizar y la especie y monto de ellos al tenor del inciso 1º del citado artículo 173 del citado Código. Funda su aseveración en la complejidad que a su entender se produce en la discusión y evaluación de perjuicios en materia extracontractual dentro de un procedimiento ejecutivo o de cumplimiento incidental de un fallo que contiene plazos muy breves y perentorios.

14º) Que según se ha señalado anteriormente el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, establece la actitud que debe asumir el Tribunal según se haya litigado o no sobre la especie y monto de una indemnización de perjuicios a que deba ser condenada una de las partes en el juicio. En el primer caso, es decir, si ha habido litigios sobre la especie y monto de los perjuicios y éstos resultan probados, establece el inciso primero de la disposición, la sentencia determinará la cantidad líquida que deba abonarse o señalará las bases para su liquidación al ejecutarse la sentencia. En el segundo caso, o sea cuando no se ha litigado sobre la especie y monto de los perjuicios, el inciso segundo del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil obliga al tribunal a reservar a las partes el derecho a discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso.

En parte alguna del citado artículo al referirse a la indemnización de perjuicios a que pueda ser condenada una de las partes se hace la distinción en cuanto al origen de ésta o la causa que generen los perjuicios, es decir, no se distingue si éstos provienen del incumplimiento de obligaciones contractuales o de hechos o situaciones que generen daños extracontractuales y no se divisa la necesidad que ello ocurra o de restringir la disposición con la división que se pretende en el recurso. La historia de la disposición analizada en extenso en los considerandos 26 y 27 del fallo de la primera instancia demuestran que ni en el proyecto de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Civil ni en la Comisión Revisora de éste se contempló la diferenciación que hace el recurrente ni menos que se pretendió restringir el derecho de las partes en un proceso para discutir separadamente la obligación de indemnizar con la especie y monto de los perjuicios. Más aún los principios de economía procesal hacen recomendable cuando la indemnización de perjuicios que se pretende no está fehacientemente establecida litigar primeramente sobre la existencia o no de la obligación de indemnizar y una vez establecida positivamente ésta resulta pertinente discutir sobre la especie el monto de los perjuicios en el cumplimiento del fallo o en otro juicio diverso.

15º) Que por todo lo anterior, este segundo grupo de infracciones legales denunciadas, fundadas en la errada aplicación del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, debe ser desestimada al igual que la infracción denunciada al artículo 2314 del Código Civil que no ha sido aplicado por el fallo recurrido y a las normas de interpretación de los artículos 19 inciso 1º, 20 y 22 del mismo Código Civil pues han sido correctamente aplicados por el fallo impugnado.

16º) Que en la formalización del recurso se invoca como tercer grupo de disposiciones legales infringidas, el artículo 2284 del Código Civil en relación con los artículos 2314 y 19 inciso 1º y 20 del mismo Código. Sostiene el recurrente que la obligación de indemnizar a que ha sido condenado el Fisco por la sentencia recurrida no está establecida en la ley ni emana del hecho voluntario de una de las partes únicas fuentes de las obligaciones que nacen sin convención, según prescribe el artículo 2284 del Código Civil, en consecuencia se ha aplicado erróneamente esta disposición y su quebrantamiento ha influido en lo dispositivo del fallo.

17º) Que este último grupo de infracciones legales denunciadas debe también ser desestimada, pues ha quedado fehacientemente establecido en el análisis y resolución del primer grupo de infracciones legales señaladas como infringidas en este recurso que la obligación de indemnizar a que ha sido condenado el Fisco, tiene un origen netamente legal pues emana y se establece en las Actas Constitucionales Nºs. 2 y 3 de 1976, en la Constitución y en la actualidad además en la Ley Orgánica Constitucional 18.575 de 1986.

En consecuencia, se rechaza la violación denunciada en el recurso al artículo 2284 del Código Civil pues no ha sido vulnerado por la sentencia recurrida, la del artículo 2314, pues no ha tenido aplicación por no tratarse de responsabilidad emanada de un delito o cuasidelito y la de los artículos 19 inciso 1º y 20 todos del Código Civil, porque se ha dado aplicación a la ley conforme su claro sentido y significado natural de sus palabras.

Por estos fundamentos y lo dispuesto además por los artículos 764, 765, 767, 768, 772, 773, 787, 805, 806, 808 y 809 del Código de Procedimiento Civil, se declaran sin lugar los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos en autos por la parte del Fisco a fojas 289 el primero y 295 el segundo, en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha quince de marzo de mil novecientos ochenta y cinco que rola a fojas 279 con costas del recurso.

Se previene que el Abogado Integrante señor Cousiño estuvo por substituir la frase en comento usada en la parte final del acápite primero del fundamento tercero y en el considerando décimo por la frase en consideración.

Regístrese y devuélvase. Publíquese.

Redacción del Abogado Integrante señor Manuel Jiménez Bulnes.

Pronunciada por los señores José M. Eyzaguirre, Enrique Correa, Hernán Cereceda, Luis Cousiño y Manuel Jiménez.

Hexagon Ltda.

Casación Forma y Fondo-Civil.

Rol Nº 19.439.

MATERIA
Normas aplicables en materia de responsabilidad del Estado

ÓRGANO COMPETENTE
Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en el Fondo
Rol: 4753-2001
Fecha: 15.05.2002
Resultado recurso: Acogido
Ministros: Marcos Libedinsky Tschorne, José Benquis Cahmi, Urbano Marín Vallejos, Patricio Novoa Fuenzalida, Fernando Castro Álamos
Ministro redactor: Urbano Marín Vallejo
Partes: Maja Domic Bezic y otros con Fisco

DESCRIPTORES
Responsabilidad del Estado – Responsabilidad por Falta de Servicio – Delitos de Lesa Humanidad – Derechos Humanos – Prescripción – Código Civil

PRINCIPIO JURÍDICO
La responsabilidad del Estado es de regulación legal y prescriptible.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Art. 38 CPR; Arts. 4º y 44 Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Convenio de Ginebra sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra; Arts. 2332, 2497, 2514 y 2515 Código Civil; Ley Nº 19.123 Crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Establece Pensión de Reparación y Otorga otros Beneficios en Favor de Personas que Señala.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Es la acción de responsabilidad del Estado una de carácter objetivo e imprescriptible?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
Los demandantes obtuvieron indemnización del daño moral producto de la muerte de Jorge Jordán Domic el 16 de octubre de 1973 en un recinto militar de la ciudad de La Serena. Su caso está registrado en el informe Rettig y sus familiares accedieron a los beneficios de la Ley Nº 19.123 que Crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Establece Pensión de Reparación y Otorga otros Beneficios en Favor de Personas que Señala.

Las sentencias de primera y segunda instancia, para otorgar la indemnización, consideraron que la acción de responsabilidad del Estado era constitucional, objetiva e imprescriptible. Esto último se ve agravado porque los hechos son constitutivos de delitos de lesa humanidad a los cuales le son aplicables las normas del Convenio de Ginebra sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*

La responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas actividades que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo, haciendo uso de potestades revestidas de imperio y ejecutoriedad, cuya aplicación está enmarcada y regulada por normativas de Derecho Público, lo que hace que las distintas responsabilidades que pueden causar esas acciones se sometan a normas y principios propios de esa rama del Derecho.

Es pertinente apuntar que el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado y que, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que pueden generarla, como ocurre, por excepción, por ejemplo, en las situaciones descritas en los artículos 2327 y 2328 del Código Civil y 155 del Código Aeronáutico. En el caso del Estado y sus organismos, entre otras, en las señaladas en los artículos: 21 del Código de Minería; 8 del D.L. Nº 3.557/1981 que Establece Disposiciones sobre Protección Agrícola; 50 y 52 de la Ley Nº 18.302 de Seguridad Nuclear; 17 de la Ley Nº 18.415 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción; 52 de la Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; y, 174 de la Ley Nº 18.290 de Tránsito, modificado por el Nº 35 del artículo 1º de la Ley Nº 19. 495, si bien esta última norma de la Ley del Tránsito establece propiamente una presunción de responsabilidad.

Es útil tener presente que el hecho que ciertas responsabilidades se sometan al Derecho Público no obsta a que ellas puedan extinguirse por el transcurso del tiempo, en conformidad a disposiciones que se comprenden en el mismo sector del Derecho, porque lo cierto es que la prescripción no es ajena a esas normativas, atendido su carácter universal y puede operar en todas las disciplinas que pertenecen al Derecho Público, salvo que la ley o la índole de la materia determinen lo contrario.

El resarcimiento de los daños efectivos o morales experimentados injustamente por los individuos es, en rigor, un asunto de índole pecuniaria que puede y debe distinguirse de otros aspectos o alcances de la responsabilidad estatal en los cuales tiene pleno asidero la noción de que ella no se extingue por el transcurso del tiempo u otra causa sobreviniente a los hechos que la originan.

No solamente no hay norma positiva alguna que establezca la imprescriptibilidad genérica de la responsabilidad extracontractual del Fisco o de otra institución estatal, sino, por el contrario, el régimen jurídico nacional ha sancionado preceptos que admiten y regulan esa modalidad de extinción de las acciones indemnizatorias respectivas, entre ellos, el inciso 3 del artículo 63 de la ex Ley Orgánica de Municipalidades, aprobada por el D.L. Nº 1.289/1975, actualmente derogado, que hacía prescribir en un año contado desde la fecha del perjuicio la responsabilidad extracontractual de los

Municipios y las antes aludidas normas de los artículos 8º del D.L. Nº 3.557/1980, sobre Protección Agrícola, que fija igual término contado desde que aparezcan de manifiesto los perjuicios causados por trabajos del Servicio Agrícola y Ganadero para la prescripción del derecho a reclamar su indemnización y 17 de la Ley Nº 18.415 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, que contempla el mismo plazo, contado desde el término del estado de excepción para que prescriba la acción indemnizatoria en contra del Fisco que concede el mismo precepto.

La idea de aplicar las reglas de la prescripción extintiva que contiene el Código Civil a las acciones en que se persigue la responsabilidad extracontractual del Estado no repugna a la naturaleza especial que ella posee, si se considera que ellas inciden en el ámbito patrimonial de esa responsabilidad y que, en ausencia de normas positivas que las hagan imprescriptibles, corresponde estarse a las reglas del Derecho Común que se refieren específicamente a la materia, entre las que se encuentra el artículo 2332 del Código Civil, que versa directamente sobre ella.

Esto no ocurre merced a una aplicación supletoria de dicha normativa, sino se produce directamente, por mandato explícito del legislador expresado en el artículo 2497 del Código Civil, que dispone que sus reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo, extendiendo al Fisco, entre otras personas, sus normas sobre prescripción.

Tal disposición nada tiene de insólita si se recuerda que el artículo 2521 del mismo Código Civil establece que prescriben en tres años las acciones en favor y en contra del Fisco y de las municipalidades provenientes de toda clase de impuestos, porque al fijar un término especial de prescripción para las acciones relativas a ingresos tributarios del Estado y de los municipios, regidos por una de las vertientes del Derecho Público y que es distinto de los plazos establecidos para la prescripción de otras acciones o derechos en el mismo Código, denota la voluntad del legislador en orden a que el Estado y demás entidades indicadas en su artículo 2497 quedaran afectas a sus reglas referentes a la materia, a pesar de incidir en asuntos naturalmente propios del Derecho Público.

De lo expuesto en los motivos que preceden, se sigue que la aplicación de las reglas del Código Civil referentes a la prescripción extintiva a las acciones que se intenten en contra del Fisco y que no tienen un plazo especial de prescripción, obedece a un mandato explícito del legislador claramente consignado en el artículo 2497 de este cuerpo de leyes, sin que sea lícito practicar distingo alguno acerca de si se trata sólo de la responsabilidad contractual del Estado o si la norma comprende también su responsabilidad extracontractual, a falta de elementos de juicio que justifiquen tal indebida restricción al ámbito del precepto.

La Ley Nº 19.123 que Crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Establece Pensión de Reparación y Otorga otros Beneficios en Favor de Perso-

nas que Señala, de 8 de febrero de 1992, concedió "una pensión mensual de reparación y otros beneficios a los familiares de la víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política que se individualizan en el Volumen Segundo del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y de las que se reconozcan en tal calidad por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación"., al tenor de lo preceptuado en el artículo 17 de ese texto legal. Este es el principal beneficio previsto por este cuerpo normativo para las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de violencia política, y concuerda con la finalidad perseguida por el proyecto de ley, según se ve en el Mensaje con que se remitió este al Congreso Nacional y que figura en el Boletín 316/06 de la Sesión 41 de 3 de abril de 1991, de la Cámara de Diputados. En él se indica que la iniciativa tuvo por finalidad, "en términos generales, reparar precisamente el daño moral y patrimonial que ha afectado a los familiares directos de las víctimas".

La creación de la pensión de reparación y los demás beneficios antes descritos a favor de familiares de víctimas de violaciones a los derechos humanos individualizadas en el Informe al que se remitió la ley, importa el reconocimiento de la responsabilidad estatal de reparar el daño moral sufrido por esas personas, la que se hizo efectiva por el legislador mediante el otorgamiento de todos esos beneficios.

CONCLUSIÓN

El Estado, aun en el caso de violación a los derechos humanos, se encuentra sometido a reglas de responsabilidad legalmente definidas, y no constitucionalmente, de modo que, no obstante su aplicación con criterios de Derecho Público, a dicha responsabilidad le son aplicables las reglas de prescripción del Código Civil.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia es una verdadero *leading case*. Con ella la Corte, de mano del Ministro Urbano Marín, cambió la idea estructural sobre la cual construía el sistema de responsabilidad pública, de un sistema constitucional, objetivo e imprescriptible; a uno legal, por falta de servicio y prescriptible.

Los criterios de esta sentencia se han dejado sentir desde entonces (por ejemplo "Pizani con Fisco", Corte Suprema, 15 de abril de 2003, Rol 1234-2002; "Cortés Barraza con Fisco", Corte Suprema, 07 de mayo de 2003, Rol 1558-2002), quedando sólo como cuestión sujeta a discusión la aplicabilidad de la prescripción en el caso de Derecho Humanos en donde la Corte aún se encuentra en posiciones antagónicas.

El año 2013 la Corte Suprema, en el caso González Galeno (Rol Nº 2182-98, 21.01.2013) ejerció la competencia del artículo 780 del Código de Procedimiento Civil, que le otorga al pleno de la Corte la facultad para pronunciarse sobre un recurso de casación cuando la "Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones". La idea central de esa atribución es uniformar con carácter de vinculante la interpretación del Derecho.

En esa decisión, la tesis de la mayoría se construyó sobre la doctrina que había definido la Corte en Domic Bezic, eso implicó responder la pregunta planteada sobre la base que no existen razones para no aplicar las reglas de responsabilidad del Estado por actos de la Administración, lo que implicaría reconocer que la acción civil es prescriptible por sus reglas propias al constituir en sí misma una acción de contenido patrimonial, pero además sostuvo la mayoría que las Convenciones de Derechos Humanos citadas en la discusión en ningún momento afirman la "imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad del Estado". De este modo, en un caso como éste la Corte señala que siendo la prescripción un "principio general de derecho", la aplicación de las reglas del Código Civil resultan inevitables.

La tesis central de la minoría se basa en el Derecho convencional de los Derechos Humanos[1]. En opinión de ellos, es exigible de conformidad a tales convenciones ratificadas por Chile, "el derecho de las víctimas y de sus familiares a recibir la reparación correspondiente", lo que "implica, desde luego, la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado". Aceptar la prescripción de la acción civil, implicaría contravenir tales Convenciones y de paso el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, según los disidentes.

Desde entonces, y pese a existir una mayoría del pleno por la prescripción de la acción, los ministros en sus salas mantienen sus posiciones, de modo que dependiendo de su integración se optará por la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción.

TEXTO COMPLETO

Santiago, quince de mayo de dos mil dos.

VISTOS:

En los autos sobre juicio ordinario de hacienda, Rol Nº 1040/1999, del Tercer Juzgado Civil de La Serena, caratulados DOMIC BEZIC Y OTROS con FISCO, el Abogado Procurador Fiscal de La Serena ha recurrido de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de veinticuatro de octubre de dos mil uno, escrita a fojas 318 y siguientes que confirmando el fallo de primera instancia de fecha treinta y uno de agosto de dos mil, que se lee a fojas 263, acogió la demanda de indemnización de perjuicios de los actores, declarando que la suma que el Fisco debe pagar por concepto de daño moral causado por la muerte de don Jorge Jordán Domic el día 16 de octubre de 1973, en un recinto militar de dicha ciudad, asciende a setenta millones de pesos para su madre doña Maja Domic Bezic y a cincuenta millones de pesos, para cada uno de sus hijos, don Mirko y don Jorge Jordán Herrera.

En síntesis, la petición de nulidad de la referida sentencia denuncia primeramente los errores de derecho cometidos al afirmar en su considerando 6º que en la materia no se aplican las reglas de prescripción de los artículos 2332, 2514 y 2515 del Código Civil, por someterse al Derecho Pú-

[1] Los disidentes afirmaron expresamente que "no es posible sostener la inexistencia de responsabilidad del Estado en esta clase de infracciones por la prescripción de la acción civil reparatoria, porque el valor justicia que orienta el Derecho y la convivencia social rechaza tal posibilidad, al extremo que el Derecho Internacional ha recogido el criterio que predica que todo daño que sea su consecuencia ha de ser reparado". (c. 10).

blico la responsabilidad extracontractual demandada, sin señalar norma alguna que sustente esta afirmación, salvo la referencia en su motivo 8º al artículo 4º de la Constitución Política de 1925, a pesar que el principio de juridicidad que consagró este precepto y la nulidad que sancionaba su infracción son improcedentes en una acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual del Estado y que, a su vez, la sentencia dictada por la Corte Suprema el 5 de octubre de 1964, en los autos Becker con Fisco, que se invoca en el considerando 2º, para reafirmar el carácter de Derecho Público de esa responsabilidad, con los artículos 20 y 87 de la misma Constitución, resolvió ese juicio aplicando normas del Derecho Civil y sólo uno de los Ministros que concurrieron al fallo opinó que ella tenía fundamento en el Derecho Público.

Agrega que como el hecho dañoso que motiva la demanda ocurrió bajo dicha Carta de 1925, la responsabilidad estatal perseguida se sujeta al derecho común, en ausencia de normas de Derecho Público, tal como lo revela la historia jurisprudencial y que respecto de los artículos 130 y 131 de la Convención sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra, citados tanto en el 9º considerando del fallo de primer grado, como en el 4º fundamento del de segunda instancia, para rechazar la prescripción opuesta por la defensa fiscal, están limitados a la responsabilidad penal y no son pertinentes a una contienda civil, de modo que todos estos preceptos han sido vulnerados mediante su falsa aplicación en la sentencia recurrida;

El recurrente sostiene, además, que la acción deducida es netamente patrimonial, privada y expuesta en tal carácter a extinguirse por el transcurso del tiempo, de acuerdo con el Código Civil, como lo declaró la sentencia de esta Corte Suprema de veintisiete de noviembre de dos mil, recaída en el juicio Aedo con Fisco, que se refirió a un caso de nulidad de derecho público, pero es plenamente aplicable en la especie.

Añade que la prescripción de las acciones es la regla general necesaria para la estabilidad de las situaciones jurídicas y que la imprescriptibilidad posee carácter excepcional y se establece expresamente por el legislador;

El recurso continúa insistiendo que en este juicio la acción indemnizatoria se halla prescrita, pues, contando el plazo desde el día de la muerte de don Jorge Jordán Domic, acaecida el dieciséis de octubre de mil novecientos setenta y tres, a la fecha de notificarse la demanda habían transcurrido casi veintiséis años, de manera que al omitir el fallo recurrido la disposición del artículo 2497 del Código Civil, restringió abusivamente su aplicación al campo de la responsabilidad contractual y quebrantó también el inciso primero del artículo 19 de ese cuerpo legal, al desatender el tenor de las disposiciones mencionadas;

En un segundo grupo de errores de derecho, el recurso indica que en los considerandos 15º del fallo de primera instancia y 8º de la sentencia impugnada se estableció que conforme el artículo 24 de la ley Nº 19.123, los beneficios compensatorios concedidos en los artículos 17 y 23 de esta ley son compatibles con cualquier otra reparación, a pesar que aquel precepto solamente consulta la compatibilidad de la pensión de reparación que otorga el artículo 17 con otras pensiones y que es manifiesto el carácter excluyente de esa pensión y de la bonificación compensatoria prevista en el citado artículo 23, lo que hace que la sentencia recurrida haya vulnerado el artículo 24 de la ley Nº 19.123, al interpretarlo equivocadamente, aparte de infringir los artículos 17, 19 y 23 de este texto;

Junto con señalar la forma como los mencionados errores de derecho han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo cuya casación se pide, pues de no haberse cometido esos equívocos se habría acogido la excepción de prescripción opuesta por la defensa fiscal y se habría declarado incompatible la acción deducida con los beneficios de la ley Nº 19.123 percibidos por los actores, rechazándose su demanda, el recurso solicita la anulación de esa sentencia y la dictación de un fallo de reemplazo que revoque el de primera instancia y niegue lugar a la acción deducida, con costas;

Con fecha diez de enero de dos mil dos, a fojas 342, se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: En relación con el primer capítulo del recurso, en el que se plantea la improcedencia de fundar la responsabilidad de Derecho Público que el fallo impugnado atribuye al Fisco en los artículos 4º, 20 y 87 de la Constitución Política de 1925, cumple anotar que este reparo tiene asidero parcial;

Segundo: Que si bien la primera de las disposiciones citadas en dicha resolución, al establecer que ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se le hayan conferido por las leyes y que, todo acto en contravención a este artículo es nulo, no se refirió directamente a las responsabilidades que podía irrogar la violación del principio de legalidad que enunciaba, como lo hace, en cambio, el inciso final del artículo 7º de la Carta de 1980, tampoco excluyó que la extralimitación de facultades que ella proscribía generara diversas responsabilidades, además de acarrear la nulidad de los actos que contravinieran tal prohibición;

Tercero: Que, en ese sentido, cabe señalar que arrogarse facultades en exceso por alguna de las autoridades indicadas en las letras a), b) y e) del Nº 1 del artículo 39 de la Carta de 1925, podía dar lugar al juicio político por infracción a la Constitución, que regularon ese precepto y el artículo 42 Nº 1 del mismo texto, que obviamente eran normas de Derecho Público referentes a responsabilidad o, en su caso, a la acusación que un particular podía presentar en contra de un Ministro de Estado con motivo de los perjuicios que hubiera sufrido injustamente por alguno de sus actos, de la que debía conocer el Senado, de acuerdo con el Nº 2 del aludido artículo 42, además de las responsabilidades de orden criminal que pudieran derivar de la infracción cometida por el funcionario declarado culpable en el juicio político, si ella llegaba a configurar un crimen o simple delito sancionado en la ley penal o a que se hiciera efectiva su responsabilidad civil por los perjuicios causados al Estado o particulares, tal como lo reconocía el inciso final del Nº 1 del aludido artículo 42 de la Constitución de 1925;

Cuarto: Que aunque tanto el artículo 20 de la misma Carta, que reconocía el derecho a indemnización por los perjuicios efectivos o meramente morales que hubiere sufrido injustamente, a todo individuo a favor de quien se dictara sentencia absolutoria o se sobreseyere definitivamente, cuanto la del artículo 87 del mismo texto constitucional, que contempló la existencia de tribunales administrativos para resolver las reclamaciones que se interpusieran contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas y administrativas, tampoco incidían directamente en la materia de estos autos, ambos preceptos versaron sobre aspectos específicos de la responsabilidad del Estado por actuaciones en los campos judicial, político y administrativo y pueden invocarse valederamente para concluir que la responsabilidad del Estado por acciones irregulares de sus autoridades o agentes era de Derecho Público y debía regirse por sus normas y principios;

Quinto: Que, ciertamente, la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas actividades que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo, haciendo uso de potestades revestidas de imperio y ejecutoriedad, cuya aplicación está enmarcada y regulada por normativas de Derecho Público, lo que hace que las distintas responsabilidades que pueden causar esas acciones se sometan a normas y principios propios de esa rama del Derecho;

Sexto: Que de los preceptos del cuerpo constitucional de 1925 que se han relacionado en los considerandos precedentes resulta que al reglar el juicio político para hacer efectiva la responsabilidad

de las autoridades afectas a este procedimiento en sus artículos 39 y 42, el constituyente se remitió a la ley para determinar las otras responsabilidades que pudieran derivar de las situaciones descritas en esas disposiciones;

Séptimo: Que en ese plano, durante la vigencia de la Constitución de 1925, el inciso segundo del artículo 121 del Estatuto Administrativo aprobado por el decreto con fuerza de ley Nº 256, de 1953, dispuso que si el Estado resultare pecuniariamente responsable ante terceros a consecuencia de un acto ejecutado por un funcionario en contravención de sus obligaciones, éste deberá enterar en arcas fiscales la cantidad que se fije a favor de ellos a título de indemnización por sentencia judicial ejecutoriada y que esta obligación subsiste, aun después que dicho funcionario haya dejado de ser funcionario público, reconociendo así explícitamente la ley que el Estado podía ser condenado pecuniariamente por acciones realizadas por un funcionario con infracción de sus deberes e imponiendo a éste la devolución de las sumas indemnizadas;

Octavo: Que también bajo esa misma Constitución Política, el inciso segundo del artículo 67 de la Ley Nº 10.336, Orgánica de la Contraloría General, modificado por la letra D) del artículo 1º de la ley Nº 14.832, de 1962, facultó al Contralor para ordenar se descuenten de las remuneraciones de los f uncionarios de los Servicios que controla ese Organismo, las sumas que el Fisco u otra institución estatal deba pagar a terceros en virtud de sentencia judicial cuando se haga efectiva la responsabilidad civil por actos realizados en el ejercicio de las funciones respectivas, reiterando que las acciones dañinas ejecutadas por agentes públicos en el desempeño de sus cargos pueden comprometer la responsabilidad del Estado o de la institución empleadora, sin perjuicio del procedimiento administrativo previsto para lograr su reintegro;

Noveno: Que, con todo, de las disposiciones de los artículos 20 y 42 Nº 2 de la Constitución de 1925 mencionadas en los motivos anteriores, aparece que la indemnización que podía reclamar un individuo absuelto o sobreseído definitivamente o la reclamación por un acto de un Ministro de Estado, debían corresponder a perjuicios sufridos injustamente por el afectado y que las reclamaciones ante los Tribunales Administrativos señalados en el artículo 87 debían interponerse respecto de actos o disposiciones arbitrarias de autoridades políticas o administrativas.

De esta suerte, ninguna de esas normas contempló una responsabilidad estatal objetiva, por cuanto sólo las actuaciones que merecieran reproche, por causar injustamente un daño o por haberse ejecutado de manera arbitraria, podían traer consigo una reparación patrimonial, en la medida que únicamente los actos o hechos que sean objeto de algún reparo de ilegitimidad dan lugar a responsabilidades;

Décimo: Que, a este respecto, es pertinente apuntar que el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado y que, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que pueden generarla, como ocurre, por excepción, v. gr., en las situaciones descritas en los artículos 2327 y 2328 del Código Civil y 155 del Código Aeronáutico.

En el caso del Estado y sus organismos, entre otras, en las señaladas en los artículos 21 del Código de Minería, 8º del decreto ley Nº 3.557, de 1981; 50 y 52 de la ley Nº 18.302, 17 de la Ley Nº 18.415 y 52 de la Ley Nº 19.300 y 174 de la ley Nº 18.390, modificado por el Nº 35 del artículo 1º de la ley Nº 19.495, si bien esta última norma de la Ley del Tránsito establece propiamente una presunción de responsabilidad;

Undecimo: Que, en todo caso, en el recurso de casación entablado en estos autos no se cuestiona si los hechos a los que se refirió la sentencia impugnada pudieron generar responsabilidad para el Fisco, sea que ella derivara indirectamente de acciones ilícitas llevadas a efecto por funcionarios

estatales al causar la muerte de don Jorge Jordán Domic, sea que esa responsabilidad estatal haya podido encontrar fundamento directamente, sino en las disposiciones de la Constitución Política de 1925 citadas en el fallo, en la equidad natural referida en el artículo 24 del Código Civil, así como en la ruptura del principio de igualdad que aseguraban los Nº 1º y 9º del artículo 10 de ese texto constitucional y que pudo generar la obligación del Fisco de resarcir el perjuicio causado injustamente por esos hechos;

Duodecimo: Que la solicitud de nulidad presentada por la defensa fiscal impugna concretamente el rechazo por los sentenciadores de la excepción de prescripción de la acción deducida, de acuerdo con los artículos 2314, 2315 y 2332 del Código Civil, opuesta para hacer valer la extinción de la responsabilidad del Fisco, estimando en su fallo que la responsabilidad estatal perseguida en este juicio es imprescriptible, por estar regida por el Derecho Público y ser extraña a ese modo de extinguir acciones del derecho común;

Décimo Tercero: Que, en tal virtud, corresponde examinar concretamente si por tratarse de una responsabilidad estatal, reconocida en la Constitución y en la ley y, en tal carácter, sometida a normas de Derecho Público, es realmente imprescriptible y está marginada de la aplicación de las disposiciones que regulan la prescripción de una acción de indemnización de perjuicios como la deducida en la especie en contra del Fisco para obtener la reparación del daño moral sufrido por los actores;

Décimo Cuarto: Que, en torno a este punto, es útil tener presente que el hecho que ciertas responsabilidades se sometan al Derecho Público no obsta a que ellas puedan extinguirse por el transcurso del tiempo, en conformidad a disposiciones que se comprenden en el mismo sector del Derecho, porque lo cierto es que la prescripción no es ajena a esas normativas, atendido su carácter universal y puede operar en todas las disciplinas que pertenecen al Derecho Público, salvo que la ley o la índole de la materia determinen lo contrario.

Ella afecta, así, a la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos y municipales, que cesa por esa vía, según los artículos 151, letra d) y 152 de la ley Nº 18.834 y 153 letra d) y 154 de la ley Nº 18.883, respectivamente; a igual responsabilidad del personal de las Fuerzas Armadas que se extingue por la prescripción de la acción disciplinaria en dos años, con arreglo al artículo 156 del decreto con fuerza de ley Nº 1, de 1997, de Guerra, a las acciones del Fisco en materia tributaria que regula el Título VI del Libro III del Código respectivo, aparte de la caducidad de las acusaciones en juicio político en los plazos fijados en las letras a) y b) del artículos 39 de la Carta Política de 1925 y, actualmente, en la letra a) y el inciso tercero del Nº 2 del artículo 46 de la Constitución vigente y del cese de la responsabilidad civil del cuentadante cuya cuenta no es reparada en el plazo de un año desde su recepción por la Contraloría General, conforme el artículo 96 de la ley Nº 10 336, entre otras situaciones de esta índole;

Décimo Quinto: Que, por otra parte, el resarcimiento de los daños efectivos o morales experimentados injustamente por los individuos es, en rigor, un asunto de índole pecuniaria que puede y debe distinguirse de otros aspectos o alcances de la responsabilidad estatal en los cuales tiene pleno asidero la noción de que ella no se extingue por el transcurso del tiempo u otra causa sobreviniente a los hechos que la originan.

Esta distinción tuvo cabal acogida, entre otras reglas, en el artículo 4º de la ley Nº 19.260, cuyo inciso primero declara la imprescriptibilidad del derecho a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia y de jubilación por cualquier causa en los regímenes de previsión fiscalizados por la Superintendencia de Seguridad Social, pero dispone que las mensualidades de tales beneficios que no se soliciten en el plazo que prevé su inciso segundo, sólo podrán pagarse desde la fecha de presentación de la solicitud respectiva, al igual que en los casos de reajuste, acrecimiento, aumento o modificación de tales beneficios y que las diferencias que resultaren de su revisión de acuerdo con

el inciso tercero de dicho precepto, sólo se pagarán desde el momento del reclamo del interesado, la fecha de la resolución administrativa que disponga la rectificación de oficio o la notificación de la demanda judicial, en su caso, salvo que se efectúen dentro de los dos años siguientes de ocurrido el error de que se trate, tal como lo dice el inciso quinto de la norma, todo lo cual importa la caducidad del derecho a las diferencias de beneficios que no se reclamen en los plazos fijados en las citadas disposiciones;

Décimo Sexto: Que no solamente no hay norma positiva alguna que establezca la imprescriptibilidad genérica de la responsabilidad extracontractual del Fisco o de otra institución estatal, sino, por el contrario, el régimen jurídico nacional ha sancionado preceptos que admiten y regulan esa modalidad de extinción de las acciones indemnizatorias respectivas, entre ellos, el inciso tercero del artículo 63 de la ex Ley Orgánica de Municipalidades, aprobada por el decreto ley Nº 1.289, de 1975, actualmente derogado, que hacía prescribir en un año contado desde la fecha del perjuicio la responsabilidad extracontractual de los Municipios y las antes aludidas normas de los artículos 8º del decreto ley Nº 3.557, de 1980, sobre Protección Agrícola, que fija igual término contado desde que aparezcan de manifiesto los perjuicios causados por trabajos del Servicio Agrícola y Ganadero para la prescripción del derecho a reclamar su indemnización y 17 de la Ley Orgánica Constitucional Nº 18.415, que contempla el mismo plazo, contado desde el término del estado de excepción para que prescriba la acción indemnizatoria en contra del Fisco que concede el mismo precepto;

Décimo Séptimo: Que la idea de aplicar las reglas de la prescripción extintiva que contiene el Código Civil a las acciones en que se persigue la responsabilidad extracontractual del Estado no repugna a la naturaleza especial que ella posee, si se considera que ellas inciden en el ámbito patrimonial de esa responsabilidad y que, en ausencia de normas positivas que las hagan imprescriptibles, corresponde estarse a las reglas del Derecho Común que se refieren específicamente a la materia, entre las que se encuentra el artículo 2332 del Código Civil, que versa directamente sobre ella;

Décimo Octavo: Que esto no ocurre merced a una aplicación supletoria de dicha normativa, sino se produce directamente, por mandato explícito del legislador expresado en el artículo 2497 del Código Civil, que dispone que sus reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo, extendiendo al Fisco, entre otras personas, sus normas sobre prescripción;

Décimo Noveno: Que la disposición citada en el considerando anterior nada tiene de insólita si se recuerda que el artículo 2521 del mismo Código Civil establece que prescriben en tres años las acciones en favor y en contra del Fisco y de las municipalidades provenientes de toda clase de impuestos, porque al fijar un término especial de prescripción para las acciones relativas a ingresos tributarios del Estado y de los municipios, regidos por una de las vertientes del Derecho Público y que es distinto de los plazos establecidos para la prescripción de otras acciones o derechos en el mismo Código, denota la voluntad del legislador en orden a que el Estado y demás entidades indicadas en su artículo 2497 quedaran afectas a sus reglas referentes a la materia, a pesar de incidir en asuntos naturalmente propios del Derecho Público;

Vigésimo: Que aun cuando existen autores que rechazan que la responsabilidad del Estado pueda prescribir y menos como consecuencia de normas del Derecho Común, versados tratadistas de Derecho Público han acogido sin mayores reservas ese planteamiento. Entre ellos, Enrique Sayagués Laso, ya en 1953 expresaba que [...] los fundamentos que justifican la prescripción hacen que el instituto tenga alcance general, aplicándose en todas las ramas del derecho.

En derecho administrativo hay numerosos textos legales que para ciertas materias fijan prescripciones especiales, adquisitivas o extintivas: tierras públicas nacionales o municipales, créditos por co-

bro y devolución de impuestos, cuentas de pavimentación y saneamiento [...] pero en muchos casos faltan disposiciones expresas. Así ocurre, para citar únicamente dos de los más conocidos, con la prescripción de la responsabilidad de la a dministración y la mayor parte de las multas fiscales.

En esos casos, como la conclusión de la imprescriptibilidad es inadmisible, no queda otro camino que aplicar las normas del derecho administrativo que regulan situaciones semejantes o acudir a las prescripciones del derecho civil que rigen casos análogos, ya que situaciones de hecho semejantes deben estar sometidas a las mismas soluciones jurídicas [...] (Tratado de Derecho Administrativo, T. I, Ed. Martin Bianchi, Montevideo, 1953, p. 584). En la misma posición, se sitúan más recientemente Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, sosteniendo que, [...] en último extremo, conviene retener que aunque exista una distinción entre las instituciones administrativas y las civiles, ello no significa ni mucho menos, que unas y otras se encuentren en radical oposición.

Esta puntualización es importante para salir al paso de quienes por un excesivo afán de garantizar la autonomía e independencia del Derecho Administrativo, han pretendido separar dogmáticamente de una manera radical sus instituciones respecto de las de otros Derechos, viniendo a oponer, por ejemplo, la responsabilidad administrativa a la responsabilidad civil y el contrato administrativo al contrato civil, como si unos y otros no tuvieran nada en común y hubieran de regirse por normas o principios absolutamente diferentes (Curso de Derecho Administrativo, T. I, Civitas, 8ª Ed., Madrid, 1997, p. 53).

Vigésimo Primero: Que de lo expuesto en los motivos que preceden, se sigue que la aplicación de las reglas del Código Civil referentes a la prescripción extintiva a las acciones que se intenten en contra del Fisco y que no tienen un plazo especial de prescripción, obedece a un mandato explícito del legislador claramente consignado en el artículo 2497 de este cuerpo de leyes, sin que sea lícito practicar distingo alguno acerca de si se trata sólo de la responsabilidad contractual del Estado o si la norma comprende también su responsabilidad extracontractual, a falta de elementos de juicio que justifiquen tal indebida restricción al ámbito del precepto;

Vigésimo Segundo: Que no obstan a que en la especie puedan considerarse las referidas normas sobre prescripción, las disposiciones de los artículos 130 y 131 de la Convención sobre el Tratamiento de Prisioneros de Guerra, de Ginebra, promulgada por el decreto supremo Nº 752, de 1950, de Relaciones Exteriores, a que alude el considerando 4º de la sentencia recurrida.

En la primera se señaló que las infracciones graves a que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes siempre que sean cometidos en contra de las personas y bienes protegidos por el Convenio, entre ellos, homicidio intencional, tortura, tratos inhumanos, incluso experiencias biológicas, el hecho de causar adrede grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un cautivo a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga o de privar de su derecho a dicho cautivo respecto a ser juzgado regular e imparcialmente al tenor de las prescripciones del presente Convenio y la segunda estableció que ninguna de las partes contratantes podrá exonerarse a sí misma, ni exonerar a otra Parte contratante, de las responsabilidades incurridas por ella o por cualquiera otra Parte contratante en virtud de infracciones previstas en el artículo precedente;

Vigésimo Tercero: Que para delimitar el alcance de las disposiciones transcritas, corresponde examinar la que contiene el artículo 129 de la misma Convención, a la que, como se ha visto, se remite su artículo 130, pues en el inciso primero de aquel precepto se estipuló que las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar cualquiera medida legislativa necesaria para determinar las sanciones penales adecuadas que deban aplicarse a las personas que hayan cometido o dado orden de cometer cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio que se indican en el artículo

siguiente, lo que demuestra que la prohibición que el artículo 131 impone a cada Parte de exonerarse de responsabilidades a si misma o a otra Parte, no pudo sino referirse a las sanciones de orden penal que deben recibir las personas que pudieran cometer u ordenado cometer las infracciones graves enumeradas en el artículo 130;

Vigésimo Cuarto: Que como consecuencia de lo expresado acerca del sentido exacto del mencionado artículo 131 del Convenio, cabe admitir que su aplicación en la sentencia recurrida se halla viciada de error, porque se hizo valer equivocadamente como impedimento a que operara la prescripción de las acciones conducentes a hacer efectiva la responsabilidad del Fisco de reparar daños cuya indemnización se intenta en la demanda de autos, es decir, de una responsabilidad patrimonial, distinta a la penal cuya exoneración excluye ese precepto de la Convención;

Vigésimo Quinto: Que, por otro lado, la aplicación en la especie de las reglas sobre prescripción de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Fisco pertenecientes al Código Civil chileno con mucha anterioridad al hecho que motiva el juicio, en virtud del mandato expreso y directo de otra disposición del mismo cuerpo legal, mal puede ser considerada como acto de autoexoneración vedada por el citado precepto de la Convención de Ginebra de 1950 sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra, si se tiene en cuenta que dicho Código se promulgó con fecha 14 de diciembre de 1855;

Vigésimo Sexto: Que en cuanto al Protocolo Adicional I a la aludida Convención de Ginebra, que se promulgó por decreto supremo Nº 752, de 17 de junio de 199l, de Relaciones Exteriores, cuyo artículo 91 igualmente se invoca en la sentencia impugnada y que dispuso que la Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello.

Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas, forzoso es reconocer que este convenio tampoco impide que se apliquen en este juicio las reglas que gobiernan de manera permanente la prescripción de la responsabilidad extracontractual del Fisco chileno.

Porque, aparte de haberse aprobado con posterioridad a la fecha en que tuvieron lugar los hechos que originan la demanda y de carecer de fuerza retroactiva, la citada norma del Protocolo Adicional sólo obliga a indemnizar si hubiere lugar a ello, lo que no ocurre si la acción respectiva se ha extinguido por prescripción;

Vigésimo Séptimo: Que de lo expresado en los fundamentos precedentes, es dable concluir que la sentencia cuya anulación se solicita en el recurso de casación incurrió en el error de derecho denunciado en el primer capítulo de esa solicitud, al abstenerse de aplicar en el juicio la normativa que rige la prescripción de la responsabilidad extracontractual del Fisco, por mandato terminante del artícul o 2497 del Código Civil y que esta equivocación conduce inevitablemente a la invalidación del fallo, ya que de no haber mediado ella, se debió revocar lo decidido en primera instancia en este juicio y, en su lugar, rechazado la demanda de los actores;

Vigésimo Octavo: Que, por otra parte, el recurso de autos impugna la sentencia de segundo grado por no haber acogido la alegación de la defensa del Fisco relativa a que la acción indemnizatoria intentada en la demanda es inconciliable con las pensiones obtenidas por los actores de acuerdo con la ley Nº 19.123, expresando en su considerando 8º que en ella el legislador no estableció ninguna incompatibilidad de los beneficios concedidos conforme sus artículos 17 y 23 con otra indemnización por el daño moral que pueda corresponder a las mismas personas;

Vigésimo Noveno: Que la mencionada ley Nº 19.723, de 8 de febrero de 1992, en su Título II estableció una pensión mensual de reparación en beneficio de los familiares de las víctimas de

violaciones a los derechos humanos o de la violencia política que se individualizan en el Volumen Segundo del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y de las que se reconozcan en tal calidad por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación..., al tenor de lo preceptuado en el artículo 17 de este texto legal.

El monto de la pensión es la suma indicada en el artículo 19 de la ley, más el porcentaje equivalente a la cotización para salud, no está sujeto a otra cotización previsional y se reajustará en conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del decreto ley Nº 2448, de 1979, y la pensión podrá renunciarse.

Los beneficiarios de la pensión; la forma de distribución y de acrecimiento entre ellos se señalan en el artículo 20.

Por su parte, el artículo 23 otorga a los familiares de las mismas víctimas una bonificación compensatoria de monto único equivalente a doce meses de pensión sin el porcentaje equivalente a la cotización para salud, la que no se considerará renta para ningún efecto legal, no estará sujeta a cotización previsional alguna y se pagará a los beneficiarios de la pensión, en las mismas proporciones y con iguales acrecimientos que este beneficio.

El artículo 24 de la ley declara que la pensión de reparación será compatible con cualquiera otra, de cualquier carácter de que goce o que pudiere corresponder al respectivo beneficiario.

El Título III de la ley se refiere a los beneficios médicos y educacionales que corresponden a los beneficiarios de las pensiones, al padre y hermanos del causante que no lo sean y a los hijos y, a su turno, el Título IV trata de los beneficios educacionales que se conceden a los hijos de los causantes indicados en el artículo 18 y el Título VI se ocupa de la administración y financiamiento de los beneficios establecidos en su Título II;

Trigésimo: Que de las disposiciones relacionadas resulta que el principal beneficio previsto por la ley Nº 19.723 para las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política, consistió en la pensión mensual de reparación que concede su artículo 17, es decir, de una pensión cuyo establecimiento tuvo propósitos de desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria, de acuerdo con el sentido natural y obvio del vocablo reparación.

Ello concuerda con la finalidad perseguida con el proyecto de ley, según lo expuesto en el Mensaje del Poder Ejecutivo (Boletín Nº 316-06, sesión 41de 3 de abril de 1991, Cámara de Diputados), mediante el cual inició su tramitación en el Congreso Nacional y en el que se manifestó que el presente proyecto busca [...] en términos generales, reparar precisamente el daño moral y patrimonial que ha afectado a los familiares directos de las víctimas.

En este último aspecto, se propone el establecimiento de una pensión única de reparación y como sus beneficiarios, el cónyuge sobreviviente, la madre de los hijos naturales del causante y los hijos menores de 25 años de edad, sean legítimos, naturales o adoptivos, en los porcentajes que indica el artículo 4º del proyecto.

Del mismo modo, se propone otorgar una bonificación compensatoria de monto único equivalente a doce meses de pensión, la cual tendrá por objeto resolver actuales y profundos problemas de carácter social y económico que sufren los familiares de las víctimas;

Trigésimo Primero: Que, a su vez, de la norma del artículo 24 de la ley Nº 19.723 aparece que la compatibilidad de la pensión de reparación que ella contempló es respecto de toda otra pensión, de cualquier carácter, de que goce o pueda gozar cada beneficiario y no se extendió a otros beneficios o indemnizaciones;

Trigésimo Segundo: Que de estos antecedentes se infiere que si la mencionada pensión tiene por objeto reparar el daño moral sufrido por las víctimas, no es posible dejar de considerar el otorgamiento de ese beneficio al pronunciarse sobre una demanda de indemnización del mismo daño deducida por personas que tienen dicha calidad y que han impetrado y recibido la bonificación compensatoria y demás prestaciones que consultó la ley Nº 19.723, todos las cuales tienen naturaleza y contenido pecuniarios, se financian con recursos del Presupuesto de la Nación y persiguen análogas finalidades reparatorias de los perjuicios de los afectados;

Trigésimo Tercero: Que en abono del criterio expuesto, cabe tener presente, además de los términos de la compatibilidad definida por el artículo 24 del citado cuerpo legal, que el goce de la pensión de reparación y otros beneficios establecidos en sus normas, no puede ser conciliable con el pago por parte del Fisco de una indemnización por el mismo concepto, si se recuerda que indemnizar importa resarcir de un daño o perjuicio, es decir, [...] reparar compensar un daño, perjuicio o agravio, de acuerdo con el sentido natural y obvio de estos términos;

Trigésimo Cuarto: Que lo razonado en los considerandos que preceden conduce necesariamente a admitir que en cuanto la sentencia recurrida señaló que no existía incompatibilidad alguna entre la acción indemnizatoria del daño moral invocado por los actores y la pensión de reparación y demás beneficios de la ley Nº 19.723 que ellos han impetrado y, por consiguiente, se abstuvo de considerarlos al acoger la demanda y fijar el monto de la indemnización, incurrió en un segundo error de derecho que acarrearía, en todo caso, la anulación de este fallo, al margen del equívoco cometido al prescindir de la prescripción que impide hacer lugar a esa acción, de acuerdo con lo expuesto en la parte pertinente de esta sentencia de casación;

Trigésimo Quinto: Que los errores perpetrados en el fallo objeto del recurso de autos han tenido influencia sustancial en la parte dispositiva de la misma resolución, porque la recta interpretación de las disposiciones vulneradas por los sentenciadores debió determinar, en cambio, la revocación de la sentencia de primer grado y el rechazo de la demanda; y

TENIENDO PRESENTE, además, los artículos 764, 767 y 785 del Código de Procedimiento Civil, SE ACOGE el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco en contra de la sentencia de fojas 318 de la Corte de Apelaciones de La Serena con fecha veinticuatro de octubre de dos mil uno, la que SE INVALIDA y reemplaza por la que se dicta separadamente a continuación, sin una nueva vista de la causa.

Regístrese y publíquese.

Redacción del Ministro don Urbano Marín Vallejo.

Rol 4753-2001.

MATERIA

Aplicación de normas de Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual del Estado

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en la Forma y en el Fondo
Rol: 371-2008
Fecha: 30.07.2009
Resultado recurso: Rechazado
Ministros mayoría: Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones y Haroldo Brito Cruz
Ministro redactor: Pedro Pierry Arrau.
Partes: Pablo Andrés Seguel Cares con Fisco de Chile.

DESCRIPTORES

Falta de Servicio – Ejército de Chile – Indemnización de Perjuicios – Culpa – Responsabilidad del Estado – Código Civil

PRINCIPIO JURÍDICO

La falta de servicio es equivalente a la culpa del Código Civil.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 21, 25 y 42 Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 2314 Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Cómo se configura el sistema de responsabilidad aplicable a las FFAA, dado que están excluidas por la ley de la regulación que establece el Título II de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Un conscripto, que se encontraba desarrollando ejercicios de instrucción básica en el marco de su servicio militar obligatorio, fue alcanzado por una bala disparada por un cabo, al cual se le había dado instrucciones precisas de no usar munición de guerra en dicho ejercicio, sino que solamente de fogueo. A raíz de ello, el conscripto quedó con esquirlas dentro de su pulmón, las cuales no pudieron ser removidas por el peligro que ello tenía para su vida, además de quedar con secuelas en uno de sus brazos.

Que el Fisco de Chile sostiene que la sentencia impugnada ha incurrido en la causal de nulidad formal del Nº 7 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, esto es contener decisiones contradictorias, ello en cuanto el fallo luego de eliminar determinados fundamentos de la sentencia de primera instancia, vuelve a cometer los mismos errores que se denunciaron en la apelación, y así después de razonar en el sentido que la responsabilidad del Estado en estos hechos no es objetiva, concluye en

el fundamento séptimo que se debe condenar al Fisco al concurrir las exigencias de daño y causalidad, sin exigir el elemento subjetivo de la culpa del servicio dispensando de ello a la contraparte, lo que es una contradicción.

ALEGACIONES

El Fisco denuncia la vulneración de los artículos 2314, 2320, 2321, 2322 y 2329 Nº 1 del Código Civil, como de los artículos 19 Nº 1 y 38 de la CPR, 21 y 18 de la LOCBGAE y 1 de la Ley Nº 18.948 Orgánica de las Fuerzas Armadas. Explica que la sentencia impugnada acogió la demanda fundándose en los artículos 2314, 2320 y 2322 del Código Civil, señalando que concurren la existencia del daño y la causalidad por lo que condena a su parte, sin mencionar como concurrente el elemento culpa del servicio, lo que constituye una contradicción que conlleva un error de derecho.

El demandado también reprocha al fallo recurrido el haber establecido la circunstancia que haya quedado demostrada tanto la existencia de un hecho dañoso en perjuicio de un particular que no estaba jurídicamente obligado a soportar, emanado de un agente del Ejército (parte integrante de las Fuerzas Armadas, es decir de un órgano de la Administración del Estado), como la relación de causalidad entre ambas situaciones; lo que constituye un equívoco pues el Ejército no está obligado a prestar servicio alguno a la comunidad, ya que su función primordial es la defensa principalmente externa de la soberanía de la nación. Se cita además los artículos 18, 25 y 42 de la LOCBGAE, que excluye de la aplicación de la norma de falta de servicio al Ejército, por lo que en realidad no existe sino una responsabilidad civil personal respecto del funcionario militar que incumplió sus deberes. Así, la sentencia cuando aplica el artículo 38 de la CPR, le da un alcance que no tiene; lo que ocurre también con el artículo 2314 del Código Civil al extenderlo a la noción de falta de servicio, violentando de esta manera el artículo 19 del Código Civil, al dejar de aplicar el tenor literal del artículo 21 de la LOCBGAE que hace inaplicable la responsabilidad consagrada en esa ley al Ejército.

Se denuncia que la sentencia atacada vulnera los artículos 2314, 2320 y 2322 del Código Civil al dejar de exigir el elemento de responsabilidad civil por el hecho propio cual es el elemento subjetivo atributivo de culpa del servicio.

Cuando se explica cómo los errores de derecho denunciados han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, señala que de no haberse incurrido en ellos, no podría haberse dejado de exigir y configurar la obligación de concurrencia de la culpa y por ende no podría haberse acogido la demanda por el solo hecho de existir daño y relación de causalidad como lo hizo erradamente el fallo.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*

Sobre los hechos de la causa, los jueces del grado estimaron que habiéndose establecido que el Estado causó un daño interviniendo un funcionario de las Fuerzas

Armadas, debe responder por falta de servicio por aplicación del artículo 2314 y siguientes del Código Civil. Así la sentencia de segundo grado luego de hacer expresa cita del motivo noveno del fallo de primera instancia que hace mención a que un funcionario del Ejército utilizó munición de guerra en los ejercicios militares y no de fogueo como estaba ordenado hiriendo al demandante, dispone que concurren las exigencias del daño y la causalidad fijando en definitiva una indemnización por daño moral a favor del actor (C. 9).

El recurso interpuesto por la defensa fiscal descansa en tres grandes argumentos, cuales son: que se prescindió del elemento de culpa para condenar al Estado; que el Ejército de Chile no puede incurrir en falta de servicio porque no está obligado a prestar ningún servicio a la comunidad; y que no puede extenderse la aplicación del artículo 2314 del Código Civil a la noción de falta de servicio y que al hacerlo se violenta la LOCBGAE que expresamente hace excepción de ello en relación a las Fuerzas Armadas (C. 10).

Se desecha el primero de los reproches invocados tanto en el recurso de casación en la forma como en el de fondo basado en la prescindencia del elemento subjetivo de culpabilidad necesario para condenar. En efecto, tal como se asentó precedentemente, el fallo de alzada hace expresa mención al considerando noveno de primera instancia en cuya parte el sentenciador dejó claramente sentado que en un ejercicio de instrucción básica, en el marco de la ejecución del servicio militar realizado por el demandante, éste recibe un disparo efectuado por un cabo 2º del Ejército que no cumplió una orden superior tendiente a no utilizar munición de guerra en dicho ejercicio sino solo de fogueo. Tal razonamiento no es sino el reflejo de una negligencia de parte de la institución en cuanto a que en un ejercicio donde sólo se debe utilizar un armamento inofensivo, se utilizó uno de guerra que permitió en definitiva la existencia del daño. Por ello se explica que después de efectuada la referencia al fallo de primer grado, los magistrados de segunda instancia completen el razonamiento señalando que concurren el daño y la causalidad, lo que permite en definitiva condenar al Fisco, por lo que el error denunciado no es tal y debe ser descartado (C. 11).

Respecto a que no es posible que el Ejército incurra en falta de servicio, al no prestar servicio alguno a la comunidad, ello también es errado. En efecto, la Falta de Servicio se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él y así doctrinaria y jurisprudencialmente se ha estimado que concurre cuando el servicio no funciona, debiendo hacerlo, cuando funciona irregularmente o tardíamente. En el caso que nos ocupa, el Estado se escuda en el hecho que el Ejército tiene como función primordial la defensa de la soberanía de la nación, sin embargo no debe olvidarse que para cumplir esa misión recluta jóvenes que cumpliendo con su obligación legal del servicio militar, permanecen en el Ejército durante un tiempo en que son entrenados de diversas formas para cumplir el objetivo primordial cual es la defensa de la soberanía, oportunidad en que lo que se espera de la institución es el debido entrenamiento de los reclutas dentro de un

marco de seguridad que garantice su integridad, situación que en autos no ha acontecido en la medida que un funcionario del Ejército utiliza armamento de guerra en los ejercicios básicos y no de fogueo que es lo esperable, de tal suerte que precisamente la falta de servicio consiste en haber entregado una munición de guerra y no de fogueo a un funcionario que participaría en entrenamientos militares, quien utilizándolos en el ejercicio de sus funciones indebidamente hirió en definitiva al actor. Por otra parte, la noción de falta de servicio debe ser analizada independientemente y no en relación a los posibles usuarios del servicio público, pudiendo comprometerse la responsabilidad del Estado por falta de servicio que cause daño a terceras personas que no sean usuarias del órgano estatal que la cometió (C. 12).

El tercer fundamento del recurrente de casación radica en la extensión indebida del artículo 2314 del Código Civil hacia la noción de falta de servicio. Al respecto cabe primeramente reflexionar que constituye un error el plantear por una parte que se ha aplicado el artículo 2314 del Código Civil prescindiendo del elemento de culpabilidad –lo que supone aceptar su aplicación– para luego argüir que no corresponde aplicarlo al caso de autos, lo que supone entonces la existencia de errores alternativos que no son propios de un recurso de derecho estricto. Sin embargo aun cuando esto bastase para desechar el recurso, esta Corte considera necesario analizar el tema debatido dada su importancia (C. 13).

En efecto, hasta antes de la dictación de la LOCBGAE la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del artículo 2320 del Código Civil, sin embargo la situación varía con la promulgación de la LOCBGAE el 5 de diciembre de 1986 que incorporó al Derecho Público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en opinión de la mayoría de los autores, constituye la mejor solución lograda por el derecho para asegurar un debido equilibrio entre los derechos de los particulares y los intereses públicos. La ley contempló entonces el artículo 44 –hoy 42– que prescribió que "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal". Sin embargo se excluyó de la aplicación del Título II "Normas especiales" (donde había quedado ubicado el artículo 44) a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerza Armadas y de Orden y Seguridad, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley. Todo ello en el inciso 2 de su artículo 18 –actual 21– (C. 14).

Hay que dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas, y en el caso particular a las Fuerzas Armadas; para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guar-

diana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil, de la noción de falta de servicio. En efecto al Estado como a los otros entes públicos administrativos, pueden serle aplicados de manera diversa las normas del Título XXXV del Código Civil, sin que esto implique desde luego, una errada interpretación de las mismas. Es así que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil como señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc, "no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias un individuo cuidadoso". De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento del servicio público fuera distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal; o sea basta con probar una falta de servicio. Por otra parte la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia; en estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado (C. 15).

Del modo que se ha venido razonando, es acertada la aplicación del artículo 2314 del Código Civil y la institución de la falta de servicio a la litis planteada, por cuanto permite así uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado (C. 16).

CONCLUSIÓN

El sistema de responsabilidad aplicable a las FFAA, dado que están excluidas por la ley de la regulación que establece el Título II de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, se configura a partir del artículo 2314 del Código Civil y la institución de la falta de servicio, por cuanto permite así uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado. La noción de falta de servicio debe ser analizada independientemente y no en relación a los posibles usuarios del servicio público, pudiendo comprometerse la responsabilidad del Estado por falta de servicio que cause daño a terceras personas que no sean usuarias del órgano estatal que la cometió. En efecto, al Estado como a los otros entes públicos administrativos, pueden serle aplicados de manera diversa las normas del Título XXXV del Código Civil, sin que esto implique desde luego, una errada interpretación de las mismas.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Con esta decisión la Corte hace suya la vieja tesis del profesor Pedro Pierry, quien sostenía, antes de la Ley de Municipalidades de 1977, que la falta de servicio era absolutamente compatible con la culpa civil, dado el carácter normativo que había adoptado la culpa en el derecho de daños.

En esta ocasión la Corte se hace cargo expresamente sobre la circunstancia de que las FFAA no están reguladas en el Título II de la LOCBGAE, en donde se encuentra el

título de imputación por falta de servicio, de modo que decide construir la falta de servicio desde el Código Civil y no desde el principio de responsabilidad del artículo 4º de la LOCBGAE.

De este modo para la Corte, la falta de servicio y la culpa civil son intercambiables, y de paso soluciona el problema teórico de que no existen razones para no aplicar el Código Civil al Derecho público, que constituye como se sabe una clásica discusión en el Derecho Administrativo.

TEXTO COMPLETO

Santiago, treinta de julio de dos mil nueve.

Vistos:

En estos autos rol Nº 371 2008 caratulados Seguel Cares, Pablo Andrés con Fisco de Chile por indemnización de perjuicios, la parte demandada ha deducido recurso de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción que confirmó la de primera instancia que acogió la demanda, con declaración que eleva el monto por indemnización por daño moral ordenada pagar a favor del actor a la suma de $ 35.000.000, sin costas del recurso.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

I. En cuanto al recurso de casación en la forma:

Primero: Que el Fisco de Chile sostiene que la sentencia impugnada ha incurrido en la causal de nulidad formal del numeral séptimo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, esto es contener decisiones contradictorias, ello en cuanto el fallo luego de eliminar determinados fundamentos de la sentencia de primera instancia, vuelve a cometer los mismos errores que se denunciaron en la apelación, y así después de razonar en el sentido que la responsabilidad del Estado en estos hechos no es objetiva, concluye en el fundamento séptimo que se debe condenar al Fisco al concurrir las exigencias de daño y causalidad, sin exigir el elemento subjetivo de la culpa del servicio dispensando de ello a la contraparte, lo que es una contradicción;

Segundo: Que al explicar el perjuicio que la causal invocada irroga a su parte, sostiene que si se hubiese mantenido el debate en los términos planteados por las partes, no podría haberse acogido la demanda, por cuanto ésta se fundamentó en forma conjunta e incompatible en diversos regímenes de responsabilidad, tanto objetiva como subjetiva, y el fallo luego de desechar la responsabilidad objetiva termina por condenar a su parte sin exigir el elemento de culpabilidad;

Tercero: Que al analizar la causal de nulidad formal invocada, el recurrente sitúa la contradicción en la circunstancia de afirmarse que la responsabilidad del Estado no es objetiva para luego condenar al Fisco sin exigir el elemento de culpabilidad. Sin embargo del tenor del escrito del recurso, resulta que los hechos en que se funda, no constituyen el vicio de la causal séptima invocada, por cuanto aquél concurre sólo cuando una sentencia contiene decisiones imposibles de cumplir por contraponerse unas con otras; pero no tiene lugar cuando como lo estima el recurrente las decisiones se ubican en la parte considerativa de la sentencia, por cuanto ésta solo contiene una, que consiste en que se acoge la demanda intentada condenando al Fisco a pagar una indemnización por daño moral al actor;

I. En cuanto al recurso de casación en el fondo:

Cuarto: Que el Fisco denuncia la vulneración de los artículos 2314, 2320, 2321, 2322 y 2329 Nº 1 del Código Civil, como de los artículos 19 Nº 1 y 38 de la Constitución Política de la República, 21 y 18 de la Ley Nº 18.575 y 1º de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas. Explica que la sentencia impugnada acogió la demanda fundándose en los artículos 2314, 2320 y 2322 del Código Civil, señalando que concurren la existencia del daño y la causalidad por lo que condena a su parte, sin mencionar como concurrente el elemento culpa del servicio, lo que constituye una contradicción que conlleva un error de derecho;

Quinto: Que el demandado también reprocha al fallo recurrido el haber establecido la circunstancia que haya quedado demostrada la existencia de un hecho dañoso en perjuicio de un particular que no estaba jurídicamente obligado a soportar, emanado de un agente del Ejército de Chile, parte integrante de las Fuerzas Armadas, es decir de un órgano de la Administración del Estado, como la relación de causalidad entre ambas situaciones, lo que constituye un equívoco pues el Ejército de Chile no está obligado a prestar servicio alguno a la comunidad, ya que su función primordial es la defensa principalmente externa de la soberanía de la nación. Se cita además los artículos 18, 25 y 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado que excluye de la aplicación de la norma de falta de servicio al Ejército de Chile, por lo que en realidad no existe sino una responsabilidad civil personal respecto del funcionario militar que incumplió sus deberes. Así la sentencia cuando aplica el artículo 38 de la Constitución Política de la República le da un alcance que no tiene lo que ocurre también con el artículo 2314 del Código Civil al extenderlo a la noción de falta de servicio, violentando de esta manera el artículo 19 del Código Civil al dejar de aplicar el tenor literal del artículo 21 de la Ley Nº 18.575 que hace inaplicable la responsabilidad consagrada en esa ley al Ejército de Chile;

Sexto: Que finalmente se denuncia que la sentencia atacada vulnera los artículos 2314, 2320 y 2322 del Código Civil al dejar de exigir el elemento de responsabilidad civil por el hecho propio cual es el elemento subjetivo atributivo de culpa del servicio;

Séptimo: Que al explicar cómo los errores de derecho denunciados han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, señala que de no haberse incurrido en ellos, no podría haberse dejado de exigir y configurar la obligación de concurrencia de la culpa y por ende no podría haberse acogido la demanda por el solo hecho de existir daño y relación de causalidad como lo hizo erradamente el fallo;

Octavo: Que son hechos de la causa por así haberlos establecido los jueces del grado los siguientes:

A. Que el día 3 de mayo de 2001, el conscripto Pablo Andrés Seguel Cares se encontraba desarrollando ejercicios de instrucción básica, en el marco de la ejecución de su servicio militar, cuando sorpresivamente sufrió un impacto de bala en su brazo derecho, proveniente de un disparo efectuado por el cabo 2º Héctor Hernán Herrera Villa, quien no cumplió una orden superior tendiente a no utilizar munición de guerra en dicho ejercicio, sino que sólo de fogueo. Que como consecuencia de dicho impacto, el actor aún tiene alojadas en su pulmón esquirlas de bala que no han podido ser extraídas por el grave riesgo que ello importaría para su salud, presentando además una lesión en su brazo derecho que disminuye su sensibilidad, fuerza y en general la funcionalidad de dicha extremidad (considerando noveno de la sentencia de primera instancia);

B. Que a raíz del accidente sufrido y las consecuenciales secuelas experimentadas, el actor, antes un joven alegre, trabajador y deportista, ahora está convertido en un sujeto deprimido, amargado por no poder desarrollarse con normalidad en el campo laboral e impedido de realizar actividades de antaño. A ello se suma el hecho de ser éste un joven de 23 años en la actualidad, etapa de la vida en que es más doloroso el hecho de acarrear una limitación por el resto de sus días, lo que indudablemente también afecta y afectará su vida en todos sus aspectos (motivo décimo noveno de la sentencia de primer grado);

C. Que es de toda lógica pensar que el hecho de haber recibido un disparo en la zona de la extremidad derecha, incluyendo perforación en aquel pulmón, de manera tan sorpresiva y más aún, mientras cumplía su servicio militar, ha producido al señor Seguel una aflicción, un dolor, en síntesis, una afectación en sus sentimientos, ya sea producto del hecho mismo de verse pronto, sometido a exámenes, tardar en recuperarse, tener fragmentos de bala alojados en su cuerpo, perder sensibilidad en aquella extremidad, verse incluso afectado en su estética, debido a las cicatrices que se observan en su cuerpo, en las fotografías acompañadas a fojas 43 y tener una incertidumbre sobre su futuro respecto al campo ocupacional (considerando décimo noveno del fallo de primera instancia);

Noveno: Que sobre tales hechos, los jueces del grado estimaron que habiéndose establecido que el Estado causó un daño interviniendo un funcionario de las Fuerzas Armadas, debe responder por falta de servicio por aplicación del artículo 2314 y siguientes del Código Civil. Así la sentencia de segundo grado luego de hacer expresa cita del motivo noveno del fallo de primera instancia que hace mención a que un funcionario del Ejército utilizó munición de guerra en los ejercicios militares y no de fogueo como estaba ordenado hiriendo al demandante, dispone que concurren las exigencias del daño y la causalidad fijando en definitiva una indemnización por daño moral a favor del actor;

Décimo: Que el recurso interpuesto por la defensa fiscal descansa en tres grandes argumentos, cuales son que se prescindió del elemento de culpa para condenar al Estado, que el Ejército de Chile no puede incurrir en falta de servicio porque no está obligado a prestar ningún servicio a la comunidad, que no puede extenderse la aplicación del artículo 2314 del Código Civil a la noción de falta de servicio y que al hacerlo se violenta la ley Nº 18.575 que expresamente hace excepción de ello en relación a las Fuerzas Armadas;

Undécimo: Que corresponde desechar el primero de los reproches invocados tanto en el recurso de casación en la forma como en el de fondo basado en la prescindencia del elemento subjetivo de culpabilidad necesario para condenar. En efecto, tal como se asentó precedentemente en el motivo noveno de esta sentencia el fallo de alzada hace expresa mención al considerando noveno de primera instancia en cuya parte el sentenciador dejó claramente sentado que en un ejercicio de instrucción básica, en el marco de la ejecución del servicio militar realizado por el demandante, éste recibe un disparo efectuado por un cabo 2º del Ejército que no cumplió una orden superior tendiente a no utilizar munición de guerra en dicho ejercicio sino solo de fogueo. Tal razonamiento no es sino el reflejo de una negligencia de parte de la Institución en cuanto a que en un ejercicio donde sólo se debe utilizar un armamento inofensivo, se utilizó uno de guerra que permitió en definitiva la existencia del daño. Por ello se explica que después de efectuada la referencia al fallo de primer grado, los magistrados de segunda instancia completen el razonamiento señalando que concurren el daño y la causalidad, lo que permite en definitiva condenar al Fisco de Chile, por lo que el error denunciado no es tal y debe ser descartado;

Duodécimo: Que en cuanto al argumento que no es posible que el Ejército de Chile incurra en falta de servicio, al no prestar servicio alguno a la comunidad, ello también es errado. En efecto, la Falta de Servicio se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él y así doctrinaria y jurisprudencialmente se ha estimado que concurre cuando el servicio no funciona, debiendo hacerlo, cuando funciona irregularmente o tardíamente. En el caso que nos ocupa, el Estado se escuda en el hecho que el Ejército de Chile tiene como función primordial la defensa de la soberanía de la nación, sin embargo no debe olvidarse que para cumplir esa misión recluta jóvenes que cumpliendo con su obligación legal del servicio militar, permanecen en el Ejército durante un tiempo en que son entrenados de diversas formas para cumplir el objetivo primordial cual es la defensa de la soberanía, oportunidad en que lo que se espera de la Institución es el debido entrenamiento de los reclutas dentro de un marco de

seguridad que garantice su integridad, situación que en autos no ha acontecido en la medida que un funcionario del Ejército utiliza armamento de guerra en los ejercicios básicos y no de fogueo que es lo esperable, de tal suerte que precisamente la falta de servicio consiste en haber entregado una munición de guerra y no de fogueo a un funcionario que participaría en entrenamientos militares, quien utilizándolos en el ejercicio de sus funciones indebidamente hirió en definitiva al actor. Por otra parte la noción de falta de servicio debe ser analizada independientemente y no en relación a los posibles usuarios del servicio público, pudiendo comprometerse la responsabilidad del Estado por falta de servicio que cause daño a terceras personas que no sean usuarias del órgano estatal que la cometió.

Décimo tercero: Que el tercer fundamento del recurrente de casación, radica en la extensión indebida del artículo 2314 del Código Civil hacia la noción de falta de servicio. Al respecto cabe primeramente reflexionar que constituye un error el plantear por una parte que se ha aplicado el artículo 2314 del Código Civil prescindiendo del elemento de culpabilidad lo que supone aceptar su aplicación para luego arguir que no corresponde aplicarlo al caso de autos, lo que supone entonces la existencia de errores alternativos que no son propios de un recurso de derecho estricto. Sin embargo aún cuando esto bastase para desechar el recurso, esta Corte considera necesario analizar el tema debatido dada su importancia;

Décimo cuarto: Que en efecto, hasta antes de la dictación de la Ley Nº 18.575 la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del artículo 2320 del Código Civil, sin embargo la situación varía con la promulgación de la Ley de Bases de la Administración del Estado el 5 de diciembre de 1986 que incorporó al Derecho Público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en opinión de la mayoría de los autores, constituye la mejor solución lograda por el derecho, para asegurar un debido equilibrio entre los derechos de los particulares y los intereses públicos. La ley contempló entonces el artículo 44 hoy 42 que prescribió que Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal Sin embargo se excluyó de la aplicación del título II sobre normas especiales, donde había quedado ubicado el artículo 44, a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerza Armadas y de Orden y Seguridad, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley. Todo ello en el inciso segundo de su artículo 18 actual 21;

Décimo quinto: Que entonces cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas, y en el caso particular a las Fuerzas Armadas; para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil, de la noción de falta de servicio. En efecto al Estado como a los otros entes públicos administrativos, pueden serle aplicados de manera diversa las normas del Título XXXV del Código Civil, sin que esto implique desde luego, una errada interpretación de las mismas. Es así que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil como señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc, no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias un individuo cuidadoso. De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento

del servicio público fuera distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal; o sea basta con probar una falta de servicio. Por otra parte la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia, en estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado;

Décimo sexto: Que del modo que se ha venido razonando, es acertada la aplicación del artículo 2314 del Código Civil y la institución de la falta de servicio a la litis planteada, por cuanto permite así uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767, 805 y 806 del Código de Procedimiento Civil, se rechazan los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en lo principal de fojas 186 contra la sentencia de doce de noviembre de dos mil siete, escrita a fojas 180.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Pierry.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún Miranda, Sr. Héctor Carreño Seaman, Sr. Pedro Pierry Arrau, Sra. Sonia Araneda Briones y Sr. Haroldo Brito Cruz. No firma el Ministro Sr. Oyarzún no obstante haber estado en la vista y acuerdo de la causa, por estar ausente al momento de firmar. Santiago, 30 de julio de 2009.

Autoriza la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a treinta de julio de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Rol Nº 371-2008.

MATERIA
Por actos de funcionario público

ÓRGANO COMPETENTE
Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en el Fondo
Rol: s/i
Fecha: 15.11.1941
Resultado recurso: Rechazado.
Ministros mayoría: Alfredo Rondanelli Fernández, Gregorio Schepeler Pinochet, Juan Ríos Antero, Carlos Campos Carvajal, Manuel Rivas Muñoz y los Abogados Integrantes Ruperto Álamos Blanco y Ricardo Montaner Bello.
Ministro redactor: Alfredo Rondanelli Fernández.
Partes: Mauricio Rettig con Fisco.

DESCRIPTORES
Responsabilidad del Estado – Actos de Autoridad – Actos de Gestión – Fisco – Estado Empresario

PRINCIPIO JURÍDICO
Hay responsabilidad del Estado por actos de gestión.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Artículos 1437, 1698, 2284, 2314, 2320 y 2322 Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Cuándo existe responsabilidad de Estado por los actos de sus funcionarios de conformidad a las normas del Código Civil?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
Un empleado de la empresa de Agua Potable llevó al río ciertos tubos que contenían gas, con el objeto de lavarlos, uno de los cuales rompió e impregnó el aire y el agua de este gas. Posteriormente animales de propiedad del demandante bebieron el agua infectada con gas.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*
El artículo 2320 se refiere tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas. El Fisco se halla afecto a las normas del derecho privado en las controversias sobre actos realizados por un empleado adscrito a un servicio del cual es el Estado empresario en función de meros actos de gestión. En tal evento la indemnización es de su cargo.

CONCLUSIÓN
Hay responsabilidad del Estado de conformidad a las normas del Código Civil, cuando los actos que ocasionan el daño tengan el carácter de actos de gestión.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Desde finales de la década del 30 la CS hizo suya la distinción francesa de actos de gestión-actos de autoridad. La razón de esa distinción, en nuestra opinión, fue la búsqueda por parte de la Corte de un camino que le permitiera resolver estos casos, considerando las reglas de aplicación del Código Civil y la inexistencia de tribunales contenciosos administrativos, pese al contenido y redacción del artículo 87 de la CPR de 1925.

Este criterio lo repetirá en otra famosa sentencia de responsabilidad llamada Aqueveque con Fisco (Corte Suprema, 17 de noviembre de 1944). Rafael Aqueveque entabla demanda contra el Fisco para que éste sea condenado a pagarle los daños materiales y morales que le significa la muerte de su hija que fue atropellada por una camioneta de correos, por imprudencia temeraria del chofer de un vehículo del servicio de correos. La Corte sostuvo que el Fisco, representante de la entidad Estado en el orden patrimonial, responde civilmente de los perjuicios causados por un empleado suyo que desempeña funciones o presta servicios en "actos de gestión" de una repartición fiscal que tiene a su cargo servicios de utilidad pública. En ese caso no se trata de responsabilidad civil alguna del "Estado Poder" por daños causados por funcionarios que realizan actos de autoridad, ejerciendo funciones que corresponden sólo a los poderes públicos; caso en que ciertamente, por ser actos ajenos al Derecho Privado, no podría ser aplicado el Código Civil y sería necesario que una ley especial creara la correspondiente responsabilidad estadual. "El Fisco es una entidad capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones patrimoniales de derecho privado con motivo de simples actos de gestión, carácter que tienen todos aquellos en que administra empresas industriales, de transporte, de comunicación u otros servicios de utilidad común que ha tomado a su cargo sólo con motivo de mayor conveniencia pública, y por ello sujeto a las ordenaciones del Código Civil".

Finalmente, en el caso Becker con Fisco la Corte Suprema (05 de junio de 1954) precisará los límites del acto de autoridad para efectos de responsabilidad del Estado. Don Raúl Becker interpuso recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que no dio lugar a la indemnización de perjuicios entablada contra el Fisco, causados por el atropello de que fue víctima por un radiopatrullas de carabineros. La sentencia recurrida calificó el hecho de conducir el radiopatrullas como acto de autoridad o de poder, eximiéndolo de la responsabilidad establecida en el artículo 2320 del Código Civil. La Corte Suprema en la sentencia de reemplazo, dando lugar a la demanda de indemnización, señala que los actos de autoridad son aquellos que directamente emanan de una ley o reglamento y que, si las personas encargadas de ejecutarlos obran dentro de las normas legales o reglamentarias, no dan lugar a indemnización en contra del Estado. Cuando el acto de autoridad se ejecuta en contravención a las normas legales o reglamentarias, pierde su naturaleza de acto de autoridad para convertirse en un delito o cuasidelito civil.

TEXTO COMPLETO

Corte Suprema, 15 de noviembre de 1941, Casación en el fondo

Doctrina: El Estado, como las empresas particulares, se halla afecto a las reglas del derecho privado en las controversias relacionadas con un acto realizado por un empleado adscripto a un servicio del cual el Fisco es empresario, acto que ocasionó daños cuya indemnización se demanda.

El artículo 2322 del Código Civil se refiere tanto a las personas naturales como a las jurídicas (Corte Suprema).

Toda persona, sea natural o jurídica, que no se encuentre legalmente impedida, debe responder de sus propios hechos o de los ejecutados por personas que están bajo su dependencia.

En consecuencia, el Fisco debe indemnización por el daño causado por el descuido de un empleado de la Empresa de Agua Potable (C. de Apelaciones).

Don Mauricio Rettig Sotomayor demanda al Fisco para que, en conformidad a los artículos 2314 y 2320 inciso 5a del Código Civil, se le condene, en definitiva, a pagarle la cantidad de $ 10.000, valor de diez novillos de su propiedad que murieron a consecuencia de imprudencia temeraria de parte del empleado de la Empresa de Agua Potable de La Unión, Marcial Molina Villanueva, quien llevó al río Lloyelhue ocho tubos o cilindros de acero de los destinados a contener el cloro comprimido para las necesidades del servicio de la Empresa, con el objeto de revisarlos, en ese mismo sitio, y establecer si encerraban o no aquella sustancia, debido a lo cual uno de ellos, que la contenía, impregnó de ese veneno y mortífero gas el aire y el agua, líquido este último que bebieron algunos de sus novillos, que, en número de 104, hizo conducir de Quilaco al fundo Cachillahue el día 7 de abril de 1937, al pasar por el río nombrado, dejando de existir, a consecuencia de ello, los que ya se han indicado.

Don J. Noé Contreras, por el Fisco, pide que se declare improcedente la acción entablada, en consideración a que el percance habría ocurrido, no por imprudencia del empleado de la Empresa de Agua Potable o Alcantarillado, sino por negligencia inexcusable de quien arreaba los animales, a lo que se agrega que aquélla no ha dado instrucciones a Molina para hacer la revisión a que se alude, ni tiene conocimiento de que tal hecho hubiera ocurrido, por lo que no puede ser responsable de él.

Estima, por lo demás, que el acto sería de la exclusiva responsabilidad de Molina, quien lo habría ejecutado en el ejercicio legítimo de sus funciones y sin que la Empresa haya tenido los medios para impedirlo.

Por último, sostiene que no se ha establecido previamente la existencia del delito o cuasidelito que daría origen a la petición formulada.

Previos los escritos de réplica y dúplica y demás trámites legales, se expidió por el Juez a quo, don Rodolfo Bustos, la sentencia de 28 de diciembre de 1938, que, en vista de lo dispuesto en los artículos 1437, 1698, 2284, 2314, 2320 y 2322 del Código Civil y 167 del de Procedimiento Civil, acogió la demanda interpuesta, sin costas.

En síntesis, se tuvo presente:

a) Que en este juicio el actor en forma alguna persigue hacer efectiva la responsabilidad de la Empresa como una consecuencia del delito que pudo ser materia del juicio criminal, sino que se declare la existencia de una obligación netamente civil, que deriva de hechos de carácter también civil que han producido una situación jurídica de la misma índole, cual sería la negligencia o descuido de parte de un empleado de la Empresa de Agua Potable;

b) Que el artículo 2329 del Código Civil establece la regla general de que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta y es un principio general de derecho que toda persona, sea natural o jurídica y que no se encuentre legalmente impedida, debe responder de sus propios hechos o de los ejecutados por personas que están bajo su dependencia;

c) Que es un hecho establecido que un empleado de la Empresa de Agua Potable, Marcial Molina Villanueva, revisando tubos o cilindros que contenían cloro, dejó escapar el gas de uno de ellos, en el río Lloyelhue, lo que contaminó las aguas de éste y ocasionó la muerte de diez animales vacunos del demandante, según declaración de los testigos que se indican;

d) Que la actitud de Molina constituye indudablemente una negligencia o descuido de su parte, y de consiguiente el cuasidelito a que se refiere el artículo 2314 del Código Civil;

e) Que con la deposición de los mismos testigos, se ha acreditado el modo como ocurrió el suceso y que los novillos murieron con motivo de beber agua del río ya mencionado, impregnada de gas cloro;

f) Que la más elemental prudencia aconsejaba tomar las medidas de previsión necesarias para precaver el peligro que amenazaba a las personas y animales que tenían que pasar por el sitio del suceso, y no se ha justificado, por la Empresa demandada, su excepción relativa a no haber dado instrucciones a Molina para que hiciera la revisión a que se ha aludido;

g) Que es de todo punto inaceptable que Molina, por propia voluntad, hiciera trasladar los tubos o cilindros y no se ha acreditado ni pretendido acreditar, por la parte demandada, la existencia de alguno de aquellos hechos que, según la ley, autorizan a los amos para no responder de los actos de sus criados o sirvientes en el ejercicio de sus funciones;

h) Que el hecho de que las emanaciones del gas cloro han sido la causa precisa de la muerte de los animales se comprueba con las declaraciones de los testigos a que se ha hecho referencia y con el informe pericial de fojas 36, del cual se desprende que dicho gas, al ser respirado, puede producir la muerte por asfixia;

i) Que, con la prueba testimonial rendida, se ha establecido suficientemente que el valor de cada animal no era inferior a mil pesos.

Apelado este fallo, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago lo confirmó, por medio del de 30 de julio de 1940, agregando, entre otros fundamentos, el relativo a que aquí se trata de fijar "la responsabilidad del Fisco, o sea, del Estado, derivada del hecho de un empleado de su dependencia, que ejecutara con motivo del desempeño de su cargo y en función de meros 'actos de gestión' de una Empresa del Estado, por la que los efectos o consecuencias jurídicas de ese hecho respecto de los particulares deben regirse por las leyes civiles correspondientes".

Firman la sentencia de segunda instancia los señores Luis Agüero, Manuel Montero y Jorge Figueroa.

Contra esta última resolución, don Eugenio Ortúzar, Presidente Subrogante del Consejo de Defensa Fiscal, por el Fisco, ha deducido recurso de casación en el fondo y formalizándolo estima que han sido violados los artículos 2320 y 2322 del Código Civil, porque, contrariamente a lo que, en la decisión recurrida, se establece, ni esos preceptos legales ni ninguno otro de los que contiene el Título XXXV del Código citado, que reglan la responsabilidad extracontractual, son aplicables al Estado o Fisco, que es una persona jurídica de derecho público, pues sólo alcanzan a las personas privadas regidas por el derecho civil.

Sostiene que, al encargarse el Estado de suministrar agua potable a los habitantes del país, no actúa como persona privada, sino que, premunido de la autoridad pública que inviste, ha organizado

un servicio público, la Empresa de Agua Potable, consultando así el interés general del país, y sin propósito alguno de lucro, es decir, en suma, con una finalidad esencialmente distinta a la que se hubiera propuesto un particular al organizar una empresa de esta clase o cualquiera otra.

Agrega que, aun en la hipótesis de que se considerare que la Empresa de Agua Potable constituye una gestión privada del Fisco, siempre existiría transgresión del artículo 2320, ya que, como lo establece la sentencia de casación que se registra en el Tomo XXXVI de la Revista de Derecho y Jurisprudencia, página 277, los empleados públicos y entre ellos, naturalmente, los de la Empresa de Agua Potable no están, en realidad, al cuidado del Fisco, quien no puede, por consiguiente, responder de sus hechos culpables.

Termina exponiendo que, a su juicio, es más flagrante la contravención al artículo 2322, donde no es dable admitir que el Estado sea amo de sus empleados y que éstos sean sus criados o sirvientes, pues de su tenor literal se desprende, entre otras cosas, que sólo contempla relaciones jurídicas entre personas naturales.

Traído el recurso en relación.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que en el escrito de formalización se consideran infringidos los artículos 2320 y 2322 del Código Civil: el primero, porque el Estado, al intervenir en la Empresa de Agua Potable de La Unión, lo ha hecho premunido de la autoridad pública que inviste y consultando el interés general del país, a lo que se agrega que los empleados públicos no están al cuidado del Fisco; y el último, porque no cabe admitir que el Estado sea amo de sus empleados, fuera de que, del tenor literal del precepto que consagra, fluye que sólo alude a las relaciones jurídicas entre personas naturales;

2º Que, desde luego, procede observar que la decisión redargüida, en su fundamento 5º, sienta que "en el presente juicio, se trata de establecer la responsabilidad del Fisco, o sea, del Estado, derivada del hecho de un empleado de su dependencia, que ejecutara con motivo del desempeño de su cargo y en función de meros "actos de gestión" de una Empresa del Estado", a pesar de lo cual no se ha atacado tal conclusión, invocando como transgredida alguna disposición legal, ni siquiera la contenida en el artículo 545 del Código Civil, que sirve al Tribunal recurrido para discurrir en el sentido de que el Estado "puede ser sujeto de derechos y obligaciones de carácter meramente privado, así como puede ser también sujeto de derechos y obligaciones que se rigen por el derecho público";

3a Que, por consiguiente, en la especie, se ha planteado, discutido y resuelto un problema diverso del que fue debatido y fallado en el expediente en que recayera la sentencia cuyo texto se aduce, en su apoyo, por el recurrente, pues allí se presentó el caso relativo a un individuo que desempeñaba una función de las que son propias o características del Estado, y aquí se ha promovido una controversia relacionada con un acto que se realizó por un empleado adscripto a un servicio del cual el Fisco es empresario; razón por que éste se halla, como las empresas particulares, afecto a las reglas de derecho privado;

4a Que, de lo que se ha dicho, se desprende que no se ha vulnerado el artículo 2320 del Código Civil, dado que, según él, los empresarios, en el evento que contempla, responde del hecho de sus empleados:

5a Que, finalmente, no puede sostenerse que el artículo 2322 del Código citado se refiera, únicamente, a las personas naturales, ya que nada se expresa en él tendiente a dejar las entidades morales o físicas al margen de la prescripción que encierra, lo que autoriza para juzgar que la intención del legislador ha sido comprender, en ella, unas y otras.

Por estas consideraciones y visto, además, lo prevenido en los artículos 938, 939, 941, 959, 973 y 978 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar el presente recurso de casación en el fondo.

Redactada por el Ministro señor Rondanelli. Gregorio Schepeler, Alfredo Rondanelli F., Juan B. Ríos A., Carlos A. Campos, Manuel I. Rivas, Ruperto Álamos, Ricardo Montaner Bello.

MATERIA
Daño provocado por ex vertedero

ÓRGANO COMPETENTE
Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en la Forma y en el Fondo
Rol: 10.156-2010
Fecha: 07.05.2013
Resultado recurso: Rechazado
Ministros mayoría: Sergio Muñoz Gajardo, Carlos Cerda Fernández y Abogado Integrante Guillermo Piedrabuena Richard.
Ministros minoría: María Eugenia Sandoval Gouët y Abogado Integrante Alfredo Prieto Bafalluy.
Ministro redactor: Sergio Muñoz Gajardo.
Partes: Elizabeth Lizana Lizana y otros con Municipalidad de Puente Alto y otros.

DESCRIPTORES
Daño Moral – Presunción de Daño Moral – Daño Ambiental – Medio Ambiente – Vivienda – Vertedero – Municipalidad – Causales de Exención de Responsabilidad – Cumplimiento de Deberes Legales y Reglamentarios – Permiso de Construcción – Equidad.

PRINCIPIO JURÍDICO
El cumplimiento de las leyes y reglamentos no exonera necesariamente a un órgano público de responsabilidad patrimonial.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Art. 1º Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades; D.F.L. Nº 458/1975 Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

PREGUNTA JURÍDICA
¿El cumplimiento formal de las leyes y reglamentos que vinculan a un organismo público en el ejercicio de sus funciones es suficiente para eximirlo de responsabilidad si se provoca un daño?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
Desde el año 1962 funcionó el ex vertedero La Cañamera, recibiendo residuos sólidos domiciliarios de cinco comunas de Santiago. Dicho terrenos se encontraban originalmente en una zona rural, que estaba alejada de los centros urbanos. El año 1978 dejó de ser utilizado como vertedero. Posteriormente los terrenos en que funcionaba el vertedero fueron adquiridos, como parte de un inmueble más extenso, por la Municipalidad de Puente Alto. Dicho predio fue dividido en cinco lotes en el año 1985, de los cuales la Municipalidad continuó teniendo dos, dos fueron adquiridos por la Inmobiliaria Los Silos III y uno quedó para el Servicio de Vivienda y Urbanis-

mo de la Región Metropolitana. En los lotes que pertenecían a la Inmobiliaria, esta construyó un conjunto habitacional, denominado "Villa San Guillermo II".

En el año 2003 se produjo una explosión de una cámara de alcantarillado ubicada en el patio de una de las viviendas de dicha villa. En dicha oportunidad los habitantes del lugar tomaron conocimiento de que sus propiedades se encontraban construidas en un sector aledaño al ex vertedero La Cañamera. En la misma época el Servicio de Salud Metropolitano recibió denuncias reiteradas por parte de los vecinos relativas a las emanaciones de gases y a la presentación de síntomas molestos atribuidos a dichas emanaciones.

Posteriormente, 158 habitantes de la villa demandaron de indemnización de perjuicios a la Inmobiliaria, a la Municipalidad y al Fisco. El Vigésimo Noveno Juzgado Civil de Santiago acogió la acción, considerando que el Servicio de Salud de la Región Metropolitana incumplió sus obligaciones legales y reglamentarias destinadas a resguardar la salud de las personas que habitaban la Villa; que la Municipalidad de Puentes Alto otorgó permisos de construcción en una zona aledaña a un ex vertedero, sin adoptar las medidas necesarias para que se hubiera cerrado conforme a la ley; y, que la Inmobiliaria Los Silos III incurrió en una conducta culposa al no indicar a los compradores que sus viviendas habían sido construidas en una zona aledaña a un vertedero. En virtud de lo anterior, el tribunal de primera instancia condenó a los demandados, solidariamente, al pago a cada uno de los demandantes de una suma de nueve millones de pesos, de los cuales ocho millones de pesos correspondían a daño emergente y un millón de pesos correspondía a daño moral. La Corte de Apelaciones de Santiago revocó parcialmente la sentencia, eliminando la indemnización por daño emergente, y elevó la indemnización por daño moral a cinco millones de pesos a cada uno de los demandantes. Contra esta última decisión los demandados recurrieron de casación tanto en la forma como en el fondo.

ALEGACIONES

Los recursos de casación de los demandados coinciden en señalar que faltó la prueba que permitiera dar por acreditado el daño moral alegado por los demandantes, suponiendo simplemente su existencia la Corte de Apelaciones.

Por otra parte, la Municipalidad de Puente Alto indica que no corresponde que sea condenada a indemnizar los daños en comento, ya que no ha incurrido en hecho ilícito alguno. Se refiere especialmente a la imputación que se le hace respecto a haber otorgado los permisos de construcción de la Villa San Guillermo II, no obstante que su accionar se sujetó estrictamente a las atribuciones que le entrega la normativa correspondiente, especialmente la LOCM, LOCBGAE y la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*

En cuanto a las alegaciones señaladas por los demandados, respecto a que no se probó el daño moral, resulta pertinente reproducir el razonamiento contenido en el fallo de

la Corte de Apelaciones, en el que se puede constatar que los sentenciadores establecieron, en virtud de presunciones, el detrimento moral sufrido por los demandantes. Expresaron textualmente: "Que en cuanto al daño moral o extrapatrimonial, sólo sustituyéndose intelectualmente esta Corte en la persona de los demandantes puede presumirse –y las presunciones son un medio de prueba– la existencia de un evidente perjuicio de índole psicológico derivado del hecho de vivir al lado de lo que fue el vertedero La Cañamera, con malos olores en verano, con emanaciones de gas por las alcantarillas, existiendo en la actualidad chimeneas construidas para evacuar los gases (…)". Como se aprecia, los jueces de la instancia explicitaron los motivos que tuvieron para arribar a la convicción de ser cierto y efectivo el daño moral invocado por los actores. En efecto, tuvieron en consideración las circunstancias de que éstos viven en las inmediaciones de un ex vertedero que recibió por cerca de diecisiete años desechos domiciliarios respecto del cual ninguna autoridad adoptó las medidas sanitarias necesarias para su cierre. Esta omisión derivó indefectiblemente en la emanación de malos olores y gas que originaron malestares gástricos y otros problemas de salubridad, cuyo origen se encuentra en el inadecuado manejo de cierre de un vertedero. Tales antecedentes revelan inequívocamente la existencia del daño. Por otra parte, y sólo a mayor abundamiento, se ha tenido presente que a partir de la ocurrencia de los hechos acreditados –que importan inadecuadas condiciones de salubridad e incluso de seguridad en el entorno de los afectados–, lo usual, de acuerdo a la experiencia, es que se afecte el estado síquico de una persona, siendo en consecuencia una excepcionalidad que ello no suceda (C 17 y 20).

Por otra parte, y en cuanto a la alegación de la Municipalidad de Puente Alto en atención a que respetó todas las normas legales que regulaban el otorgamiento de permisos de construcción, cabe recalcar que no basta esgrimir el cumplimiento formal de las cargas que impone un determinado estatuto legal a las autoridades municipales para eximirlas de toda responsabilidad, puesto que el objeto primordial que les ha sido encargado en la ejecución de sus funciones es el de "satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas" (artículo 1º de la LOCM), aspecto que implica en la especie que su obligación era llevar a cabo una diligente aplicación de las disposiciones sobre construcción y urbanización, a fin de evitar que cientos de personas tuvieran que enfrentar los graves riesgos sanitarios de vivir en las proximidades de un terreno que sirvió de vertedero y cuyo cierre no fue objeto de tratamiento alguno, circunstancias que no eran desconocidas por dicha autoridad. De lo contrario: no se está dando cumplimiento integral a las atribuciones que ha entregado el legislador a los gobiernos comunales, incurriendo en una conducta poco cuidadosa respecto de quienes acceden a estas viviendas con subsidio estatal en la creencia de que han sido emplazadas en terrenos idóneos y exentos de todo inconveniente sanitario (C. 22).

Con todo, el cumplimiento formal de las leyes, reglamentos y compromisos particulares no es suficiente para exculparse de los daños ocasionados, pues como lo exponen los autores Marcelo Planiol y Jorge Ripert, "para prevenir los daños, la ley y los

reglamentos prescriben o prohíben determinados actos. Dado que se reputa que esos cuerpos legales son conocidos por todos, su inobservancia constituye culpa", a lo cual agregan, "pero, la observancia de ellos no dispensa tampoco del deber de conformarse a la obligación general de previsión. El que se ha amoldado a los reglamentos también será responsable si causa un perjuicio que pudo y debió prever". De este modo, el Municipio ha ejercido sus obligaciones de manera imperfecta, circunstancia que conduce a desestimar su recurso de casación en el fondo en relación a este último argumento (C. 22).

CONCLUSIÓN

El cumplimiento formal de las leyes y reglamentos que vinculan a un organismo público en el ejercicio de sus funciones no es suficiente para eximirlo de responsabilidad si se provoca un daño; ya que si bien su incumplimiento constituye culpa, su cumplimiento no exonera necesariamente de la obligación general de cuidado que rige las relaciones de la Administración con los administrados, debiendo responder si causa un daño.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

En esta decisión, la CS parece atender a criterios de equidad al momento de resolver el asunto controvertido. En efecto, al presumir que los habitantes de la Villa San Guillermo II habían sufrido un detrimento extrapatrimonial por el hecho de tener sus hogares encima de un ex vertedero, se vislumbra que la idea de la CS es que resulta intolerable un caso como este, dado que existieron omisiones permanentes por parte de los órganos públicos: primero, en cuanto a la falta de actuación para su adecuado cierre; segundo, respecto a las obligaciones correspondientes a un correcto ejercicio de las potestades de ordenación urbanística vinculadas a la protección del derecho de las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, especialmente en cuanto se provocó un perjuicio a un grupo vulnerable de ciudadanos.

Por otra parte, este caso se relaciona con el caso "Copeva" (también publicado en este libro), tanto debido a que se trata de la misma zona, como porque en dicha situación también se condenó al Fisco interpelando a la Administración en cuanto a su política de viviendas sociales.

TEXTO COMPLETO

Santiago, siete de mayo de dos mil trece.

Vistos:

En estos los autos Rol Nº 8045–2004 del Vigésimo Noveno Juzgado Civil de Santiago, ciento cincuenta y ocho (158) habitantes de la Villa San Guillermo II de la comuna de Puente Alto dedujeron demanda de indemnización de perjuicios en contra de Inmobiliaria Los Silos III Limitada, del Fisco de Chile y de la Municipalidad de Puente Alto.

Refieren en su libelo que los organismos públicos demandados permitieron que en una zona no apta para la construcción de viviendas, empresas privadas edificaran y posteriormente vendieran a los demandantes viviendas que presentaban el grave inconveniente de haber sido levantadas en

terrenos próximos a los que posteriormente conocerían como el Vertedero La Cañamera, provocándole graves perjuicios como consecuencia de adquirir casas emplazadas en una zona que no presentaba las condiciones para ser habitadas.

Explican que a partir del año 1997 adquirieron sus viviendas del conjunto habitacional denominado "San Guillermo II" ignorando que habían sido erigidas en un sector aledaño a lo que, ahora saben, fue el Vertedero La Cañamera cuya proximidad no fue advertida por los vendedores, el cual además aparecía como un sitio eriazo común pues las autoridades responsables habían aceptado que se nivelara el terreno con material de relleno, sin habilitar algún sistema de manejo que velara por la adecuada evacuación de gases y que controlara los riesgos asociados a las sustancias tóxicas que habían sido arrojadas a dicho vertedero.

Exponen los actores que durante los meses de verano sufren la emanación de malos olores provenientes del alcantarillado, generándoles malestares físicos, tales como náuseas, dolores de cabeza y molestias gástricas. Destacan que en el año 2004 hubo una explosión de una cámara del alcantarillado en uno de los pasajes de la población. Con motivo de ese acontecimiento, las autoridades de salud habrían reconocido que el probable origen de las emanaciones de gas se encontraría en el ex Vertedero La Cañamera cercano a sus casas, situación que ignoraban hasta esa fecha, tomando conocimiento de los riesgos que implica vivir en un lugar inmediato a un botadero abandonado.

Por sentencia de primera instancia de catorce de abril de dos mil ocho, el mencionado tribunal a quo acogió la demanda sólo en cuanto condenó a los demandados a pagar en forma simplemente conjunta y por partes iguales la suma de $ 9.000.000 (nueve millones de pesos) a cada uno de los demandantes, suma que se desglosaba en $ 8.000.000 (ocho millones de pesos) por concepto de daño emergente y $ 1.000.000 (un millón de pesos) por daño moral.

Apelada que fuera esta sentencia por todas las partes, mediante fallo de doce de agosto de dos mil diez, la Corte de Apelaciones de Santiago la revocó en cuanto por ella se acogía la demanda por daño emergente, decidiendo en su lugar que por dicho rubro quedaba rechazada, y confirmándola en lo demás con declaración de que elevaba a $ 5.000.000 (cinco millones de pesos) el monto que los demandados deben pagar solidariamente a cada uno de los actores por daño moral.

Contra esta última decisión, los demandados Municipalidad de Puente Alto y Fisco de Chile dedujeron recursos de casación en el fondo, mientras que Inmobiliaria Los Silos III Limitada, recursos de casación en la forma y en el fondo. La parte demandante, a su vez, interpuso recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma deducido por la Inmobiliaria Los Silos III Limitada:

Primero: Que el primer capítulo del recurso de nulidad formal encuentra su fundamento en la causal contemplada en el artículo 768 Nº 4 del Código de Procedimiento Civil, por haber incurrido la sentencia en el vicio de ultrapetita, al extenderse a puntos no sometidos a la decisión del tribunal. Sostiene que los sentenciadores no podían emitir pronunciamiento respecto del daño moral, pues los propios demandantes en escrito agregado a fojas 212 habían señalado que "no interponen la presente demanda como personas afectadas en su estado de salud por efecto del Vertedero La Cañamera. Los demandantes accionan en estos autos, en su condición de propietarios. En este plano se ejerce la acción de indemnización de perjuicios por los daños patrimoniales sufridos al adquirir viviendas, sin ser advertidos por la empresa vendedora de la cercanía de un vertedero abandonado". De esta manera, argumenta la recurrente, si la demanda ha sido limitada por los

actores sólo a los daños patrimoniales, los jueces de la instancia carecían de facultades para emitir un pronunciamiento de fondo respecto del daño moral.

Segundo: Que en el otro acápite del recurso en examen se acusa que la sentencia impugnada incurre en la causal de nulidad establecida en el artículo 768 Nº 5 del Código de Procedimiento Civil, al haber sido pronunciada con omisión de los requisitos enumerados en los número 4 del artículo 170 del mismo cuerpo legal, puesto que omite las consideraciones de hecho. Expresa que este yerro se configura desde que el fallo no contiene los hechos sometidos a conocimiento del Tribunal ni ha establecido los que han sido aceptados o reconocidos por las partes ni aquellos respecto de los cuales ha versado la discusión y en relación a estos últimos se habría omitido consignar los fundamentos que sirven para estimarlos acreditados mediante la apreciación de la prueba conforme a las reglas legales.

Tercero: Que para el análisis de la primera causal de nulidad alegada cabe precisar que esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que el vicio de ultra petita a que se refiere el Nº 4 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil se produce cuando la sentencia, apartándose de los términos en que las partes situaron la controversia por medio de sus respectivas acciones y excepciones, altera el contenido de éstas, cambiando de objeto o modificando su causa de pedir. También cuando la sentencia otorga más de lo pedido por las partes en sus respectivos escritos que fijan la competencia del tribunal o cuando se emite un pronunciamiento en relación a materias que no fueron sometidas a la decisión del mismo.

Cuarto: Que surge de lo anterior el principio de congruencia que busca vincular a las partes y al juez al debate, enlazando la pretensión, la oposición, la prueba, la sentencia y los recursos. Con ello fluye el necesario encadenamiento de los actos que conforman el procedimiento, dotándolos de eficacia y permitiendo la coherencia entre estas partes que conforman un todo y, por lo tanto, se trata de un imperativo a respetar por el magistrado al decidir la controversia.

Se ha resuelto que la incongruencia es "un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones que constituyen el objeto del proceso en los escritos esenciales del mismo. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido". (Tribunal Constitucional de España, STC 124/2000; STC 174/2004; STC 130/2004).

Se sanciona la transgresión de la congruencia por cuanto constituye una garantía para las partes, un límite para el juez que otorga seguridad y certeza a las partes e impide, en este aspecto, la posible arbitrariedad judicial. Por lo mismo la congruencia es un presupuesto de la garantía del justo y racional procedimiento, que da contenido al derecho a ser oído o a la debida audiencia de ley. Estos derechos y garantías fundamentales no solo se vinculan con la pretensión y oposición, sino que con la prueba y los recursos, conectándose con el principio dispositivo que funda el proceso civil.

Ahora bien, el análisis de la congruencia se resuelve en definitiva en una comparación de dos extremos: las pretensiones de las partes y la resolución del juzgador.

Quinto: Que dicho lo anterior, corresponde en el contexto de las impugnaciones efectuadas por este primer recurrente dilucidar si, en la especie, en el fallo objetado –en cuanto resolvió indemnizar a los demandantes por daño moral originado en la existencia de un vertedero cercano a sus viviendas– existe un desajuste entre lo resuelto y los términos en que las partes formularon sus pretensiones.

Sexto: Que en tal sentido se debe consignar que lo sometido a conocimiento y resolución del tribunal, según se observa del claro tenor de la demanda, es la determinación de la responsabilidad que le cabría a los demandados en la construcción de un conjunto habitacional en las proximidades de un vertedero que fue abandonado sin que se adoptara ninguna medida sanitaria al momento de su

cierre ni en épocas posteriores, reclamándose entre otros detrimentos daño moral, el que se hizo consistir en la aflicción que han debido soportar los demandantes como ocupantes de viviendas emplazadas en un lugar que estiman no apto para la vida humana.

Como se aprecia, los sentenciadores del grado al decidir la procedencia de la indemnización por los perjuicios morales que alegaban los actores, no han podido incurrir en el vicio invocado por el recurso de nulidad de forma, desde que sólo se han limitado a dar lugar a una de las pretensiones indemnizatorias que les fueron planteadas, cuyo sustento fáctico constituyó, además, uno de los aspectos controvertidos del pleito sobre el que debía recaer prueba según se fijara en la resolución respectiva, produciéndose por tanto una correspondencia entre la demanda y la sentencia.

Por consiguiente, no resulta cierta la aseveración de esta recurrente de que los demandantes sólo impetraron la reparación de daños patrimoniales, aduciendo una presentación de ellos cuyo alcance no es el que se pretende conferir. En efecto, en dicho escrito –el cual se pide se tenga presente por el tribunal al momento de recibir la causa a prueba– sólo se precisa que los actores accionan en su calidad de propietarios de las viviendas construidas en un terreno próximo a un ex vertedero del que no tuvieron conocimiento, por lo que han sufrido diversos tipos de perjuicios, patrimoniales y extrapatrimoniales, y que sus pretensiones reparatorias no las fundan en el hecho de padecer alguna enfermedad o en la afectación de su salud física.

Séptimo: Que respecto del segundo motivo de nulidad esgrimido en cuanto carecer el fallo de las consideraciones de hecho que lo sustenten, cabe señalar que ello tampoco es efectivo pues la sentencia de primera instancia en sus considerandos cuarto y quinto –reproducidos por la de segundo grado– señala claramente cuáles han sido los hechos no controvertidos en la causa y aquellos que han sido discutidos, respectivamente, para luego en un extenso fundamento séptimo –al que también acude el fallo recurrido– hacerse cargo de la prueba rendida por las partes para acreditar sus reclamos y defensas.

Sin perjuicio de lo anterior, se advierte que lo realmente cuestionado, a través de este capítulo del recurso de nulidad formal, dice relación con el establecimiento –erróneo, en concepto de la recurrente– de diversas circunstancias fácticas que permitió a los jueces dar por acreditados los supuestos o elementos que generan las diversas responsabilidades reclamadas, cuestión que si se buscó atacar debió denunciar mediante el recurso de casación en el fondo por la eventual infracción de las normas reguladoras de la prueba, pero en ningún caso el supuesto vicio constituye la causal en estudio.

Octavo: Que por lo expuesto, no concurriendo los defectos sobre los cuales se fundamenta la petición de nulidad formulada por el recurso de casación en la forma, éste no podrá prosperar.

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo de la Municipalidad de Puente Alto.

Noveno: Que el primer error de derecho que se atribuye a la sentencia impugnada es la carencia absoluta de prueba para determinar la certeza del daño moral ordenado indemnizar, infringiéndose los artículos 1698 y 1712 del Código Civil. Manifiesta que la falta de elementos probatorios indujo a los jueces del tribunal de alzada a que sólo "sustituyéndose intelectualmente en la persona de los demandantes" pudieran presumir la existencia de un perjuicio de índole sicológico derivado del hecho de vivir al lado de lo que fue el Vertedero La Cañamera. La efectividad de este vertedero, argumenta, es el único hecho acreditado en autos, pues no se probó que ello les hubiere provocado algún perjuicio a los demandantes. Agrega que el sufrimiento y reacciones síquicas en que se hizo consistir el menoscabo moral, requiere de prueba que permita al tribunal tener acreditados tales sufrimientos, dolores, molestias y desvelos que caracterizan este daño y así poder darle una valoración, no bastando para presumirlo la sola existencia de un terreno, lejano a sus casas, que en una época pasada fue un vertedero. Se vulneran, en consecuencia, los artículos 2314 y 2329 del mismo

texto legal que establecen la obligación de indemnizar a quien ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño.

Décimo: Que el segundo reproche que dirige la Municipalidad de Puente Alto a la sentencia cuestionada, es la de haber sido condenada a indemnizar un supuesto daño pese a no haber incurrido en hecho ilícito alguno. Explica que se le imputa haber actuado de manera negligente en el otorgamiento de los permisos de construcción de la Villa San Guillermo II, no obstante que su accionar se sujetó estrictamente a las atribuciones que le entrega la normativa que la rige, particularmente, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, la Ley de Bases de la Administración del Estado y la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

De este último texto legal cita su artículo 144 que dispone que el Director de Obras Municipal, sin perjuicio de las verificaciones que debe efectuar de aquellos aspectos que le competen conforme a este mismo precepto, recepcionará una obra cuando ésta haya sido informada favorablemente por el revisor independiente o el arquitecto proyectista. De modo que según se desprende del sentido literal de esta norma, el Director de Obras se encuentra obligado a entregar la recepción definitiva de una obra si se cumplen todos los requisitos legales, como aconteció en la especie.

III.- En cuanto al recurso de casación en el fondo del Fisco de Chile.

Undécimo: Que este recurso de nulidad de fondo denuncia que la sentencia yerra al "suponer" el daño moral, infringiendo los artículos 19, 47 inciso primero, 1712, 1437, 2284, 1698, 2314 y 2329 del Código Civil. Manifiesta que el daño moral no fue legalmente acreditado en el proceso, puesto que los demandantes aportaron como prueba del detrimento moral que alegan haber experimentado las declaraciones de testigos, testimonios que fueron desestimados al haberse acogido las tachas en contra de todos esos deponentes. No existe, añade, ningún otro tipo de probanza aportada al proceso en lo que a este daño se refiere, razón por la cual –estima– dicho perjuicio no se demostró. En efecto, señala que la sentencia da cuenta que los jueces del tribunal de alzada "supusieron" el daño moral a partir exclusivamente del hecho de vivir los actores al lado de lo que fue el Vertedero La Cañamera, para lo cual afirman los magistrados haber tenido que "sustituirse intelectualmente" en la persona de los ciento cincuenta y ocho demandantes. Censura que si bien las presunciones son un medio de prueba, ellas requieren un sustento en hechos conocidos y no en meras sustituciones intelectuales.

Al haber procedido así los sentenciadores, acusa la transgresión del artículo 47 inciso primero del Código Civil, según el cual: "Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas". Sin embargo, dichos magistrados sostienen que "(…) sólo sustituyéndose intelectualmente esta Corte en la persona de los demandantes puede presumirse (…) la existencia de un evidente perjuicio sicológico (…)", con lo cual aseveran una circunstancia que únicamente tiene como sustento una apreciación personal producto del ejercicio de la imaginación, de lo que no se desprende lógica o necesariamente la real existencia del menoscabo que tiene por establecido.

Expresa que no es posible sostener la existencia de una aflicción si el supuesto para llegar a tal conclusión consiste en una abstracción intelectual de sustituirse en el lugar de otro, más aún, cuando el dolor es eminentemente personal, único y diverso para cada individuo y dependerá de varios factores que escapan a la labor intelectual referida, no pudiendo ser la sola relación de vecindad con un vertedero cerrado el año 1978 un argumento para desprender forzosamente la existencia de un daño moral. Se vulnera, por tanto, el artículo 1698 del antedicho cuerpo legal, desde que era carga procesal de los actores la prueba de ese daño, la cual no asumieron y que resultaba especialmente necesario por existir pluralidad de demandantes, por cuanto el perjuicio moral que alegan haber padecido cada uno de ellos no puede ser el mismo para todos y cada uno de los pobladores.

Como corolario de lo anterior, continúa el recurso, se transgreden los artículos 1437 y 2284 del Código Civil que mencionan que el ilícito civil, como fuente de las obligaciones, lleva envuelto la exigencia del daño, el que de no estar probado como acontece en el caso sub–lite, no permite el nacimiento de la obligación de indemnizar, pues un elemento esencial de la misma es el perjuicio.

Asimismo, se transgreden los artículos 2314 y 2329 del mismo texto legal, de los que se desprende que el daño debe ser probado para que reciban aplicación estas disposiciones que establecen la responsabilidad extracontractual.

IV.- En cuanto al recurso de casación en el fondo de Inmobiliaria Los Silos III Limitada:

Duodécimo: Que mediante este recurso de nulidad de fondo se denuncia como primer error de derecho dar por acreditada la existencia del daño moral con violación del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto dicho detrimento no se habría probado en el proceso y sólo sustituyéndose intelectualmente la Corte en la persona de los demandantes pasó a presumirse su concurrencia. Explica que dicho precepto se ha infringido porque pese a no haberse probado el monto y naturaleza de los perjuicios, presupuesto procesal necesario para admitir la pretensión indemnizatoria intentada en la especie, igualmente se acogió la demanda. Enfatiza que conforme a esta disposición, siendo el daño o perjuicio uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontactual invocada, debe ser acreditado oportunamente en todos sus aspectos, esto es, naturaleza, especie y monto para que el hecho antijurídico, doloso o culpable, dé origen a aquélla. Agrega que tratándose de un juicio que tiene por único objeto discutir la obligación de indemnizar perjuicios en sede de responsabilidad extracontractual, si éstos no son alegados ni comprobados, lo que supone litigar su especie y monto o al menos las bases que sirvan para su liquidación en la etapa de ejecución del fallo, jamás podría acogerse la demanda porque, faltando uno de sus elementos esenciales, dicha responsabilidad civil no queda configurada y su existencia no puede ser declarada.

Así, al no haberse aplicado lo dispuesto en el citado artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, se ha infringido también el artículo 1698 del Código Civil, toda vez que se ha alterado el onus probandi, desde que el daño moral debe ser probado por quien lo reclama.

Décimo tercero: Que el segundo de error de derecho en que se apoya este arbitrio de nulidad lo constituye el quebrantamiento de los artículos 1437, 2284, 2314 y 2329 del Código Civil, al ordenarse el pago de una indemnización de daño moral, pese a que no se acreditó. De acuerdo a esta normativa que regula la responsabilidad civil, el daño constituye el presupuesto para que ella se genere, de manera que si éste falta no surge responsabilidad, de lo que se sigue que quien pretenda beneficiarse con la aplicación de tal preceptiva, deberá acreditar sus supuestos, y uno de ellos es el daño.

V.- En cuanto al recurso de casación en el fondo de la parte demandante:

Décimo cuarto: Que este último recurso de nulidad de fondo alega la infracción de las normas reguladoras de la prueba "comprendidas en los artículos 1698 y siguientes del Código Civil" al señalar la sentencia que no se acreditó el daño emergente, no evaluando la prueba rendida en autos, apartándose por tanto del mérito del proceso. Expone que se acreditaron los perjuicios patrimoniales de los demandantes al probarse el precio que éstos pagaron por las viviendas, acompañándose para tal efecto las copias autorizadas de las respectivas escrituras de compraventa. Asevera que con ellas se demuestra que el valor de cada casa fue de ocho millones de pesos ($ 8.000.000) a la fecha de la compraventa. Tales escrituras, añade, hacen plena prueba respecto del valor de las casas involucradas conforme a lo dispuesto en el artículo 1700 del Código Civil.

Finalmente, manifiesta que el daño emergente –que se hace consistir en la desvalorización de las viviendas– puede demostrarse mediante presunciones conforme al artículo 1712 del referido texto

legal, puesto que es incomprensible que ante la magnitud del daño causado por el engaño del cual fueron víctimas los demandantes, éste sólo puede irrogar un perjuicio moral a los actores y no les cause un daño patrimonial dado que impacta directamente el valor de las viviendas.

Décimo quinto: Que son hechos de la causa por así haberlos establecido los jueces del grado, los siguientes:

a) Que el ex Vertedero La Cañamera comenzó a funcionar en el año 1962, recibiendo residuos sólidos domiciliarios (basura) de cinco comunas de Santiago: Puente Alto, La Granja, La Cisterna, San Miguel y San Bernardo.

b) Que el inmueble utilizado como vertedero se encontraba originalmente en una zona rural, alejada de los centros poblados.

c) Que el vertedero se mantuvo en operaciones hasta el año 1978, siendo abandonado definitivamente.

d) Que el terreno denominado La Cañamera (parte del cual se utilizaba como botadero o vertedero municipal) fue adquirido por la Municipalidad de Puente Alto por donación que le efectuaron los otros cuatro municipios antes citados.

e) Que este predio fue dividido en cinco lotes en el año 1985, siendo sus propietarios la Municipalidad de Puente Alto (Lotes 1 y 2), Inmobiliaria Los Silos III (Lotes 3 y 4) y el Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región metropolitana (Lote 5).

f) En los lotes 3 y 4 la Inmobiliaria demandada construyó el lote de viviendas denominado "San Guillermo II".

g) Que el día 24 de octubre de 2003 se produjo la explosión de una cámara de alcantarillado ubicada en el patio de una de las viviendas de la villa.

h) Que en la fecha indicada los vecinos tomaron conocimiento de que sus propiedades se encontraban construidas en un sector aledaño al vertedero "La Cañamera".

i) Que en esa misma época el entonces Servicio de Salud Metropolitano –SESMA– recibió denuncias reiteradas por parte de vecinos relativas a emanaciones de gases y a la presentación de síntomas molestos atribuidos a dichas emanaciones.

j) Existencia de perjuicio psicológico al vivir al lado de lo que fue el Vertedero La Cañamera, del cual emanan malos olores y gas por los ductos de alcantarillado y chimeneas construidas para estos efectos.

Décimo sexto: Que conforme a lo relacionado en los motivos anteriores, puede advertirse que los recursos de casación en el fondo de los demandados coinciden fundamentalmente en el siguiente aspecto: la falta de prueba para dar por acreditado el daño moral alegado por los demandantes.

Décimo séptimo: Que resulta pertinente reproducir el razonamiento contenido en el fundamento décimo tercero del fallo de alzada, en el que se puede constatar que los sentenciadores establecieron, en virtud de presunciones, el detrimento moral sufrido por los demandantes. Expresaron textualmente: "Que en cuanto al daño moral o extrapatrimonial, sólo sustituyéndose intelectualmente esta Corte en la persona de los demandantes puede presumirse –y las presunciones son un medio de prueba– la existencia de un evidente perjuicio de índole psicológico derivado del hecho de vivir al lado de lo que fue el vertedero La Cañamera, con malos olores en verano, con emanaciones de gas por las alcantarillas, existiendo en la actualidad chimeneas construidas para evacuar los gases (…)".

Décimo octavo: Que, así las cosas, la crítica de ilegalidad dirigida contra la sentencia que se impugna en los arbitrios de nulidad de los demandados estriba en que los jueces, bajo el alero de los hechos justificados en autos, no podían mediante la prueba de presunciones tener por acreditada la concurrencia del daño moral impetrado, por lo cual hubieron de suponerlo.

Décimo noveno: Que en lo atinente concretamente a los artículos 47 y 1712 del Código Civil, que los actores estiman contrariados por los jueces del mérito en razón de que éstos habrían dado por acreditado el daño moral de los demandantes infiriéndolo de la sola circunstancia de vivir en las cercanías de un ex vertedero que fue abandonado, cabe señalar que esta Corte Suprema ha sostenido invariablemente que la construcción y determinación de la fuerza probatoria de las presunciones queda entregada a los magistrados de la instancia, pues la convicción de éstos ha de fundarse en la gravedad, precisión y concordancia que derive de las mismas. Y dado que la facultad para calificar tales atributos corresponde a un proceso racional de los jueces del grado, no puede quedar sujeta al control de este recurso de derecho estricto.

Lo relevante a los alcances del arbitrio de casación en el fondo es que todas esas disposiciones, en último término, se encuentran relacionadas con la facultad de los jueces del mérito para calificar la gravedad, precisión y concordancia de las presunciones que permitan asignarle valor probatorio, actividad que en sí misma es ajena al control de legalidad que ejerce este tribunal de casación, por encontrar su fuente en un proceso intelectual de esos magistrados y que, por lo general, no quedará sujeta al control del recurso de casación en el fondo.

Vigésimo: Que en el caso sub judice los jueces de la instancia explicitaron los motivos que tuvieron para arribar a la convicción de ser cierto y efectivo el daño moral invocado por los actores. En efecto, tuvieron en consideración las circunstancias de que éstos viven en las inmediaciones de un ex vertedero que recibió por cerca de diecisiete años desechos domiciliarios respecto de cual ninguna autoridad adoptó las medidas sanitarias necesarias para su cierre. Esta omisión derivó indefectiblemente en la emanación de malos olores y gas que originaron malestares gástricos y otros problemas de salubridad, cuyo origen se encuentra en el inadecuado manejo de cierre de un vertedero. Tales antecedentes revelan inequívocamente la existencia del daño.

Por otra parte, y sólo a mayor abundamiento, se ha tenido presente que a partir de la ocurrencia de los hechos acreditados –que importan inadecuadas condiciones de salubridad e incluso de seguridad en el entorno de los afectados–, lo usual, de acuerdo a la experiencia, es que se afecte el estado síquico de una persona, siendo en consecuencia una excepcionalidad que ello no suceda.

En cuanto a la alteración del onus probandi que se denuncia, basta señalar para desestimar este reproche que esta alegación se limita a afirmar que la parte demandante no habría demostrado el daño moral que invocó, pero ello no configura la alteración del peso de la prueba, aconteciendo en verdad que lo no compartido es el análisis que hicieron los sentenciadores para tener por probado tal perjuicio.

Vigésimo primero: Que conforme al examen efectuado en los motivos precedentes, es posible concluir que los sentenciadores no incurrieron en los errores de derecho en el ámbito probatorio del asunto sub lite, circunstancia que impide revisar la actividad desarrollada por ellos en relación a la prueba de presunciones y, por esta vía, llegar a variar los supuestos de hecho sobre los cuales recayó la aplicación del derecho sustantivo.

Vigésimo segundo: Que en lo atinente al segundo reproche que formula el recurso de casación en el fondo interpuesto por la Municipalidad de Puente Alto, en orden a haberse ceñido estrictamente a la normativa que regula el otorgamiento de los permisos de construcción, cabe recalcar que no basta esgrimir el cumplimiento formal de las cargas que impone un determinado estatuto legal a las autoridades municipales para eximirlas de toda responsabilidad, puesto que el objeto primor-

dial que les ha sido encargado en la ejecución de sus funciones es el de "satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas" (artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades), aspecto que implica en la especie que su obligación era llevar a cabo una diligente aplicación de las disposiciones sobre construcción y urbanización, a fin de evitar que cientos de personas tuvieran que enfrentar los graves riesgos sanitarios de vivir en las proximidades de un terreno que sirvió de vertedero y cuyo cierre no fue objeto de tratamiento alguno, circunstancias que no eran desconocidas por dicha autoridad. De lo contrario, no se está dando cumplimiento integral a las atribuciones que ha entregado el legislador a los gobiernos comunales, incurriendo en una conducta poco cuidadosa respecto de quienes acceden a estas viviendas con subsidio estatal en la creencia de que han sido emplazadas en terrenos idóneos y exentos de todo inconveniente sanitario.

Con todo, el cumplimiento formal de las leyes, reglamentos y compromisos particulares no es suficiente para exculparse de los daños ocasionados, pues como lo exponen los autores Marcelo Planiol y Jorge Ripert, "para prevenir los daños, la ley y los reglamentos prescriben o prohíben determinados actos. Dado que se reputa que esos cuerpos legales son conocidos por todos, su inobservancia constituye culpa", a lo cual agregan, "pero, la observancia de ellos no dispensa tampoco del deber de conformarse a la obligación general de previsión. El que se ha amoldado a los reglamentos también será responsable si causa un perjuicio que pudo y debió prever" (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VI, p. 720).

De este modo, el Municipio ha ejercido sus obligaciones de manera imperfecta, circunstancia que conduce a desestimar su recurso de nulidad de fondo en relación a este último acápite.

Vigésimo tercero: Que como consecuencia de todo lo que se ha venido razonando, la sentencia recurrida no ha infringido los artículos 1437, 2284, 2314 y 2329 del Código Civil, preceptiva que exige la existencia del daño como condición de la responsabilidad extracontractual, pues los jueces del fondo han ordenado la reparación en el presente caso concurriendo el señalado requisito.

Vigésimo cuarto: Que en lo atinente al recurso de casación en el fondo deducido por los demandantes, éstos acusan a la sentencia haber vulnerado las normas reguladoras de la prueba "comprendidas en los artículos 1698 y ss. del Código Civil", al no tener por acreditado el daño emergente aduciendo falta de prueba suficiente relativa a la pérdida de valor de las viviendas.

Cabe consignar que las leyes reguladoras de la prueba en el sistema probatorio civil están referidas a aquellas normas que: 1) instituyen los medios de prueba que pueden utilizarse para demostrar los hechos en un proceso; 2) precisan la oportunidad en que pueden valerse de ellos; 3) refieren el procedimiento que las partes y el juez deben utilizar para ofrecer, aceptar y aportar las probanzas al juicio; 4) asignan el valor probatorio que tiene cada uno de los medios individualmente considerados y 5) disciplinan la forma cómo el sentenciador debe realizar la ponderación comparativa entre los medios de la misma especie y entre todos los reconocidos por el ordenamiento legal.

Empero, sólo a algunas de las normas relativas a la prueba se le reconoce el carácter de esenciales respecto de la actividad probatoria y que es objetivamente ponderada por el legislador –lo que justifica la intervención del Tribunal de Casación–, desde que no queda dentro del criterio o decisión subjetiva de los magistrados que aquilatan los antecedentes. Es por ello que su conculcación se puede producir en las siguientes circunstancias: a) al aceptar un medio probatorio que la ley prohíbe absolutamente o respecto de la materia de que se trata; b) por el contrario, al rechazar un medio que la ley acepta; c) al alterar el onus probandi o peso de la prueba, en quien queda radicada la carga de aportar los elementos que acreditan los hechos que conforman la litis; d) al reconocer a un medio de prueba un valor distinto que el asignado expresamente por el legislador o hacerlo sin que se cumplan los supuestos objetivamente determinados por éste; e) igualmente, a la inversa, al

desconocer el valor que el legislador asigna perentoriamente a un elemento de prueba, cuando éste cumple efectivamente los supuestos legales, y f) al alterar el orden de precedencia en que deben ser llamados los medios probatorios y que la ley les asignare, en su caso.

Vigésimo quinto: Que es fácil constatar del contenido de la censura que plantea este último recurrente que ella no comprende ninguna de las situaciones recién descritas, pues lo atacado en realidad es la apreciación que efectuaron los jueces del mérito para concluir que las probanzas allegadas por los actores no eran suficientes para probar el daño patrimonial alegado ni su extensión.

Citan el artículo 1700 del Código Civil, cuya infracción la fundan en que los magistrados habían restado todo valor probatorio a las copias autorizadas de las respectivas escrituras de compraventa que daban cuenta del precio de las viviendas cuya desvalorización reclaman. Sin embargo, la sentencia impugnada en ningún momento ha desconocido el carácter de instrumento público de dichas evidencias, advirtiéndose que el propósito de las argumentaciones que se vierten respecto de este supuesto error de derecho apuntan a que esta Corte lleve a cabo una nueva apreciación de esta probanza, a fin que se le confiera valor de plena prueba en relación al daño emergente invocado, pretendiendo en definitiva que se consideren equivalentes el precio en que se adquirieron dichas casas con la desvalorización de las mismas. Lo anterior, como se ha dicho, resulta ajeno a los fines de un recurso de casación en el fondo.

Finalmente plantean que los jueces debieron utilizar la prueba de las presunciones para establecer los daños materiales, lo cual si bien no es más que una crítica a la valoración de los medios probatorios que hicieron los jueces del fondo, cuestión que les es privativa, cabe volver a anotar que la facultad para calificar la gravedad, precisión y concordancia de los antecedentes de los que se extraerán las presunciones no está sujeta al control de este recurso de derecho estricto.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se rechazan los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por Inmobiliaria Los Silos III Limitada a fojas 838 y los recursos de casación en el fondo interpuestos por la Municipalidad de Puente Alto, el Fisco de Chile y la parte demandante, en lo principal de fojas 816, 823 y 864, respectivamente, en contra de la sentencia de doce de agosto de dos mil diez, escrita a fojas 809.

El ministro suplente señor Cerda previene que no comparte los pasajes "1) instituyen los medios de prueba que pueden utilizarse para demostrar los hechos en un proceso;", en el párrafo segundo del razonamiento 24º y "a) al aceptar un medio probatorio que la ley prohíbe absolutamente o respecto de la materia de que se trata;" en el párrafo tercero del mismo.

Acordada la decisión de rechazar el recurso de casación en el fondo deducido por la Municipalidad de Puente Alto con el voto en contra de la Ministro señora Sandoval y del Abogado Integrante señor Prieto quienes fueron parecer de acogerlo teniendo en consideración únicamente que de los antecedentes de autos aparece que esta corporación edilicia no ha dejado de cumplir las normas legales que rigen el otorgamiento de las autorizaciones que la Ley General de Urbanismo y Construcciones requiere para la construcción de viviendas, desde que las edificaciones de San Guillermo II se ejecutaron en una zona permitida por los instrumentos de planificación territorial para el emplazamiento de viviendas.

En efecto, los incisos primero, quinto y sexto del artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, prescriben: "La construcción, reconstrucción, reparación, alteración, ampliación y demolición de edificios y obras de cualquier naturaleza, sean urbanas o rurales, requerirán permiso de la Dirección de Obras Municipales, a petición del propietario, con las excepciones que señale la Ordenanza General"...

"El Director de Obras Municipales concederá el permiso o la autorización requerida si, de acuerdo con los antecedentes acompañados, los proyectos cumplen con las normas urbanísticas, previo pago de los derechos que procedan, sin perjuicio de las facilidades de pago contempladas en el artículo 128.

Se entenderá por normas urbanísticas aquellas contenidas en esta ley, en su Ordenanza General y en los instrumentos de planificación territorial que afecten a edificaciones, subdivisiones, fusiones, loteos o urbanizaciones, en lo relativo a los usos de suelo, cesiones, sistemas de agrupamiento, coeficientes de constructibilidad, coeficientes de ocupación de suelo o de los pisos superiores, superficie predial mínima, alturas máximas de edificación, adosamientos, distanciamientos, antejardines, ochavos, rasantes, densidades máximas, estacionamientos, franjas afectas a declaratoria de utilidad pública y áreas de riesgo o de protección".

Por su parte en el artículo 144 de la ley antes citada dispone en sus incisos primero y cuarto que: "Terminada una obra o parte de la misma que pueda habilitarse independientemente, el propietario y el arquitecto solicitarán su recepción definitiva por la Dirección de Obras Municipales. Sin perjuicio de las recepciones definitivas parciales, habrá, en todo caso, una recepción definitiva del total de las obras"...

"El Director de las Obras deberá revisar únicamente el cumplimiento de las normas urbanísticas aplicables a la obra, conforme al permiso otorgado, y procederá a efectuar la recepción, si fuere procedente".

De las normas citadas no puede concluirse que ellas faculten a la Dirección de Obras Municipales para oponerse a la utilización de estos terrenos para la construcción de viviendas, toda vez que sólo se le autoriza para verificar el cumplimiento de las normas urbanísticas en los términos contemplados en el artículo 116 antes citado, esto es, en el caso específico, en los instrumentos de planificación territorial.

Por último, no se encuentra demostrado que el actuar administrativo de la Dirección de Obras Municipales haya infringido otra norma jurídica atingente a la salubridad pública.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Muñoz y de la prevención y voto en contra, sus autores.

Rol Nº 10156-2010.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., el Ministro Suplente Sr. Carlos Cerda F., y los Abogados Integrantes Sr. Guillermo Piedrabuena R., y Sr. Alfredo Prieto B. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, los Abogados Integrantes Sr. Piedrabuena y Sr. Prieto por estar ambos ausentes. Santiago, 07 de mayo de 2013.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a siete de mayo de dos mil trece, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

7.2 FALTA DE SERVICIO

MATERIA

Ámbito de aplicación de régimen de responsabilidad por falta de servicio

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en el Fondo
Rol: 1760-2009
Fecha: 24.03.2011
Resultado recurso: Rechazado
Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz, y el Abogado Integrante Jorge Lagos Gatica.
Ministro Redactor: Pedro Pierry Arrau.
Partes: Violeta Fernández Rodríguez con Fisco de Chile.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado – Falta de Servicio – Fuerzas Armadas – Código Civil – Culpa del Estado

PRINCIPIO JURÍDICO

La falta de servicio es una regla general de responsabilidad del Estado.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 21 y 42 Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Art. 2314 Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Es aplicable el régimen de responsabilidad por falta de servicio a los organismos del Estado que no se encuentran sujetos a las disposiciones de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado que establece dicha responsabilidad?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Tres conscriptos en cumplimiento de su servicio militar obligatorio, mueren producto de la explosión de una bomba. El accidente se produjo como consecuencia de que la bomba mortero señalada cayó cuatrocientos metros antes del blanco prefijado, impactando a las víctimas y provocándoles la muerte en el mismo lugar de los hechos.

El Estado dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca que confirmó, con declaración, el fallo de primera instancia que acogió la demanda.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Hasta antes de la dictación de la LOCBGAE la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del artículo 2320 del Código Civil. Sin embargo, la situación varía con la promulgación de la LOCBGAE el 5 de diciembre de 1986, que incorporó al Derecho Público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado (C. 6).

La ley contempló, entonces, el artículo 44 –hoy 42– que prescribió que "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal". Sin embargo, se excluyó de la aplicación del Título II sobre normas especiales, donde había quedado ubicado el artículo 44, a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerza Armadas y de Orden y Seguridad, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley. Todo ello en el inciso segundo de su artículo 18 –actual 21– (C. 6).

Cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas y, en el caso particular, a las Fuerzas Armadas. Para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, lo ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil la noción de falta de servicio (C. 6).

En efecto, al Estado, como a los otros entes públicos administrativos pueden serle aplicadas de manera diversa las normas del Título XXXV del Código Civil, sin que esto implique una errada interpretación de las mismas. Es así que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil como señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc, "no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias un individuo cuidadoso". Por otra parte, la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia y en estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado (C. 7).

CONCLUSIÓN

Es aplicable el régimen de responsabilidad por falta de servicio a los organismos del Estado que no se encuentran sujetos a las disposiciones de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado que establece dicha responsabilidad a partir de las normas del Código Civil que establecen la responsabilidad por culpa.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Con esta sentencia la Corte termina por consagrar la tesis de intercambiabilidad de la falta de servicio con la culpa civil, que fuera expuesta el año 2009 en el caso Seguel (publicado en este libro).

TEXTO COMPLETO

Santiago, veinticuatro de marzo de dos mil once.

Vistos:

En estos autos 1760-2009 caratulados "Fernández Rodríguez Violeta y otros con Fisco de Chile", la parte demandada ha deducido recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca que confirmó, con declaración, el fallo de primera instancia que acogió la demanda.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurso denuncia infracción a los artículos 2314 y 2329 del Código Civil en relación con el artículo 2320 del mismo Código.

Explica que el artículo 2314 del Código Civil exige la presencia del elemento subjetivo del dolo o culpa en materia de responsabilidad extracontractual. De este modo, el uso de la expresión "el que ha cometido" al comenzar el precepto en análisis revela que el dolo o la culpa deben estar radicados en una persona determinada a la que le es imputable y que, por regla general, resulta obligada a la indemnización. Lo anterior se ve reafirmado por la redacción del artículo 2329 del Código Civil, al establecer en su primer inciso que, por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta.

Por su parte el artículo 2320 del Código Civil establece la responsabilidad por el hecho ajeno de quienes estuvieron al cuidado de una persona, como en el caso de los empresarios y sus dependientes. Obviamente, para que proceda la responsabilidad por el hecho ajeno no sólo es menester que concurran en quien responde del hecho ajeno los presupuestos que esa misma norma establece, sino que además es necesario acreditar los elementos generales de la respons abilidad extracontractual respecto de la persona por quien se responde. Debe acreditarse que el dependiente incurrió en una conducta dolosa o culposa que originó un daño.

Aduce que lo anterior es insoslayable dado que por su propia naturaleza de elementos subjetivos, el dolo y la culpa no pueden ser establecidos sino en referencia a personas concretas y determinadas, conforme a sus especiales circunstancias.

Alega que la sentencia no aplica el régimen de responsabilidad por falta de servicio y determina adecuadamente que el régimen de responsabilidad aplicable es el del artículo 2320 del Código Civil; sin embargo, al razonar sobre el dolo o culpa de quienes manipularon o dispararon el mortero cuyo proyectil causó la muerte a los conscriptos de autos, se refiere a dichos individuos como "los personeros del ejército" o simplemente "los militares" sin identificarlos, lo que obedece a que en la demanda tampoco se los individualiza.

Expone que al argumentar los sentenciadores vuelven a razonamientos propios de una responsabilidad por falta de servicio, previamente excluida e incompatible en cuanto a este punto. Luego el argumento sobre la complejidad en el ejercicio de la demanda importa contrariar la ley y no basta señalar la existencia de sumarios en contra de alguno o algunos de los autores del disparo

para eximir a los actores de individualizarlos ni al sentenciador de establecer que esas personas determinadas incurrieron en una conducta dolosa o culposa que irrogó daño.

Segundo: Que a continuación denuncia la vulneración del artículo 1698 del Código Civil, ley reguladora de la prueba, en relación con los artículos 2314, 2329 y 2320 del mismo cuerpo legal.

Al efecto explica que los sentenciadores en la motivación novena y undécima del fallo pasan por sobre todas las reglas antes mencionadas e invierten derechamente la carga de la prueba, desde que se presumió su responsabilidad y la existencia de daño moral colocando al Fisco en situación de tener que desacreditarlo.

Tercero: Que al explicar cómo los errores de derecho denunciados han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, sostiene que no se ha podido tener por establecida la responsabilidad del Fisco por el hecho de los subordinados, presupuesto esencial para la responsabilidad del hecho ajeno y que debió rechazarse la demanda por no haberse acreditado el daño moral.

Pide, en definitiva, que se invalide la sentencia de alzada por haber sido dictada con infracción de ley y se dicte sentencia de reemplazo que revoque el fallo de primera instancia y rechace la demanda en todas sus partes.

Cuarto: Que son hechos de la causa, por así haberlos establecido los jueces del grado:

1.- Que con fecha 18 de diciembre del año 2000 producto de la explosión de una bomba mortero calibre 81 mm murieron los conscriptos Juan Carlos Leal, Roberto Alejandro Gutiérrez Cáceres y Lizardo Silva Navarrete, quienes se encontraban participando en ejercicios militares en el polígono de tiro "General José María Bari" de la Escuela de Artillería de la ciudad de Linares.

2.- Que los tres conscriptos fallecidos cumplían con su servicio militar obligatorio y fue en tal contexto en el cual desarrollaban ejercicios militares.

3.- Que el accidente se produjo como consecuencia de que la bomba mortero señalada cayó cuatrocientos metros antes del blanco prefijado, impactando a las víctimas y provocándoles la muerte en el mismo lugar de los hechos.

Quinto: Que para acoger la demanda los sentenciadores sostuvieron que los hechos se enmarcan en la figura de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno, contemplada en el artículo 2320 del Código Civil, encontrándose acreditado el proceder negligente del personal militar encargado de la maniobra de tiro en que perdieron la vida los tres conscriptos, por lo que opera la presunción de responsabilidad por tales hechos en contra del civilmente responsable. Se invierte así la carga de la prueba, circunstancia que libera a la víctima de la obligación de tener que acreditar tal extremo. Razonaron que en el presente supuesto la calidad de responsable civil le corresponde al Fisco de Chile, conforme así se razonó en los considerandos del fallo, quien por expresa disposición del inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política y artículo 4º de la Ley Nº 18.575 debe responder por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones.

Sexto: Que para resolver la materia de autos debe determinarse, en primer lugar, el estatuto jurídico por el cual el Estado debe responder por falta de servicio. Al efecto cabe recordar que hasta antes de la dictación de la Ley Nº 18.575 la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del artículo 2320 del Código Civil. Sin embargo, la situación varía con la promulgación de la Ley de Bases de la Administración del Estado el 5 de diciembre de 1986, que incorporó al Derecho Público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en opinión de la mayoría de los autores constituye la mejor solución lograda por el derecho para asegurar un debido equilibrio entre los derechos de los particulares

y los intereses públicos. La ley contempló, entonces, el artículo 44 –hoy 42– que prescribió que "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal" Sin embargo, se excluyó de la aplicación del título II sobre normas especiales, donde había quedado ubicado el artículo 44, a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerza Armadas y de Orden y Seguridad, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley. Todo ello en el inciso segundo de su artículo 18 –actual 21–.

Séptimo: Que luego cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas y, en el caso particular, a las Fuerzas Armadas. Para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, lo ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil de la noción de falta de servicio. En efecto, al Estado, como a los otros entes públicos administrativos pueden serle aplicadas de manera diversa las normas del Título XXXV del Código Civil, sin que esto implique desde luego una errada interpretación de las mismas. Es así que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil como señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc, "no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias un individuo cuidadoso". De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento del servicio público fuera distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal; o sea, basta con probar una falta de servicio. Por otra parte, la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia y en estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado.

Octavo: Que de esta forma en la especie cabe aceptar la aplicación en nuestro país, a partir del artículo 2314 del Código Civil, de la noción de falta de servicio.

Noveno: Que lo anterior ya había sido resuelto por esta Corte Suprema con fecha treinta de julio de dos mil nueve en el fallo "Seguel Cares, Pablo Andrés con Fisco de Chile" rol Nº 371-2008 referido a lesiones sufridas por un conscripto en el marco de la ejecución de su servicio militar, donde se señaló en el considerando décimo sexto que "es acertada la aplicación del artículo 2314 del Código Civil y la institución de la falta de servicio a la litis planteada, por cuanto permite así uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado".

Décimo: Que, en consecuencia, las infracciones denunciadas no pueden prosperar, puesto que se construyen sobre la base de la aplicación de la responsabilidad por el hecho ajeno del artículo 2320 del Código Civil, que no es la fuente de la responsabilidad del Estado en este caso.

Undécimo: Que lo expuesto adquiere especial relevancia al momento de decidir acerca de la aptitud del recurso de casación en examen, que requiere en la sentencia impugnada, según lo prescribe el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, la existencia de infracción de ley con influencia sustancial en su parte resolutiva. Acorde con dicha premisa, no cualquiera infracción normativa habilita para provocar la ineficacia jurídica de un fallo; para que esto ocurra se requiere que ella incida en un precepto legal que tenga la calidad de decisorio de la litis, lo que significa que la vulneración de la ley debe tener un efecto determinante en la resolución de la controversia.

Estos presupuestos no concurren en la especie, toda vez que el recurso no denuncia como infringidas disposiciones legales de orden sustantivo relacionadas con el fondo de la cuestión litigiosa, esto es, con la responsabilidad extracontractual por el hecho propio contemplada en el artículo 2314 del Código Civil.

Duodécimo: Que en lo concerniente al yerro que se le atribuye a la sentencia impugnada en cuanto al daño moral concedido, cabe señalar que los titulares de la acción –padres de la víctima– forman parte natural del núcleo más íntimo y directo de cualquier grupo familiar y, por lo tanto, legitimados activos para demandar los daños morales, dolor, sufrimiento o afectación espiritual que normalmente ocasiona la pérdida de un hijo o hija.

Décimo tercero: Que, en consecuencia, el daño moral puede ser reclamado por los padres de la víctima siempre que lo acrediten, condición que se cumple en el caso sub-lite como consecuencia del hecho ilícito consistente en haber permitido la parte demandada, inexcusablemente, el accidente materia de autos. Por consiguiente, la normativa que regula la responsabilidad del Estado ha sido correctamente aplicada.

Décimo cuarto: Que por las razones antes expuestas, forzoso resulta concluir que el recurso de casación en estudio debe ser rechazado en todas sus partes.

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo dispuesto por los artículos 764, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de la presentación de fojas 1407 en contra de la sentencia de cinco de diciembre de dos mil ocho, escrita a fojas 1389.

Regístrese y devuélvanse con sus agregados.

Redacción a cargo de Ministro señor Pierry.

Nº 1760-2009.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos. Santiago, 24 de marzo de 2011.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veinticuatro de marzo de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

MATERIA

Independencia de la falta de servicio de la responsabilidad del funcionario

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en el Fondo
Rol: 6346-2006
Fecha: 05.03.2008
Resultado recurso: Rechazado.
Ministros: Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau y los Abogados Integrantes Arnaldo Gorziglia Balbi y Rafael Gómez Balmaceda.
Ministro redactor: Pedro Pierry Arrau.
Partes: Pamela Trincado Sierra con Municipalidad de Vallenar.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado – Falta de Servicio – Responsabilidad del Funcionario – Falta Personal – Culpa Civil

PRINCIPIO JURÍDICO

La responsabilidad por falta de servicio es distinta a la culpa.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 4º Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 142 Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades; Art. 2314 del Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA

¿La responsabilidad por falta de servicio es equivalente a la culpa civil?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El hijo de la Sra. Trincado había asistido al colegio a clases recuperativas el 26 de abril de 2003, debiendo permanecer ahí entre las 14 a las 18 horas. A las 16.45, la Sra. Trincado recibió un llamado desde el colegio en donde le informaban que su hijo no paraba de llorar por un fuerte dolor de cabeza.

Al retirarlo del colegio el hijo le informó que le dolía el ano y al insistir por las razones el menor indicó que fue violado en el baño del Colegio por otro estudiante de 12 años.

La Corte de Apelaciones señaló que había responsabilidad por falta de servicio por el hecho del dependiente.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*

La Municipalidad demandada estimó errónea la aplicación del estatuto jurídico utilizado en la sentencia, por considerar que la controversia debía ser resuelta por las

normas de la responsabilidad contractual o legal, para luego añadir en su recurso, que si se hubiesen aplicado el artículo 4º de la LOCBGAE y las disposiciones de la LOCM se habría arribado a la conclusión que la responsabilidad de la Municipalidad de Vallenar es de naturaleza legal o contractual, lo que hacía inaplicables las normas de los artículos 2320 y siguientes del Código Civil.

Sin embargo tal planteamiento debe ser descartado, por cuanto, de acuerdo a los presupuestos fácticos acreditados en autos, la indemnización demandada, ha tenido su origen en un hecho ilícito, lo que lleva desde ya a desechar la responsabilidad contractual invocada por la demandada.

Cabe hacer presente algunas consideraciones, en atención a que de la redacción de los fallos de primera y segunda instancia, se advierte una mezcla de disposiciones tanto del Código Civil como de la CPR, de la Ley Nº 18.575 y de la LOCM, que fueron invocadas para sustentar la responsabilidad por la demandada.

En efecto, el estatuto correspondiente a la "falta de servicio" es diferente de la responsabilidad regulada por el Código Civil, y así, en el caso *sub lite* hubo falta de servicio, al no cuidarse al menor agredido en la forma como se esperaba por parte de la Administración, y ello conforme al artículo 142 de la LOCM, hace responsable al municipio demandado.

En la noción de "falta de servicio", la actuación del funcionario propiamente tal, no resulta relevante, sino lo que interesa es que la Administración no actúe en la forma esperada, actúe mal, o actúe tardíamente, por lo tanto, tampoco aparece aceptable hablar de falta personal como lo hace el fallo, la que sólo se da en el evento de una extrema negligencia, o dolo, de parte del funcionario, y en ese solo caso, el Estado sin desligarse de su propia responsabilidad, puede repetir contra el personal que incurrió en la negligencia extrema. Tampoco y por la misma razón, puede mencionarse que existió culpa de algún funcionario.

CONCLUSIÓN

La responsabilidad por falta de servicio es independiente de la responsabilidad del funcionario, de modo que en su aplicación se deben seguir estándares diferentes a los señalados para la culpa civil.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia, al aplicar el estatuto de falta de servicio, lo distingue de la culpa que se aplica en el derecho civil, lo cual es relevante dado que en algunas ocasiones recientes la Corte Suprema ha afirmado que la normas del artículo 2314 y siguientes del Código Civil son aplicable en sustitución de la falta de servicio (ver caso Seguel con Fisco, publicada en el presente libro).

TEXTO COMPLETO

Santiago, cinco de marzo de dos mil ocho.

Vistos:

En estos autos rol Nº 6346-2006, la demandada Municipalidad de Vallenar ha recurrido de casación en el fondo, contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó que confirmó el fallo de primera instancia, que acogió la demanda de indemnización de perjuicios deducida en autos por doña Pamela Elena Trincado Sierra por sí y por su hijo menor de edad José Ignacio Riveros Trincado, sólo en cuanto dispuso el pago de $ 4.000.000 a favor del menor y de $ 2.000.000 a favor de la actora, como indemnización por daño moral, rechazándose en lo demás.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

1º) Que la recurrente ha sostenido que la sentencia impugnada ha infringido los artículos 2320 del Código Civil, 4 de la Ley Nº 18.575 y 4 y 142 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, toda vez que acepta como normas aplicables al caso las disposiciones contempladas en el Código Civil relativas a la responsabilidad extracontractual, en circunstancias que no correspondía aplicarlas, por cuanto tanto el niño agresor como el niño agredido estaban ligados por una matrícula en el establecimiento educacional, por lo que el asunto se encontraba regido por las normas de la responsabilidad contractual;

2º) Que al explicar cómo los errores de derecho denunciados han influido en lo dispositivo del fallo, explica que de haberse aplicado el artículo 4º de la Ley Nº 18.575 y las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades se habría arribado a la conclusión que la responsabilidad de la Municipalidad de Vallenar es de naturaleza legal o contractual, lo que hacía inaplicable las normas del Código Civil contempladas en los artículos 2320 y siguientes;

3º) Que son hechos de la causa por así haberlos establecido los jueces del fondo, los siguientes:

a.- No ha resultado controvertido la existencia del hecho dañoso, ni menos la participación que le cabría en él a un alumno perteneciente a la Escuela Municipal D Nº 59 cuyo sostenedor es la demandada Municipalidad de Vallenar (considerando segundo de la sentencia de primera instancia)

b.- El día sábado 26 de abril de 2003, en horas de la tarde, en circunstancias que en la Escuela Municipal D 59 de Vallenar se desarrollaba una jornada de recuperación de clases con los cursos de kinder y de primero a cuarto básico, el curso correspondiente al nivel de Kinder, a cargo de la educadora de párvulos Ana María Rojas y la ayudante Doris Páez, llevaron a los niños al comedor del establecimiento para servir la leche, momento en el cual el menor de ese nivel José Ignacio Rivero Trincado se trasladó hacia el baño de los niños grandes, lugar en que otro niño mayor procedió a violentarlo mediante la introducción de su dedo en el ano del menor, a raíz de lo cual sufrió irritación anal, sin lesiones internas, y esfínter anal relajado.

El autor de dicho acto sería el menor Carlos Javier Olivares Vásquez de 12 años de edad a la época de los hechos, alumno regular del 5º año A de la Escuela Municipal D 59 de Vallenar (considerando segundo de la sentencia de primer grado);

c.- Tanto el menor como su madre sufrieron daño de naturaleza moral, al señalar la perito (psicóloga Claudia Caimanque Encina) en la parte conclusiva de su informe, que el menor fue víctima de abuso y agresión sexual a través de la intimidación, donde el menor agresor utilizó la presión para consumar su acto, presión que tiene que ver con la edad y físico del niño agresor, quien fue visto por José Ignacio como una persona mala y abusiva, por el poder ejercido por éste.

Que el estrés post traumático vivido por el niño, producto del hecho abusivo, se presenta en una variada sintomatología asociada, como es pesadillas, embotamiento afectivo, la estigmatización, que influye en gran medida en la autoimagen y en su autoestima, sentimientos de indefensión,

existiendo entonces cierta vulnerabilidad, imposibilidad de él de controlar o frenar el abuso generado por una actitud de retraimiento y pasividad frente al actor.

Junto con ello ha incorporado problemas de conducta, como miedos, ansiedad, angustia, sentimientos depresivos, baja autoestima, niveles medios de agresividad y gran desconfianza ante niños mayores que él y hacia los adultos.

Que también es perceptible su miedo a la cercanía física con otros, algo así como poco demostrativo al momento de realizar acciones relacionadas con cariño, donde el contacto físico es escaso y prefiere mantener distancia y alejamiento frente a estos actos.

Que producto del tiempo transcurrido desde la agresión hasta ahora, el daño se ha mantenido e incrementado en algunos aspectos (considerando tercero de la sentencia de primera instancia);

d.- Lo anterior es más evidenciado en la madre, quien aún revela fuertes sentimientos de impotencia frente al establecimiento educacional, el cual no fue capaz de brindarle alguna ayuda profesional de manera inmediata, quien se mantiene en una depresión producto de lo mismo.

Que tanto el niño como su madre no han sido incorporados a un programa de reparación especializado respecto del hecho abusivo, a fin de tratar el daño emocional y psicológico, por lo que aún existen claras secuelas en lo sucedido (considerando tercero de la sentencia de primera instancia);

e.- El menor agresor, Carlos Javier Olivares Vasquez, presentaba con anterioridad al hecho graves problemas de conducta al interior del colegio, tales como golpear a sus compañeros, quitarle las colaciones y el dinero, y que su mala conducta era un hecho conocido dentro de la comunidad docente (considerando sexto de la sentencia de primera instancia);

f.- Con anterioridad al hecho, el colegio fue informado por un profesional competente de la conveniencia que el menor Carlos Javier no asistiera al colegio, sin embargo los hechos demuestran que este continuó asistiendo a la escuela (considerando sexto del fallo de primer grado);

g.- Aquel día de la agresión, fue un propio funcionario del establecimiento quien admite la presencia del menor agresor en el interior del colegio, del cual no hubo custodia suficiente (considerando sexto de la sentencia de primera instancia);

4º) Que en base a tales hechos, los jueces del fondo, primeramente descartaron la aplicación del estatuto jurídico de la responsabilidad contractual por cuanto la fuente de la obligación aquí invocada emana de un hecho ilícito atribuible a la falta de cuidado o diligencia, que no guarda relación alguna con las obligaciones y deberes que emanan de la relación contractual que nace de la matrícula educacional y que solo vincula a los padres y alumnos con los profesionales del establecimiento educacional, en lo que respecta a sus relaciones formativas, educacionales y disciplinarias.

Estimaron también que hubo culpa por parte de los funcionarios y profesionales docentes de la Escuela Municipal D Nº 59 de Vallenar, en la supervigilancia del menor Carlos Javier y en el cuidado del menor José Ignacio, quienes se encontraban bajo su cuidado, verificándose en consecuencia la hipótesis contemplada en el artículo 2320 inciso 4º del Código Civil, la que representa una presunción de culpa, lo que atendido al hecho que la demandada no ha acreditado en su actuar la debida diligencia y cuidado, le genera de suyo responsabilidad, la que no se altera por la hipótesis del artículo 2321 del Código Civil, toda vez que los menores se encontraban con anterioridad al hecho y durante la ocurrencia de éste, a cargo de los funcionarios y profesionales docentes de la Escuela Municipal D Nº 59 de Vallenar.

Sostuvieron además que atendida la culpa establecida por la falta de cuidado, cabía concluir que ésta se ha generado principalmente por una falta de servicio, la que forzosamente genera responsabilidad

y habiéndose establecido el vínculo sostenedor de la demandada respecto de la escuela Municipal D Nº 59 de Vallenar y por expresa aplicación del artículo 142 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, ésta se comunica a la Ilustre Municipalidad de Vallenar, sin perjuicio de la facultad de ésta de repetir en contra del o los funcionarios que hubieren incurrido en falta personal, naciendo de ello su obligación de resarcir el daño provocado por sus agentes o dependientes.

Finalmente estimaron plenamente aplicables al caso los artículos 38 de la Constitución Política de la República, 4º de la Ley Nº 18.575 y 4 y 142 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, que apuntan a la responsabilidad civil del Estado, a través de sus órganos, como tercero civilmente responsable, por el total del daño, sin perjuicio como se encargan de señalar, de la responsabilidad que también afecta al autor del hecho del dependiente, responsabilidades que no obstante tienen su origen en hechos distintos al igual que en el caso de la responsabilidad civil contenida en el artículo 2320 del Código Civil;

5º) Que entrando al análisis del recurso, cabe considerar que la municipalidad demandada estima errónea la aplicación del estatuto jurídico utilizado en la sentencia, por considerar que la controversia debía ser resuelta por las normas de la responsabilidad contractual o legal, para luego añadir en su recurso, que si se hubiesen aplicado el artículo 4º de la Ley Nº 18.575 y las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades se habría arribado a la conclusión que la responsabilidad de la Municipalidad de Vallenar es de naturaleza legal o contractual, lo que hacía inaplicables las normas de los artículos 2320 y siguientes del Código Civil.

Sin embargo tal planteamiento debe ser descartado, por cuanto, tal como sostuvieron los sentenciadores y de acuerdo a los presupuestos fácticos acreditados en autos, la indemnización demandada, ha tenido su origen en un hecho ilícito, lo que lleva desde ya a desechar la responsabilidad contractual invocada por la demandada;

6º) Que de esta manera el estatuto jurídico aplicado al caso, ha sido el correcto, en cuanto a una responsabilidad de carácter extracontractual que gobierna esta litis;

7º) Que no obstante coincidir esta Corte Suprema, con lo concluido por los sentenciadores del grado, en cuanto a acoger la demanda, cabe hacer presente algunas consideraciones, en atención a que de la redacción de los fallos de primera y segunda instancia, se advierte una mezcla de disposiciones tanto del Código Civil como de la Constitución Política de la República, de la Ley Nº 18.575 y de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, que fueron invocadas para sustentar la responsabilidad de la demandada.

En efecto, el estatuto correspondiente a la Falta de servicio es diferente de la responsabilidad regulada por el Código Civil, y así, en el caso sublite hubo falta de servicio, al no cuidarse al menor agredido en la forma como se esperaba por parte de la Administración, y ello conforme al artículo 142 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, hace responsable al municipio demandado;

8º) Que además, en la noción de falta de servicio, la actuación del funcionario propiamente tal, no resulta relevante, sino lo que interesa es que la Administración no actúe en la forma esperada, actúe mal, o actúe tardíamente, por lo tanto, tampoco aparece aceptable hablar de falta personal como lo hace el fallo, la que solo se da en el evento de una extrema negligencia, o dolo, de parte del funcionario, y en ese solo caso, el Estado sin desligarse de su propia responsabilidad, puede repetir contra el personal que incurrió en la negligencia extrema.

Tampoco y por la misma razón, puede mencionarse que existió culpa de algún funcionario;

9º) Que efectuadas las precisiones que anteceden, solo cabe desestimar el recurso de nulidad intentado por cuanto, tal como se señaló, de aplicarse la normativa invocada en el recurso, se llega

a la misma conclusión arribada por los sentenciadores de la instancia en orden a que la demanda debe ser acogida.

De conformidad además, con lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fojas 178 contra la sentencia de veintiséis de octubre de dos mil seis, escrita a fojas 175.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Pierry.

Rol Nº 6346-2006.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry y los Abogados Integrantes señores Arnaldo Gorziglia y Rafael Gómez.

No firma el abogado integrante señor Gorziglia, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo por estar ausente.

Santiago, 05 de marzo de 2008.

Autorizado por la Secretario subrogante de esta Corte Sra. Carola Herrera B.

MATERIA
Deber de probar la falta de servicio

TRIBUNAL COMPETENTE
Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en el Fondo
Rol: 3894-2008
Fecha: 27.05.2010
Resultado recurso: Acogido y sentencia de reemplazo.
Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz y Mónica Maldonado
Ministro redactor: Héctor Carreño Seaman.
Partes: Eliana Rosa Silva Hernández con Municipalidad de Antofagasta.

DESCRIPTORES
Criterio de Imputación – Responsabilidad del Estado – Falta de Servicio – Carga de la Prueba – Municipalidad – Acera.

PRINCIPIO JURÍDICO
La falta de servicio es una calificación jurídica que siempre depende de los hechos.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Art. 141 Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades; Arts. 764, 767 y 805 Código de Procedimiento Civil.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Es necesario probar la falla del servicio en el sistema de responsabilidad por falta de servicio?

¿La calificación de un hecho como falta de servicio puede ser revisada por medio del recurso de Casación en el Fondo?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
Eliana Silva resbaló y rodó cuando se trasladaba por la vereda de la calle Baquedano, ciudad de Antofagasta, sufriendo daños en un tobillo y en el hombro izquierdo. Las lesiones se produjeron por el mal estado de la calle.

El tribunal y la Corte de Apelaciones acogieron la demanda por falta de servicio.
El Fisco recurrió de casación alegando que habían existido infracciones a las leyes reguladoras de la prueba.

ALEGACIONES
El fallo comete error al apreciar la prueba testifical, documental y confesional, y al alterar el *onus probandi*. La sentencia ha exigido probar a su parte que las lesiones sufridas por la demandante no eran consecuencia de la caída en la vía pública como sos-

tenía, sino de aquella sufrida en el Hospital el mismo día. Así, se ha invertido el peso de la prueba ya que le correspondía a Eliana Silva acreditar el origen de sus lesiones.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*

Tratándose de una acción seguida contra un municipio, el estatuto de responsabilidad por falta de servicio radica en el artículo 141 de la LOCM.

La falta de servicio irroga responsabilidad a la Administración si se establece que el órgano integrante de la misma no actuó debiendo hacerlo, o bien actuó tardía o defectuosamente. En consecuencia, el demandante debe precisar en qué consiste la falta de servicio que atribuye al ente edilicio demandado.

La responsabilidad referida debe ser considerada precisamente como la culpa del servicio y, por ende, continúa siendo necesario no sólo imputar sino probar la falla en la prestación en los términos antes señalados y que dicha falencia sea la causa directa del daño experimentado por la víctima.

La conclusión de que una determinada situación de hecho constituya falta de servicio implica una calificación jurídica que redundará en la aplicación de la normativa que por el recurso se dice infringida. Así, si se incurre en error al calificar una situación de hecho, se aplicará equivocadamente el derecho, cuestión que esta Corte está autorizada a revisar por ser propia de la casación en el fondo.

En este caso los sentenciadores han incurrido en una errónea aplicación de la ley producto de una equivocada calificación jurídica, dado que ésta no encuentra sustento en los hechos que se tuvieron por probados en la causa, lo que amerita que la sentencia impugnada deba ser anulada por cuanto el error en que se ha incurrido determinó el acogimiento de una demanda que debió ser rechazada.

CONCLUSIÓN

Es necesario probar la falla del servicio en el sistema de responsabilidad por falta de servicio, ya que aquella debe ser considerada como la culpa del servicio.

La calificación de un hecho como falta de servicio sí puede ser revisada por medio de la Casación en el Fondo, en tanto corresponde a una calificación jurídica.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

La Corte en esta sentencia ha sido explícita en advertirle a los litigantes que en los debates de responsabilidad del Estado no basta con sostener la infracción normativa o de obligaciones, sino se acredita fácticamente la falta de servicio. Además en esta decisión la Corte considera que, dado que la falta de servicio es un concepto normativo que siempre depende los hechos, sí puede involucrarse en su calificación en el recurso de casación, pues una mala apreciación de los hechos puede llevar a una equivocada aplicación del derecho de daños de la Administración.

Así las cosas, la Corte se ha transformado en el tribunal de decisión de los casos de responsabilidad del Estado y no de correcta aplicación del derecho. Si bien era una

práctica desde hace algunos años, en esta decisión la Corte confiese cuál es la razón que justifica proceder de ese modo.

TEXTO COMPLETO

Santiago, veintisiete de mayo de dos mil diez.

Vistos:

En estos autos ingreso Corte Nº 3894-08, caratulados "Silva Hernández Eliana Rosa con I. Municipalidad de Antofagasta", sobre juicio ordinario, por sentencia del Cuarto Juzgado Civil de Antofagasta de 3 de marzo de 2008, que se lee a fojas 88, se acogió la demanda sólo en cuanto se condenó a la demandada a pagar a la actora, a título de indemnización por daño moral, la suma de $ 3.000.000 (tres millones de pesos).

Apelado que fuera este fallo, por sentencia de 3 de junio de 2008 que está escrita a fojas 107, la Corte de Apelaciones de Antofagasta lo confirmó con declaración de que la demandada quedó condenada a pagar la suma de $ 2.000.000 a título de indemnización por daño moral.

Contra esta última decisión la parte demandada dedujo recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurso denuncia, en primer lugar, infracción a las leyes reguladoras de la prueba invocándose los artículos 1698 y 1713 del Código Civil y 383 y 384 del Código de Procedimiento Civil. Aduce que el fallo comete error al apreciar la prueba testifical, documental y confesional, y al alterar el onus probandi.

Segundo: Que se sostiene que con la documental aportada por la demandante no se acredita ningún hecho, por cuanto se trata sólo de fotocopias o instrumentos privados emanados de la misma parte que no dan fe ni permiten presumir siquiera su fecha de expedición y menos dar valor a las declaraciones que ellos contienen. Respecto de la confesional, señala que en forma equivocada el fallo tiene por acreditado un hecho basándose sólo en la versión de la actora.

Por último, alega que la sentencia ha exigido probar a su parte que las lesiones sufridas por la demandante no eran consecuencia de la caída en la vía pública como sostenía, sino de aquélla sufrida en el Hospital el mismo día. Así, concluye, se ha invertido el peso de la prueba ya que le correspondía a la señora Silva acreditar el origen de sus lesiones.

Tercero: Que por un segundo capítulo de casación se denuncia la vulneración de los artículos 6º y 7º de la Constitución Política; 1, 2, 4 y 8 de la Ley Nº 18.575; 16 letra j), 22 a 24 de la Ley Nº 19.175, y el artículo 5º de la Ley Nº 18.575.

Explica que su parte carece de legitimación pasiva porque la responsabilidad que deriva del mal estado de las aceras y calzadas recae en los Gobiernos Regionales dada su calidad de ente administrador de bienes nacionales de uso público, según se deprende de la atenta lectura de los artículos 16 letra j) y 24 de la Ley Nº 19.175, normas cuya falta de aplicación también denuncia. Este argumento, agrega, encuentra su sustento en lo previsto por el artículo 5º de la Ley Nº 19.175 que dispone que los municipios administran los referidos bienes sólo si no le corresponde hacerlo a otro órgano, de manera que no resulta procedente la aplicación que el fallo impugnado hace de lo dispuesto por el artículo 174 de la Ley Nº 18.290.

Concluye que al no existir obligación para el municipio mal puede ser condenado por falta de servicio.

Cuarto: Que la sentencia impugnada estableció los siguientes hechos:

a) "La demandante sufrió las lesiones que denuncia, el día 25 de octubre de 2006, por haberse caído en la calle Baquedano de esta ciudad (Antofagasta), por el mal estado de ésta". (Fundamento 8º del fallo de primera instancia).

b) "La actora resbaló y rodó cuando se trasladaba por la vereda de la calle Baquedano, sufriendo daños en un tobillo y en el hombro izquierdo". (Razonamiento 3º de la sentencia de alzada).

c)"Las lesiones sufridas por doña Eliana Rosa Silva Hernández, se produjeron por el mal estado de la calle por donde transitaba ésta". (Motivo 9º del fallo de primer grado).

d) No se acreditó el daño emergente ni el lucro cesante que se demandó. (Considerandos 10º y 11ºdel referido fallo).

e) "La demandante ha experimentado un perjuicio moral, por haber sufrido un atentado a su salud, al haber experimentado una contusión en su hombro izquierdo, contusión en su tobillo izquierdo y fractura sub capital del hombro izquierdo, lo que ha traído como consecuencia, tratamientos médicos y alteraciones emocionales". (Basamento 13º misma sentencia).

Quinto: Que sobre la base de los hechos antes apuntados, establecidos por la vía de las presunciones, los jueces del fondo concluyeron que al ente edilicio demandado le cabía responsabilidad, pero sin establecer en qué consistía la falla o disfunción del servicio atribuida, toda vez que resulta insuficiente la sola expresión "mal estado" que aquellos consignan, en especial si se considera que un fundamento se refiere a la vereda y otro a la calle o calzada.

Sexto: Que tratándose de una acción seguida contra un municipio, el estatuto de responsabilidad por falta de servicio radica en el artículo 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, que dispone que los municipios incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio.

Séptimo: Que en este contexto y como lo ha sostenido en reiteradas ocasiones esta Corte, la falta de servicio irroga responsabilidad a la Administración si se establece que el órgano integrante de la misma no actuó debiendo hacerlo, o bien actuó tardía o defectuosamente, de lo que sigue que el demandante debe precisar en qué consiste la falta de servicio que atribuye al ente edilicio demandado.

De otra parte, si bien la responsabilidad que se imputa a la demandada es independiente de la culpa o dolo del agente que la genera, no puede por ello concluirse que quien dice padecer daño como consecuencia de la falta de servicio esté liberado de acreditarla; esta responsabilidad debe ser considerada precisamente como la culpa del servicio y, por ende, continúa siendo necesario no sólo imputar sino probar la falla en la prestación en los términos antes señalados y que dicha falencia sea la causa directa del daño experimentado por la víctima.

Octavo: Que, en el presente caso, la falta de servicio que se atribuye a la Municipalidad de Antofagasta no aparece establecida de manera alguna en la especie, pues los hechos que se han dado por acreditados conforme se indica en el considerando cuarto no son suficientes para concluirla.

Noveno: Que la conclusión de que una determinada situación de hecho constituya falta de servicio implica una calificación jurídica que redundará en la aplicación de la normativa que por el recurso se dice infringida. Así, si se incurre en error al calificar una situación de hecho, se aplicará equivocadamente el derecho, cuestión que esta Corte está autorizada a revisar por ser propia de la casación en el fondo.

Décimo: Que en este caso los sentenciadores han incurrido en una errónea aplicación de la ley producto de una equivocada calificación jurídica, dado que ésta no encuentra sustento en los hechos que se tuvieron por probados en la causa, lo que amerita que la sentencia impugnada deba ser anulada por cuanto el error en que se ha incurrido determinó el acogimiento de una demanda que debió ser rechazada.

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de la presentación de fojas 124 en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de tres de junio de dos mil ocho, escrita a fojas 107, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin previa vista, pero en forma separada.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro señor Carreño.

Rol Nº 3894-2008.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y la Sra. Mónica Maldonado Fiscal Judicial. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo la Sra. Maldonado –Fiscal Judicial– por estar con licencia médica. Santiago, 27 de mayo de 2010.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a veintisiete de mayo de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

MATERIA
Forma de evaluar la falta de servicio

ÓRGANO COMPETENTE
Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en la Forma y en el Fondo
Rol: 3172-2008
Fecha: 19.01.2010
Resultado recurso: Rechazado
Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones y Adalis Oyarzún Miranda.
Ministro minoría: El Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia Balbi.
Ministro redactor: El Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia Balbi.
Partes: Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu con Fisco.

DESCRIPTORES
Responsabilidad del Estado – Falta de Servicio – Delitos – Orden Público – Municipalidad

PRINCIPIO JURÍDICO
La responsabilidad por falta de servicio debe observarse de acuerdo a estándares y exigencias medias que correspondan al organismo en concreto.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Art. 4º Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 142 Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades; Art. 2314 Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Cómo debe evaluarse la falta de servicio?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
El propietario de la Hacienda Lleu Lleu había desarrollado un proyecto turístico e inmobiliario en la localidad de Cañete, provincia de Arauco. Desde el año 1995, sus vecinos, la Comunidad Mapuche Pascual Coña, habría comenzado una serie de acciones dirigidas a turbar la posesión y tranquilidad del predio, puesto que según ellos parte de éste sería de dominio de dicha comunidad y esto justificaría el permanente hostigamiento iniciado en contra de la sociedad. Se produjeron sucesivas ocupaciones de facto de parte del predio, hurto de pastos, destrucción de cercos y alambradas. Los propietarios interpusieron dos recursos de protección en contra de la comunidad, que fueron acogidos en su oportunidad.

Los dueños del predio han denunciado permanente y sistemáticamente los hechos a Carabineros y otras autoridades por recurrentes y consecutivos hechos de violencia,

solicitando protección, pero los incidentes y violencia no se han acabado, pese a que las autoridades adoptaron medidas.

La Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu demandó al Fisco en juicio de indemnización de perjuicios, la que fue rechazada por el tribunal de primera instancia. Dicha sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción. Frente a este último pronunciamiento, el demandante interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*

Según lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, existe falta de servicio cuando éste ha funcionado deficientemente, no ha funcionado, debiendo hacerlo, o lo ha hecho en forma tardía. En este caso tal situación no ha ocurrido desde que, según se dejó asentado por los jueces del mérito, el Estado intentó evitar los hechos delictuales de que fue víctima la parte demandante, actuando conforme a su capacidad instalada y de acuerdo a los medios humanos y disponibles (C. 8).

Para establecer la falta de servicio debe considerarse la actuación de la Administración en relación a los medios de que dispone para ello. Se trata pues de un deber de actuación en concreto, tomando en consideración las particularidades de cada organismo administrativo. Fue justamente ése el espíritu del legislador, según es posible advertir del informe de la Comisión de Estudio de las Leyes Constitucionales de fecha 6 de diciembre de 1983, dirigido al Presidente de la República, el que al referirse al mal funcionamiento del servicio, en la página 10, señala que éste existe cuando "la Administración no cumple con su deber de prestar servicio en la forma exigida por el legislador, no obstante disponer de los recursos para ello y no concurrir ninguna causal eximente" (C. 9).

En este caso es dable concluir que la Administración, esto es Carabineros –que sólo puede entenderse órgano de la Administración en tanto cumple las normativas que imparte el gobierno superior del Estado– adoptó todas las medidas de seguridad que le resultaron posibles de acuerdo a sus recursos en relación a los hechos delictuales que afectaron a la parte demandante, de manera que los jueces del fondo al resolver como lo hicieron no han incurrido en el error de derecho que se les imputa.

A mayor abundamiento, el concepto de falta de servicio supone (fundamentalmente), que se ocasione el daño, sin que en estos autos se haya establecido la relación de causalidad entre los daños sufridos por el actor y la actuación de las autoridades administrativas o de Carabineros, considerado como órgano de la Administración, que lo hace de acuerdo a órdenes impartidas. En efecto, no es posible estimar de una manera razonable que el origen de los daños está en la conducta imputada a las autoridades de Gobierno, a los Tribunales de Justicia o, principalmente, a la actuación de Carabineros.

CONCLUSIÓN

La falta de servicio debe evaluarse en relación a los concretos medio de actuación de los cuales dispone la autoridad para intervenir en un caso concreto.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia es relevante porque la Corte trata de señalar bajo qué condiciones, pese a existir actuación pública, es posible la falta de servicio. En opinión de la Corte ello sólo sería posible juzgando los medios materiales de los cuales dispone la autoridad en el momento de que se trate.

TEXTO COMPLETO

Santiago, diecinueve de enero de dos mil diez.

Vistos:

En estos autos rol Nº 3172-2008, juicio ordinario de indemnización de perjuicios, caratulados "Inmobiliaria Hacienda Lleu Lleu S.A. con Fisco de Chile", la parte demandante dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción que confirmó la de primera instancia que rechazó la demanda.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

En cuanto al recurso de casación en la forma:

Primero: Que el recurso de nulidad formal invoca el vicio contemplado en el artículo 768 Nº 5 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 170 Nº 4 del mismo Código, y los números 5 y 6 del Auto Acordado de esta Corte sobre la forma de redactar las sentencias. Señala el recurso que a pesar de la abundante prueba acompañada a la causa no existe un análisis de ella ni en primera ni en segunda instancia. La sentencia no señala cual es la prueba rendida que la lleva a concluir que el Estado no debe responder por los hechos señalados en la demanda, tampoco las que permiten concluir que se ha implementado toda una estructura policial con mayor poder de reacción en la zona donde está la hacienda Lleu Lleu, ni la imposibilidad de impedir las acciones delictuales. No se analizó la prueba que acredita la permanente denuncia de amenazas y el pedido de auxilio que formuló su parte. Tampoco indica con que medio de prueba arriba a la conclusión de que la dotación de carabineros es la adecuada para el número de habitantes, ni de donde resulta la razonabilidad de las medidas adoptadas. Cada una de las conclusiones del tribunal carece de fundamentación porque al hacerla no se invoca en forma precisa las pruebas de las que ello se desprende. No se hizo un análisis de la prueba existente en la causa, de la que se desprende que las autoridades de gobierno no dieron crédito a las amenazas que se denunciaron, y minimizaron los hechos.

Segundo: Que en lo que dice relación con el vicio denunciado, luego de examinada la sentencia de segundo grado, confirmatoria de la de primera instancia, y el tenor del recurso deducido, debe concluirse que éste no se ha configurado puesto que, a diferencia de lo que en él se afirma, sí tiene las consideraciones de hecho necesarias para arribar a la conclusión definitiva, siendo cuestión muy diferente que el contenido de las fundamentaciones del fallo no sean del agrado de la parte demandante y que no las comparta, pero ello no las transforma en inexistentes. De su lectura es posible advertir que analiza la prueba rendida, efectúa la ponderación de ella y establece los hechos de la causa, determinando las consideraciones de derecho que llevan al tribunal a decidir de la forma que lo hizo. En efecto, el fallo de primer grado en los motivos vigésimo cuarto, vigésimo quinto y vigésimo sexto, mantenidos por el de segundo grado, efectuó el análisis de la prueba rendida, señalando expresamente los medios probatorios con los cuales tuvo por acreditados los hechos que estableció. Por su parte la sentencia impugnada en sus considerandos décimo a decimoquinto efectúa también un análisis de la prueba rendida por las partes, señalando en cada caso los hechos

que con dichas probanzas se establecen, concluyendo de éstos en los considerandos posteriores que no concurre la falta de servicio.

Lo que realmente se reclama por esta vía es la ponderación que los jueces hicieron de las diversas probanzas existentes en la causa, lo que desde luego no es materia del recurso de casación en la forma.

Tercero: Que, por lo reflexionado precedentemente, el presente recurso de casación en la forma no puede prosperar.

En cuanto al recurso de casación en el fondo.

Cuarto: Que el recurso señalado en el epígrafe denuncia la infracción de los artículos 4º y 42 inciso 1º de la Ley Nº 18.575, error que se produce al entender el fallo que para determinar la falta de servicio en este caso debe atenderse a lo que conforme a los medios de que se disponía era posible hacer y se hizo. De acuerdo a la tesis del tribunal la falta de servicio queda reducida al caso en que la institución existente actúa mal, concepto que es erróneo por cuanto, limita su noción. La ley no habla de falta del servicio, sino de falta de servicio.

En este caso se juzgó al servicio existente y su actuación, sin extender el juicio al que debió haberse proporcionado, al necesario. Alega el recurso que si hay falta de servicio cuando el que existe actúa mal o en forma deficiente, con mayor razón la hay si no existe o éste es insuficiente. El alcance dado por los sentenciadores a dicho concepto importa su negación, ya que en su primera acepción la falta de servicio es carencia del mismo. Luego señala que la acepción que al concepto legal le da la Corte de Apelaciones de Concepción contraría la Constitución, por cuanto afecta la garantía de igualdad ante la ley, al pretender los jueces del fondo que el demandante debe soportar los problemas generados por una cuestión del Estado y la sociedad chilena, y no se soporten en cambio por toda la sociedad en forma equitativa. Además va contra la evolución de todo el sistema de responsabilidad por daños, en Chile y el mundo, desde que el derecho contemporáneo centra el sistema en la protección de la víctima.

Quinto: Que señalando la forma en que estos errores influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo argumenta que de haber entendido correctamente la noción de falta de servicio, el fallo habría acogido la demanda.

Sexto: Que para entrar al análisis del recurso es preciso tener presente que se establecieron como hechos de la causa tanto en la sentencia de primer grado, en considerandos que la de segunda instancia mantuvo, como en esta última:

– que la parte demandante solicitó en diversas oportunidades de distintas autoridades administrativas la protección que estimaba procedente frente a los hechos generados por el conflicto mapuche de la zona. (considerando vigésimo cuarto de la sentencia de primer grado);

– que estas peticiones fueron atendidas oportunamente por tales autoridades. (considerando vigésimo cuarto de la sentencia de primer grado);

– que entre el 9 de enero de 1998 y el 31 de mayo de 1999 se efectuaron en el sector del predio de la demandante trescientos veinte servicios policiales, lo que implicó la utilización de un elevado número de recursos humanos y materiales, atendida la dotación y medios materiales disponibles. (considerando vigésimo sexto de la sentencia de primer grado);

– que la destinación policial no siempre fue efectiva, atendido por una parte la forma de actuar de los activistas mapuches y por otra las constantes denuncias de la demandada sobre ataques a su propiedad que no siempre se concretaban lo que importaba la distracción de personal de servicio. (considerando vigésimo sexto de la sentencia de primer grado);

– que el Estado tanto a través de las autoridades administrativas como por medio de los órganos policiales ha actuado dentro de lo que es posible esperar atendidas las circunstancias del conflicto en la zona y los medios humanos y materiales con los que cuenta, poniendo de su parte todos los recursos disponibles para evitar los perjuicios sufridos por la parte demandante. (considerando vigésimo séptimo de la sentencia de primer grado);

– que carabineros mantuvo en un momento personal permanente en la propiedad del actor. (considerando undécimo de la sentencia de segundo grado);

– que el actor sufrió daños en su propiedad por los conflictos generados por un grupo de mapuches. (considerando décimo sexto);

– que carabineros cumpliendo sus funciones propias y las ordenadas por los Tribunales, con los medios de que disponen, intentó evitar estos actos delictuales, lo que no pudo hacer en su totalidad. (considerando décimo sexto);

– que aún cuando se ha implementado toda una infraestructura policial con mayor poder de reacción estos hechos subsisten. (considerando décimo sexto de la sentencia de segundo grado);

– que el Estado actuó conforme a su capacidad instalada y con los medios humanos y materiales disponibles. (considerando vigésimo cuarto).

Séptimo: Que de acuerdo a los hechos establecidos, los jueces concluyeron que no existió falta de servicio por parte del Estado.

Octavo: Que según lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, existe falta de servicio cuando éste ha funcionado deficientemente, no ha funcionado, debiendo hacerlo, o lo ha hecho en forma tardía. En el caso de autos tal situación no ha ocurrido desde que, según se dejó asentado por los jueces del mérito, el Estado intentó evitar los hechos delictuales de que fue víctima la parte demandante, actuando conforme a su capacidad instalada y de acuerdo a los medios humanos y disponibles.

Noveno: Que, en efecto, para establecer la falta de servicio debe considerarse la actuación de la administración en relación a los medios de que dispone para ello. Se trata pues de un deber de actuación en concreto, tomando en consideración las particularidades de cada organismo administrativo. Fue justamente ése el espíritu del legislador, según es posible advertir del informe de la Comisión de Estudio de las Leyes Constitucionales de fecha 6 de diciembre de 1983, dirigido al Presidente de la República, el que al referirse al mal funcionamiento del servicio, en la página 10, señala que éste existe cuando "la Administración no cumple con su deber de prestar servicio en la forma exigida por el legislador, no obstante disponer de los recursos para ello y no concurrir ninguna causal eximente".

Décimo: Que en el caso de autos, atento los hechos establecidos por los jueces del mérito es dable concluir que la Administración, considerando a Carabineros –que sólo puede entenderse órgano de la Administración en tanto cumple las normativas que imparte el gobierno superior del Estado– adoptó todas las medidas de seguridad que le resultaron posibles de acuerdo a sus recursos en relación a los hechos delictuales que afectaron a la parte demandante, de manera que los jueces del fondo al resolver como lo hicieron no han incurrido en el error de derecho que se les imputa.

Undécimo: Que, a mayor abundamiento, el concepto de falta de servicio supone –fundamentalmente– que se ocasione el daño, sin que en estos autos se haya establecido la relación de causalidad entre los daños sufridos por el actor y la actuación de las autoridades administrativas o de Carabineros, considerado como órgano de la Administración, que lo hace de acuerdo a órdenes impartidas. En efecto, no es posible estimar de una manera razonable que el origen de los daños está en la

conducta imputada a las autoridades de Gobierno, a los Tribunales de Justicia o, principalmente, a la actuación de Carabineros.

Duodécimo: Que atento lo razonado en los considerandos anteriores el recurso de casación en el fondo no puede prosperar.

De conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 765, 766, 767, 768, 805 y 806 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se rechazan los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos, respectivamente, en lo principal y primer otrosí de la presentación de fojas 607, contra la sentencia de treinta y uno de enero de dos mil ocho, escrita a fojas 600.

Acordada la decisión de rechazar el recurso de casación en el fondo con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Gorziglia quien estuvo por acogerlo, y dictar la sentencia de reemplazo que revoque el fallo de primer grado, en atención a los siguientes fundamentos:

1º) Que estima el disidente que en el caso de autos el fallo recurrido incurrió en infracción al artículo 4º y 42 inciso primero de la Ley Nº 18.575, al interpretar erróneamente dichas disposiciones, al considerar que en la última norma citada la falta de servicio en ella mencionada se encuentra limitada en su alcance a la calidad de la actuación ejercitada por los órganos policiales y otras autoridades, atendidos los medios humanos y materiales disponibles en la zona del conflicto mapuche, de todo el mundo conocido y absolutamente previsible.

2º) Que tal limitación no se desprende de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, por el contrario, la falta de servicio no se encuentra limitada a los recursos materiales y humanos que el Estado destina a una finalidad específica, cuyo es el caso del conflicto mapuche, sino al deber y capacidad del Estado para proteger a las víctimas de los atentados tan comunes y frecuentes en la zona.

3º) Que el Estado dispone de la legislación adecuada y de los medios humanos y materiales más que suficientes para evitar los daños sufridos por el recurrente, pero tales medios no han sido destinados en cantidad y calidad suficientes y con las instrucciones adecuadas que ameritan los conflictos en la zona mapuche, desde que la apreciación de la falta de servicio debe ser efectuada en razón de los medios que el Estado dispone y no de los que ha destinado a la zona que es claro que resultaron insuficientes y es en ese aspecto en el que radica la falta de servicio.

4º) Que por las razones anteriormente señaladas este disidente estima que se ha configurado falta de servicio, por parte del Estado, como se desprende claramente de los hechos que dio por establecidos el fallo de la instancia.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Gorziglia.

Rol Nº 3172-2008.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y el Abogado Integrante Sr. Arnaldo Gorziglia. No firman, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo los Ministros señores Pierry y Brito por estar ambos en comisión de servicios. Santiago, 19 de enero de 2010.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Sra. Carola Herrera Brümmer.

En Santiago, a diecinueve de enero de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

MATERIA
Falta de servicio por omisión

ÓRGANO COMPETENTE
Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en el Fondo
Rol: 2068-2009
Fecha: 18.03.2011
Resultado recurso: Acogido
Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Sonia Araneda Briones, Carlos Künsemüller Loebenfelder, Haroldo Brito Cruz y el Abogado Integrante Rafael Gómez Balmaceda.
Ministro Redactor: Héctor Carreño Seaman.
Partes: Ena Muñoz Contreras con Servicio de Registro Civil de Valparaíso.

DESCRIPTORES
Responsabilidad del Estado – Falta de Servicio – Indemnización de Perjuicios – Servicio Público – Posesión Efectiva.

PRINCIPIO JURÍDICO
Hay falta de servicio por omisión de control.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Arts. 4º y 42 Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 8º Ley Nº 19.903 sobre Procedimiento para el Otorgamiento de la Posesión Efectiva de la Herencia.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Responde el Estado cuando el daño es consecuencia de la conducta de un tercero?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
El Servicio de Registro Civil e Identificación de Valparaíso, otorgó posesión efectiva de los bienes de la madre de la demandante a un tercero sin derecho a ella, sin advertir la calidad de hija de la actora y por tanto con mejor derecho a suceder que este tercero. La falta del servicio provocó perjuicios que se tradujeron en la pérdida de una propiedad que el falso heredero vendió.

La parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Valparaíso que revocó la de primera instancia que había acogido la demanda y en su lugar la rechazó.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)
Conforme las normas contenidas en la Ley Nº 19.903 sobre Procedimiento para el Otorgamiento de la Posesión Efectiva de la Herencia, el Servicio de Registro Civil e Identificación tiene la competencia exclusiva para otorgar la posesión efectiva de las herencias originadas en sucesiones intestadas abiertas en Chile, para lo cual debe

atender a sus registros y debe conceder la posesión efectiva a todos los que poseen la calidad de herederos, aun cuando no hayan sido incluidos en la solicitud (C. 4).

La falta de servicio se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él y así doctrinaria y jurisprudencialmente se ha estimado que concurre cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente (C. 7).

La sentencia impugnada estimó que había daño para la actora, pero que éste lo había ocasionado el tercero que solicitó para sí la posesión efectiva de la causante excluyendo a la demandante. Si bien la conducta del tercero dio inicio al perjuicio causado, éste no se habría materializado si el Servicio hubiese cumplido cabalmente su misión, por cuanto si hubiera advertido la existencia de la hija de la causante no habría podido otorgar la posesión efectiva a dicho tercero, con lo cual éste quedaba impedido de obtener las inscripciones necesarias que lo habilitaban para disponer de la propiedad de la causante. Lo anterior demuestra que existe relación de causalidad entre la conducta reprochada al Servicio y el daño ocasionado (C. 8).

Se dan los elementos necesarios para que opere la indemnización de perjuicios por falta de servicio de la Administración por la conducta defectuosa de uno de sus órganos (C. 9).

CONCLUSIÓN

Es responsable el Estado de los perjuicios ocasionados por la conducta de un tercero cuando estos podrían haberse evitado si el órgano administrativo hubiese cumplido cabalmente su misión.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta decisión es relevante, pues uno de los principales problemas en responsabilidad patrimonial del Estado es constituir un caso de falta de servicio por omisión.

La razón es simple: la omisión para que sea constitutiva de título de imputación de responsabilidad, no sólo debe consistir en "omitir" una acción y que producto de ella se cause daño, es indispensable que esa omisión se produzca en un contexto de infracción a un mandato normativo concreto.

Sin embargo, esta decisión más que un caso de omisión, que la Corte lo construye como un problema de control del superior, es un asunto de cúmulo de responsabilidades, en la medida que la acción que genera el daño es el incumplimiento de obligaciones funcionarias concretas.

TEXTO COMPLETO

Santiago, dieciocho de marzo de dos mil once.

Vistos:

En estos autos rol Nº 2068-2009 sobre indemnización de perjuicios caratulados "Muñoz Contreras Ena del Carmen con Servicio de Registro Civil Valparaíso", la parte demandante ha deducido

recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Valparaíso que revocó la de primera instancia que había acogido la demanda y en su lugar la rechazó.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la recurrente sostiene que la sentencia impugnada ha incurrido en la vulneración de los artículos 38 de la Constitución Política de la República, 4 y 44 de la Ley Nº 18.575 sobre Bases de la Administración del Estado, normas que en su conjunto constituyen las bases positivas de la institución de responsabilidad del Estado por falta de servicio. Explica que el primer error del fallo se consagra en el considerando tercero, al dar a entender que la demandante no habría representado al Registro Civil el error en que incurrió, situación que no es efectiva por cuanto su parte representó por escrito el error y no obstante ello el Servicio no lo reparó. Aduce también que otro de los yerros se produce en el motivo cuarto de la sentencia cuando alude a la falta de servicio y al hecho que para calificarla deba compararse el servicio efectivamente prestado con el que debió ejecutarse; sin embargo, la sentencia no hace esa comparación. Finalmente expone que en el fundamento quinto del fallo cuestionado se exige para la concurrencia de una falta de servicio la existencia de un daño directo causado por la actuación indebida o negligente del Servicio y no de un perjuicio causado por una conducta eventualmente ilícita o indebida de un tercero, en circunstancias que ni la norma legal que sirve de sustento a la sentencia ni la doctrina requieren un daño directo. Así los artículos 4º y 44 de la Ley Nº 18.575 se refieren al "daño" sin hacer distinciones si aquel es directo o indirecto, por lo que si el legislador no ha distinguido no puede el intérprete distinguir. Por último el recurso hace referencia al daño causado con el actuar del demandado y a la relación de causalidad existente entre la conducta reprochada y el perjuicio.

Segundo: Que al explicar cómo los errores de derecho influyen en lo dispositivo de la sentencia refiere que de haberse aplicado correctamente las normas citadas como infringidas se habría confirmado el fallo de primera instancia que condenó al Servicio de Registro Civil a pagar a la demandante una indemnización por falta de servicio al haber otorgado la posesión efectiva de la herencia de su madre a quien no tenía la calidad de heredero.

Tercero: Que son hechos de la causa, por así haberlos establecido los jueces de la instancia, los siguientes:

A) Doña Otilia de las Mercedes Contreras Roco falleció con fecha 31 de octubre de 2003 y su fallecimiento se encuentra inscrito bajo el Nº 2.051 del mismo año, en la circunscripción de Viña del Mar del Registro Civil e Identificación (considerando noveno de la sentencia de primer grado).

B) Doña Ena del Carmen Muñoz Conteras (sic) nació el 23 de febrero de 1947, siendo inscrita bajo el Nº 472 en el Registro de Nacimientos del año 1947 de la Circunscripción de Viña del Mar del Servicio de Registro Civil e Identificación, siendo sus padres don Luis Roberto Muñoz y doña Otilia de las Mercedes Contreras Roco (fundamento noveno del fallo de primera instancia).

C) Por resolución Nº 15.913-05 de 21 de marzo de 2005, el Servicio de Registro Civil e Identificación, Circunscripción de Viña del Mar, concedió la posesión efectiva de la herencia quedada al fallecimiento de doña Otilia de las Mercedes Conteras (sic) Roco a Eduardo José Conteras (sic) Céspedes, herencia que se encontraba inscrita a su nombre a fojas 3405 Nº 44456 del Registro de Propiedad del año 2005 del Conservador de Bienes Raíces de Viña Del Mar, respecto de la propiedad ubicada en calle Souther Nº 595, Población Miraflores, Viña del Mar (motivo noveno del fallo de primera instancia).

D) Con fecha 9 de junio de 2005 Eduardo José Contreras Céspedes vendió la propiedad individualizada a doña Mónica del Carmen Jiménez Parra, en la suma de $ 12.000.000, por escritura

pública otorgada ante el Notario Público de Valparaíso don Luis Fischer Yávar e inscrita a fojas 3919 Nº 5 del Registro de Propiedad del año 2005 del Conservador de Bienes Raíces de Viña del Mar (fundamento noveno del la sentencia de primer grado).

E) En la contestación de la demanda el Servicio de Registro Civil expresa que con fecha 7 de marzo de 2005 Eduardo José Conteras (sic) Céspedes presentó ante la oficina de Viña del Mar del Servicio de Registro Civil e Identificación la solicitud de posesión efectiva Nº 236, informando como presuntos herederos de la causante exclusivamente a él mismo y a doña Rosa Albina Céspedes Acosta, es decir, omitió incluir como heredera en la referida solicitud a la demandante de autos, hija de la causante.

F) En la misma contestación, el Servicio demandado reconoce que en este caso se examinó si la solicitud cumplía con los requisitos establecidos en la ley; luego se analizaron los antecedentes entregados por el solicitante y se procedió a establecer la ubicación particular suya dentro del orden de sucesión, que en el caso de autos se trató de una sucesión de cuarto orden. Posteriormente se realizó una búsqueda exhaustiva en la base de datos del Servicio, concentrada en establecer la presencia de personas ascendientes o descendientes de la causante por línea directa, a fin de descartar la presencia de herederos que fueren cabeza de orden preferente. Los sistemas computacionales consultados no arrojaron evidencia acerca de herederos excluyentes, así como la presencia de hijos ni de ningún otro heredero de derecho preferente por sobre el solicitante. Sin embargo, dado que se contaba con la información de que la causante había contraído matrimonio en la ciudad de Viña del Mar en el año 1944 y que el sistema no arrojó herederos de mejor derecho (hijos), se procedió a efectuar una búsqueda manual de los posibles hijos de esta pareja, para lo cual se consultó un programa computacional que permite arrojar un listado de todas las personas, clasificadas según los datos que se le proporciona, denominado "monito web", a fin de que mostrara todas las personas con apellidos Muñoz Contreras entre los años 1944 a 1964, revisando un número importante de uno por uno, sin resultados positivos. Al no arrojar la presencia de hijos, se pasó al orden siguiente el de los hermanos y se estableció que todos ellos se encontraban fallecidos con anterioridad a la causante, por lo que ante una causante viuda, sin hijos, sólo figuraba como único heredero vivo el sobrino nieto, quien era hijo de un sobrino, a su vez, hijo de una hermana de la causante, Eduardo José Contreras Céspedes, por lo que a él se le concedió la posesión efectiva.

Cuarto: Que de acuerdo a tales hechos los jueces del fondo estimaron que, conforme las normas contenidas en la Ley Nº 19.903, el Servicio de Registro Civil e Identificación tiene la competencia exclusiva para otorgar la posesión efectiva de las herencias originadas en sucesiones intestadas abiertas en Chile, para lo cual debe atender a sus registros y debe conceder la posesión efectiva a todos los que poseen la calidad de herederos, aun cuando no hayan sido incluidos en la solicitud. Aludieron también a la obligación de publicar la resolución que concede la posesión efectiva, lo que persigue que la comunidad conozca quienes aparecen como herederos de determinada persona, y así quienes se pretenden preteridos pueden recurrir al Servicio con el fin de que se reparen los errores que pudieren haberse cometido al omitir a algún heredero, lo que no es óbice para que entablar las acciones que se estimen pertinentes por la actuación ilegal del Servicio. En cuanto a la falta de servicio, consideraron que exige calificar de defectuoso el funcionamiento del servicio público, y esa calificación supone comparar el servicio efectivamente prestado con el que debió ejecutar el órgano de la Administración; y que con todo, para que pueda optarse a la reparación del daño por quien se pretende afectado, debe tratarse de un daño directo causado en forma inmediata por la actuación indebida o negligente del Servicio y no de un perjuicio causado por una conducta eventualmente ilícita o indebida de un tercero, que fue favorecido por la actuación errada de la Administración. Por ello, en este caso, los jueces tomando en consideración que quien obtuvo la posesión efectiva de los bienes dejados por la madre de la demandante, esto es, el sobrino nieto de la difunta, es quien causó directamente el daño cuyo resarcimiento se reclama, es a él a quien

deben cobrarse los perjuicios causados y no al ente que originalmente cometió el error. Además estimaron que el daño es plenamente reparable por la vía judicial mediante las acciones de petición de herencia y reivindicatoria junto a la de indemnización de perjuicios, por lo que concluyeron que al no ser responsable el Servicio de Registro Civil e Identificación de los daños causados a la demandante, la demanda debía rechazarse.

Quinto: Que para una adecuada comprensión del asunto conviene precisar que la demandante solicita la indemnización de perjuicios por la falta de servicio que en su concepto cometió el Servicio de Registro Civil e Identificación de Valparaíso, al otorgar la posesión efectiva de su madre a un sobrino nieto de la difunta sin advertir la calidad de hija de la actora y por tanto con mejor derecho a suceder que el sobrino nieto, perjuicios que se tradujeron en la pérdida de una propiedad que el falso heredero vendió y además de daños morales.

Sexto: Que la sentencia atacada reconoce que hubo una actuación errada del Servicio de Registro Civil e Identificación y acepta también que hubo perjuicios irrogados a la actora producto de haberse concedido la posesión efectiva de su madre a un tercero con menos derecho que la demandante; sin embargo, la demanda se desecha por cuanto se estima que el daño directo fue ocasionado por el tercero que solicitó para sí la posesión efectiva excluyendo a la hija de la causante. Así, necesario resulta entonces para determinar si hubo o no error de derecho en estas afirmaciones revisar lo que es la falta de servicio, pues esa es la fuente de responsabilidad en que se ha basado la demanda, independientemente del error de referencia en dicho libelo a las normas legales que sirven de sustento a esta institución.

Séptimo: Que la falta de servicio se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él y así doctrinaria y jurisprudencialmente se ha estimado que concurre cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente. En el caso de autos, conforme a la Ley Nº 19.903, tratándose de una sucesión intestada abierta en Chile, correspondía al Servicio de Registro Civil conocer de la solicitud de posesión efectiva de la causante Otilia Contreras Roco y por mandato del artículo 8º debía concederse a todos quienes posean la calidad de herederos de acuerdo a los Registros del Servicio aludido, aun cuando no hayan sido incluidos en la solicitud. Particularmente en esta litis se ha demostrado que la demandante es hija única de la causante, que su nacimiento aparece debidamente inscrito en los Registros de la institución demandada desde el año 1947, como también consta el nombre de sus padres, por lo que frente a ello lo normal que se espera del Servicio en cuestión es que si un hijo está inscrito como tal respecto de sus padres esa situación sea advertida por la Administración al momento de pronunciarse sobre la posesión efectiva de uno de sus progenitores. Es efectivo que puede haber errores y para ello la ley otorga los mecanismos de solución, pero no es aceptable que en dos programas computacionales utilizados por la institución, a saber sistema de red familiar y programa computacional denominado "monito web" (fojas 46 de la contestación de la demanda), el sistema haya arrojado la existencia del matrimonio de la causante en el año 1944, que ella era viuda, que tenía hermanos que murieron antes que ella, que tenía un sobrino nieto y no haya podido determinar la existencia de una hija debidamente inscrita con posterioridad al año 1944, por lo que ciertamente el Servicio no funcionó como se esperaba que debía hacerlo.

Octavo: Que como antes se dijo la sentencia impugnada estimó que había daño para la actora, pero que éste lo había ocasionado el tercero que solicitó para sí la posesión efectiva de la causante excluyendo a la demandante. Si bien la conducta del tercero dio inicio al perjuicio causado, éste no se habría materializado si el Servicio hubiese cumplido cabalmente su misión, por cuanto si hubiera advertido la existencia de la hija de la causante no habría podido otorgar la posesión efectiva a dicho tercero, con lo cual éste quedaba impedido de obtener las inscripciones necesarias que lo habilitaban para disponer de la propiedad de la causante. Lo anterior demuestra que existe relación de causalidad entre la conducta reprochada al Servicio y el daño ocasionado.

Noveno: Que de acuerdo a lo relacionado precedentemente, se dan los elementos necesarios para que opere la indemnización de perjuicios por falta de servicio de la Administración por la conducta defectuosa de uno de sus órganos, y al no entenderlo así la sentencia impugnada incurre en los errores de derecho denunciados esto es respecto de los artículos 4º y 42 de la Ley Nº 18.575 (aun cuando se cite erróneamente el artículo 44, pues se transcribe el 42), que son en definitiva la fuente de la responsabilidad por falta de servicio. Si se les hubiese dado correcta aplicación, se habría confirmado la sentencia de primer grado que otorgó una indemnización de perjuicios a la actora por los daños causados, al reunirse como se ha demostrado todos los requisitos que la hacen procedente.

Décimo: Que conforme a lo anterior el recurso de nulidad en estudio será acogido, por cuanto los errores anotados han tenido influencia decisiva en el pleito, ya que de no mediar aquéllos la demanda habría prosperado.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de fojas 470 contra la sentencia de nueve de enero de dos mil nueve, escrita a fojas 467, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Acordada contra el voto del Abogado Integrante señor Rafael Gómez, quien estuvo por rechazar el recurso de casación de que se trata en virtud de los siguientes fundamentos:

A) Que en concepto del disidente los hechos demuestran que ha habido una conducta delictual por parte del solicitante de la posesión efectiva de la madre de la actora, sin la cual el perjuicio no hubiera podido gestarse.

B) Que para este tipo de situaciones el ordenamiento jurídico otorga al heredero preterido en una herencia acciones civiles y penales para obtener la restitución de los derechos que se le han desconocido.

C) Que por ello, la actuación del Servicio, si bien equivocada, ha sido motivada por el actuar ilícito de un tercero, de modo que no se dan los supuesto de una falta de servicio de la Administración.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro señor Carreño y del voto de minoría su autor.

Rol Nº 2068-2009.

Sentencia de reemplazo

Santiago, dieciocho de marzo de dos mil once.

En conformidad con lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada y de la de casación que antecede sus fundamentos séptimo a noveno.

Y se tiene además presente:

Primero: Que los perjuicios demostrados por la actora corresponden al daño material por la pérdida de una propiedad que salió del patrimonio de la causante, como consecuencia de haberse otorgado la posesión efectiva de la herencia a un tercero sin derecho a ella, daño que ha sido correctamente determinado en la sentencia apelada puesto que los demás medios de prueba allegados no logran formar convicción en este tribunal.

Segundo: Que el daño moral demandado, además de no haberse precisado en la demanda, tampoco se encuentra debidamente demostrado, pues los testigos que deponen a favor de la actora no reúnen los requisitos que contempla el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil en sus diversas reglas.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se confirma la sentencia apelada de seis de septiembre del año dos mil siete, escrita a fojas 359.

Acordada con el voto en contra del Abogado Integrante señor Gómez, quien fue de opinión de revocar el fallo de primer grado y de rechazar la demanda, por no haberse demostrado la existencia de falta de servicio.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Carreño y de la disidencia su autor.

Rol Nº 2068-2009.

MATERIA

Falta de servicio por error en criterios técnicos de una licitación

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en la Forma y en el Fondo
Rol: 1504-2008
Fecha: 26.11.2009
Resultado recurso: Acogido y sentencia de reemplazo.
Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones, Adalis Oyarzún Miranda y Benito Mauriz Aymerich.
Ministro redactor: Héctor Carreño Seaman.
Partes: Carlos Pérez y Otros con Copeva y Fisco.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado – Falta de Servicio – Bases de Licitación – Servicio de Vivienda y Urbanización – Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

PRINCIPIO JURÍDICO

Hay falta de servicio cuando hay error en criterios técnicos de una licitación.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 42 Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; D.L. Nº 1.305/1975 Reestructura y Regionaliza el Ministerio de Vivienda y Urbanismo; Art. 3º D.L. Nº 2.552/1979; Arts. 1º, 2º y 23 letra f) D.S. Nº 335/1976 Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Aprueba el Reglamento Orgánico de los Servicios de Vivienda y Urbanización; D.S. Nº 235/1986 Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Reglamento del Sistema de Participación de las Instituciones del Sector Vivienda en Programas Especiales que Indica.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Hay responsabilidad por falta de servicio cuando existen errores en los planes y programas de viviendas sociales?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Los demandantes accedieron a sus viviendas a través del Programa de Vivienda para los Trabajadores del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que opera mediante organizaciones intermediarias mandatarias que suscribieron contratos con una empresa constructora, aprobados por el Ministerio.

En junio de 1997 se produjo un temporal de lluvias, que implicó que sus viviendas resultaran gravemente afectadas por una serie de defectos y vicios de construcción, produciéndoles perjuicios materiales y morales de proporciones.

ALEGACIONES

La tesis del Servicio de Vivienda y Urbanización es que este es un problema de responsabilidad contractual entre los propietarios y la empresa constructora, ya que dicho servicio sólo se preocupa de la gestión de subsidios.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*

La falta de servicio se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del órgano administrativo en relación a la conducta normal que se espera de él; y así, doctrinaria y jurisprudencialmente, se ha estimado que concurre cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo, cuando funciona de manera irregular o tardíamente (art. 42 LOCBGAE) (C. 5 de la sentencia de reemplazo).

El D.S. Nº 335/1976 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Reglamento Orgánico de los Servicios de Vivienda y Urbanización, señala en lo pertinente: que los Servicios de Vivienda y Urbanización son instituciones autónomas del Estado, que se relacionan con el Gobierno a través del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, con personalidad jurídica de derecho público y con patrimonio propio distinto del Fisco (artículo 1º); que dicho este servicio es el organismo ejecutor de las políticas, planes y programas que disponga desarrollar el Ministerio de Vivienda y Urbanismo (artículo 2º); que dentro de las atribuciones y funciones de la Unidad Técnica de Construcciones y Urbanización del Servicio se encuentra la de confeccionar planos, tipos o modelos de viviendas económicas, mínimas, progresivas, sociales (artículo 23 letra f)). De los preceptos citados, puede deducirse que el fundamento de la actividad jurídico-administrativa del Servicio de Vivienda y Urbanización –como órgano ejecutor– consiste en preparar y desarrollar planes y programas –aprobados por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo– y elaborar modelos de viviendas, entre otras, de tipo sociales (C. 7 y 8 de la sentencia de reemplazo).

Lo anterior implica que normativamente la determinación de las características de las "viviendas de carácter social" es encargada al Ministerio de Vivienda y Urbanismo y al Servicio de Vivienda y Urbanización. Este último, por medio de la elaboración de bases técnicas, deberá desde luego definir la tipología y estándar mínimo de estas viviendas, lo que significa especificar su diseño, los elementos relativos a los materiales que deben utilizarse y sus especificaciones estructurales (C. 9 de la sentencia de reemplazo).

Contrariamente a lo sostenido por el Servicio de Vivienda y Urbanización, era jurídicamente exigible a ese organismo la elaboración de bases técnicas apropiadas para la construcción de las viviendas sociales por parte de la empresa constructora. Como se sabe, las viviendas afectadas se construyeron en el contexto del Programa Especial para Trabajadores, regulado por el D.S. Nº 235/1986 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Reglamento del Sistema de Participación de las Instituciones del Sector Vivienda en Programas Especiales que Indica. En dicho cuerpo normativo se regularon las normas de financiamiento en la adquisición de viviendas sociales, pero no se contempló ninguna sobre la forma en que debían construirse, de lo cual se deduce que dicha normativa no modificó en modo alguno los deberes impuestos al servi-

cio por su estatuto orgánico. Si se revisan los convenios suscritos por el Servicio de Vivienda y Urbanización y las entidades organizadoras en el marco de este cuerpo normativo, se aprecia que ellos señalan que corresponde al Ministerio de Vivienda y Urbanización intervenir y participar en aquellos planes y programas que tengan por finalidad colaborar en la solución del problema habitacional, en conformidad con el D.L. Nº 1.305/1975 que Reestructura y Regionaliza el Ministerio de Vivienda y Urbanismo y el D.L. Nº 2.552/1979. Este último cuerpo normativo (entre otras materias), transfirió los programas de viviendas sociales al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, indicando en su artículo 3º que estas deberán cumplir "las características técnicas, de urbanización y de equipamiento que señalen los reglamentos que dicte el Presidente de la República por intermedio" de dicho Ministerio. En consecuencia, el propio convenio suscrito por la demandada reafirma que el programa habitacional debe sujetarse a la regulación administrativa que emane del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y, por ende, del Servicio de Vivienda y Urbanismo, en materia de características técnicas de las viviendas (C. 10 a 12 de la sentencia de reemplazo).

Quedó establecido que era exigible jurídicamente al Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitano elaborar bases técnicas apropiadas para la construcción de las viviendas sociales materia de la demanda. Lo anterior hace notar que el predicamento de la demandada, fundado en que carece de responsabilidad por no ser parte de los contratos de construcción, no tiene asidero alguno, desde que el deber de servicio base de la responsabilidad extracontractual que se le atribuye tiene su origen en la normativa legal, reglamentaria y en el convenio referido (C. 14 de la sentencia de reemplazo).

En esta línea de consideraciones, corresponde determinar si el ente demandado cumplió con el deber de servicio que se ha establecido, esto es, si las bases técnicas elaboradas por esta institución fueron las apropiadas para la construcción de las viviendas sociales materia de la acción. De acuerdo a un informe emitido por CGR, la prueba testimonial y la prueba pericial (informe del Colegio de Arquitectos de Chile) rendida en el juicio, quedó acreditado que la inadecuada elaboración de las bases técnicas confeccionadas por el Servicio de Vivienda y Urbanización (lo que permite concluir, a su vez, que en la especie hubo incumplimiento de los deberes del servicio contenidos en las diversas normas citadas) fue condición suficiente y necesaria en la producción de los daños ocasionados a las viviendas sociales de los actores (C. 16 a 21 de la sentencia de reemplazo).

CONCLUSIÓN

Hay falta de servicio cuando la autoridad no elabora adecuadamente los instrumentos técnicos que sirven de base a la ejecución de una política pública y de ellos se siguen perjuicios graves para las personas.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta es una sentencia destacada, pues la Corte considera que es posible extender la responsabilidad del Estado a través del marco regulatorio de participación privada en

una política pública social, cuando las reglas técnicas sobre las cuales se debe realizar esa prestación son inadecuadas y de responsabilidad de la autoridad, aunque sean ejecutadas por un privado.

TEXTO COMPLETO

Santiago, veintiséis de noviembre de dos mil nueve.

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 786 inciso tercero del Código de Procedimiento Civil, se procede a dictar la siguiente sentencia de reemplazo:

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada de fojas 548, rectificada a fojas 574, con excepción de sus considerandos cuarto a octavo, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que estos autos se iniciaron por demanda presentada a fojas 7 por don Carlos Pérez Azócar, don Roberto Soto Fuentes, doña Jazmín Garrido González, don Sergio Beltrand Torres, don Julio Carreño Azúa, don Luis Alberto Pino Lillo, doña Jacqueline Bustamante González, don Hugo Gaete Araya, don Ismael Sanhueza Villablanca, don Rodolfo Vásquez Jelvez, don Carlos Pérez Castro, don Claudio Vargas Lastra, don Yonny Coronado Jara, don Ramón Ponce Retamales, don Juan Escobedo Atencio, don Oscar Medina Vacc, don Alfonso Irribaren Salinas, don Javier Díaz Cienfuegos, doña Olga Escanilla Ramírez, don Rodrigo Fuentes Portal, don José Cabezas Villagrán, don Jorge Pizarro Nañez, don Mauricio Pizarro Barría, doña Melania Chávez Vejar, doña María Elena Becerra Díaz, don Jorge Rojas Saldivia, doña María Díaz Vásquez, don Marco Antonio Quezada Encalada, don Alex Espinoza Baeza, doña Ester Guerrero Bañares, don Juan Carlos Navarrete Contreras, doña Berta Rodríguez Ortega, don Ever Barros Lara, doña Alicia Paz Castro, don Raúl San Martín Palma, don Claudio Reyes Ebunnur, don Iván Fuenzalida Varas, don Héctor Quezada Medina, don Eliazar Montero González, don Jorge Quezada Quezada, doña María Teresa Tello Soto, don Orlando Donoso Díaz, doña Gladys Cornejo Contreras, doña Olga Durán Illesca, don Daniel Riquelme Bastías, don Wilson Pérez Cancino, don Sergio Gálvez López, don Rosendo Ramírez Godoy, doña Nelly Saavedra Salazar, don Víctor Hugo Díaz González, doña Susana Quilaqueo Muñoz, doña Zoila Delzo Ovalle, don Jorge Quezada Encalada, don Mario Yáñez Jara, don Juan Reyes Villagra, don Roddy Pezo Montecinos, doña Gilda Inostroza Iturriaga, don Pedro Herrera Morales, doña Liliana González Silva, don Juan Ignacio Ramos Ramos, doña Hilda Fuentes Quezada, don Carlos Gallardo Acuña, doña Olga Campos Carrasco, don Gastón Cárcamo Oyarce, don Renato Faúndez Ulloa, doña Mónica Morales Urriola, doña Gladys Gutiérrez Elgueta, doña María Paz Castro, doña Rosa Figueroa Harder, don Luis Morales Arellano, don David Rojas González, doña Maritza Quezada Carrizo, doña Judith Romero Providell, don Manuel Quiñones Pardo, don Antolín Vargas Vergara, don Víctor Bravo Alarcón, doña Gloria Quilaleo Pincheira, don Manuel Ramírez Gutiérrez, doña Guacolda Arancibia Pincheira, doña Olga Ruz Espinoza, don Ricardo González González, don Nelson Cáceres Araya, doña Inés Alvarez Casas-Cordero, doña Tatiana Santana Urrutia, don Hugo Riquelme Díaz, doña Elena Tomasevich Cisterna, don Germán Solar Alarcón, don Eduardo Sepúlveda Pineda, doña Ingrid Márquez Céspedes y don Eduardo Pérez Núñez, en contra de la empresa Constructora Copeva Limitada y del Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano.

En lo que concerne a este último demandado, se le atribuye responsabilidad civil por falta de servicio en los daños y perjuicios ocasionados a sus viviendas.

En su demanda los actores afirman como hechos los siguientes:

1.- Que adquirieron sus viviendas a través de un Programa Especial de Viviendas para Trabajadores, desarrollado por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo a través de los Servicios respectivos, según lo dispone el Decreto Supremo Nº 235 de 1985 de Vivienda y Urbanismo que reglamenta el sistema de participación de las instituciones del sector de la vivienda en programas especiales de construcción.

2.- Que a través de sus mandatarios denominados "entidades organizadoras" suscribieron contratos de construcción de obra con la empresa de construcción Copeva Ltda.

3.- Que la empresa constructora construyó la población denominada "Villa Los Puertos", en la cual se encuentran los inmuebles individuales que corresponden a los señalados como sus domicilios.

4.- Que los precios de venta de los inmuebles se enteraron por intermedio del Servicio de Vivienda y Urbanismo.

5.- Que, de acuerdo al sistema de programa habitacional, se suscribieron convenios de construcción de viviendas sociales-Programas Especiales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º del mencionado D.S. Nº 235, en el que fueron partes el Ministerio de Vivienda y Urbanismo y el Servicio de Vivienda y Urbanismo. Los convenios fueron aprobados por resolución del Ministerio del ramo.

6.- Que con ocasión de las lluvias del mes de junio de 1997, sus viviendas resultaron gravemente afectadas por una serie de defectos y vicios de construcción, produciéndoles perjuicios materiales y morales que detallan pormenorizadamente en su libelo.

7.- En lo referente al daño emergente, lo avalúan en la suma de setecientos dieciocho mil quinientos sesenta pesos ($ 718.560) por concepto de las reparaciones necesarias que requiere cada vivienda.

8.- En cuanto al lucro cesante, señalan que se manifiesta en la baja de valor o del precio que habrían experimentado las viviendas. Piden la suma equivalente a cien Unidades de Fomento (100 U.F.) por cada una de ellas.

9.- En lo concerniente al daño moral, lo justifican en el dolor, pesar y angustia que han sufrido por la zozobra que tienen que vivir como consecuencia de no tener una vivienda adecuada para proteger a sus familias de los elementos de la naturaleza, de las enfermedades y del riesgo de salud permanente al que sus familias se encuentran expuestas. Además de haber visto frustradas sus proyecciones de adquirir una vivienda propia, producto del esfuerzo común de la familia y que representa su continuidad. El arreglo de las viviendas no reparará la aflicción ni el pesar vivido, ni las consecuencias ya dejadas en sus psiquis y en especial en sus hijos. Avalúan este daño en la suma de un millón quinientos mil pesos ($ 1.500.000) por cada uno de los actores.

En cuanto a los fundamentos normativos en que apoyan la demanda dirigida contra el Servicio de Vivienda y Urbanismo, hicieron valer las siguientes argumentaciones:

1.- Señalan que en la especie se trata de la construcción de viviendas sociales en las que el Estado aporta recursos para su compra, y su construcción se encuentra sujeta a una reglamentación técnica especial impartida por el Estado a través de los Servicios de Vivienda y Urbanismo respectivos.

2.- Expresan que la construcción de estas viviendas se encuentra regida por la siguiente preceptiva: a) El convenio de construcción de viviendas sociales-Programas Especiales, suscrito entre el Secretario Ministerial de Vivienda y Urbanismo, el representante del SERVIU Metropolitano y las entidades organizadoras, el que hace aplicable a los futuros contratos al menos las Bases Técnicas

Generales para la construcción de Viviendas Sociales; b) Los contratos tipo de construcción de obras celebrados entre las entidades organizadoras y la empresa Constructora Copeva Limitada; c) Las bases técnicas generales para Viviendas Básicas; d) Las Especificaciones Técnicas Especiales para el proyecto PET elaboradas por el contratista; e) La Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza, los Planos Reguladores y las Normas Técnicas Oficiales del Instituto de Normalización.

3.- Sostienen que la responsabilidad del Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano deriva de la insuficiente y errónea elaboración de las bases y especificaciones técnicas determinadas por ese organismo, y del insuficiente control por parte de los organismos del Estado encargados de velar por el cumplimiento de las normas generales y específicas sobre construcción.

4.- Afirman que el SERVIU autorizó, en las Bases Técnicas Generales y Anexos, la utilización de bloques huecos de cemento de catorce centímetros en la construcción de los muros de las viviendas. Que estos bloques, debido a su escasa densidad, "no cumplen con las características higrotérmicas que se requieren" (sic), teniendo en cuenta la relación superficie de la vivienda-cantidad de habitantes. Ello provocaría a su vez la existencia de una humedad permanente en el interior de las viviendas producida por la condensación, haciéndolas impropias para su uso. Agregan que las Bases Técnicas Generales tampoco contemplaban la existencia de canaletas y bajadas de aguas.

5.- Manifiestan que la base normativa de esta responsabilidad se encontraría en el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política y en los artículos 4º y 44 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, pues la institución demandada no se habría preocupado de establecer las características que debía cumplir una vivienda básica o social para soportar las condiciones climáticas del lugar en que dicha obra debía emplazarse.

6.- Asimismo, manifiestan que en el artículo 1º de la Ley Nº 16.391 se señala que el Ministerio de Vivienda y Urbanismo tendrá a su cargo la política habitacional del país y la coordinación de las instituciones que se relacionen con el Gobierno por su intermedio. Y que entre sus funciones se contemplan: elaborar los planes de viviendas urbanas y rurales (Nº 1); proyectar, ejecutar y supervigilar todas las obras necesarias para el cumplimiento de sus fines (Nº 2); supervigilar todo lo relacionado con la planificación urbana y sus respectivas construcciones (Nº 4); fomentar y supervigilar la edificación de las viviendas (Nº 6).

7.- Agregan que conforme al Decreto Ley Nº 1305 de 1995, que reestructuró las Corporaciones de Servicios Habitacionales, de Mejoramiento Urbano, de la Vivienda y de Obras Urbanas, fusionándolas en un Servicio Regional de Vivienda y Urbanización (SERVIU), y en especial consideración a lo establecido en su artículo 5º, es evidente que la ejecución de las funciones indicadas corresponden al SERVIU y en la especie al Metropolitano.

8.- Finalmente aluden al Reglamento Orgánico de los Servicios de Vivienda y Urbanización.

Segundo: Que respecto de la demandada empresa Constructora Copeva Limitada cabe anotar que de las presentaciones de fojas 71, 127, 226, 244 y 361 consta que la totalidad de los actores celebraron una transacción con aquélla, en virtud de la cual acordaron dar "por terminado el juicio en lo que respecta a la referida empresa constructora". En las transacciones se lee que en razón de las insuficiencias de las especificaciones y bases generales elaboradas por los organismos dependientes del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, a partir de junio pasado (año 1997) y como consecuencia de los temporales de lluvia y viento producidos en la Región Metropolitana, las indicadas viviendas sufrieron diversos deterioros y fallas. Se expresa que Copeva Limitada procederá a la reparación de las viviendas al estado en que se encontraban antes de los temporales referidos en la cláusula anterior e inclusive con mejoría de especificaciones en lo que a impermeabilización se

refiere, por lo que asume la obligación de reparar las viviendas afectadas en la manera que circunstanciadamente se señala.

Tercero: Que a fojas 206 la parte demandada Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano solicitó el rechazo de la demanda, aduciendo los siguientes fundamentos:

1.- Que el Decreto Supremo Nº 235, Reglamento de participación de las instituciones del sector vivienda en programas especiales de construcción de viviendas sociales P. E.T., no contiene ninguna exigencia técnica sobre las viviendas.

2.- Que cuando se trata de un ente organizador privado, la labor del sector vivienda en un programa PET se circunscribe exclusivamente a la de financiamiento de la obra, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 7º, 8º y 9º del citado Decreto y lo pactado en la cláusula quinta del Convenio suscrito con la entidad organizadora.

3.- Que en el Convenio que firmaron con la entidad organizadora se señala cuál es la participación que le corresponde a cada parte en el desarrollo del programa.

4.- Alega además que no fue parte en los contratos de construcción que se celebraron con posterioridad.

Cuarto: Que es un hecho no controvertido en la causa que los demandantes adquirieron las viviendas por compraventa, participando en planes especiales para trabajadores, y que las pagaron con subsidio habitacional, préstamo hipotecario y ahorro previo.

Quinto: Que la acción deducida en contra del Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano es de responsabilidad extracontractual por falta de servicio, la que se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él; y así, doctrinaria y jurisprudencialmente, se ha estimado que concurre cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo, cuando funciona de manera irregular o tardíamente.

La Ley Nº 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado en su artículo 42 (anteriormente 44) prescribe que "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio".

Sexto: Que en las condiciones normativas señaladas, es preciso determinar si pesaban sobre la demandada Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano los deberes jurídicos de inspeccionar las obras de construcción de las viviendas sociales a que se refiere la demanda y de elaborar bases técnicas en el marco del Programa de Construcción de Viviendas Sociales para Trabajadores, P. E.T.

Séptimo: Que, en primer término, cabe hacer presente que el estatuto orgánico del Servicio de Vivienda y Urbanismo se encuentra contenido en el Decreto Supremo Nº 335, publicado en el Diario Oficial el 4 de febrero de 1977, respecto del cual cabe destacar las siguientes disposiciones:

Artículo 1º: "Los Servicios de Vivienda y Urbanización son instituciones autónomas del Estado, relacionadas con el Gobierno a través del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, con personalidad jurídica de derecho público, con patrimonio propio distinto al Fisco, y de duración indefinida"

Artículo 2º: "El SERVIU será en su jurisdicción, el organismo ejecutor de las políticas, planes y programas que disponga desarrollar el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, y, como tal, no tendrá facultades de planificación".

Artículo 3º: "El SERVIU estará encargado de adquirir terrenos" y, en general, cumplir toda otra función de preparación o ejecución que permita materializar las políticas de vivienda y urbanismo y los planes y programas aprobados por el Ministerio".

Artículo 23: "Serán funciones y atribuciones de esta Unidad (Unidad Técnica de Construcciones Y Urbanización): f) Confeccionar planos, tipos o modelos de viviendas económicas, mínimas, progresivas, sociales"

Octavo: Que de la preceptiva orgánica citada es posible deducir que el fundamento de la actividad jurídico-administrativa del Servicio de Vivienda y Urbanismo –como órgano ejecutor– consiste en preparar y desarrollar planes y programas –aprobados por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo– y elaborar modelos de viviendas, entre otras, de tipo sociales.

Noveno: Que lo anterior implica que normativamente la determinación de las características de las "viviendas de carácter social" es encargada al Ministerio de Vivienda y Urbanismo y al SERVIU. Este último, por medio de la elaboración de bases técnicas, deberá desde luego definir la tipología y estándar mínimo de estas viviendas, lo que significa especificar su diseño, los elementos relativos a los materiales que deben utilizarse y sus especificaciones estructurales.

Décimo: Que en esta línea argumental carece de asidero el predicamento del SERVIU Metropolitano en el sentido de que, en el caso específico, no le afectaba un deber de elaborar bases técnicas para la construcción de las viviendas sociales. Contrariamente a lo sostenido por este ente público, era jurídicamente exigible a ese organismo la elaboración de bases técnicas apropiadas para la construcción de las viviendas sociales por parte de la empresa constructora.

En efecto, y aparte de lo razonado, es un hecho no controvertido que las viviendas afectadas se construyeron bajo el amparo de un Programa llamado Especial para Trabajadores, el que de acuerdo a los propios dichos de la demandada (fojas 207) surge en el año 1987 en el contexto que describe: "El aporte del Gobierno chileno al Año Internacional de la Vivienda para las personas sin hogar, declarado por las Naciones Unidas, se materializó en un Programa Extraordinario de Viviendas Sociales destinado a sectores de bajos ingresos". El programa se encontraba regulado por el Decreto Supremo Nº 235 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

Al respecto, el artículo 1º del Decreto Supremo Nº 235 preveía: "El Ministerio de Vivienda y Urbanismo podrá participar, a través de los Servicios de Vivienda y Urbanización, en la forma que señale el presente reglamento, en el desarrollo de programas especiales de construcción de viviendas sociales, que organicen entidades de derecho público o privado"

El arttículo 2º decía: "Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 1º, el SERVIU respectivo directamente o a través del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, suscribirá un convenio con la entidad organizadora, en el cual, junto con indicar la cantidad de viviendas que incluirá el proyecto correspondiente, se individualizarán las personas que serán atendidas con esas viviendas, y se señalará, además, la participación que corresponderá a cada una de las partes en el desarrollo del respectivo programa. Estos convenios serán aprobados por resoluciones del Ministerio de Vivienda y Urbanismo".

Según se aprecia en el cuerpo reglamentario, en él se regularon las normas de financiamiento en la adquisición de las viviendas sociales, mas no se contempló ninguna sobre la forma en que debían construirse las viviendas.

Undécimo: Que de lo expuesto se infiere que el programa habitacional denominado PET tenía por finalidad posibilitar que personas de escasos recursos, que cumplieren con determinados requisitos de financiamiento, pudiesen adquirir viviendas sociales. Sin embargo, el Decreto Supremo no eliminó ni modificó en modo alguno los deberes de servicio impuestos por el estatuto orgánico.

Duodécimo: Que, por otra parte, los convenios que se celebraron entre el Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano y las entidades organizadoras, en los términos prescritos por el señalado artículo 2º del Decreto Supremo Nº 235, refuerzan los razonamientos que se han desarrollado.

En efecto, la cláusula primera de estos convenios –que a modo ejemplar se encuentran agregados a fojas 191 y siguientes– indica que corresponde al Ministerio de Vivienda y Urbanismo intervenir y participar en aquellos planes y programas que tengan por finalidad colaborar en la solución del problema habitacional, de conformidad con las disposiciones contenidas en el D.L. Nº 1305, de 1975 y en el D.L. Nº 2552 de 1979.

El Decreto Ley Nº 1305 corresponde a la normativa que reestructuró el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en tanto que el D.L. Nº 2552, entre otras materias, vino a transferir a la señalada cartera ministerial los programas de viviendas sociales.

El artículo 3º de este último cuerpo legal definió la vivienda social "para todos los efectos legales ote como "la vivienda económica de carácter definitivo, destinada a resolver los problemas de la marginalidad habitacional, financiada por recursos públicos o privados, cualquiera que sean sus modalidades de construcción o adquisición, y cuyo valor de tasación no sea superior a 400 Unidades de Fomento". La misma disposición indica: "Estas viviendas deberán cumplir, además, las características técnicas, de urbanización y de equipamiento que señalen los reglamentos que dicte el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Vivienda y Urbanismo".

En consecuencia, el propio convenio suscrito por la demandada reafirma que el programa habitacional debe sujetarse a la regulación administrativa que emane del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y, por ende, del Servicio de Vivienda y Urbanismo, en materia de características técnicas de las viviendas.

Décimo tercero: Que aun cuando todo lo expuesto resultaba suficiente para asentar el deber del ente público demandado que se analiza, el convenio suscrito por la entidad estatal previó en la cláusula cuarta que es responsabilidad de la entidad organizadora el disponer de proyectos adecuados; sin embargo, la misma estipulación perentoriamente señala que los proyectos respectivos deberán cumplir a lo menos con lo establecido en las Bases Técnicas Generales para viviendas básicas del SERVIU.

Décimo cuarto: Que, de este modo, ha quedado establecido que era exigible jurídicamente al SERVIU Metropolitano elaborar bases técnicas apropiadas para la construcción de las viviendas sociales materia de la demanda. Lo anterior hace notar que el predicamento de la demandada, fundado en que carece de responsabilidad por no ser parte de los contratos de construcción, no tiene asidero alguno, desde que el deber de servicio base de la responsabilidad extracontractual que se le atribuye tiene su origen en la normativa legal, reglamentaria y en el convenio referido.

Décimo quinto: Que, empero, es preciso hacer presente que no se ha establecido la obligación de parte del SERVIU de inspeccionar la obra de construcción de las viviendas sociales, por cuanto a la luz de la legislación que se ha examinado esa labor no le correspondía.

Décimo sexto: Que en esta línea de consideraciones, corresponde determinar si el ente demandado cumplió con el deber de servicio que se ha establecido, esto es, si las bases técnicas elaboradas por esta institución fueron las apropiadas para la construcción de las viviendas sociales materia de la acción.

Décimo séptimo: Que para dilucidar este aspecto, cabe señalar que se agregó a fojas 427 un informe de la Contraloría General de la República, de 25 de agosto de 1997, elaborado a propósito de la responsabilidad en los daños acaecidos a las viviendas que recae en cada uno de los entes participantes en el desarrollo y materialización de los proyectos de viviendas básicas, modalidad SERVIU, el que en sus conclusiones indica que las Bases Técnicas no precisaron ni la calidad ni la duración exigible a los sellos y material repelente al agua, este último aplicable en conjunto con la pintura exterior.

Décimo octavo: Que asimismo, a fojas 374 y 376, se leen las declaraciones de los testigos Jorge Ignacio Molina Pérez y Carlos Sergio González Espinoza, respectivamente, quienes afirman que las bases y especificaciones técnicas no fueron aptas para soportar las lluvias ocurridas en mayo de 1997, lo que saben porque visitaron las viviendas afectadas. Uno de ellos señala que los muros eran sólo de 14 centímetros de espesor, constituidos por un bloque hueco de cemento y que los inmuebles carecían de canales y bajadas de agua, lo que determinó la filtración de las aguas lluvia quedando las viviendas en condiciones inhabitables, agregando que "El empleo de los bloques, el diseño insuficiente de las techumbres, carentes de alero, canales, bajadas, la falta de protección hídrica" son el ejemplo vivo de la irresponsabilidad, por así llamarla de quienes elaboraron las bases de las especificaciones técnicas del SERVIU".

Décimo noveno: Que, por último, se agregó a fojas 389 copia de un informe elaborado por el Colegio de Arquitectos de Chile que, pese a referirse a viviendas diversas a las de autos, alude en términos generales a las bases técnicas, señalando que la magnitud del temporal (cantidad de agua caída, duración y vientos), que no se registraba desde 1926, deja al descubierto en las especificaciones técnicas entregadas por el SERVIU insuficiencias y errores de diseño y deficiencias manifiestas de la construcción. Más adelante, señala: "La cantidad de agua que escurre exteriormente por los muros de la envolvente se ve dramáticamente acrecentada por el agua de las cubiertas que, al no tener canaletas colectoras de aguas lluvias, se proyecta sobre la cara de los muros expuestos al viento. Lo mismo sucede con el agua de rebote en los primeros pisos".

Concluye que "lo observado deja de manifiesto problemas de bajo estándar, contenidos en las Bases y Especificaciones Técnicas entregadas por el SERVIU para la construcción de los programas de viviendas sociales (falta de canales y bajadas de aguas lluvias, deficiente impermeabilización superficial, insuficiente aislación térmica de cielos y muros de la envolvente)".

Vigésimo: Que los instrumentos señalados, valorados en la forma legal, y las declaraciones testimoniales, que reúnen los requisitos previstos en la regla Nº 2 del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, permiten tener por establecido que las bases de licitación emanadas del SERVIU para la construcción de las viviendas sociales pertenecientes a los actores fueron deficientemente elaboradas. En consecuencia, resulta ineludible concluir que en la especie hubo incumplimiento de los deberes de servicio contenidos en la ley. En efecto, el Servicio demandado contempló en la regulación características y estándares de construcción –a modo ejemplar, los bloques de cemento huecos y la falta de canaletas y bajadas de agua lluvia– que no fueron capaces de resistir ni previeron la presión ejercida por condiciones climáticas que produjeron la penetración de las aguas lluvias en las viviendas.

Vigésimo primero: Que de esta manera ha quedado acreditado también que la inadecuada elaboración de las bases técnicas confeccionadas por el Servicio de Vivienda y Urbanismo fue condición suficiente y necesaria en la producción de los daños ocasionados a las viviendas sociales de los actores.

Vigésimo segundo: Que según se dijo en lo expositivo, los demandantes han solicitado el pago de indemnización de perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante.

En relación a estos tópicos, cabe señalar que resulta improcedente su acogimiento. En efecto, según aparece de las presentaciones de fojas 71, 12 7, 226, 244 y 361, la totalidad de los actores celebró una transacción con la codemandada Constructora Copeva Limitada, por medio de la cual se procedió a la reparación de las viviendas "en el estado en que se encontraban antes de los temporales", e inclusive con mejoría de especificaciones en lo que a impermeabilización se refiere.

En estas condiciones, no es posible resarcir a los actores por un daño patrimonial que ya ha sido reparado, lo que deriva además del principio que rige en materia de daños de que nadie puede ser reparado doblemente por un mismo perjuicio.

Vigésimo tercero: Que a lo anterior cabe agregar que respecto del lucro cesante que se ha demandado, y que se hace consistir en la desvalorización de las viviendas, no se aportaron elementos probatorios suficientes para tenerlo por acreditado.

Vigésimo cuarto: Que, finalmente, el daño moral demandado –el que no es alcanzado por los contratos de transacción aludidos– se encuentra acreditado con las declaraciones de los testigos presentados por los actores, don Carlos Sergio González Espinoza y don Leonardo Cohen Kogan, de fojas 376 y 379, respectivamente. El primero afirma que "el daño moral infringido a los pobladores de casi 20.000 viviendas de Santiago, revelan el daño inmenso que se les causó a la gente que confió en haber adquirido una vivienda para siempre. El segundo asevera que "sufrieron un gran daño moral, especialmente cuando los niños pequeños se enfermaban a causa de la humedad que se percibía en el interior de las viviendas". Ponderados tales testimonios de conformidad a lo dispuesto en el artículo 384 regla segunda del Código de Procedimiento Civil, puede colegirse que la situación sufrida de filtración y penetración de las aguas lluvias en las viviendas, la humedad producida y las dificultades de habitabilidad, produjo una aflicción psicológica que afectó tanto a los actores como a su grupo familiar.

Vigésimo quinto: Que cuantificando el daño moral y teniendo en consideración la intensidad del perjuicio ocasionado y los bienes jurídicos afectados, este Tribunal regulará el monto de la indemnización en la suma de $ 1.000.000 (un millón de pesos) por cada uno de los actores, suma que se reajustará y devengará intereses en la forma que se señalará en la parte resolutiva.

Por estas consideraciones y atendido lo dispuesto en los artículos 186 y 227 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

I.- Que se revoca la sentencia apelada de veintidós de octubre de dos mil dos, escrita a fojas 548, rectificada por la de fojas 574 de fecha seis de marzo de dos mil tres, en cuanto por ella se acogió la demanda interpuesta a fojas 7 y se condenó al Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano a pagar la suma de $ 718.560 (setecientos dieciocho mil quinientos sesenta) por concepto de daño emergente y la cantidad equivalente a 100 (cien) Unidades de Fomento por lucro cesante, y en su lugar se declara que se rechazan tales pretensiones.

II.- Que se confirma en lo demás apelado la señalada sentencia, con declaración de que la demanda deducida a fojas 7 queda acogida en cuanto el Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano es condenado a pagar por concepto de indemnización de perjuicios a título de daño moral la suma de $ 1.000.000 (un millón de pesos) a cada uno de los actores mencionados en el considerando primero de este fallo.

III.- La suma expresada se reajustará según la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor entre el mes anterior a esta sentencia y el mes anterior al de su pago; asimismo, devengará intereses corrientes para operaciones de crédito de dinero reajustables a contar de la fecha en que la demandada se constituya en mora.

IV.- No se condena en costas a la parte vencida por haber tenido motivo plausible para litigar.

V.- Atendido lo expuesto en el basamento segundo de la presente sentencia, se omite pronunciamiento acerca de la demanda referida en cuanto se dirige en contra de la demandada "Constructora COPEVA Ltda.".

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Carreño.

Rol Nº 1504-2008.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, y el Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Ministro señor Pierry por estar en comisión de servicios. Santiago, 26 de noviembre de 2009.

Autorizada por la Secretari a subrogante de esta Corte Sra. Carola Herrera Brümmer.
En Santiago, a veintiséis de noviembre de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

MATERIA
Falta de servicio de organismo colaborador del Estado

ÓRGANO COMPETENTE
Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en el Fondo
Rol: 3848-2012
Fecha: 19.06.2013
Resultado recurso: Acogido y sentencia de reemplazo.
Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Lamberto Cisternas Rocha, Alfredo Pfeiffer Richter y los Abogados integrantes Alfredo Prieto Bafalluy y Ricardo Peralta Valenzuela.
Ministro redactor: Héctor Carreño Seaman.
Partes: Humberto Sánchez Panavello con Fisco de Chile.

DESCRIPTORES
Falta de Servicio, Responsabilidad Patrimonial de la Administración, Servicio Nacional de Menores, Organismo Colaborador del Estado, Deber de Supervigilancia.

PRINCIPIO JURÍDICO
La Administración no responde por falta de servicio cuando se producen daños a particulares, por acción de entes privados colaboradores de la función administrativa, si cumplió su deber de supervigilancia.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Art. 42 Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Arts. 1º, 3º Nº 8 y 10 y 15 D.L. Nº 2.465/1979 Crea el Servicio Nacional de Menores y Fija el Texto de su Ley Orgánica; Ley Nº 20.032 Establece un Nuevo Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Colaboradores del SENAME y su Régimen de Subvención.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Es responsable un servicio público por el daño provocado por un ente colaborador privado de su función, en el contexto de dicha colaboración, cuando su ley orgánica establece que solamente tiene un rol de supervigilancia o fiscalización y asignación de recursos respecto de dicho organismo?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
Una menor fue ingresada, por orden del Tribunal de Menores respectivo, a un hogar de acogida, el cual se encontraba autorizado para actuar como colaborador o coadyuvante del Servicio Nacional de Menores (SENAME). En dicho lugar, la menor falleció, a consecuencia de una "neumonitis viral en evolución", en circunstancias que dentro de los dos días anteriores a su deceso había tenido fiebre y rechazaba la alimentación.

El padre de la menor interpuso demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco. El tribunal de primer grado rechazó la demanda, fallo que fue revocado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que estimó configurada una falta de servicio del SENAME. Sin embargo, el Fisco recurrió de casación en el fondo para ante la Corte Suprema.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*

La falta de servicio es el factor de atribución general de la responsabilidad patrimonial de la Administración, es decir, el fundamento jurídico en cuya virtud los costos de los daños sufridos por un particular son asumidos por aquella, conforme lo dispone el artículo 42 de la LOCBGAE (entre otras normas). Para su procedencia es necesario que se acredite por quien la alega el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo; que esta omisión o acción defectuosa haya provocado un daño al administrado; y que la falla en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado (C. 7).

El D.L. Nº 2.465/1979 que Crea el Servicio Nacional de Menores y Fija su Ley Orgánica, vigente al tiempo de ocurridos los hechos, señala en su artículo 1º que a dicho ente le corresponde ejecutar las acciones que sean necesarias para asistir o proteger a los menores de que trata esa ley y estimular, orientar, coordinar y supervisar técnicamente la labor que desarrollen las entidades públicas o privadas que coadyuven con sus funciones. Agrega que se entiende por entidades coadyuvantes a todas aquellas que, reconocidas o no como colaboradoras según lo dispuesto en el artículo 13, presten asistencia o protección a los menores de que trata dicha ley. El artículo 3º señala que, en especial, al SENAME corresponderá: 8) Impartir instrucciones generales sobre asistencia y protección de menores a las entidades coadyuvantes al cumplimiento de los objetivos del Servicio; 10): Asumir la administración provisional de las instituciones reconocidas como colaboradoras, cuando lo autorice el respectivo Juez de Menores. El artículo 15 manifiesta que las entidades coadyuvantes, y en especial las reconocidas como colaboradoras, deberán cumplir las normas o instrucciones generales que, de acuerdo con esa ley, les imparta el SENAME; asimismo, deberán proporcionar la información que éste les requiera y permitir la supervisión técnica de las acciones relacionadas con los menores a quienes asisten y de sus establecimientos. El artículo 18, por su parte, señala que, en los convenios que el SENAME celebre con las instituciones reconocidas como colaboradoras, se deberá establecer a lo menos la ayuda técnica, material y financiera que aquél proporcione a dichas instituciones y el compromiso de éstas en orden a ejecutar las acciones que el SENAME les señale y a recibir o atender a un determinado número de menores que les envíe (C. 9).

D.L. Nº 2.465/1979 que Crea el Servicio Nacional de Menores y Fija su Ley Orgánica fue modificado el año 2005 –con posterioridad a los hechos materia de autos– por la Ley Nº 20.032 que Establece un Nuevo Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Colaboradores del SENAME y su Régimen de Subvención. La lectura de los cambios de las disposiciones y la historia de dicha ley

confirma que la decisión del legislador antes y después de las modificaciones ha sido que el SENAME respecto de las entidades colaboradoras sólo tiene un rol de supervisor o fiscalizador y una función en materia de asignación de recursos. Por lo tanto, no corresponde que dicho organismo responda civilmente por los hechos dañosos causados por dependientes de estas instituciones, si ha cumplido los deberes de impartir instrucciones y de supervisión. Por tanto, no corresponde que el SENAME responda civilmente por los hechos dañosos causados por dependientes de las instituciones colaboradoras, si ha cumplido los deberes de impartir instrucciones y de supervisión. El artículo 3º Nº 10 de la precitada ley confirma lo antedicho, por cuanto atribuye al SENAME la facultad de asumir la administración provisional de las instituciones reconocidas como colaboradoras cuando lo autorice el respectivo juez de menores, dejándose constancia que es con el claro propósito de restringir dicha facultad a determinados establecimientos dependientes de aquellas instituciones, y cuando se presentaren anomalías graves que afecten el funcionamiento de una institución o establecimiento, especialmente si ellas se traducen en situaciones de amenaza o vulneración a los derechos de los niños (C. 10).

En este orden de cosas, la posibilidad de que el SENAME pudiera intervenir en el funcionamiento de la entidad colaboradora se limita a la de ejercer la facultad de impartir instrucciones y de supervisarla y no a la de administración. Por consiguiente, en la especie, no puede atribuirse una falta o un defecto en el funcionamiento del servicio cuando no existe ningún deber legal incumplido por parte del SENAME que diga relación con el fallecimiento de la hija del actor acaecido en una institución colaboradora, puesto que la situación que sufrió la víctima tuvo como única causa el hecho consistente en que dependientes de esta institución no adoptaron las medidas para que la menor recibiera atención médica oportuna. Así las cosas, no se ha demostrado que la Administración haya incurrido en responsabilidad por falta de servicio (C. 11 y 12).

CONCLUSIÓN

Un servicio público no es responsable por el daño provocado por un ente colaborador privado de su función en el contexto de dicha colaboración, cuando su ley orgánica establece que solamente tiene un rol de supervisor o fiscalizador y una función en materia de asignación de recursos respecto de dicho ente, siempre que haya cumplido los deberes de impartir instrucciones y de supervisión y los hechos dañosos se hayan debido únicamente a la actuación negligente del ente colaborador.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

La decisión es relevante porque delimita los ámbitos de las autoridades de gestión de servicios públicos privados y el régimen de responsabilidad por fiscalización. En síntesis, la Corte decide que si el prestador es privado, aunque esa prestación provenga de un contrato público concesional o de concierto, la responsabilidad extracontractual por la prestación es del proveedor privado y no de la Administración. Esta última sólo sería responsable por la falta de servicio directa ocasionada en las facultades de fiscalización.

Con este criterio la Corte Suprema se aleja de un concepto de servicio público amplio, propio de mediados del S. XX, en el cual se entendía que el proveedor privado mediante contrato público actuaba en nombre de la Administración y por lo tanto los daños que el ocasionaba se le debían imputar al Estado.

La opción de la Corte en este caso, y de ahí su relevancia, es que refleja de manera diáfana los ámbitos en los cuales las reglas de responsabilidad estatal, como garantía a los ciudadanos, se debe considerar. El estándar de esta decisión es relevante en otros ámbitos de la intervención administrativa.

TEXTO COMPLETO

Santiago, diecinueve de junio de dos mil trece.

Vistos:

En estos autos Rol Nº 2305-2008 seguidos ante el Segundo Juzgado Civil de Valparaíso, por sentencia de veintiséis de mayo de dos mil diez, escrita a fojas 392, se rechazó la demanda interpuesta por Humberto Sánchez Panavello en contra del Fisco de Chile.

Conociendo del recurso de apelación deducido por el demandante, la Corte de Apelaciones de Valparaíso revocó el fallo de primera instancia y en su lugar acogió la demanda en cuanto condenó al Fisco de Chile al pago de la suma de $ 90.000.000 por indemnización de perjuicios a título de daño moral que sufriera el actor con motivo del fallecimiento de su hija.

En contra de esta decisión el Fisco de Chile interpuso recurso de casación en el fondo.

La demanda fue presentada por Humberto Sánchez Panavello en contra del Fisco de Chile a fin de que sea condenado al pago de la indemnización de perjuicios por haber incurrido el Servicio Nacional de Menores en falta de servicio. En síntesis, la acción se fundamenta en los siguientes antecedentes:

1.- Es padre de la menor Leidi Sánchez González, quien nació el 17 de febrero de 2003 y falleció el día 2 de diciembre de 2004. La menor nació de su unión matrimonial con Johanna González, quien sufrió una depresión post parto, lo cual motivó la intervención del Tercer Juzgado de Menores de Valparaíso, el cual decretó el cuidado provisorio de la menor a cargo del Servicio Nacional de Menores, órgano que la derivó al Hogar "Mi Familia" ubicado en Viña del Mar, establecimiento colaborador del Sename. En esos autos consta que solicitó el cuidado personal de la menor.

2.- El día 2 de diciembre de 2004, aproximadamente a las 15:00 horas, su hija se encontraba en la sala cuna del Hogar, momento en el que ingresaron dos asistentes de párvulos para dar mamadera a las menores, encontrando a su hija sentada en su cuna, la que rechazaba la leche. Incluso señalaron las asistentes a la Brigada de Investigaciones que la menor no quiso almorzar, ni tomar la leche y que quedaron preocupadas.

3.- Alrededor de una hora después la manipuladora de alimentos Maribel Barra señaló que algo le pasaba a la menor, concurriendo las asistentes de párvulos, llamaron a Emecar, cuyo personal realizó infructuosos esfuerzos de reanimación.

4.- La Policía de Investigaciones señaló como posible causa de la muerte de la menor una asfixia; a su vez, el Ministerio Público concluye en base al informe médico legista que la menor murió por una neumonitis viral en evolución, mientras que el protocolo de autopsia indica que la causa precisa y necesaria de la muerte es signología asfíctica

5.- El fallecimiento de la menor se produjo por la irresponsabilidad, negligencia, desidia y la ausencia del más mínimo cuidado y falta de preparación y organización tanto del Servicio Nacional de Menores como también del personal del Hogar Mi Familia, puesto que Leidi Sánchez tuvo todos los síntomas que el observador más desaprensivo hubiese podido percibir, esto es, fiebre alta dos días seguidos antes de su fallecimiento, además de falta de apetito, todo lo cual al menos exigía que se consultara a un paramédico. Por otra parte, reclama que el personal del Hogar Mi Familia estaba compuesto por personas que no tenía ninguna preparación ni calificación y el Servicio Nacional de Menores no realizó ningún control o exigencia respecto de ello, tampoco exigió que se contara con la asesoría de médicos o paramédicos a quienes consultar en caso de emergencia.

6.- Basó la demanda en lo dispuesto en los artículos 1º inciso 4º y 19 números 1 y 9 de la Constitución Política, 2314 y 2320 del Código Civil y 4 y 42 de la Ley Nº 18.575.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, en primer término, el recurso de casación en el fondo denuncia que la sentencia impugnada infringió lo dispuesto en los artículos 1º incisos 2º y 4º de la Ley Nº 18.575, puesto que se consideró que las entidades colaboradoras del Servicio Nacional de Menores tienen el carácter de una "prolongación del Sename", que actúan bajo su responsabilidad y financiamiento, lo que significa que dicho Servicio responde no sólo por la falta de servicio de sus dependientes directos, sino también de aquellos que por delegación y reconocimiento legal cumplen con los fines que la ley le ha encomendado. Expresa que se transgrede lo establecido en el artículo 1º inciso segundo de la Ley Nº 18.575, que señala que la Administración del Estado está integrada por las entidades que se enumeran, sin incluir a las entidades privadas colaboradoras del Sename. Destaca que el Hogar Mi Familia está reconocido como institución colaboradora de las funciones del Sename, pero es una entidad privada, con personalidad jurídica y patrimonio propio distinto del Fisco de Chile. Agrega que los sentenciadores infringieron el artículo 4º de la Ley Nº 18.575 que establece el principio de la responsabilidad del Estado y que presupone estar en presencia de un daño causado por un "órgano de la Administración en el ejercicio de sus funciones", circunstancia que no aconteció en el caso de autos.

Segundo: Que en segundo lugar el recurso da por infringido el artículo 42 inciso primero de la Ley Nº 18.575 en relación con los artículos 1437 y 2284 del Código Civil y artículo 3º Nº 8 del D.L. Nº 2465 que creó el Servicio Nacional de Menores y fijó el texto de su Ley Orgánica. Expresa que cuando la ley reduce la actividad prestacional directa del Estado, limitándola a un rol regulador y fiscalizador, sucede que las actividades que antes eran ejercidas directamente por el Estado pasan a ser realizadas por entidades privadas, quienes a su vez asumen las responsabilidades propias de dicha función, mientras que el Estado sólo responde por falta de servicio ante la falta de vigilancia adecuada de las actividades encomendadas y que realizan las entidades privadas. Afirma que en concordancia con lo expuesto el fallo cuestionado contraviene lo dispuesto en el artículo 3º Nº 8 del D.L. Nº 2465 que enumera cuáles son las obligaciones que por ley le competen a dicho Servicio, entre las cuales se establece que en relación con las instituciones o entidades colaboradoras le corresponde impartir instrucciones generales sobre asistencia y protección de menores a sus entidades coadyuvantes y supervigilar su cumplimiento. Desarrolla el argumento consistente en que el Estado no incurrió en falta de servicio porque no hay conducta antijurídica, toda vez que el Servicio Nacional de Menores impartió las instrucciones y fiscalizó al Hogar Mi Familia, como por lo demás aparece en la sentencia que determina que todas las actuaciones u omisiones que se reprochan son imputables exclusivamente al Hogar. Por la misma razón señala que no concurren los requisitos de dolo o culpa del servicio, relación de causalidad ni un daño atribuible a la conducta del Sename.

Tercero: Que, por último, el recurso aduce que el fallo impugnado transgredió lo prescrito en los artículos 1700 y 1702 del Código Civil en relación con lo dispuesto en el artículo 346 Nº 1 del Código de Procedimiento Civil, puesto que se desconoció el valor probatorio de la prueba documental presentada por el Fisco de Chile que acredita el cumplimiento de la obligación de fiscalización e instrucción del Sename en relación con el Hogar Mi Familia. Especifica que los documentos que prueban lo indicado son: a) Orientaciones Técnicas para Centros de Tránsito y Distribución de lactantes y prescolares; b) Protocolo de funcionamiento del CDT Mi Familia del año 2004; c) Proyecto de funcionamiento del CDT Mi Familia año 2005; d) Tableros de control complementario al año 2005; y e) Informe Técnico elaborado por don Luis Rojas.

Cuarto: Que es necesario consignar que son hechos establecidos en la causa los siguientes:

– El 17 de febrero de 2003 nació la menor Leidi Johanna Sánchez González, siendo sus padres Humberto Sánchez Panavello y Johanna González Guerra.

– Por orden del Tercer Juzgado de Menores de Valparaíso en causa rol Nº 1725-2003 seguida por peligro moral y material se ordenó el ingreso de la menor al Hogar Mi Familia, el que se encontraba autorizado para actuar como colaborador o coadyuvante del Servicio Nacional de Menores desde el año 1994.

– El Hogar referido debía remitir informes mensuales respecto del estado de la menor al Juzgado referido.

– El día 2 de diciembre de 2004 la menor no recibió su almuerzo y luego se rehusó a tomar su mamadera. Alrededor de las 15.00 horas la manipuladora de alimentos Maribel Barra encontró a la menor sin movimiento. Ante ello, las auxiliares del Hogar llamaron a Emecar, no obstante al llegar el personal de rescate la menor había fallecido.

– El Juzgado de Garantía de Viña del Mar aprobó la decisión de no investigar ejercida por el Ministerio Público, por no ser los hechos constitutivos de delito.

– El resultado de la autopsia realizada a la menor señaló como causa de su muerte una "neumonitis viral en evolución".

Quinto: Que es relevante señalar que el fallo de primera instancia –revocado por el de segundo grado– para desestimar la demanda tuvo en consideración los siguientes razonamientos:

– El artículo 1º del D.L. Nº 2.475, Ley Orgánica del Servicio Nacional de Menores, señala que éste es un organismo dependiente del Ministerio de Justicia, encargado de ejecutar las acciones que sean necesarias para asistir o proteger a los menores de que trata la ley, y de estimular, orientar, coordinar y coadyuvar con sus funciones. Se define a las entidades coadyuvantes como todas aquellas que, reconocidas o no como colaboradoras, según lo dispuesto en el artículo 13, presten asistencia o protección a los menores de que trata esa ley. Respecto de esas entidades el artículo 3º Nº 8 del mismo cuerpo legal prescribe que el Servicio Nacional de Menores tiene la obligación de impartir instrucciones generales sobre asistencia y protección de menores a las entidades coadyuvantes y supervigilar su cumplimiento.

– Fluye que para que el Servicio Nacional de Menores incurra en falta de servicio era necesario que hubiera dejado de impartir instrucciones al Hogar Mi Familia sobre cómo asistir y proteger a los menores que son derivados a él, o su deber de supervigilar el cumplimiento de tales instrucciones.

– No se ha logrado acreditar ninguna de las circunstancias anotadas y, por el contrario, el Fisco ha logrado acreditar que impartió instrucciones al Hogar en orden a la forma en que debía asistir y proteger a los menores derivados a éste y a la fiscalización de su cumplimiento.

– No obstante haberse acreditado, además, con el mérito de la investigación penal que existió una omisión en el libro de bitácora en que se debía consignar en forma diaria el estado de la menor por parte del personal del Hogar, en cuanto no se dejó constancia de que ésta había presentado un estado febril dos días antes de su fallecimiento, libro que no obstante haberse requerido reiteradamente no fue remitido al Tribunal por el Hogar y que ello constituye una negligencia grave que pudo haber motivado la toma de una decisión y desenlace diverso en torno a la salud de la menor, lo cierto es que ello no puede ser atribuido a una falta de instrucciones o fiscalización del Servicio Nacional de Menores.

– El Hogar Mi Familia no ha sido sujeto pasivo de la acción.

Sexto: Que, por el contrario, la Corte de Apelaciones de Valparaíso determinó acoger la demanda de autos, para lo cual tuvo en consideración:

– La hija del demandante, de un año y nueve meses de edad, se encontraba internada en el Hogar Mi Familia por orden del Tercer Juzgado de Menores, menor que falleció el 2 de diciembre de 2004 por asfixia a consecuencia de una neumonitis viral, sin que en el Hogar se hubiese adoptado ninguna medida para que recibiera oportuna atención médica, no obstante que se había negado ese día a recibir alimentos y que hacía dos días que estaba con 38,5º de temperatura.

– Estos hechos se dieron por establecidos en el fallo de primera instancia, con excepción de la circunstancia de haber tenido la niña los dos últimos días 38,5º de temperatura y de no haber recibido atención médica ese día 2 de diciembre en que falleciera.

– El Servicio Nacional de Menores es un órgano de la Administración del Estado que depende del Ministerio de Justicia al cual le corresponde ejecutar las acciones necesarias para asistir o proteger a los menores de que trata la ley. Sin embargo, el referido Servicio no cumple por sí mismo todas las funciones que le encomienda la ley y es así que tiene "entidades coadyuvantes", reconocidas y definidas también en su Ley Orgánica, respecto de las cuales tiene el deber de impartir instrucciones, de asistir y proteger a los menores que son atendidos por estos coadyuvantes y de supervigilar el cumplimiento de tales instrucciones.

– Al ser estas instituciones coadyuvantes una prolongación del Sename, o, lo que es lo mismo, entidades que bajo su responsabilidad y con financiamiento fiscal le ayudan a cumplir sus fines, éste debe responder no tan sólo por la falta de servicio de sus dependientes directos sino también de aquellos que, por delegación y reconocimiento legal, cumplen con los fines que la ley le ha encomendado específicamente.

– La organización comunitaria "Mi Familia" fue reconocida como institución colaboradora de las funciones de Sename para realizar acciones de asistencia y protección a favor de los menores en situación irregular en la comuna de Viña del Mar. En consecuencia, la institución demandada resulta responsable no solamente de la falta de servicio y del actuar negligente e inoportuno de sus dependientes directos, sino que, además, de la de aquellos de las entidades coadyuvantes, como lo es el Hogar Mi Familia en que se encontraba internada la menor.

– No obsta a la precedente conclusión la circunstancia acreditada en el sentido que el Servicio Nacional de Menores cumplió con sus deberes de impartir instrucciones y de haber fiscalizado el cumplimiento de las mismas, si tales medidas no funcionaron ni fueron suficientes ante el actuar descuidado de quienes tenían a su cargo a la menor.

– El hecho de haber existido un convenio con Emecar y el haberse encontrado el Hogar a poca distancia de un centro asistencial hace más patente la negligencia de sus dependientes, puesto que habiendo tenido a su disposición todos los medios para haber otorgado oportuna atención médica

a la menor, no hicieron uso de los mismos, no obstante que ésta había tenido fiebre por dos días y rechazaba la alimentación.

– Si la menor hubiese tenido oportuna atención médica habría podido vivir. Vale decir, existió relación de causalidad entre el actuar negligente o la falta de servicio de los dependientes que tenían a su cargo a la menor y su fallecimiento. En la actualidad resulta indiscutible que si un menor de dos años se mantiene en estado febril y rechaza la alimentación debe consultarse a un médico. También es un hecho público que las enfermedades respiratorias no son mortales en un menor, si oportunamente se le suministran los antibióticos que prescriben los médicos o se le somete a los procedimientos que realizan los kinesiólogos o, por último, se le proporciona oxígeno.

– Habiéndose establecido la responsabilidad del Servicio Nacional de Menores por la negligencia o falta de servicio de sus dependientes, como asimismo que tal negligencia o falta de servicio se produjo por parte de quienes tenían a su cargo a la menor y que entre ese actuar o falta de servicio y el deceso de la menor existió una relación de causa a efecto, se concluye que el demandado debe indemnizar por los daños derivados de tales conductas, sin perjuicio de su derecho a repetir en contra de quienes actuaron negligentemente.

Séptimo: Que, en lo fundamental, la falta de servicio es el factor de atribución general de la responsabilidad patrimonial de la Administración, vale decir el fundamento jurídico en cuya virtud los costos de los daños sufridos por un particular son asumidos por aquélla, conforme disponen los artículos 42 de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 142 de la Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades y 38 de la Ley Nº 19.966, sobre Garantías Explícitas en Salud.

Para su procedencia es necesario que se acredite por quien la alega el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo; que esta omisión o acción defectuosa haya provocado un daño al administrado; y, en fin, que la falla en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado, todo por disponerlo así la ley y, en este caso, el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado.

Octavo: Que en la perspectiva de lo anterior y atendida la cuestión jurídica esencial sometida a conocimiento por el recurso en estudio, es necesario dilucidar si existe falta de servicio del Servicio Nacional de Menores y si entre el comportamiento de dicho ente y los perjuicios sufridos por el demandante existe vínculo causal, teniendo en consideración que son hechos establecidos los siguientes: a) Que dependientes del Hogar Mi Familia no adoptaron las medidas destinadas a que la menor Leidi Sánchez recibiera oportuna atención médica, atendidos los síntomas que presentaba; b) que el Hogar Mi Familia es una entidad privada, reconocida como colaboradora del Servicio Nacional de Menores; y c) que el referido Servicio cumplió con sus deberes de impartir instrucciones y de haber fiscalizado el cumplimiento de las mismas. Por consiguiente, el asunto consiste específicamente en determinar si existe responsabilidad por falta de servicio respecto del aludido Servicio en circunstancias que los hechos dañosos fueron cometidos por dependientes de una institución colaboradora de éste.

Noveno: Que el Decreto Ley Nº 2.465 de 1979, Ley Orgánica del Servicio Nacional de Menores, vigente al tiempo de ocurridos los hechos, en su artículo 1º encarga a dicho Servicio ejecutar las acciones que sean necesarias para asistir o proteger a los menores de que trata esa ley y estimular, orientar, coordinar y supervisar técnicamente la labor que desarrollen las entidades públicas o privadas que coadyuven con sus funciones. Declara que se entiende por entidades coadyuvantes a todas aquellas que, reconocidas o no como colaboradoras según lo dispuesto en el artículo 13, presten asistencia o protección a los menores de que trata dicha ley. Su artículo 2º dispone que el Servicio atenderá a menores que carezcan de tuición o que, teniéndola, su ejercicio constituya

un peligro para su desarrollo normal integral; a los que presenten desajustes conductuales y a los que estén en conflicto con la justicia. El artículo 3º señala que, en especial, al Servicio Nacional de Menores corresponderá: Nº 8.– Impartir instrucciones generales sobre asistencia y protección de menores a las entidades coadyuvantes al cumplimiento de los objetivos del Servicio; en el Nº 10: Asumir la administración provisional de las instituciones reconocidas como colaboradoras, cuando lo autorice el respectivo Juez de Menores. El artículo 13 establece que el Servicio podrá reconocer como colaboradoras de sus funciones a las instituciones privadas que presten asistencia o protección gratuita a los menores de que trata esa ley, siempre que ellas cumplan con los requisitos establecidos en el reglamento respectivo. Añade que las instituciones públicas que se encuentren en el mismo caso no requerirán de dicho reconocimiento. El artículo 15 manifiesta que las entidades coadyuvantes, y en especial las reconocidas como colaboradoras, deberán cumplir las normas o instrucciones generales que, de acuerdo con esa ley, les imparta el Servicio; asimismo, deberán proporcionar la información que éste les requiera y permitir la supervisión técnica de las acciones relacionadas con los menores a quienes asisten y de sus establecimientos. El artículo 18, por su parte, señala que, en los convenios que el Servicio celebre con las instituciones reconocidas como colaboradoras, se deberá establecer a lo menos la ayuda técnica, material y financiera que aquél proporcione a dichas instituciones y el compromiso de éstas en orden a ejecutar las acciones que el Servicio les señale y a recibir o atender a un determinado número de menores que les envíe.

Décimo: Que el Decreto Ley Nº 2.465 fue modificado el año 2005 –con posterioridad a los hechos materia de autos– por la Ley Nº 20.032 que establece un nuevo sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del Sename y su régimen de subvención. La lectura de los cambios de las disposiciones y la historia de dicha ley confirma que la decisión del legislador antes y después de las modificaciones ha sido que el Servicio Nacional de Menores respecto de las entidades colaboradoras sólo tiene un rol de supervisor o fiscalizador y una función en materia de asignación de recursos. Por lo tanto, no corresponde que dicho organismo responda civilmente por los hechos dañosos causados por dependientes de estas instituciones, si ha cumplido los deberes de impartir instrucciones y de supervisión. En efecto, el Mensaje de la ley señala que para la gestión del nuevo modelo de atención de SENAME el proyecto de ley perfecciona tanto la estrategia de desarrollo de la red de colaboradores que proveen los servicios subvencionados, como los sistemas de financiamiento y de evaluación al desempeño de los mismos.

En la intervención de la Presidenta de la Federación Nacional de Instituciones Privadas de Protección de Menores, doña Alicia Amunátegui Ross (en la página 228 de la Historia de la Ley, en www.bcn.cl), se lee: "Hizo notar que, luego de varios años de tramitación, se hace absolutamente necesario que la iniciativa sea aprobada lo más pronto posible. Mejora en forma apreciable el proyecto presentado para su discusión en 1996, si bien puede ser discriminatorio y habría preferido un estatuto donde fuera de la esencia la subsidariedad del Estado, en la línea del actual decreto con fuerza de ley Nº 1.385, de 1980, que regula la labor a desarrollar por estas instituciones. Ello es sin perjuicio de que la subvención que regulaba ese decreto con fuerza de ley se congeló en 1982, año desde el cual solamente se ha producido un incremento de acuerdo a la variación que experimenta el índice de precios al consumidor, IPC. Este hecho representa para las instituciones colaboradoras –sobre todo para las congregaciones religiosas– un problema de la mayor gravedad, ya que han tenido que aportar mucha infraestructura y patrimonio para cumplir satisfactoriamente con su función asistencial. Las congregaciones se entregan al servicio de los niños de la mejor forma posible, que quizás no sea la más moderna ni tampoco la que se quisiera realizar, pero es la única que pueden efectuar de acuerdo a los recursos disponibles".

Confirma la conclusión de que el Servicio Nacional de Menores no responde por los hechos cometidos por las instituciones reconocidas como colaboradoras la discusión relativa a la sustitución del artículo 3º número 10º del citado decreto ley, que atribuye al SENAME la facultad de asumir la

administración provisional de las instituciones reconocidas como colaboradoras cuando lo autorice el respectivo juez de menores, por "los centros residenciales administrados por un colaborador del Servicio", dejándose constancia que es con el claro propósito de restringir dicha facultad a determinados establecimientos dependientes de aquellas instituciones, y cuando se presentaren anomalías graves que afecten el funcionamiento de una institución o establecimiento, especialmente si ellas se traducen en situaciones de amenaza o vulneración a los derechos de los niños.

Más ilustrativa aún resulta la intervención de la Sra. Delia Del Gatto, Directora del Servicio Nacional de Menores (página 306), quien explica cuál es la razón de que dicho Servicio tenga sólo una labor de supervisor y de asignación de recursos: "Señor Presidente, en referencia a lo planteado por el Honorable señor Ávila, debo puntualizar que hoy el rol del Estado es eminentemente subsidiario. En ese sentido, el proyecto no cambia lo aprobado en la Ley de Subvenciones, de 1979, y lo que hace es perfeccionar el mecanismo mediante el cual se asignan los recursos. Ahora, ¿qué ventajas tiene eso? En mi concepto, varias. Primero, permite usar los recursos públicos y aplicar un control directo por parte de una entidad del Estado. En este caso, el SENAME supervigila la ejecución de los proyectos, el gasto, cómo se procede y, a la vez, cuáles son las orientaciones técnicas que deben tenerse en cuenta al momento de llevarlos a cabo. Por otra parte, al comparar la administración directa del Estado, que se realiza en una pequeña parte del SENAME a través de los Centros de Diagnósticos –los costos asociados a su ejecución en relación con la atención de cantidad de niños– versus la administración a través de privados, nos encontramos con la sorpresa de que en este último sistema los distintos organismos –sean ONG, fundaciones o corporaciones– tienen mayor capacidad que la que se logra en la administración directa. Por otro lado, en cuanto a los entes que ejecutan las labores, ellos no persiguen hacerse ricos con estas tareas. Porque uno de los requisitos para que sean parte de la red SENAME es que deben ser privados sin fines de lucro. Por consiguiente, los profesionales, los educadores y las distintas personas que ejecutan estas políticas reciben un honorario o un sueldo, según su modalidad de contratación, ajustado a su desempeño. En consecuencia, a diferencia de lo que se podría pensar, ni la organización privada ni los profesionales tienen el propósito de enriquecerse. En este sentido, la eventual preocupación de que haya organismos interesados en obtener ganancias a través de la ejecución de este tipo de políticas relacionadas con los niños se salva por el hecho de que está explícitamente planteado que deben ser instituciones sin fines de lucro. Hay otros argumentos que se pueden entregar desde un punto de vista técnico, que permiten tener, además, una oferta bastante diferenciada de especialistas en diagnósticos, en reparación de daños en niños maltratados, etcétera. En lo fundamental, desde la perspectiva del modelo de desarrollo del país y del Estado, objetivamente, las políticas que se ejecutan en esta área vienen desde 1979, lo que implica atender de manera subsidiaria a los niños a través de organismos privados que se acreditan oficialmente y que llevan a cabo las políticas correspondientes". La misma Directora había explicado el diagnóstico de la situación: "Actualmente la red del SENAME atiende en forma simultánea a más de 65 mil niños y niñas, que representan el 2,1% de la población infantil (según el censo del año 2002) en sus tres áreas técnicas, a saber: 1) Adopción (niños/as susceptibles, familias adoptivas y madres/padres en conflicto con maternidad); 2) Protección (niños/as vulnerados en sus derechos), y 3) Responsabilidad Penal Juvenil (infractores de ley). Esta labor se desarrolla por medio de más de 900 centros y proyectos, de carácter residencial o ambulatorios, en diversas líneas programáticas, ejecutados por: 1) Organismos Acreditados (sistema regido por el decreto con fuerza de ley Nº 1.385 y por el decreto supremo Nº 153 sobre Programa de Apoyo) que es materia de este proyecto, y 2) Centros de administración directa (sistema regido por la Ley Orgánica del SENAME, la Ley de Menores y el decreto supremo Nº 730). De acuerdo a su ley orgánica, el SENAME sólo administra directamente los siguientes tipos de centros: a) Centros privativos de libertad (COD CERECO), y b) Centros de Diagnóstico residenciales de protección (CTD). En la actualidad, son 27 centros y se abocan esencialmente al cumplimiento de medidas penales contra menores de edad declarados inimputables. De los niños y niñas en el sistema, el 98% es atendido

por la red privada de SENAME y sólo el 2% permanece en Centros administrados directamente por el Servicio. La mayoría de la oferta del SENAME es ambulatoria".

Finalmente y en el mismo sentido interviene el Senador Silva (página 309): "Asimismo, llama la atención la observación hecha, con todo fundamento, por el Honorable señor Ávila al artículo 1º, donde en el fondo se está regulando un servicio público sin decir que él se crea para tal fin. Se regula un órgano cuya misión va a ser subvencionar a sus colaboradores. No deja de ser sorprendente lo anterior, porque, en realidad, lo que se ha querido establecer aquí es que la función propiamente tal no será servida en plenitud por el Estado, sino por los particulares, y como en el fondo aquélla es pública, obviamente a éstos se les subvencionará. Llama la atención también el hecho de que aquí se está regulando un servicio para los efectos, simplemente, de que prime la misión de subvencionar. Es decir, se señala que es un servicio obviamente de condición pública, que se traspasa a los particulares. El Estado –por así mencionarlo– lo proyecta al campo de lo privado. Entonces, el servicio público no va a tener otra misión que la de ser el regulador de la forma como la subvención o pago se hará a los particulares" (…). "Por lo tanto, nos encontramos en presencia de un proyecto que regula una materia que, a mi manera de ver, no es nueva. Si bien se está llegando con ello a la exageración de establecer de un modo muy amplio la proyección o el traslado en plenitud al campo privado de algo que debió haber correspondido al Estado, creo que uno tiene el legítimo derecho, como lo hizo el señor Senador a que he aludido, a meditar acerca de si tal procedimiento es o no conveniente".

Undécimo: Que de las motivaciones anteriores puede colegirse que resulta efectiva la aseveración que el recurrente ha hecho respecto al fallo impugnado, puesto que la posibilidad de que el Servicio Nacional de Menores pudiera intervenir en el funcionamiento de la entidad colaboradora se limitaba a la de ejercer la facultad de impartir instrucciones y de supervisarla y no a la de administración. Por consiguiente, no puede atribuirse una falta o un defecto en el funcionamiento del servicio cuando no existe ningún deber legal incumplido por parte del Servicio Nacional de Menores que diga relación con el fallecimiento de la hija del actor acaecido en una institución colaboradora, puesto que dicha situación que sufrió la víctima tuvo como única causa el hecho consistente en que dependientes del Hogar Mi Familia no adoptaron las medidas para que la menor recibiera atención médica en forma oportuna.

Duodécimo: Que lo expresado significa que no se ha logrado demostrar que el Estado de Chile haya incurrido en responsabilidad por falta de servicio, como quiera que no hay mal funcionamiento del servicio, un funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo. De este modo la sentencia impugnada ha incurrido en error de derecho al aplicar las normas que regulan la responsabilidad por falta de servicio, a saber, el artículo 42 de la Ley Nº 18.575 a una situación que conforme a los hechos de la causa no corresponde, en relación con el artículo 3º del D.L. Nº 2465 que establece los deberes del Servicio Nacional de Menores respecto de las instituciones colaboradoras, atribuyéndole el incumplimiento de un deber que no recae sobre el referido organismo, todo lo cual conduce a acoger el recurso en estudio.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fojas 529 en contra de la sentencia de cinco de abril de dos mil doce, escrita a fojas 524, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro señor Carreño.

Rol Nº 3848-2012.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Lamberto Cisternas R., el Ministro Suplente Sr. Alfredo Pfeiffer R., y los Abogados Integrantes Sr. Alfredo Prieto B., y Sr. Ricardo Peralta V. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Cisternas por estar con feriado legal y el Ministro señor Pfeiffer por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, 19 de junio de 2013.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a diecinueve de junio de dos mil trece, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Sentencia de reemplazo

Santiago, diecinueve de junio de dos mil trece.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

De la sentencia de casación que antecede se reproducen sus fundamentos cuarto al duodécimo.

Se reproduce la sentencia en alzada.

Y se tiene además presente:

Primero: Que la demanda fue presentada por Humberto Sánchez Panavello en contra del Fisco de Chile a fin de que sea condenado al pago de una indemnización de perjuicios por haber incurrido en falta de servicio. En síntesis, la acción se fundamenta en los siguientes antecedentes:

1.- Es padre de la menor Leidi Sánchez González, quien nació el 17 de febrero de 2003 y falleció el día 2 de diciembre de 2004. La menor nació luego de su unión matrimonial con Johanna González, quien sufrió una depresión post parto, lo cual motivó la intervención del Tercer Juzgado de Menores de Valparaíso, el cual decretó el cuidado provisorio de la menor a cargo del Servicio Nacional de Menores, órgano que la derivó al Hogar "Mi Familia" ubicado en Viña del Mar, establecimiento colaborador del Sename. En esos autos consta que él solicitó el cuidado personal de la menor, para criarla junto a sus hermanos.

2.- El día 2 de diciembre de 2004, aproximadamente a las 15:00 horas, su hija se encontraba en la sala cuna del Hogar, momento en el que ingresaron dos asistentes de párvulos para dar mamadera a las menores, encontrando a su hija sentada en su cuna, la que rechazaba la leche. Incluso señalaron las asistentes a la Brigada de Investigaciones que la menor no quiso almorzar ni tomar la leche y que quedaron preocupadas por tal motivo, pero que no adoptaron medida alguna.

3.- Alrededor de una hora después la manipuladora de alimentos Maribel Barra salió corriendo de la sala cuna, señalando que algo le pasaba a la menor, concurriendo las asistentes de párvulos, quienes llamaron a Emecar, cuyo personal al llegar realizó infructuosos esfuerzos de reanimación.

4.- La Policía de Investigaciones señaló como posible causa de la muerte de la menor una asfixia; a su vez, el Ministerio Público concluye fundado en el informe médico legista que la menor murió por una neumonitis viral en evolución, mientras que el protocolo de autopsia indica que la causa precisa y necesaria de la muerte es signología asfíctica.

5.- El fallecimiento de la menor se produjo por la irresponsabilidad, negligencia, desidia y la ausencia del más mínimo cuidado y falta de preparación y organización tanto del Servicio Nacional

de Menores como también del personal del Hogar Mi Familia, puesto que Leidi Sánchez tuvo todos los síntomas que el observador más desaprensivo hubiese podido percibir, esto es, fiebre alta dos días seguidos antes de su fallecimiento, dato que fue omitido por la Directora del hogar y sus funcionarios en sus respectivas declaraciones, además de falta de apetito, todo lo cual al menos exigía que se consultara a un paramédico. Por otra parte, reclama que el personal del Hogar Mi Familia estaba compuesto por personas que no tenían ninguna preparación ni calificación y el Servicio Nacional de Menores no realizó ningún control o exigencia sobre aquello.

6.- Basó la demanda en lo dispuesto en los artículos 1º inciso 4º y 19 números 1 y 9 de la Constitución Política, 2314 y 2320 del Código Civil y 4 y 42 de la Ley Nº 18.575.

Segundo: Que conforme a los razonamientos del fallo de casación que antecede y a los expresados por el fallo de primera instancia que se han dado por reproducidos, la omisión que se atribuye al Servicio Nacional de Menores no es constitutiva de falta de servicio, por cuanto el legislador hizo recaer en dicho organismo los deberes de impartir instrucciones y de fiscalizar a las entidades colaboradoras, como el Hogar Mi Familia. Es un hecho de la causa que cumplió con esas obligaciones. Por otra parte, la decisión legislativa fue la de traspasar la función de atención directa de cuidado y protección de los menores en situación de riesgo a las entidades fiscalizadas por el SENAME, salvo situaciones de excepción. Por consiguiente el organismo estatal no cuenta con facultades de administración de las entidades colaboradoras, de manera que no es posible atribuirle responsabilidad por hechos causados por los dependientes del Hogar Mi Familia.

En esas condiciones, no se ha logrado demostrar que el Servicio demandado incurrió en responsabilidad por falta de servicio.

Tercero: Que en virtud de las motivaciones antedichas, la demanda interpuesta será desestimada.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se confirma la sentencia apelada de veintiséis de mayo de dos mil diez, escrita a fojas 392.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Carreño.

Rol Nº 3848-2012.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Lamberto Cisternas R., el Ministro Suplente Sr. Alfredo Pfeiffer R., y los Abogados Integrantes Sr. Alfredo Prieto B., y Sr. Ricardo Peralta V. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Cisternas por estar con feriado legal y el Ministro señor Pfeiffer por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, 19 de junio de 2013.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a diecinueve de junio de dos mil trece, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

7.3 FALTA PERSONAL

MATERIA
Falta personal de funcionario público

ÓRGANO COMPETENTE
Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en el Fondo
Rol: 6210-2008
Fecha: 26.08.2010
Resultado recurso: Rechazado
Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz y el Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich.
Ministro redactor: Pedro Pierry Arrau.
Partes: Andrés Godoy Díaz con Fisco de Chile.

DESCRIPTORES
Responsabilidad del Estado – Falta de Servicio – Cúmulo de Faltas – Causalidad – Servicio de Registro Civil e Identificación

PRINCIPIO JURÍDICO
En la responsabilidad del Estado puede existir cúmulo de responsabilidades.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Art. 42 Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Arts. 764, 765, 767 y 805 Código de Procedimiento Civil.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Existe falta de servicio del Registro Civil al otorgar a un tercero la cédula de identidad de una persona?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
La oficina de Valparaíso del Servicio de Registro Civil e Identificación otorgó una cédula de identidad a nombre del recurrente a otra persona. Dicho sujeto suplantó al actor y usurpó su nombre, realizando diversas negociaciones y operaciones comerciales que comprometieron el patrimonio y crédito del actor.

La sentencia de primera instancia acogió la demanda, la cual fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago. La parte demandada dedujo recurso de casación en el fondo.

ALEGACIONES
El fallo atribuye responsabilidad al Estado por falta personal de un funcionario, prescindiendo de la noción de falta de servicio. Según este último criterio de imputación, el elemento subjetivo de dolo o culpa ha de atribuirse no ya a un determinado fun-

cionario, sino que directamente al respectivo organismo. Paralelamente, la relación de causalidad entre el hecho y el daño, acreditada en la causa, no es directa, de manera que no se cumple un requisito esencial de procedencia de toda responsabilidad civil por daños.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*

Existe falta de servicio cuando éste ha funcionado deficientemente, no ha funcionado debiendo hacerlo, o lo ha hecho en forma tardía. Si por esta falta de servicio se ocasiona un daño a un particular, la Administración debe indemnizarlo. En cambio, la falta personal es aquella separable del ejercicio de la función, ya sea por tratarse de hechos realizados por el funcionario fuera del ejercicio de sus funciones, por tratarse de actos que obedecen a móviles personales o cuando ha existido por parte de éste una grave imprudencia o negligencia (C. 5).

En el caso resulta claro que ha existido falta de servicio, por mal funcionamiento del organismo público al entregar una cédula con la identidad del actor a un tercero. Ahora bien, aun en caso de estimarse que la situación importa la existencia de una falta personal, cabe señalar que desde el punto de vista del derecho administrativo y la LOCBGAE, pueden coexistir ambas. Un mismo hecho puede ser producto de una falta personal y de falta de servicio. Aun cuando se excluya esta última y sólo exista una falta personal, se produce un cúmulo de responsabilidad, sin cúmulo de faltas, por cuanto la personal se habría cometido ya sea en el ejercicio de la función o con ocasión de la misma (C. 6).

La actuación negligente del Servicio de Registro Civil fue la causa necesaria y directa de los daños que sufrió el actor. La entrega de una cédula con la identidad del demandante a un tercero fue precisamente el medio que este último utilizó para realizar las conductas que provocaron los perjuicios morales y patrimoniales al primero. De no haber existido negligencia en el funcionamiento del servicio estatal el tercero no habría obtenido una cédula que daba cuenta de una identidad distinta a la suya y consecuentemente el actor no habría sufrido los daños por los que demanda. Por consiguiente, la imprudencia del Servicio fue determinante para la producción de los daños (C. 7).

CONCLUSIÓN

Existe falta de servicio del Registro Civil al entregar una cédula con la identidad del actor a un tercero toda vez que esto constituye un mal funcionamiento del organismo público. La circunstancia que hubiere también falta personal no exime al organismo de responsabilidad pues un mismo hecho puede ser producto de una falta personal y de falta de servicio.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN:

Con este caso la Corte establece su estándar en materia de cúmulo de responsabilidades de forma expresa. Como se sabe la CPR al igual que la LOCBGAE establecen un

sistema de responsabilidad directa, es decir, en donde la falta personal es subsumida en la falta de servicio, y en consecuencia la falta personal sólo tiene utilidad para efecto de la acción de regreso hacia el funcionario por parte de la Administración.

TEXTO COMPLETO

Santiago, veintiséis de agosto de dos mil diez.

Vistos:

En estos autos rol 6210-08, juicio ordinario de indemnización de perjuicios caratulados "Godoy Diaz Andrés Claudio con Fisco de Chile", la parte demandada dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmó la de primera instancia que acogió la demanda y la condenó a pagar una indemnización equivalente a 7.500 unidades de Fomento, con el interés que indicó.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurso denuncia en primer término la infracción de los artículos 38 inciso 2º de la Constitución Política de la República y 4 y 42 de la Ley Nº 18.575, que se produce al proclamar la sentencia una responsabilidad extracontractual del Estado fundada en la culpa subjetiva clásica del derecho común atribuible al funcionario interviniente, o falta personal, y no como en derecho correspondía, en la falta de servicio fundada en la actuación negligente o culposa atribuible directamente al respectivo organismo o servicio público actuante. En definitiva la sentencia se funda en el estatuto de responsabilidad civil extracontractual del Libro IV del Código Civil, 2314 y siguientes, aplicado al funcionario que entregó la cédula de identidad a una persona distinta del actor, y no en los artículos 38 inciso 2º de la Constitución y 4 y 42 de la Ley Nº 18.575, que constituyen el verdadero estatuto de la responsabilidad del Estado. El fallo le atribuye responsabilidad al Estado por falta personal de un funcionario, prescindiendo de la noción de falta de servicio que establece el artículo 42 ya citado, que establece dicho concepto, en términos que el elemento subjetivo de dolo o culpa ha de atribuirse no ya a un determinado funcionario sino que directamente al respectivo organismo o servicio;

Segundo: Que, como segundo error de derecho, acusa la falsa aplicación de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, al dar por establecida la sentencia la responsabilidad de su parte aplicando estas normas pese a que la relación de causalidad entre el hecho y el daño, acreditada en la causa, no es directa como lo exigen estas disposiciones, de manera que no se cumple un requisito esencial de procedencia de toda responsabilidad civil por daños. En este caso entre el otorgamiento de la cédula de identidad por parte de la oficina de Valparaíso del Servicio de Registro Civil e Identificación a un tercero distinto del actor y el daño moral que este último experimentó han intervenido diversas causas ajenas absolutamente a la Administración, en las que ésta no tuvo participación y que son las que realmente han ocasionado de manera directa los perjuicios sufridos, como lo son los actos realizados por el tercero premunido de la identidad falsa que logró luego de perpetrar el delito de suplantación de persona y usurpación de nombre, para lo que indujo a error al Servicio de Registro Civil. Afirma que premunido de la falsa identidad esta persona realizó diversas actuaciones, posteriores a la obtención de la cédula de identidad, que fueron las que causaron los perjuicios al actor;

Tercero: Que señalando la influencia de estos errores en lo dispositivo de la sentencia afirma que de no haberse producido el fallo impugnado habría revocado la sentencia de primer grado y rechazado la demanda.

Cuarto: Que son hechos establecidos en la causa, entre otros:

Que la oficina de Valparaíso del Servicio de Registro Civil e Identificación otorgó una cédula de identidad a nombre de don Andrés Claudio Godoy Díaz, rut 7.595.264-3, a una persona que, luego de una investigación promovida por el demandante, fue identificada como Leonel Alberto Sánchez Otth;

Que este último sujeto suplantó al actor y usurpó su nombre;

Que el suplantador premunido de su falsa identidad realizó diversas negociaciones y operaciones comerciales comprometiendo el patrimonio y el crédito del actor;

Que existió una actuación negligente de un funcionario de la oficina del Servicio de Registro Civil de Valparaíso al entregar una cédula de identidad a una persona distinta del actor, tercero que aprovechó posteriormente esta falsa identidad causándole daños en su honra y su patrimonio.

Sobre la base de estos hechos es que los jueces del mérito establecieron la existencia de falta de servicio por parte del Servicio de Registro Civil e Identificación;

Quinto: Que en lo que se refiere al primer capítulo de la casación en el fondo es importante destacar que, según lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, existe falta de servicio cuando éste ha funcionado deficientemente, no ha funcionado debiendo hacerlo, o lo ha hecho en forma tardía. Si por esta falta de servicio se ocasiona un daño a un particular, la administración debe indemnizarlo. La falta personal, en cambio, es aquella separable del ejercicio de la función ya sea por tratarse de hechos realizados por el funcionario fuera del ejercicio de sus funciones, por ejemplo en el ámbito de su vida privada, o por tratarse de actos que obedecen a móviles personales como cuando el funcionario obra con la intención de agraviar, apartándose de la finalidad de su función, o cuando ha existido por parte de éste una grave imprudencia o negligencia;

Sexto: Que en el caso que nos ocupa resulta claro que tal como lo aseveraron los jueces del fondo, ha existido en este caso falta de servicio, por mal funcionamiento del organismo público, Servicio de Registro Civil e Identificación, al entregar una cédula con la identidad del actor a un tercero. Ahora bien, aun en caso de estimarse que la situación de autos importa la existencia de una falta personal, cabe señalar que desde el punto de vista del derecho administrativo y la institución que regula la falta de servicio, la Ley Nº 18.575, pueden coexistir ambas. Un mismo hecho puede ser producto de una falta personal y de falta de servicio. Aun cuando se excluya esta última y sólo exista una falta personal, se produce un cúmulo de responsabilidad, sin cúmulo de faltas, por cuanto la personal se habría cometido ya sea en el ejercicio de la función o con ocasión de la misma. Todo ello sin perjuicio que en el caso de ausencia de falta de servicio el Estado pueda repetir contra el funcionario, como expresamente lo señala el artículo 42 de la ley ya citada;

Séptimo: Que en lo que se refiere al segundo error de derecho denunciado, la actuación negligente del Servicio de Registro Civil fue la causa necesaria y directa de los daños que sufrió el actor, que fueron establecidos en autos. En efecto, fue justamente la entrega que este Servicio hizo de una cédula con la identidad del demandante a un tercero el medio que este último utilizó para realizar las conductas que provocaron los perjuicios morales y patrimoniales al primero. De no haber existido negligencia en el funcionamiento del servicio estatal el tercero no habría obtenido una cédula que daba cuenta de una identidad distinta a la suya –la del actor– y consecuentemente don Claudio Godoy no habría sufrido los daños por los que demanda. Es decir, en este caso, la imprudencia del Servicio fue determinante para la producción de los daños, de manera que al resolver los jueces del fondo de la manera que lo hicieron no han incurrido en el error de derecho que se les imputa.

Octavo: Que atento lo antes expuesto, el recurso de casación en el fondo no puede prosperar.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de la presentación de fojas 299 contra la sentencia de uno de agosto del año dos mil ocho, escrita a fojas 295.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Pierry.

Rol Nº 6210-2008.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y el Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Abogado Integrante señor Mauriz por estar ausente. Santiago, 26 de agosto de 2010.

Autorizada por la Secretaria subrogante de esta Corte Srta. Ruby Vanessa Sáez Landaur.

En Santiago, a veintiséis de agosto de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

7.4 FALTA DE SERVICIO POR EL MUNICIPIO

MATERIA
Responsabilidad municipal por accidente en vía pública

ÓRGANO COMPETENTE
Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en el Fondo
Rol: s/i
Fecha: 24.03.1981
Resultado recurso: Rechazado.
Ministros mayoría: Luis Cousiño Mac-Iver, Luis Maldonado Boggiano, Octavio Ramírez Miranda, Manuel Rivas del Canto, Osvaldo Erbetta Vaccaro.
Ministro redactor: Luis Cousiño Mac-Iver.
Partes: María Eliana Tirado Zilleruelo con Municipalidad de La Reina.

DESCRIPTORES
Responsabilidad del Estado – Falta de Servicio – Responsabilidad Objetiva – Mantención de Vías Públicas – Municipalidad

PRINCIPIO JURÍDICO
La responsabilidad por falta de servicio es objetiva.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Art. 71 Ley Nº 16.742; Arts. 62 D.L. Nº 1.289/1975 Ley Orgánica de las Municipalidades; D.S. Nº 422/1969 Ministerio de Vivienda y Urbanismo; Art. 172 Ordenanza General del Tránsito.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Es la responsabilidad por falta de servicio de las municipalidades de carácter objetivo por la mantención en las vías públicas?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
María Eliana Tirado el día miércoles 4 de mayo de 1977 a las 19.30 horas más o menos, en el paradero para la locomoción colectiva existente en la esquina de Príncipe de Gales con Avenida Carlos Ossandón, al descender del bus de la Empresa de Transportes Colectivos en que viajaba, sufrió un grave accidente al caer en una profunda excavación situada a menos de dos metros del paradero, que le provocó una luxo-fractura del tobillo izquierdo. La excavación, de 1,20 metros más o menos, no tenía señalización ni protección alguna.

La Municipalidad sostuvo que las obras eran de responsabilidad de la Corporación Vecinal de la Reina y, en consecuencia, no le es oponible ningún tipo de responsabilidad.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*).

Las Municipalidades son instituciones de Derecho Público, funcional y territorialmente descentralizadas, cuyo objeto primordial es administrar la comuna y como tales capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y responsables civilmente como se verá tanto contractual como extracontractualmente; que dentro de sus atribuciones privativas les corresponde la administración de los bienes municipales y de los nacionales de uso público existentes en la comuna, salvo aquellos que, en atención a su naturaleza o fines, corresponda administrar a otros organismos; y la aplicación, dentro de las condiciones que determine el respectivo plan regulador comunal, de las normas legales de construcción y urbanización.

El artículo 62 inciso 2, de la Ley Orgánica de Municipalidades especialmente expresa que "La responsabilidad extracontractual procederá principalmente para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen debiendo hacerlo o lo hagan en forma deficiente"; se consagra aquí la responsabilidad objetiva, en que el perjudicado es relevado de probar si hubo culpa o dolo del agente, como también la identidad de éste, bastando acreditar que el perjuicio se debió a un servicio deficiente que la corporación edilicia debió subsanar.

Siendo la causa que motivó el accidente de que se trata, una excavación existente en la vereda, cercana a un paradero de la movilización colectiva, la que, al momento de los hechos, se encontraba sin protección ni señalización adecuada como lo exige el artículo 172 de la Ordenanza General del Tránsito, no cabe sino concluir que la Municipalidad es responsable del perjuicio ocasionado a la actora como usuaria de un servicio público.

CONCLUSIÓN

La inadecuada mantención de las vías públicas y la ausencia de señalización de las mismas, constituye una falta de servicio de las municipalidades que debe ser calificada como responsabilidad objetiva, porque no es necesario probar dolo o culpa de ningún agente público para imputar responsabilidad.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia es la primera y más trascendente en materia de falta de servicio, que había sido incorporada a la legislación chilena por primera vez en la Ley de Municipalidades de 1977. Desde su establecimiento y especialmente desde la decisión del caso Eliana Tirado, la doctrina mayoritaria del Derecho Administrativo Chileno sostuvo que el sistema de responsabilidad del Estado por falta de servicio era de carácter objetivo, de manera que su estatuto era de Derecho Público.

TEXTO COMPLETO

VISTOS:

Don Tomás Mackenzie Novajas, empleado, domiciliado en Avenida Ossandón Nº 172 C, La Reina, en representación legal de su cónyuge, doña María Eliana Tirado Zilleruelo, dueña de casa,

del mismo domicilio, deduce demanda de indemnización de perjuicios en contra de don Ricardo Contreras Rueda, Coronel de Carabineros (R), domiciliado para estos efectos en Echeñique 6300, en su calidad de Alcalde y representante legal de la I. Municipalidad de La Reina, del mismo domicilio, y, solidariamente, en contra de don Pedro Pérez Cabrera, empresario, domiciliado en Lota 2366, Departamento 306, Santiago, en su calidad de representante legal de la Empresa Constructora Pedro Pérez Cabrera, concesionaria de las obras de alcantarillado efectuadas en el sector Príncipe de Gales – Avenida Ossandón, para que en definitiva se la condene solidariamente al pago de $ 10.000 por daño material y $ 200.000 por daño moral, más un reajuste igual a la variación del índice de Precios al Consumidor entre la notificación de la demanda y el total cumplimiento del fallo, con costas.

Fundando su demanda expresa que el miércoles 4 de mayo de 1977 a las 19:30 horas más o menos, en el paradero para la locomoción colectiva existente en la esquina de Príncipe de Gales con Avenida Carlos Ossandón, su cónyuge, al descender del bus de la Empresa de Transportes Colectivos en que viajaba, sufrió un grave accidente al caer en una profunda excavación situada a menos de dos metros del paradero, que le provocó una luxó fractura del tobillo izquierdo. La excavación, de 1,20 metro más o menos no tenía señalización ni protección alguna; aduce que compete a las Municipalidades, a través de su Departamento de Obras Municipales, la aplicación de las normas legales de construcción y urbanización y la atención de las materias relacionadas con la salubridad pública y la higiene ambiental, de modo que resulta responsable de los perjuicios que irrogue a terceros la negligencia o desidia en la adopción de las medidas tendientes a evitar dichos perjuicios, en la realización por sí o por concesionarios de las obras que realice. Por otra parte, la empresa demandada es la concesionaria de las obras de alcantarillado en ese sector y como tal responde solidariamente de los perjuicios producidos por negligencia culpable al no cumplir su obligación de colocar y mantener por su cuenta de día y de noche la señalización de advertencia de peligro que para estos casos establece la Dirección de Vialidad (artículo 172 inciso 1º de la Dirección General del Tránsito).

En fojas 17 don Pedro Pérez Cabrera, por la empresa demandada, contestando la demanda solicitó su rechazo y funda su defensa en que a la fecha de los hechos sólo había realizado excavaciones en Avenida Ossandón, y por encargo de la Corporación Vecinal de Alcantarillado de La Reina y no de la I. Municipalidad. Las excavaciones que se hicieron en calle Príncipe de Gales entre los días 3 al 5 de agosto de 1977 lo fueron en sentido paralelo a la vereda y en forma continua y no en sentido perpendicular a la calle como se desprende de la descripción de la zanja hecha por el actor, lo que más bien supone que se trata de un desagüe o una unión a una matriz que no es de alcantarillado. Por otra parte, aduce, de los documentos que acompaña la actora se desprende que la zanja cuestionada estaba protegida.

En fojas 20 don Ricardo Contreras Rueda, Alcalde de la I. Municipalidad de La Reina y en su representación, corrobora lo manifestado por la empresa, en cuanto a que las obras realizadas por ésta no fueron ordenadas por ella sino por la Corporación Vecinal de Alcantarillado de La Reina, a quien le corresponde ejecutar las obras de alcantarillado de acuerdo al artículo 71 de la Ley Nº 16.742 y su Reglamento contenido en el Decreto Supremo 422 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de 20 de octubre de 1969; por otra parte el Reglamento faculta expresamente a los particulares interesados para ejecutar directamente las obras, de lo que aparece evidente que la Municipalidad de La Reina no tiene como servicio propio de la entidad proyectar y/o ejecutar obras de alcantarillado. En consecuencia, no hay fundamento para establecer responsabilidad por deficiencia u omisión en un servicio. Corrobora también lo expuesto por la empresa, en cuanto a que las características de la excavación no corresponden a las proyectadas y ejecutadas por la Corporación de Alcantarillado, y que lo fueron en agosto de 1977 y no en la fecha de los hechos invocados como fundamento.

En fojas 24 replicando la parte demandante haciéndose cargo de la contestación de la Municipalidad afirma que si la excavación no correspondiere a obra de alcantarillado como afirma esta parte su responsabilidad sería evidente por corresponderle la administración de los bienes nacionales de uso público de la comuna, con excepción de lo que corresponde a otros organismos.

Duplicando los demandados ratificaron los fundamentos de hecho y de derecho hechos valer en su contestación de la demanda.

Se recibió la causa a prueba rindiéndose la que consta de autos.

Se citó a las partes para oír sentencia y se han traído los autos para fallar.

CONSIDERANDO:

En cuanto a las tachas

1º) Que la parte demandada tachó a la testigo de la actora doña María Várela Morgan a fojas 54 vta., por la causal del artículo 358 Nº 7 del Código de Procedimiento Civil, que funda en la amistad íntima que existiría entre la actora y la testigo. Al efecto sólo obra en autos el dicho de ésta, quien manifiesta que visita a la demandante y en algunas ocasiones ha sido invitada por ésta. Los hechos expuestos no reúnen la gravedad que la Ley exige para inhabilitar al testigo;

2º) Que la demandante tachó al testigo Javier Maffei Belloni a fojas 61, por la causal del artículo 358 Nº 4 del Código de Procedimiento Civil que funda en el hecho de ser éste Director de Obras Municipales. El cargo de Director de Obras Municipales es obligatorio para todas las Municipalidades, y deberá ser desempeñado por un profesional con título universitario cuyo nombramiento y permanencia en el cargo están regulados por la ley, en términos que no le afecta la causal de inhabilidad que pretende fundarse en un vínculo de dependencia con la parte que lo presenta;

3º) Que a fojas 63, la demandante tachó también al testigo de la demandada don Alberto Soto Wilson por la causal del Nº 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, ya que el testigo es Gerente de la Corporación Vecinal de Alcantarillado de La Reina y, como tal, tiene un interés indirecto en el resultado del juicio, toda vez que dicha Corporación tendría responsabilidad subsidiaria en los hechos de autos.

La Corporación Vecinal de Alcantarillado es una persona jurídica y, como tal, distinta de las personas que la componen, de modo que cualquiera sea el interés que ella pueda tener en el resultado de este juicio, evidentemente no inhabilita al testigo;

4º) Que don Tomás Mackenzie Novajas en representación de su cónyuge doña María Eliana Tirado Zilleruelo deduce acción de indemnización de perjuicios en contra de la I. Municipalidad de La Reina representada legalmente por su alcalde don Ricardo Contreras Rueda y de la Empresa Constructora Pedro Pérez Cabrera, representada legalmente por don Pedro Pérez Cabrera, como concesionaria esta última de las obras de alcantarillado efectuadas en el sector Príncipe de Gales – Avenida Ossandón, para que en definitiva se las condene solidariamente al pago de $ 10.000 por daño material y $ 200.000 por daño moral, más un reajuste igual a la variación del Índice de Precios al Consumidor entre la notificación de la demanda y el total cumplimiento del fallo, con costas. Fundándose, expresa que el miércoles 4 de mayo de 1977 a las 19:30 horas más o menos, en el paradero para la locomoción colectiva existente en la esquina de Príncipe de Gales con Avenida Carlos Ossandón, su cónyuge, al descender del bus de la Empresa de Transportes Colectivos en que viajaba, sufrió un grave accidente al caer en una profunda excavación situada a menos de dos metros del paradero, que le provocó una luxo fractura del tobillo izquierdo. La excavación de 1,20 metro más o menos no tenía señalización ni protección alguna;

5º) Que continuando sus argumentaciones, aduce que compete a las Municipalidades, a través de su Departamento de Obras Municipales, la aplicación de las normas legales de construcción y urbanización y la atención de las materias relacionadas con la salubridad pública y la higiene ambiental, de modo que resulta responsable de los perjuicios que irrogue a terceros la negligencia o desidia en la adopción de las medidas tendientes a evitar dichos perjuicios, en la realización por sí o por concesionario de las obras que realice. Por otra parte, la empresa demandada es la concesionaria de las obras de alcantarillado en ese sector y, como tal, responde solidariamente de los perjuicios producidos por negligencia culpable al no cumplir su obligación de colocar y mantener por su cuenta de día y de noche la señalización de advertencia de peligro que para estos casos establece la Dirección de Vialidad (artículo 172 inciso 1º de la Dirección General del Tránsito);

6º) Que la empresa demandada funda su defensa en que a la fecha de los hechos sólo había realizado excavaciones en Avenida Ossandón, y por encargo de la Corporación Vecinal de Alcantarillado de La Reina y no de la I. Municipalidad. Las excavaciones que se hicieron en calle Príncipe de Gales entre los días 3 al 5 de agosto de 1977 lo fueron en sentido paralelo a la vereda y en forma continua y no en sentido perpendicular a la calle como se desprende de la descripción de la zanja hecha por el actor, lo que más bien supone que se trata de un desagüe o una unión a una matriz que no es de alcantarillado. Por otra parte, aduce, de los documentos que acompaña la actora, se desprende que la zanja cuestionada estaba protegida;

7º) Que por su parte la Municipalidad corrobora lo manifestado por la empresa, en cuanto a que las obras realizadas por ésta no fueron ordenadas por ella sino por la Corporación Vecinal de Alcantarillado de La Reina, a quien le corresponde ejecutar las obras de alcantarillado de acuerdo al artículo 71 de la Ley Nº 16.742 y su Reglamento contenido en el Decreto Supremo 422 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de 20 de octubre de 1969; por otra parte el Reglamento faculta expresamente a los particulares interesados para ejecutar directamente las obras, de lo que aparece evidente que la Municipalidad de La Reina no tiene como servicio propio de la entidad proyectar y/o ejecutar obras de alcantarillado. En consecuencia, no hay fundamento para establecer responsabilidad por deficiencia u omisión en un servicio. Corrobora también lo expuesto por la empresa, en cuanto a que las características de la excavación no corresponden a las proyectadas y ejecutadas por la Corporación de Alcantarillado, y que lo fueron en agosto de 1977 y no en la fecha de los hechos invocados como fundamento;

8º) Que con los dichos de los testigos Mary Eileen Gazmuri Symmes, María Várela Morgan, Estela Argandoña Várela, María Josefina Arriagada Edwards y Eduardo de la Barra Carrasco, que deponen a fojas 52, 54 vía., 56, 56 vta. y 58, sin tachas, legalmente examinados y que en lo que se dirá, dan suficiente razón de sus dichos se encuentran plenamente acreditados en autos los siguientes hechos:

a) que el 4 de mayo de 1977, en la vereda de calle Príncipe de Gales casi al llegar a la esquina con Avenida Ossandón existía una excavación de más o menos 1 1/2 metro de profundidad de unos 2 metros de largo y unos 0,60 metro de ancho, perpendicular al eje de la calzada y muy cerca de un paradero de la locomoción colectiva: testigos Gazmuri, Várela Arriagada, Argandoña y De la Barra;

b) que ese día dicha excavación se encontraba sin señalización y descubierta; testigos Gazmuri, Arriagada y De la Barra;

c) que la iluminación del sector era escasa, toda vez que es un sector arbolado y la luz llega a la vereda desde un farol colocado en una platabanda del centro de la calzada; los testigos citados;

d) que el día señalado alrededor de las 19.30 horas doña María Eliana Tirado Zilleruelo, al bajarse de un bus de la movilización colectiva cayó en el interior de la excavación; testigos Gazmuri, Arriagada y De la Barra, que presenciaron el hecho;

9º) Que con los dichos de estos mismos testigos y de Carlos Atala Sahadi, que corroboran lo expuesto en el certificado del médico jefe de la Asistencia Pública a fojas 7 y de fojas 43, y el informe de Carabineros de La Reina a fojas 41, en el sentido de que el 4 de mayo de 1977 don Tomás Mackenzie Novajas dio cuenta de las lesiones graves sufridas por la actora a consecuencia de haber caído en un hoyo a la bajada de un bus de la Empresa de Transportes Colectivos, permiten también dar por plenamente establecido que doña María Tirado Zilleruelo sufrió una luxo fractura del tobillo izquierdo a consecuencia de su caída en la excavación de que se trata;

10º) Que por el artículo 71 de la Ley Nº 16.742 se concedió personalidad jurídica a la Corporación Vecinal de Alcantarillado de La Reina, a quien, de conformidad al artículo 2º de su Reglamento contenido en el Decreto Supremo 422 del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, publicado el 20 de octubre de 1969, le corresponden las siguientes funciones: "estudiar, proyectar y construir obras de alcantarillado en la comuna de La Reina con sujeción a las normas contenidas en las ordenanzas y reglamentos técnicos sobre ejecución de esta clase de trabajos que rigen para la división de Servicios Sanitarios de la Corporación de Obras Urbanas del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo y para la Dirección de Obras Sanitarias del Ministerio de Obras Públicas y Transportes";

11º) Que las disposiciones anotadas en el motivo anterior, lo afirmado por la Municipalidad demandada y la Empresa Constructora Pedro Pérez Cabrera, y lo aseverado por el testigo don Pedro Soto Wilson al declarar sobre el punto 6º del auto de prueba, en orden a que la Municipalidad de La Reina no encargó ninguna obra, ya que "estos trabajos le corresponde ordenarlos a la Corporación Vecinal de Alcantarillado", permiten liberar a la corporación edilicia referida de responsabilidad en los hechos de que se trata en cuanto ella se pretende derivar de que las obras se habrían ejecutado por particulares contratados para este efecto por la aludida Corporación Municipal;

12º) Que, por otra parte, los testigos Javier Maffei Belloni, Alberto Soto Wilson, Luis Armando Zúñiga Belloni e Iván López Yuras, el primero director de Obras Municipales, el segundo gerente de la Corporación Vecinal de Alcantarillado de La Reina, el tercero, contratista de pavimentos, y el cuarto, inspector del Departamento de Construcción de la EMOS, afirman que, a la fecha de los hechos, 4 de mayo de 1977, la Empresa Constructora Pedro Pérez Cabrera sólo había efectuado las excavaciones correspondientes a las obras de alcantarillado del sector, por Avenida Ossandón y no en la calle Príncipe de Gales. Estos testigos dan razón de sus dichos y son suficientemente abonados por lo que el sentenciador les da más valor que a las afirmaciones de Mary Eileen Gazmuri a fojas 52, María Josefina Arriagada Edwards y Eduardo de la Barra Carrasco, a fojas 56 vta. y 58 respectivamente, quienes contestando al punto octavo de la minuta afirman, la primera "me figuro que eran de alcantarillado". y la segunda y el tercero que les consta que lo era porque les había llegado aviso que era el alcantarillado. En consecuencia, cabe tener por plenamente establecido en esta causa que en la oportunidad aludida la contratista demandada había efectuado obras de excavación para el alcantarillado del sector en Avenida Ossandón y no en Príncipe de Gales. Esta conclusión conducirá al rechazo de la demanda en cuanto ella se dirige contra la Empresa Constructora Pedro Pérez Cabrera;

13º) Que en su escrito de réplica la actora adujo que, aun en el evento —sostenido por las demandadas— de que la excavación no correspondiera a obras de alcantarillado, siempre sería responsable del perjuicio la Municipalidad por corresponderle la administración de los bienes nacionales de uso público de la comuna, con excepción de la que corresponda a otros organismos. Esta alegación no importa alterar la acción que es motivo principal del pleito, como pretende la Corporación demandada en la duplica, sino una ampliación de sus fundamentos, toda vez que el libelo contiene las citas de derecho que la informan;

14º) Que razonando sobre este planteamiento, y no obstante lo concluido en el considerando 11º) de este fallo, no debe olvidarse que, según lo señala el artículo 1º de la Ley Orgánica de Municipalidades, Decreto Ley Nº 1.289 de 1975, las Municipalidades son instituciones de Derecho Público, funcional y territorialmente descentralizadas, cuyo objeto primordial es administrar la comuna y como tales capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y responsables civilmente como se verá tanto contractual como extra contractualmente; que dentro de sus atribuciones privativas les corresponde la administración de los bienes municipales y de los nacionales de uso público existentes en la comuna, salvo aquellos que, en atención a su naturaleza o fines, corresponda administrar a otros organismos; y la aplicación, dentro de las condiciones que determine el respectivo plan regulador comunal, de las normas legales de construcción y urbanización; que el artículo 24 de la citada Ley Orgánica comete al Departamento de Obras Municipales velar por el cumplimiento de las disposiciones del Plan Regulador Comunal y de las ordenanzas correspondientes, para lo cual gozará, entre otras, de las siguientes atribuciones: aprobar los proyectos de obras de urbanización y de construcción, en general, que se efectúen en las áreas urbanas y urbanorurales, lo que incluye tanto las obras nuevas como las ampliaciones, transformaciones y otras que determinen las leyes y reglamentos; y fiscalizar la ejecución de las obras hasta el momento de su recepción;

15º) Que el artículo 61 de la misma Ley consagra la responsabilidad administrativa civil y penal del Alcalde y demás funcionarios municipales, y hace a la Municipalidad solidariamente responsable de la indemnización a terceros por los perjuicios que ocasionen las actuaciones dolosas o culpables de sus personeros, sin perjuicio de su derecho a repetir en contra del personalmente responsable; el artículo 62 inciso 2º especialmente expresa que "La responsabilidad extracontractual procederá principalmente para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen debiendo hacerlo o lo hagan en forma deficiente"; se consagra aquí la responsabilidad objetiva, en que el perjudicado es relevado de probar si hubo culpa o dolo del agente, como también la identidad de éste, bastando acreditar que el perjuicio se debió a un servicio deficiente que la corporación edilicia debió subsanar;

16º) Que siendo la causa que motivó el accidente de que se trata, una excavación existente en la vereda, cercana a un paradero de la movilización colectiva, la que, al momento de los hechos, se encontraba sin protección ni señalización adecuada como lo exige el artículo 172 de la Ordenanza General del Tránsito, no cabe sino concluir que la Municipalidad es responsable del perjuicio ocasionado a la actora como usuaria de un servicio público;

17º) Que, por otra parte, conjugando los artículos 2320 y 2329 del Código Civil, que establecen, el primero, una presunción de culpa por el hecho ajeno y el segundo una presunción de culpa por el hecho propio, y teniendo presente la calidad jurídica que invisten las Municipalidades y las funciones que les son propias, podemos igualmente concluir que, en el caso de que se trata, le afecta a la Corporación demandada una presunción legal no desvirtuada, de que actuó con negligencia en la administración de un bien de uso público, como son las veredas;

18º) Que la demandante ha estimado los perjuicios materiales a la fecha de la demanda –agosto de 1977– en la suma de $ 10.000 y los daños morales en la suma de $ 200.000. Para acreditar los fundamentos de su petición acompañó los siguientes documentos que dicen relación con gastos efectuados a la fecha de la demanda:

a) fojas 5, un comprobante de recaudación de la Asistencia Pública de 4 de mayo de 1977 por $ 100;

b) fojas 8, fotocopia de un comprobante de préstamo médico hecho a don Tomás Mackenzie por la Caja de Previsión de Empleados Particulares, de 14 de junio de 1977, por $ 2.496;

c) fojas 9, un programa de atención médica de Sermena a favor de la actora por un valor de $ 2.413,96 desde el 4 al 14 de mayo de 1977 por el diagnóstico "luxo fractura tobillo izquierdo";

d) fojas 10, un recibo emitido por Agustina Victoriano, por la suma de $ 4.800, relativo a servicios prestados como doméstica, a la actora, entre mayo y julio de 1977. Los demás documentos de fojas 60, 67, 68 y 69 corresponden a gastos efectuados después de trabada esta litis, por lo que no cabe considerarlos;

19º) Que los documentos aludidos fueron objetados a fojas 17; la objeción debe rechazarse respecto de las letras a), c) y d), porque el recibo de fojas 10 fue reconocido por quien lo emite a fojas 59 de autos, y en cuanto a los demás objetados, letras a) y c), tratándose de documentos emitidos por servicios dependientes del Ministerio de Salud Pública, que en sí mismos llevan el sello de su autenticidad, correspondía al objetante acreditar su impugnación, lo que no hizo. Procede sólo acoger la objeción a la fotocopia cuyo original no fue aparejado a los autos;

20º) Que también la actora rindió la testimonial de fojas 52 y siguientes, consistente en los dichos de Mary Gazmuri, María Várela, Estela Argandoña, María Amagada (sic), Eduardo de la Barra, y del médico tratante, Carlos Átala a fojas 73, quienes afirman que la ofendida, a raíz de las lesiones sufridas, fue intervenida quirúrgicamente en dos oportunidades y debió estar tres meses en reposo por la incapacidad absoluta provocada, prolongándose la dolencia hasta diciembre de 1977. Además los cinco primeros testigos nombrados y doña Agustina Victoriano afirman que la actora es madre de cuatro hijos menores, lo que incrementó los gastos propios de la dolencia sufrida, pues debió contratar una empleada doméstica.

Los antecedentes indicados, ponderados en conjunto, permiten tener por establecido que la actora sufrió un daño emergente a la fecha de la demanda de $ 7.313,96 y también un menoscabo moral que el sentenciador valora prudencialmente en la suma de $ 200.000 a la fecha de este fallo;

21º) Que siendo el reajuste compensatorio de la depreciación monetaria se otorgará desde la notificación de la demanda para la indemnización por daño emergente y desde esta fecha para el daño moral.

Y visto lo dispuesto en los artículos 1698 y 2134 y siguientes del Código Civil; Decreto Ley Nº 1.289 de 1975; Decretos Supremos 422 y 458 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 20 de octubre de 1969 y 13 de abril de 1976, respectivamente; Ley Nº 16.742; Ordenanza General del Tránsito; artículos 144, 160, 170, 342, 346 y 384 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

a) Que se rechazan las tachas opuestas;

b) Que se rechaza la objeción documentaria de fojas 17, en cuanto a los documentos de fojas 5, 9 y 10, y se la acoge respecto del de fojas 8;

c) Que se rechaza la demanda en cuanto se dirige en contra de la Empresa Pérez Cabrera, con costas;

d) Que ha lugar a la demanda en contra de la Ilustre Municipalidad de La Reina, en cuanto se funda en lo expresado en el motivo 13º, con costas, fijándose la indemnización por daño emergente en la suma de $ 7.313,96 a la fecha de la notificación de la demanda, 9 de septiembre de 1977, la que deberá pagarse con un reajuste equivalente a la variación del Índice de Precios al Consumidor entre el mes anterior a la fecha indicada y el mes anterior al pago efectivo y regulándose la indemnización por daño moral en la suma alzada de $ 200.000 a la fecha de este fallo, más un reajuste igual al anterior calculado desde el mes anterior a esta sentencia y el mes anterior al pago efectivo.

Pronunciada por doña María Antonia Morales Villagrán, Juez titular.

La Corte

VISTOS:

Eliminando de la sentencia en alzada sus considerandos 16º y 17º; reemplazando en el considerando 18º la cifra "$ 2.413,96" por "$ 2.413,36"; reemplazando en el considerando 20º la cifra "$ 7.313,96" por "$ 7.713,36"; y eliminando en el mismo fundamento 20º la frase "lo que incrementó los gastos propios de la dolencia sufrida, pues debió contratar una empleada doméstica".

Y teniendo en su lugar y además presente:

1º) Que la tacha opuesta al testigo Maffei se fundó en la circunstancia de ser dependiente de la parte que lo presenta, de modo que no cabe considerar ahora las alegaciones de la demandante, cuanto a que dicho testigo tendría interés en los resultados del juicio, por el hecho de que eventualmente podría perseguirse su responsabilidad personal, civil o administrativa, en su calidad de Director de Obras Municipales de La Reina, por los mismos hechos de autos.

2º Que los nuevos planteamientos formulados en la réplica por la demandante y que han sido materia de objeciones por parte de la demandada, en cuanto a aquélla habría alterado sustancialmente la fundamentación de la demanda, no fueron impugnados, en forma oportuna, como causales de nulidad de procedimiento, y sin perjuicio de lo que se expresa en el considerando 13º del fallo apelado, lo cierto es que dicha anomalía no ha causado la indefensión de la Municipalidad demandada, puesto que ha tenido margen, en el curso del pleito, de oponer a dichos nuevos planteamientos las defensas que ha creído oportunas, disponiendo desde luego de todo el término de prueba para allegar al juicio las que ha estimado conducentes. Finalmente el sentenciador se ha hecho cargo de todos los puntos de vista y de todas las argumentaciones y pruebas en que se ha asilado la Municipalidad de La Reina.

3º Que también y más concretamente, entre las obligaciones legales que pesan sobre el Gobierno Municipal como se desprende del artículo 24 del Decreto Ley Nº 1.289-75, que contiene el Estatuto Edilicio, se halla la inspección de las obras de urbanización que se encuentran en uso a fin de que se acaten las normas técnicas y legales pertinentes. Vale decir, aplicando al caso de autos el contenido de dicha disposición, la Municipalidad de La Reina tenía el deber de comprobar que las veredas de esa comuna, en sus áreas urbanas, estaban expeditas al tránsito de peatones, o por lo menos, como lo ordena el artículo 172 de la Ordenanza General del Tránsito, mantener o hacer mantener en el sector de Príncipe de Gales con Avenida Ossandón las señales de advertencia para precaver a los usuarios del peligro que corrían.

4º Que, contrariamente y como ya se dejó establecido en la sentencia del tribunal a quo, en las proximidades de esa confluencia de calles no sólo había excavaciones como la que provocó el percance sufrido por la Sra. Tirado sino que ellas existían con muchos días de anterioridad, sin que hubiese elementos de protección o señalización en resguardo de los peatones. Así se desprende de lo expuesto por los testigos Gazmuri, Várela, Argandoña, Arriagada y De la Barra, a fs. 52, 54 vta., 56, 56 vta. y 58.

Que en otras palabras la Municipalidad demandada, a través de los organismos con que cuenta, no fue eficiente para desempeñar el servicio público de inspección recién indicado que debía prestar a la comunidad con mandato legal, consecuente con las facultades que posee de administración de los bienes nacionales de derecho público dentro de la comuna. Esta falta de control permitió la existencia de la excavación referida en una zona poco iluminada, sin barreras de contención y sin señales de advertencia, por lo que debe concluirse además, teniendo en cuenta las circunstancias

en que se produjo el suceso que afectó a la señora Tirado, que la anotada deficiencia municipal está en relación de causa al efecto, por lo que atañe a la caída y a las lesiones que sufrió la demandante.

5º Que en consecuencia cabe explicar en la especie, como lo hace la juez a quo, la norma del artículo 62 del mencionado Decreto Ley para imponer a la Municipalidad demandada la responsabilidad civil y total por los hechos de autos, sin que sea previo o necesario para ello acreditar que hubo de parte de uno o más funcionarios, empleados u obreros de dicha Municipalidad, negligencia en el desempeño de sus obligaciones.

6º Que la condición de mujer de la ofendida y la naturaleza y circunstancias del hecho en que se fundamenta la demanda, han de tenerse en cuenta para aquilatar la magnitud de los daños morales irrogados a la ofendida, quien debió someterse, como ha quedado establecido, a un tratamiento médico complicado con inserción de piezas metálicas en su organismo, las que más adelante correspondió extraer a través de otra operación quirúrgica. El tratamiento duró varios meses con un primer período de inmovilidad total del miembro afectado. Esta postración que representa obviamente una parte de los trastornos que negativamente afectaron la vida ordinaria de dueña de casa de la ofendida, sumada a los dolores físicos que es de presumir fueron provocados por la fractura misma y el subsiguiente tratamiento médico, además de la incertidumbre por lo que toca a su recuperación definitiva, conforman el cuadro acerca del cual el sentenciador debe prudencialmente apreciar la indemnización que cubra el daño moral reclamado.

7º) Que sólo por rara excepción la ley permite incluir en la demanda el cobro de prestaciones motivadas en hechos futuros –es decir, posteriores a la iniciación del juicio–, pero en tales casos lo ha dicho expresamente, lo que no sucede en el tipo de indemnizaciones ventiladas en el presente juicio.

Con arreglo a los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil se confirma la sentencia en alzada de 14 de agosto del año pasado, escrita a fs. 77 y siguientes, con declaración de que se fija en $ 7.313,36 la indemnización que debe pagar la Municipalidad de La Reina a la demandante por concepto de daño emergente.

No ha lugar por inconducente a lo pedido a fs. 110.

Redacción del ministro señor Adolfo Bañados Cuadra. Arnaldo Toro L., Adolfo Bañados C., Jorge Várela V.

La Corte

VISTOS:

Don Tomás Mackenzie Novajas, como representante legal de su cónyuge doña María Eliana Tirado Zilleruelo, demandó a la Municipalidad de La Reina y a la Empresa Constructora Pedro Pérez Cabrera, por el pago de sumas determinadas de dinero como indemnización por el daño sufrido por la última, con motivo de la caída en una excavación profunda situada a menos de dos metros del paradero de buses existente en la esquina de Príncipe de Gales con Carlos Ossandón, lo que ocurrió el 4 de mayo de 1977, a las 19:30 horas, aproximadamente, por falta de señalización de ninguna especie y la ausencia de luces, banderas, barreras de tierra o de madera o cualquiera otra protección destinada a impedir la ocurrencia de accidentes a los transeúntes. Las demandadas se excepcionaron alegando su falta absoluta de responsabilidad por este hecho. Por sentencia del juez del 4º juzgado civil de mayor cuantía de Santiago de fecha 14 de agosto de 1979, escrita a fojas 77, se dio lugar a la demanda por lo que respecta a la Municipalidad de La Reina, rechazándose la instaurada en contra de la Empresa Constructora Pedro Pérez Cabrera, y se le condenó a pagar la suma de $ 7.313,96 por daño emergente y $ 200.000 por daño moral, más el reajuste conforme al Índice de Precios al Consumidor, calculado desde el mes anterior a la sentencia y el mes

anterior al pago efectivo. Apelado este fallo él fue confirmado por una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, el 23 de abril de 1980, a fojas 115 de los autos, con declaración de que se fija el monto del daño emergente en una suma inferior a sesenta centavos de la determinada en primera instancia.

En contra de esta última sentencia se ha deducido recurso de casación en el fondo por la Municipalidad de La Reina, el que fue oportunamente concedido.

Se trajeron los autos en relación.

Teniendo presente:

1º) Que el recurso de casación en el fondo sostiene la infracción del artículo 62 del Decreto Ley Nº 1.289, Ley Orgánica de Municipalidades, y de los artículos 2314 y 2316 del Código Civil al hacer extensiva la primera disposición "a una situación en que el Municipio se encontraba sin posibilidad de actuar, ya que se encuentra suficientemente asentado en el proceso que la excavación se hizo por desconocidos, clandestinamente, sin conocimiento ni autorización de la corporación, cuyos recursos de fiscalización se reducen a dos inspectores municipales";

2º) Que los hechos en que se funda esta supuesta infracción no son hechos establecidos en la sentencia recurrida, y, por ende, no pueden servir de base para sostener un vicio en la dictación del fallo que autorice su anulación por la vía de la casación en el fondo;

3º) Que también se sostiene en el escrito de formalización que la sentencia recurrida ha desconocido el principio básico de la responsabilidad de que ella debe recaer sobre quien cometió el hecho ilícito, consagrado en el artículo 2314 del Código Civil, al establecerse que existiría, de parte de la Municipalidad, una responsabilidad objetiva, fundada en la simple existencia de la excavación, que determinaría la falta o difidencia del servicio y, por consiguiente, la culpa, en circunstancia de que la Corporación, con los precarios recursos de que dispone, no estaba en situación de actuar y no conocía, siquiera, la existencia del hecho ilícito, con lo cual se ha dado una extensión desmesurada a la responsabilidad objetiva, con violación del artículo 62 del Decreto Ley Nº 1.289;

4º) Que no puede haber infracción de las disposiciones del Código Civil cuando la sentencia, con extensos razonamientos, ha aplicado el principio de la responsabilidad objetiva establecido en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Municipalidades, descartando la responsabilidad por la culpabilidad y fundándola exclusivamente en el hecho que ha provocado el riesgo, o sea, la causalidad material;

5º) Que, por lo demás, el recurso interpuesto es inadmisible, ya que el escrito en que se interpone no hace mención expresa y determinada de la manera como las supuestas infracciones influyen en lo dispositivo del fallo, como lo ordena perentoriamente el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, sino que guarda absoluto silencio sobre el particular.

Visto, además, lo dispuesto en los artículos 787 y 809 del Código de Procedimiento Civil se desecha el recurso de casación en el fondo interpuesto por la Municipalidad de La Reina en contra de la sentencia de 23 de abril de 1980, escrita a fojas 115, con costas, en que se la condena solidariamente con el abogado que lo patrocinó.

Aplícase a beneficio fiscal, con el destino señalado por la Ley, el monto de la boleta de consignación de fojas 118.

Redacción del abogado integrante señor Cousiño Mac – Iver. Luis Maldonado B., Octavio Ramírez M., V. Manuel Rivas del Canto, Osvaldo Erbetta V., Luis Cousiño M. I.

MATERIA
Responsabilidad municipal por accidente en vía pública

ÓRGANO COMPETENTE
Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en el Fondo
Rol: 6754-2006
Fecha: 18.03.2008
Resultado recurso: Acogido
Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau y Sonia Araneda Briones.
Ministros minoría: Adalis Oyarzún Miranda y el Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia Balbi.
Ministro redactor: Héctor Carreño Seaman.
Partes: Ramón Quintana Urrea con Municipalidad de Chillán

DESCRIPTORES
Responsabilidad del Estado – Falta de Servicio – Mantención Vías Públicas – Municipalidad – Calificación de los Hechos

PRINCIPIO JURÍDICO
La responsabilidad por falta de servicio por mantención en las vías públicas requiere de un análisis fáctico.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Art. 4º Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 142 Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades; Art. 2314 Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA
¿La responsabilidad por falta de servicio por el mantenimiento de las vías públicas requiere de apreciación concreta?

¿Es posible en el recurso de casación calificar los hechos en los que se funda la falta de servicio?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
El Sr. Quintana Urrea el 05 de noviembre de 2004 conducía su bicicleta por una avenida y al empalmar con un cruce, la rueda cayó a una zanja que cruzaba la calle, sin que existiera señalización de trabajos que se efectuaba o el peligro de la zanja, cayendo violentamente al suelo y sufriendo diversas lesiones, entre ellas un traumatismo encéfalo craneano que le produjo daño físico y secuelas síquicas.

La Corte de Apelaciones señaló que había responsabilidad por falta de servicio por mantención en la vía pública.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*

Debe analizarse si frente a los hechos que se han dado por establecidos ha existido una falta de servicio que haga responsable a la Municipalidad demandada. Para lo anterior debe tenerse presente que, frente a una determinada situación fáctica, la calificación que se haga de ella como constitutiva de falta de servicio implica necesariamente una calificación jurídica, que queda por tanto comprendida dentro del control de casación.

En este caso, los hechos establecidos pueden sintetizarse en que existió una zanja que no fue señalizada y que al pasar por allí el actor en su bicicleta se produjo su caída y sufrió lesiones que le causaron un daño moral. De acuerdo a lo anterior, corresponde determinar si la existencia de esa zanja no señalizada por la demandada constituye una falta de servicio.

Como es sabido, la falta de servicio debe entenderse como la falta de aquello que le es exigible a la Administración, en este caso a la Municipalidad, y así se incurre en falta de servicio cuando el ente administrativo no actúa debiendo hacerlo, actúa mal y no como se espera de él, o actúa en forma tardía. En este caso, la cuestión consiste en calificar si la existencia de la zanja no señalizada (ilustrada en el expediente), constituye falta de servicio, esto es, si era esperable para el ciudadano que la Municipalidad hubiese efectuado en este caso la señalización correspondiente.

Dada la envergadura que reviste el desnivel, no es exigible al municipio que hubiese efectuado la advertencia del caso. A ello cabe agregar que admitir lo contrario implicaría que la ciudad estuviese llena de letreros, avisando hasta los más mínimos desniveles o desperfectos propios e inherentes a todas las calles o aceras, y evidentemente ello no es exigible la administración.

A vía de ejemplo, el ciudadano espera, como se ha visto en otros casos de los que esta Corte ha conocido, que la existencia de un forado importante o de baldosas sueltas sea debidamente comunicada a los usuarios de las vías o aceras, pero no puede estimarse que también espere que incluso desperfectos (menores) como el que muestran las fotografías deba ser advertido por la Municipalidad, lo que sin duda no constituye falta de servicio.

Así las cosas, al haberse efectuado una errónea calificación jurídica de los hechos de la causa, por cuanto se estimó como falta de servicio una situación que no lo era, los magistrados de la instancia aplicaron erróneamente a la litis lo dispuesto en el artículo 141 de la LOCM, que establece la falta de servicio, y ello amerita que la sentencia impugnada deba ser anulada, por cuanto el error en que se ha incurrido determinó el acogimiento de una demanda que debió ser rechazada, de tal manera que dicho yerro ha tenido influencia sustancial en lo resuelto.

CONCLUSIÓN

Para determinar adecuadamente la falta de servicio de una municipalidad por la señalización de los desperfectos en la vía pública, debe considerarse la situación concreta ya que defectos menores no pueden dar origen a una responsabilidad de este tipo.

Dado que los hechos en la falta de servicio condicionan la calificación de esa denominación jurídica, estos son susceptibles de ser revisados en vía de casación.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

A partir de esta sentencia la Corte comienza a analizar con muchísima más intensidad los presupuestos fácticos en los que se funda la responsabilidad por falta de servicio en las vías públicas, pues advierte que no cualquiera puede dar origen a indemnización.

Con este criterio ha resuelto otros casos como Godoy Villouta con Municipalidad de San Ramón, Rol 2787-2008. En dicha sentencia la Corte sostuvo, en relación a la omisión de "señalización adecuada": "Esta última estará determinada por los factores de riesgo detectables en un sector o intersección determinada, lo cual conduce a analizar la entidad de dichos factores de riesgo en el sector en que se produjo el accidente que se le achaca al municipio demandado. En efecto, la noción de falta de servicio a que se debe acudir es funcional y no formal, pues habrá que indagar el riesgo real de accidentes en el caso concreto" (C. 8).

TEXTO COMPLETO

Santiago, dieciocho de marzo de dos mil ocho.

Vistos:

En esta causa rol Nº 6754-2006 la demandada, Municipalidad de Chillán, ha deducido recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán que confirmó la de primera instancia que acogió la demanda de indemnización de perjuicios deducida por don Eduardo Ramón Quintana Urrea, sólo en cuanto ordenó al municipio pagar la suma de $ 5.000.000 por daño moral, con declaración que se rebajó dicho monto a $ 3.000.000.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

1º) Que la Municipalidad recurrente ha denunciado que la sentencia impugnada ha incurrido en infracción a los artículos 11 de la Ley Nº 8946 en relación al artículo 26 del Decreto Ley Nº 1305; artículo 1º Nº 2 de la Ley Nº 20.035 de Presupuesto Nacional; artículos 19 al 24 del Código Civil; artículos 3º, 99 y 118 de la Ley Nº 18.290; artículos 5º letra c) y 141 de la Ley Nº 18.695 y artículos 6º, 7º y 38 de la Constitución Política de la República.

Señala que la pretendida falta de servicio invocada como fundamento de la demanda no concurre y, en el evento de concurrir, no se trata de una responsabilidad objetiva.

Explica que en la falta de servicio no basta con la mera causalidad material, pues se exige la falta o culpa del servicio que debe ser probada y establecida por el juez.

En este caso, dice, no hay probanza que demuestre una supuesta negligencia de la Municipalidad, no se ha determinado la data de existencia del presunto obstáculo y por lo mismo si la Municipalidad tuvo oportunidad de reaccionar al eventual requerimiento de sus servicios en pro de la protección de los usuarios.

Indica que la sentencia estableció que había falta de servicio derivada del incumplimiento de la obligación de mantener en buen estado la vía de circulación y de la inexistencia de señalización

que el fallo estima necesaria y faltante; sin embargo, aduce que ello es un error de derecho porque se funda en una obligación legal que no corresponde a las Municipalidades;

2º) Que la recurrente sostiene que la obligación que se le imputa no le corresponde, por cuanto el artículo 5º letra c) de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades señala que la obligación de administrar los bienes municipales cesa cuando esta administración corresponda a otros órganos de la administración.

De esta manera hace cita de los artículos 11 de la Ley Nº 8946 modificada por el artículo 73 de la Ley Nº 18.382 y 26 del Decreto Ley Nº 1305 que reestructuró y reorganizó el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que indican que corresponde al SERVIU el estudio y la elaboración de todos los proyectos de las nuevas obras de pavimentación o repavimentación de calzadas, así como también los trabajos de reparación y conservación de las mismas.

Por lo tanto, concluye, el legislador asignó esta obligación en forma expresa al SERVIU, por lo que no puede imputarse ningún incumplimiento a la Municipalidad, quedando de esta manera al margen de su administración la reparación y conservación de las calzadas, aplicando la sentencia erradamente el artículo 5º letra c) de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Añade que esta conclusión es avalada por la modificación introducida por la Ley Nº 20.035 a la Ley Nº 19.175, Orgánica Constitucional del Gobierno Regional, en la cual se agrega la letra j) al artículo 16 de dicho texto incorporando expresamente como función específica a desarrollar por los gobiernos regionales el construir, reparar, conservar y administrar las áreas urbanas, las obras de pavimentación de aceras y calzadas, contemplándose en la Ley de Presupuestos fondos por este concepto; es más, indica que la misma Ley de Presupuestos lo aclara en la glosa Nº 19;

3º) Que, además, el recurrente sostiene que el artículo 99 de la Ley Nº 18.290 dice que la señalización del tránsito de las vías públicas será únicamente la que determine el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones de acuerdo con los convenios internacionales ratificados por Chile; y que no existe norma alguna que establezca la forma como las Municipalidades deben señalizar los desperfectos detectados en aceras y calzadas y que no provengan de la realización de trabajos que se estén realizando en ellas, por lo que no se puede condenar a la Municipalidad a indemnizar los daños que se habrían ocasionado por el incumplimiento de una obligación que no le compete;

4º) Que la recurrente sostiene que también se vulnera lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República que establecen el principio de legalidad, por cuanto al no existir determinación o instrucción alguna por la ley o por el Ministerio de Transportes sobre la forma de señalizar los desperfectos o irregularidades en las calzadas, evidentemente debe colegirse que tal obligación no existe y por tanto la omisión de una señalización especial en el lugar de los hechos no puede estimarse como un incumplimiento que genere obligación de indemnizar;

5º) Que la recurrente de casación refiere que se yerra en la aplicación de los artículos 19 a 24 del Código Civil, que son las normas de interpretación fijadas por el legislador y respecto de las cuales el sentenciador carece de libertad, debiendo interpretar la normativa legal en vigencia;

6º) Que finalmente se denuncia por la Municipalidad demandada que se ha infringido lo dispuesto en los artículos 141 de la Ley Nº 18.695, 44 de la Ley Nº 18.575 y 38 de la Constitución Política de la República, al dar por establecida la responsabilidad por falta de servicio faltando dos requisitos esenciales para su concurrencia, cuales son la existencia de una obligación legal incumplida o cumplida en forma deficiente o tardía y la relación de causalidad entre la falta de servicio y el daño;

7º) Que al explicar cómo los errores de derecho denunciados han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, el Municipio de Chillán señala que ello ocurre porque, al aplicar e interpretar

en forma errada las normas que cita en relación a los hechos invocados en la demanda, la sentencia de autos ha concluido que se incurrió en falta de servicio y por tanto en responsabilidad por los daños sufridos por el demandante;

8º) Que son hechos de la causa por así haberlos establecido los jueces del fondo, los siguientes:

Que el demandante, don Eduardo Quintana Urrea, el 5 de noviembre de 2004, mientras conducía una bicicleta por Avenida Argentina, pasado el cruce de Avenida Collín, la rueda de ésta cayó en una zanja que cruzaba la calle, cuya fotografía se encuentra agregada a fojas 62 y 63, sin que existiera señalización de trabajos que se efectuaban o del peligro de la zanja, cayendo violentamente al suelo y sufriendo diversas lesiones, entre ellas un traumatismo encéfalo craneano que le produjo daño físico y secuelas síquicas;

9º) Que sobre tales hechos los jueces del fondo acogieron la demanda por estimar que, de acuerdo al artículo 5º letra c) de la Ley Nº 18.695, entre las atribuciones esenciales que tienen las Municipalidades para el cumplimiento de sus funciones está la de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la administración del Estado.

Así estimaron que siendo las calles bienes nacionales de uso público, según lo establecido en el artículo 589 del Código Civil, necesariamente ha de concluirse que su administración le corresponde al municipio respectivo y que esta obligación no desaparece en presencia de la normativa que la demandada invoca con la pretensión de asignar al Servicio de Vivienda y Urbanismo la responsabilidad en los trabajos de reparación y conservación de las mismas, si se tiene presente que en toda circunstancia dicha entidad debía prestar acatamiento a lo dispuesto en los artículos 100 y 195 de la Ley Nº 18.290, que la obligan a instalar y mantener la señalización de tránsito en las zonas urbanas y comunicar los desperfectos que los inspectores de su dependencia observen en las calzadas y aceras a las reparticiones correspondientes para su reparación; por ello, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley Nº 18.290, que indica que cada Municipalidad o el Fisco son responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización, y lo prescrito por el artículo 141 inciso 1º de la Ley Nº 18.695 que agrega que los municipios incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio, concluyeron que en la situación de autos es evidente que la falta de servicio atribuible a la Municipalidad demandada o a sus agentes produjo daño al actor y que aquélla está obligada a responder, porque sólo a una falta de servicio puede atribuirse el descuido de la obligación de mantener la calle en buen estado de uso, con el peligro que implicaba para los automovilistas que circulaban por ese sector de la Avenida Argentina.

Así, por la falta de mantención o de reparación de las avenidas o calles o por falta de señalización, la Municipalidad está obligada extracontractualmente con la actora a la indemnización de los perjuicios sufridos por ésta, lo que los llevó finalmente a acoger la demanda en la forma como se hizo;

10º) Que entrando al análisis del recurso, cabe consignar que para la Municipalidad demandada se yerra jurídicamente por cuanto, en su concepto, no se ha incurrido en falta de servicio al no existir obligación de parte del municipio en la conservación de las vías de circulación y en la señalización de desperfectos, al no existir norma que establezca la forma como deben señalizarse éstos.

Además estima que no basta con la mera causalidad material, sino que debe existir falta o culpa del servicio que debe ser probada y establecida por el juez, la que estima que no concurre en autos.

Precisado lo anterior, debe desecharse, desde ya, la concurrencia de error en lo que dice relación con el establecimiento de la obligación del municipio de mantener las vías públicas en condiciones de servir

para el desplazamiento seguro y de instalar y mantener la señalización del tránsito en las zonas urbanas y comunicar los desperfectos que se observen en las calzadas, por cuanto en este punto los jueces del grado han dado correcta aplicación a las normas invocadas en la sentencia, no estimándose admisibles las razones que invoca el municipio para desentenderse de esta obligación que pesa sobre él;

11º) Que, sin embargo, debe analizarse si frente a los hechos que se han dado por establecidos ha existido una falta de servicio que haga responsable a la Municipalidad demandada.

Para lo anterior debe tenerse presente que, frente a una determinada situación fáctica, la calificación que se haga de ella como constitutiva de falta de servicio implica necesariamente una calificación jurídica, que queda por tanto comprendida dentro del control de casación;

12º) Que, en la especie, los hechos establecidos pueden sintetizarse en que existió una zanja que se observa en las fotografías de fojas 62 y 63, que no fue señalizada y que al pasar por allí el actor en su bicicleta se produjo su caída y sufrió lesiones que le causaron un daño moral.

De acuerdo a lo anterior, corresponde determinar si la existencia de esa zanja no señalizada por la demandada constituye una falta de servicio;

13º) Que, como es sabido, la falta de servicio debe entenderse como la falta de aquello que le es exigible a la Administración, en este caso a la Municipalidad, y así se incurre en falta de servicio cuando el ente administrativo no actúa debiendo hacerlo, actúa mal y no como se espera de él, o actúa en forma tardía.

En el caso de autos, la cuestión consiste en calificar si la existencia de la zanja no señalizada que había en la Avenida Argentina de Chillán, ilustrada por las fotografías de fojas 62 y 63, constituye falta de servicio, esto es, si era esperable para el ciudadano que la Municipalidad hubiese efectuado en este caso la señalización correspondiente;

14º) Que al respecto estos sentenciadores estiman que, dada la envergadura que reviste el desnivel, no es exigible al municipio que hubiese efectuado la advertencia del caso.

A ello cabe agregar que admitir lo contrario implicaría que la ciudad estuviese llena de letreros avisando hasta los más mínimos desniveles o desperfectos propios e inherentes a todas las calles o aceras, y evidentemente ello no es exigible la administración;

15º) Que en efecto, a vía de ejemplo, el ciudadano espera, como se ha visto en otros casos de los que esta Corte ha conocido, que la existencia de un forado importante o de baldosas sueltas sea debidamente comunicada a los usuarios de las vías o aceras, pero no puede estimarse que también espere que incluso desperfectos como el que muestran las fotografías de fojas 62 y 63 deba ser advertido por la Municipalidad, lo que sin duda no constituye falta de servicio;

16º) Que así las cosas, al haberse efectuado una errónea calificación jurídica de los hechos de la causa, por cuanto se estimó como falta de servicio una situación que no lo era, los magistrados de la instancia aplicaron erróneamente a la litis lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, que establece la falta de servicio, y ello amerita que la sentencia impugnada deba ser anulada, por cuanto el error en que se ha incurrido determinó el acogimiento de una demanda que debió ser rechazada, de tal manera que dicho yerro ha tenido influencia sustancial en lo resuelto.

De conformidad además con lo dispuesto en los artículos 764, 767, 772, 785 y 807 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fojas 122 en contra de la sentencia de veintinueve de noviembre del año dos mil seis, escrita a fojas 119 vuelta, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Acordada con los votos en contra del Ministro señor Oyarzún y del abogado integrante señor Gorziglia, quienes estuvieron por rechazar el recurso de casación de que se trata, en mérito de las siguientes consideraciones:

Primera: Que, a juicio de los disidentes, el recurso de nulidad de fondo que se trata va en contra de los hechos de la causa, establecidos por los magistrados del fondo e inamovibles para esta Corte de casación, al no haberse denunciado la violación de las leyes reguladoras de la prueba;

Segunda: Que habiéndose concluido correctamente en la instancia que la Municipalidad demandada tiene la obligación de mantener las vías en estado de servir a la comunidad en condiciones que el desplazamiento se realice en forma segura y de instalar y mantener la señalización del tránsito en las zonas urbanas y comunicar los desperfectos que los inspectores de su dependencia observen en las calzadas y aceras, punto en el que además se coincide con la decisión de mayoría, sólo cabía concluir que, conforme a los hechos establecidos, se incurrió en falta de servicio;

Tercera: Que, en efecto, se establecieron como supuestos fácticos que había una zanja en la Avenida Argentina de Chillán, la que no estaba señalizada, y que el actor al pasar por allí en su bicicleta se cayó, lesionándose, lo que le provocó daño moral;

Cuarta: Que esos hechos fueron califica dos como falta de servicio por los jueces del grado por cuanto entendieron que al existir la obligación legal de mantener las vías en buen estado y de señalizar los desperfectos, la Municipalidad demandada nada de ello hizo, por lo que faltó a su obligación y a lo que le es exigible por el ordenamiento jurídico, encontrándose de esta manera obligada a indemnizar ante su mal funcionamiento;

Quinta: Que la envergadura de la zanja o desperfecto es una cuestión de hecho que no fue planteada por la Municipalidad, ya que tanto la contestación de la demanda como la dúplica se evacuaron en su rebeldía, y si bien algo se esboza en el escrito de apelación deducido contra el fallo de primera instancia, se silencia tal argumentación en el escrito de casación, lo que impide que esta Corte Suprema analice la envergadura del desperfecto, situación eminentemente fáctica, para después de dicho análisis improcedente en este tipo de recursos –salvo que se hubiese denunciado la violación de leyes reguladoras de la prueba, lo que no sucedió– se proceda a calificar jurídicamente hechos diversos a los establecidos, como son la envergadura del desperfecto;

Sexta: Que, además, debe tenerse en consideración que el recurso deducido razonaba sobre la base de que no existía la obligación municipal en relación a la mantención de las vías ni en su señalización por desperfectos, y de allí concluía que no había falta de servicio, pero no situaba la inexistencia de la falta atribuida cuestionando la envergadura del desperfecto, por lo que en opinión de este voto de minoría aquello quedaba fuera de la controversia y de ponderación por esta Corte;

Séptima: Que de esta manera, estiman los disidentes que los jueces del fondo hicieron correcta aplicación del derecho a la controversia sometida a su conocimiento, lo que ameritaba desechar la casación deducida.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Carreño y de la disidencia sus autores.

Rol Nº 6754-2006.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Araneda y el Abogado Integrante señor Arnaldo Gorziglia.

Santiago, 18 de marzo de 2008.

Autorizado por el Secretario de esta Corte Sr. Carlos Meneses Pizarro.

MATERIA

Responsabilidad municipal por accidente en bien nacional de uso público

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en el Fondo
Rol: 3561-2008
Fecha: 12.08.2010
Resultado recurso: Acogido y sentencia de reemplazo.
Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Haroldo Brito Cruz y Rosa Egnem Saldías.
Ministros minoría: Sonia Araneda Briones y el Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia Balbi.
Ministro redactor: Hector Carreño Seaman.
Partes: Carlos Ojeda Bustos con Municipalidad de Valdivia.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado – Municipalidades – Falta de Servicio – Riesgo – Previsibilidad

PRINCIPIO JURÍDICO

Hay responsabilidad cuando se omite un deber de actuación.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 38 CPR; Art. 4º y 42 Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado; Art. 1º, 4º y 5º Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades; Arts. 764, 767 y 807 Código Procedimiento Civil.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Cuándo un Municipio incurre en responsabilidad por falta de servicio por un daño ocurrido en un bien nacional de uso público que le corresponde administrar?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El 23 de febrero de 2007 una escultura ubicada en el sector denominado Patio de las Esculturas del Parque Saval de la ciudad de Valdivia, recinto de dominio municipal, cayó sobre el menor Christopher Ojeda Ampuero. La escultura no se encontraba especialmente fijada al suelo, sino que mantenía su verticalidad sobre su propio peso. La pieza corresponde a un trozo de madera de 1.80 a 2 metros de alto y de aproximadamente 200 kilos de peso, susceptible de oscilación de aplicarse fuerza y eventualmente de caída, si esta fuerza fuere superior. La referida estructura presenta varios orificios que en términos prácticos pueden utilizarse como estribos para ascender a ella. En el lugar no había avisos de advertencia de no trepar a las esculturas. La caída de la escultura sobre el menor se produjo por acción de éste.

El padre del menor interpuso demanda de indemnización de perjuicios en contra de la Municipalidad de Valdivia, la que fue rechazada en primera instancia. La Corte de Apelaciones confirmó dicho pronunciamiento, por lo que el actor interpuso recurso de casación en el fondo.

ALEGACIONES

La sentencia no aplicó la responsabilidad de los órganos públicos por falta de servicio, la cual se presenta cada vez que la acción u omisión de la administración causan daño, lo que es suficiente para que las víctimas deban ser indemnizadas.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*

El artículo 38 inciso 2 de la CPR dispone que: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño". A su vez, la LOCBGAE, en su artículo 4º establece que: "El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado"; y en su artículo 42 estatuye que "Los órganos de la Administración del Estado serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en la falta personal" (C. 5).

Las normas referidas conforman el estatuto jurídico que informa lo que doctrinariamente se ha denominado falta de servicio, la que si bien no ha sido definida en forma legal, se ha entendido como el mal funcionamiento de un servicio público, el que se produce ya sea por falta absoluta de funcionamiento del mismo debiendo hacerlo, o cuando se presta en forma deficiente o tardíamente y no oportuna en relación con lo que debería haber sido su comportamiento en forma normal (C. 6).

Con el fin de desarrollar actividades recreativas, la Municipalidad de Valdivia, luego de un concurso de esculturas decidió instalarlas en forma transitoria en un sector del parque Saval, para que las mismas fueran visitadas y apreciadas por el público en general, sin restricción alguna. La instalación sólo significó el traslado de las piezas de arte al lugar destinado para su exhibición, pero no contempló la adopción de medidas tendientes a asegurar la estabilidad de las mismas a través de algún dispositivo de fijación al terreno, por lo que las esculturas se mantenían sustentadas por su propio peso. Del mismo modo, al momento del accidente que motiva la acción no existía ninguna advertencia de la situación antes descrita que alertara a los visitantes respecto de la fragilidad de sustentación de las esculturas, situación que sólo fue rectificada con posteridad (C. 8).

En las condiciones anotadas, aparece que efectivamente la Municipalidad demandada incurrió en falta de servicio, pues actuando dentro de sus atribuciones de administrar bienes nacionales de uso público tomó una decisión que involucraba riesgo al

mantener en un parque público de uso familiar una estructura autosustentable, en circunstancias que era previsible que en esas condiciones dicha estructura podía causar daños a terceros, sin que esa situación fuera advertida por algún medio al público que concurría a visitar la exhibición (C. 9).

CONCLUSIÓN

Una Municipalidad incurre en falta de servicio cuando debiendo haber previsto un daño existente en un bien nacional de uso público que le correspondía administrar no tomó medida alguna para evitarlo y no advirtió del peligro existente a los usuarios.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta es una de las clásicas decisiones de responsabilidad patrimonial del Estado y que ha operado con mucha habitualidad en el Derecho Administrativo Chileno, en la medida que la Corte regularmente ha considerado que la mera omisión de señalización es constitutivo de falta de servicio, de modo que si hay daño, entonces el Estado está en la obligación de indemnizar.

Sin embargo, este clásico título de imputación está siendo restringido por la Corte al exigir, que además de la omisión de señalización, la vía pública se encuentre en un manifiesto mal estado. Así por lo demás lo ha señalado en el caso "Quintana con Municipalidad de Chillán (SCS Rol 6754-2006, publicado en este libro).

TEXTO COMPLETO

Santiago, doce de agosto de dos mil diez.

Vistos:

En estos autos rol Nº 3561-2008 de esta Corte Suprema, la parte demandante de don Carlos Rigoberto Ojeda Burgos dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia que confirma la sentencia de primer grado dictada por el Segundo Juzgado Civil de esa ciudad, por medio de la cual se rechaza la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta por el actor en contra la I. Municipalidad de Valdivia, sin costas.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurso denuncia la infracción de los artículos 38 de la Constitución Política de la República, 3, 4 y 42 de la Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y del artículo 2329 del Código Civil, los que reproduce, sosteniendo que los jueces de fondo cometen error de derecho al emitir pronunciamiento desfavorable a su pretensión y no considerar la letra expresa de la ley, aplicada en forma unánime por los Tribunales Superiores de Justicia, los que han consagrado la responsabilidad de los órganos públicos por falta de servicio y que se presenta cada vez que "la acción u omisión de la administración causan daño, lo que es suficiente para que la víctimas deban ser indemnizadas", según fallo que cita.

Segundo: Que al explicar la forma en que los errores de derecho ha influido en lo dispositivo del fallo indica que de haberse aplicado correctamente la ley se habría tenido que llegar a la conclusión de que la Municipalidad demandada es responsable de las lesiones sufridas por el menor y del "pre-

tium doloris" de sus padres y hermanos, y como tal condenarla al pago de la suma demandada, o la que se estime de justicia.

Tercero: Que previo a resolver, resulta conveniente consignar que los sentenciadores de la instancia establecieron como hechos de la causa los siguientes:

a) Que el 23 de febrero de 2007 una escultura ubicada en el sector denominado "Patio de las Esculturas" del Parque "SAVAL" de la ciudad de Valdivia, recinto de dominio municipal, cayó sobre el menor Christopher Ojeda Ampuero.

b) Que la escultura que cayó sobre el menor no se encontraba especialmente fijada al suelo, sino que mantenía su verticalidad sobre su propio peso.

c) Que la escultura corresponde a un trozo de madera de 1.80 a 2 metros de alto y de aproximadamente 200 kilos de peso, susceptible de oscilación de aplicarse fuerza y eventualmente de caída, si esta fuerza fuere superior.

d) Que la referida estructura presenta varios orificios que en términos prácticos pueden utilizarse como estribos para ascender a ella.

e) Que la caída de la escultura sobre el menor se produjo por acción de éste.

f) Que en el lugar no había avisos de advertencia de no trepar a las esculturas, y que se pusieron avisos para prevenir accidentes con posterioridad a la ocurrencia del hecho que dio origen a la demanda de autos.

Cuarto: Que la responsabilidad que el actor atribuye a la Municipalidad demandada en los hechos ocurridos y en los que resultó con lesiones graves su hijo de 6 años se sustenta en la negligencia de dicha entidad, la que a su juicio, debió haber tomado una serie de medidas de seguridad, específicamente asegurando las esculturas para que no caigan por las inclemencias del tiempo o la acción del público.

Quinto: Que el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República dispone que: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño".

A su vez, la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado, en su artículo 4º establece que: "El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado"; y en su artículo 42 estatuye que "Los órganos de la Administración del Estado serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en la falta personal".

Sexto: Que las normas que se han mencionado en el motivo anterior conforman el estatuto jurídico que informa lo que doctrinariamente se ha denominado "falta de servicio", la que si bien no ha sido definida en forma legal, se ha entendido como el mal funcionamiento de un servicio público, el que se produce ya sea por falta absoluta de funcionamiento del mismo debiendo hacerlo, o cuando se presta en forma deficiente o tardíamente y no oportuna en relación con lo que debería haber sido su comportamiento en forma normal.

Séptimo: Que a fin de resolver respecto de la responsabilidad que se le atribuye a la Municipalidad de Valdivia en los hechos acaecidos el 23 de febrero de 2007, tal como se dieron por establecidos

según lo expresado en el motivo tercero de este fallo, es preciso tener presente lo que dispone el artículo 1º inciso segundo de la Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que establece que las Municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público encargadas de satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas. Para el cumplimiento de esas funciones y satisfacer las necesidades de la comunidad, el legislador les otorgó las atribuciones de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público y les facultó para que en el ámbito de su territorio desarrollaran el turismo, el deporte y recreación, lo que aparece en el artículo 4º letra e) y 5º letra c) de la ley citada.

Octavo: Que cumpliendo con este último cometido, específicamente para desarrollar actividades recreativas, la Municipalidad de Valdivia, luego de un concurso de esculturas decidió instalarlas en forma transitoria en un sector del parque SAVAL, para que las mismas fueran visitadas y apreciadas por el público en general, sin restricción alguna. Sin embargo, la instalación sólo significó el traslado de las piezas de arte al lugar destinado para su exhibición, pero no contempló la adopción de medidas tendientes a asegurar la estabilidad de las mismas a través de algún dispositivo de fijación al terreno, por lo que las esculturas se mantenían sustentadas por su propio peso. Del mismo modo, al momento del accidente que motiva la acción no existía ninguna advertencia de la situación antes descrita que alertara a los visitantes respecto de la fragilidad de sustentación de las esculturas, situación que sólo fue rectificada con posteridad.

Noveno: Que en las condiciones anotadas en el fundamento que antecede aparece que efectivamente la Municipalidad demandada incurrió en falta de servicio, pues actuando dentro de sus atribuciones de administrar bienes nacionales de uso público tomó una decisión que involucraba riesgo al mantener en un parque público de uso familiar una estructura autosustentable, en circunstancias que era previsible que en esas condiciones dicha estructura podía causar daños a terceros, sin que esa situación fuera advertida por algún medio al público que concurría a visitar la exhibición. Lo anterior permitió la ocurrencia de los hechos que motivan la demanda de autos y en los cuales resultó lesionado el hijo del actor.

Décimo: Que al no haberlo considerado así los sentenciadores de la instancia han incurrido en infracción a las normas referidas en el considerando quinto de esta sentencia, por haberlas dejado de aplicar siendo ello procedente de acuerdo al mérito de los supuestos fácticos establecidos en los autos, lo que llevará a acoger el recurso de casación deducido por el actor.

De conformidad asimismo con lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 807 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se acoge el recurso de casación en el fondo deducido a fs. 183 en contra de la sentencia de treinta de mayo de dos mil ocho, escrita a fs. 181, la que se invalida y reemplaza por la que se dicta separadamente y a continuación.

Acordada con el voto en contra de la Ministro señora Araneda y del Abogado Integrante señor Gorziglia, quienes estuvieron por rechazar el recurso de casación en el fondo, por las siguientes razones:

Primero: Que de la lectura del recurso interpuesto aparece que éste no ha expresado en modo alguno en qué consiste el error de derecho de que adolece la sentencia recurrida. En efecto, el libelo se limita a enumerar una serie de disposiciones legales y reglamentarias, pero sin proponer ni desarrollar argumentos destinados a demostrar las infracciones de ley que denuncia. Al no constar el cumplimiento de la exigencia referida, lo que se debía señalar en el escrito en que se acciona, en torno a la forma en que se concreta la infracción, deviene además en que la exposición del recurrente carece de la exactitud y certeza rigurosa requerida, defecto que no es susceptible de obviar porque de aceptarse importaría dejar a la discrecionalidad de esta Corte la determinación del error

de derecho que denuncia, en circunstancias que ello atañe a un asunto que la ley ha impuesto a la parte agraviada.

Segundo: Que, a mayor abundamiento, la acción deducida en autos encuentra su fundamento jurídico en los artículos 2323 y 2329 del Código Civil, circunscribiéndose la discusión respecto a su aplicación, lo que se reitera en el recurso de la apelación que deduce el actor respecto del fallo de primer grado, siendo estas normas las únicas que los sentenciadores de fondo tuvieron en vista al momento de resolver.

Tercero: Que, en cambio, el recurso de casación denuncia la vulneración de los artículos 38 de la Constitución Política de la República y 3, 4 y 42 de la Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, introduciendo el concepto de falta de servicio sólo a propósito del recurso nulidad intentado, normas que los sentenciadores del fondo no estuvieron en condiciones de aplicar por no haber formado parte de la discusión sometida a su conocimiento.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño y del voto disidente sus autores.

Rol Nº 3561-2008.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito, Sra. Rosa Egnem y el Abogado Integrante Sr. Arnaldo Gorziglia. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Abogado Integrante señor Gorziglia por estar ausente. Santiago, 12 de agosto de 2010.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a doce de agosto de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

7.5 RESPONSABILIDAD POR ACTO LÍCITO

MATERIA
Responsabilidad por actos lícitos de la Administración

ÓRGANO COMPETENTE
Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en el Fondo
Rol: s/i
Fecha: 11.01.1908
Resultado recurso: Acogido
Ministros mayoría: Dagoberto Lagos Pantoja, Agustín Parada Benavente, Benedicto de la Barra Bascur, Carlos de la Fuente Millán, Romilio Burgos Melo, Gregorio Schepeler Pinochet, Ramiro Hederra Concha y Alfredo Rondanelli Fernández.
Ministro redactor: Dagoberto Lagos.
Partes: Andrés Lapostol con Fisco.

DESCRIPTORES
Responsabilidad del Estado – Actos lícitos – Nadie puede ser privado de lo suyo – Propiedad – Gravamen

PRINCIPIO JURÍDICO
El Estado es responsable por actos lícitos.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Art. 12 Constitución de 1833; Arts. 2314 y 2329 Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA
¿El Estado debe responder por los actos lícitos que afectan la propiedad de un particular?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
El Intendente de Concepción, con el auxilio de la fuerza pública y a requerimiento de la Inspección de Agua Potable, impidió al demandante que continuara la explotación de canteras, la tala de árboles y otros actos de dominio en su fundo ubicado en la localidad de Penco, con el único objeto de proteger el servicio de agua potable de esa ciudad.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*).
La Constitución Política asegura la inviolabilidad de toda propiedad, sin que nadie pueda ser privado de su dominio o del derecho a que ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por causa de utilidad del Estado, ninguna de cuyas limitaciones concurre en el caso de autos; y es un principio de derecho que el que causare daño o perjuicio está obligado a indemnizarlo. Las medidas dictadas

por el Intendente de Concepción, dados los antecedentes que la motivaron, tuvieron por único objeto que no se perjudicara o interrumpiera el servicio de agua potable de Penco, de absoluta necesidad para la debida atención de la salubridad pública. De este modo se irrogó un daño al demandante en beneficio de la comunidad protegida por ese servicio fiscal.

En estas condiciones, si nadie puede ser privado de lo suyo si no es por sentencia judicial o por expropiación, si se halla justificado de que aquí lo ha sido el demandante sin haberse observado ninguno de estos dos requisitos prescritos por la Constitución Política, si establecido está asimismo que la prohibición impuesta por la fuerza pública se debió a orden de autoridad competente y a que se hizo indispensable a un servicio público dependiente del demandado, es de todo punto de vista evidente que a éste corresponde indemnizar los perjuicios ocasionados al demandante y consiguientemente que pueden ser regulados éstos de conformidad a las reglas generales (C. 7).

CONCLUSIÓN

El Estado debe indemnizar a una persona que sufre un gravamen en su propiedad producto de medidas prohibitivas para desarrollar una actividad, cuando estas se adoptan en beneficio de la comunidad, pues nadie puede ser privado de lo suyo.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN.

Este es el caso emblemático, en mi opinión, de cómo la Corte Suprema bajo los criterios de la CPR de 1833 en la parte final del S. XIX, interpretó las reglas de responsabilidad del Estado en función de la protección de la propiedad.

Esta sentencia responde a la etapa de la jurisprudencia chilena en donde resolvió casos de responsabilidad bajo criterios de derecho público, estándar que cambiará bajo la vigencia de la CPR de 1925 en donde deberá recurrir a la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, y que nuevamente se rescatará con la CPR de 1980.

Forman parte de esta etapa de la jurisprudencia también los casos "Abalos con Fisco" (confirmado por la Corte Suprema el 10.12.1889), "Morán con Fisco" (Corte de Apelaciones de Santiago de 1906) y "Sociedad Fuchs y Plath con Fisco" (Corte de Apelaciones de Santiago de 1908).

En Ábalos con Fisco, el Sr. Benjamín Ábalos demandó al Fisco a consecuencia de que la Intendencia de Aconcagua dictó unos decretos a fines de enero y principios de febrero de 1887 en virtud de los cuales se ordenó a la fuerza militar y algunos funcionarios administrativos que procedieran a la destrucción de los sandiales que el Sr. Ábalos tenía, por efecto de una epidemia de cólera que se había desatado el año anterior. Los decretos mencionados, además, prohibían la comercialización de la fruta en las zonas declaradas por la epidemia. El Tribunal de San Felipe sostuvo que consta que las decisiones del señor Intendente se realizaron "como una medida absolutamente necesaria para atenuar los efectos de una epidemia terrible que amenazaba la vida de todos los habitantes del departamento". "Que si la destrucción de los sandiales cuyo pago reclaman los demandantes, fue una medida necesaria en beneficio

de los habitantes de la República, el Fisco, como representante de toda la comunidad, es el directamente obligado a indemnizar el daño que hizo a ciertos particulares en beneficio de los habitantes de la República".

En Morán con Fisco, se demandó de indemnización de perjuicios en contra del Fisco por daños y pérdidas causados en el mobiliario de una casa habitación en la ciudad de Quillota, ocupada por jefes y oficiales del regimiento Piragua durante la revolución de 1891. Esta sentencia negó la indemnización pues "para que el Fisco sea responsable de los perjuicios causados por la ocupación forzosa de una propiedad particular, es necesario que las personas que exigieron la entrega de esa propiedad hayan estado investidas de autoridad legal bastante para comprometer al Estado por los actos consecuenciales de la ocupación". Concluye que los actos personales no comprometen la responsabilidad del Estado, aun suponiendo legalmente que sea ordenada por la autoridad la ocupación de la propiedad, y de los cuales sólo pueden ser responsables las personas que lo ejecutaron".

En Sociedad Fuchs, la autoridad administrativa ordenó el arrojamiento al mar de bebidas que estaban en un barco de propiedad de los demandantes, para impedir apropiación por los huelguistas, y de esa manera terminar la ocupación. Sostiene dicha sentencia que "el Gobierno debe indemnizar los perjuicios causados a un particular durante una huelga por el proceder de las fuerzas de orden que, obedeciendo una orden superior arroja al mar bebidas para impedir que caigan en poder de los huelguistas. El deber de la autoridad de mantener ante todo el orden público, no la faculta para adoptar el primer medio que se le presenta ni la exime de la obligación de recurrir entre varios, a los que menos daños ocasionen al derecho de los particulares. En consecuencia, no probándose que el arrojar al agua la mercadería fuese medio necesario y único de impedir su apropiación por los huelguistas y los excesos siguientes, debe el Fisco indemnizar el daño causado".

TEXTO COMPLETO

Corte Suprema, 11 de enero de 1908, Casación en el fondo.

Doctrina: Nadie puede ser privado de lo suyo si no es por sentencia judicial o por expropiación.

En consecuencia, el Fisco debe indemnizar los perjuicios causados al dueño de un predio impidiéndole su explotación, sin cumplirse ninguno de los requisitos prescritos por la Constitución Política y con el auxilio de la fuerza pública, de orden de autoridad competente, con el único objeto de que no se perjudicara o interrumpiera el servicio de agua potable de una ciudad y que era absolutamente necesario para la debida atención de la salubridad pública.

En el juicio en que se cobran dichos perjuicios no procede aplicar el Art. 196 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a los perjuicios provenientes de la inobservancia de los contratos.

Es el juicio de don Andrés Lapostol, contra el Fisco, en el que se sostuvo por el demandante que el demandado le debía pagar los perjuicios causados con la prohibición, impuesta por la fuerza pública, de orden de autoridad competente, de explotar su fundo "La Sirena", sus canteras y arbolados, en la subdelegación de Penco del departamento de Concepción, y de dar cumplimiento a los contratos que acompañó, y por el demandado que se había ejercido un derecho concedido por el propio demandante a la Municipalidad de Penco, amparado por el artículo 830 del Código

Civil, de que no tiene por qué responder, porque habrían provenido de una autoridad pública en el desempeño de sus funciones, que no se le ha causado daño alguno y que esos contratos no pueden hacerse valer en su contra, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 9 de noviembre de 1923, revocando la de primera instancia pronunciada por uno de los Jueces Letrados de Concepción, don E. Larenas, con fecha 31 de julio de 1919, declaró que "el Fisco debe pagar al demandante las utilidades líquidas que dejó de ganar por incumplimiento de los aludidos contratos, que se fijarán por el Juez de causa, oyendo el dictamen de peritos nombrados en la forma ordinaria y con sujeción a las bases establecidas en los considerandos 7º y 8º de este fallo", y al efecto citó los artículos 196, 331, 335, 374 y 389 del Código de Procedimiento Civil, 12 inciso 5a de la Constitución y 1689, 1700, 2314 y 2329 del Código Civil, y consideró en lo pertinente a este recurso:

"Que la acción de perjuicios entablada contra el Fisco por el demandante se funda en que el señor Intendente de la Provincia, por medio de la fuerza de carabineros, le impidió la explotación del fundo "La Sirena", de su propiedad, originándole los perjuicios que relaciona en el escrito de demanda;

Que en la demanda pide el demandante se declare que el Fisco debe pagar la suma de $ 285,860, por habérsele impedido cumplir los contratos y hacer el negocio de venta de árboles ya referidos, y por la prohibición que se le hizo, con la fuerza de carabineros, de explotar su fundo "La Sirena", sus canteras y árboles, pago que se ordenará hacerle en la cuantía determinada por la prueba que se rinda u oyendo el dictamen de peritos, con intereses legales y costas;

Que con la prueba documental acompañada a la demanda y con la de fojas 85 a 87, corroborada con la testimonial rendida al tenor de los puntos de la minuta de fojas 45, el demandante ha justificado sustancialmente los hechos siguientes: a) que él constituyó una servidumbre a favor de la Municipalidad de Penco para surtir de agua potable a esa ciudad, cediendo con este objeto una faja de terreno de dos metros de ancho a partir de uno de los deslindes de su fundo "La Sirena", hasta el lugar de ubicación de una bocatoma en el estero de Agua Buena, para la colocación de cañerías, cercamientos, dando el tránsito necesario para la ejecución de las obras e inspección y vigilancia posteriores concernientes al agua y, además, el terreno para ubicar las nuevas represas, siendo todo ello sin perjuicios ni devoros de los sembrados, perjuicios que serían pagados a justa tasación siempre que se causaren; b) que, un tiempo después de haber quedado instalado el servicio de agua potable, se impidió a Lapostol, por la fuerza de carabineros de Lirquén y de orden del Intendente de Concepción, seguir explotando las canteras, hacer reconocimientos para establecer nueva explotación distantes de las cañerías y estanques del agua potable, cortar árboles, habiéndose llegado en ocasión hasta prohibir la entrada a su fundo, del cual se le obligó a salir con sus trabajadores y útiles de explotación, y siendo infructuosas sus gestiones para que se le comprase o expropiara el referido fundo; c) que la orden de la Intendencia para privar a Lapostol del goce de su predio fue dictada con conocimiento del Ministerio del Interior y a requerimiento de la Inspección de Agua Potable, denunciando que la explotación de las canteras se hacía con perjuicio para los estanques y cañería matriz del agua, que ya se había roto dos veces, obstruyendo los desmontes del camino que conducía a esos sitios y que era necesario conservar en favor de las condiciones higiénicas del agua la gran cantidad de árboles existentes a lo largo de la corriente de agua surtidora de los estanques, que iban siendo explotables y que su dueño podía cortar;

Que la Constitución Política asegura la inviolabilidad de toda propiedad, sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por causa de utilidad del Estado, ninguna de cuyas únicas limitaciones concurre en el caso de autos; y es un principio de derecho que el que causare un daño o perjuicio está obligado a indemnizarlo;

Que las medidas dictadas por el Intendente de Concepción, dados los antecedentes que las motivaron, tuvieron por único objeto que no se perjudicara o interrumpiera el servicio de Agua Potable de Penco, de absoluta necesidad para la debida atención de la salubridad pública;

Que si tales medidas fueran necesarias, ellas se habrían minorado o evitado atendiéndose las proposiciones conciliatorias de Lapostol, adoptándose otro temperamento semejante;

Que en todo caso se irrogó un daño individual, en beneficio de la comunidad, protegiéndose un servicio fiscal, y el Fisco, como representante de la comunidad, está obligado a indemnizarlo, tanto más cuanto que reconoce que procedieron legalmente los funcionarios que intervinieron en los actos de que se queja Lapostol;

Que se ha litigado sobre la especie y monto de la indemnización que se cobra por haber perdido Lapostol las utilidades líquidas que le habrían dejado, se le hubiera permitido cumplir los contratos de adoquines y de venta de árboles, analizados en la demanda y cuya existencia aparece acreditada;

Que si bien la prueba testimonial rendida al tenor de las articulaciones 6º y siguientes del interrogatorio de fojas 45 no es bastante para acreditar que los perjuicios sufridos ascendieron a la suma alzada que se demanda, no obstante resultan probadas bases suficientes para liquidarlas en la ejecución de esta sentencia, y

Que no siendo en consecuencia aceptable la apreciación de los perjuicios hecha por el demandante, es atendible la petición, también formulada en la demanda, para que sean determinados oyendo el dictamen de peritos".

Firman la sentencia de 2a instancia los señores J. Astorquiza, Max E. Ábalos y H. Hevia.

En contra de esta sentencia el demandado dijo de casación en la forma y en el fondo: Fue desestimado el de forma en la resolución de 2 de julio de 1924 y el de fondo sustancialmente se funda como sigue: La sentencia al referirse a los contratos y al dar lugar a los perjuicios cobrados por su incumplimiento infringe el artículo 196 del Código de Procedimiento Civil, que establece que cuando se ha litigado sobre la especie y monto de los perjuicios y no se ha probado dicha especie y monto ni bases fijas para liquidarlos en la ejecución de la sentencia sin un nuevo juicio, debe negarse lugar a la demanda.

Lo mismo ocurre con los demás perjuicios cobrados en la demanda: la sentencia establece que no se ha probado su especie y monto e indirectamente establece que no se ha probado ninguna base para liquidarlos, pues expresa que unas se han probado y otras no, y no dice cuáles son las probadas y cuáles las improbadas y, sin embargo, da lugar a la demanda, debiendo en la ejecución de la sentencia liquidarse los perjuicios con las bases que dice probadas y que no señala.

Ahora si en la ejecución de la sentencia se va a discutir sobre la especie o monto de los perjuicios, se violaría el inciso 2º del mismo artículo 196, según el cual sólo cuando no se hubiere litigado sobre la especie y monto de los perjuicios el tribunal reservará a las partes el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso.

La sentencia viola también los artículos 1698, 1702 y 1706 del Código Civil y 335 y 167 del de Procedimiento Civil.

En efecto, los contratos acompañados a la demanda por cuyo incumplimiento se cobran perjuicios al Fisco, son contratos privados que el señor Lapostol dice haber celebrado con diferentes personas y que en conformidad a las disposiciones citadas carecen de todo valor para el Fisco.

Refiere en seguida lo que exponen los artículos 1698, 1702 y 1706 del Código Civil y 335 y 167 del de Procedimiento Civil, agrega que según estas disposiciones los contratos acompañados a la

demanda no han podido tenerse como reconocidos respecto del Fisco, ni con ellos ha podido probarse nada en contra de éste que no los había suscrito, y que, sin embargo, la sentencia recurrida, violando estas disposiciones, admite esas pruebas como valederas en contra del Fisco.

La sentencia ha tenido que faltar también a lo prescrito en el artículo 1703 del Código Civil, pues los contratos son del año 1913, y la demanda fue presentada y notificada en 1916. Según el citado artículo 1703, su fecha no puede ser otra que aquella en que fueron presentados al juicio, resultando que esos contratos no han existido tres años antes de la demanda y que el Fisco no ha estorbado su cumplimiento, ni causado perjuicios, violándose una vez más el artículo 167, según el cual las causas deben fallarse conforme el mérito de autos.

Las declaraciones de la sentencia constituyen además una infracción de los artículos 2320 y 2322 del Código Civil, según los cuales toda persona sólo es responsable de sus propias acciones y sólo por excepción y en determinados casos lo es por actos de los que de ella dependen.

Se cobran perjuicios por estorbos puestos por el Intendente de Concepción a que se cortaran árboles y se extrajeran piedras en los alrededores de las cañerías y estanques del agua potable de Penco, estorbos que habrían impedido cumplir los citados contratos; mas esos actos fueron ejecutados por el Intendente en cumplimiento de su deber, para resguardar esa obra de salubridad pública, o fueron ejecutados excediendo sus atribuciones y faltando a su deber.

Si fueron ejecutados en cumplimiento del deber impuesto por la ley, escaparían en absoluto a toda responsabilidad, según los artículos 2320 y 2322 del Código Civil, pues estos artículos exigen que se trate de actos ilegales, abusivos o indebidos en los cuales pueda caber responsabilidad al jefe (artículos 2314 y 2284 del mismo Código).

Si estos actos fueron abusivos, el único responsable tratándose de una entidad moral como el Fisco, que no tiene cómo impedir o prever semejantes actos, sería el propio Intendente.

Finalmente, la sentencia viola también los artículos 21 Nº 16 y 22 inciso 3a de la Ley de Régimen Interior de 22 de diciembre de 1885, que imponen a los gobernadores la obligación de procurar que se respeten y conserven en el uso a que están destinados los bienes fiscales y facultan para tomar medidas en resguardo del agua de las poblaciones. Si estos actos están autorizados por la ley, es evidente que su ejecución no puede imponer responsabilidad al funcionario ni al Fisco.

Todas estas infracciones influyen en lo dispositivo del fallo, desde que merced a ellas se ha condenado al Fisco, y el recurso de casación se halla autorizado por el artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

Traídos los autos en relación,

La Corte:

CONSIDERANDO:

1º Que la materia de este juicio ha consistido en si el demandante ha recibido perjuicios, y en caso de haberlos recibido, en si el demandado es el obligado a indemnizarlos;

2º Que los perjuicios se han hecho en lo que el demandante dejó de ganar por no haber podido explotar las canteras y arbolados de su fundo "La Sirena", a causa de habérsele impedido con la fuerza pública que explotara su fundo;

3º Que las excepciones opuestas a la demanda pueden sintetizarse diciendo que si el demandante hubiere recibido perjuicios, éstos no serían de cargo al Fisco, porque ellos habrían provenido del ejercicio legítimo de un derecho;

4º Que la sentencia recurrida ha considerado justificado por el demandante, con la prueba documental acompañada a la demanda y con la de fojas 85 a 86 corroborada por la testimonial al tenor de los puntos de prueba de fojas 45: a) que con la fuerza de carabineros de Lirquén y de orden del Intendente de Concepción conocida del Ministerio del Interior, se le impidió que siguiera explotando las canteras, hacer reconocimientos para establecer una nueva explotación, cortar árboles y aun entrar a su fundo, del cual se le hizo salir con sus trabajadores y útiles de explotación, siendo infructuosas sus gestiones para que se le comprara o expropiara su fundo; b) que estas medidas tuvieron por único objeto no perjudicar el servicio de agua potable de Penco, de absoluta necesidad para la debida atención de la salubridad pública; c) que se irrogó un daño al demandante en beneficio de la comunidad protegida por ese servicio fiscal; d) que se litigó sobre la especie y monto de la indemnización que se debe al demandante por haber perdido las utilidades líquidas que le habrían dado los contratos de adoquines y de venta de árboles; e) que si la prueba testimonial no es suficiente para acreditar una suma alzada, lo es para que resulten probados bases suficientes para liquidar los perjuicios en la ejecución de la sentencia; f) que se hizo por el demandante la petición de que los perjuicios fueran determinados oyendo el dictamen de peritos, y g) que aparece acreditada la existencia de los contratos de adoquines y de venta de árboles;

5º Que dado lo expuesto y establecido en la sentencia de que se recurre, resulta que el demandante ha recibido perjuicios y que estos perjuicios pueden ser determinados oyendo el dictamen de un perito en la ejecución del fallo;

6º Que decidido de este modo lo relativo a la acción del demandante, queda por apreciar la excepción opuesta por el demandado, de que no es responsable de los perjuicios y de que por lo tanto no es él obligado a su indemnización;

7º Que si nadie puede ser privado de lo suyo si no es por sentencia judicial o por expropiación, si se halla justificado que aquí lo ha sido el demandante sin haberse observado ninguno de estos dos requisitos prescritos por la Constitución Política, si establecido está asimismo que la prohibición impuesta por la fuerza pública se debió a orden de autoridad competente y a que se hizo indispensable a un servicio público dependiente del demandado, es de todo punto evidente que a éste corresponde indemnizar los perjuicios ocasionados al demandante y consiguientemente que pueden ser regulados éstos según ha sido dispuesto en lo resolutivo del aludido fallo;

8º Que la disposición del artículo 196 del Código de Procedimiento Civil no ha podido ser infringida en la sentencia de que se reclama, por cuanto no es aplicable a los casos como el de que aquí se trata, sino a los que provienen de la inobservancia de los contratos, y por otra parte la referencia que a él se hace resulta sin influencia alguna en lo meramente dispositivo del fallo recurrido, desde que aun prescindiendo de él, la resolución habría podido ser la misma que se ha dictado;

9º Que para comprender más aún los capítulos de nulidad invocados por el recurrente es de tenerse en consideración por la naturaleza y origen de la resolución expedida, que este Tribunal conociendo del recurso de casación en la forma interpuesto por esta misma parte y desestimado ya, dijo: a) que no había sido materia de la controversia "la efectividad de los contratos celebrados por Lapostol", o sea, que no se pudo en duda que ellos existieran; b) que la sentencia reclamada contiene consideraciones de hecho y de derecho sobre todas las cuestiones discutidas en el juicio y contiene asimismo la enunciación de las leyes aplicables a tales cuestiones, y c) que como se ha dicho en el considerando 3º de esta sentencia los contratos celebrados por Lapostol ofrecen datos o antecedentes de los cuales deben partir los peritos para apreciar la indemnización del daño, y a estos antecedentes se refieren los considerandos 7º y 8º del fallo recurrido al expresar que de la prueba testimonial rendida al tenor de las articulaciones 6a y siguientes del interrogatorio de fojas 45, resultan bases suficientes para liquidar los perjuicios en la ejecución de la sentencia, y

10º Que, en consecuencia, no ha existido la infracción de las disposiciones legales relativas al mérito de autos ni a las probanzas rendidas en ellos ni las consecuentes a la responsabilidad del demandado y a la forma en que ha de determinarse las proporciones de ésta, porque esas alegaciones de nulidad o importan contrariar lo establecido por la Corte sentenciadora y por la de casación o desconocer las consecuencias ineludibles que fluyen naturalmente de esos hechos.

Por estos fundamentos y lo dispuesto en los artículos 938, 941, 959 y 973 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar el mencionado recurso de casación formalizado en contra de la sentencia de 9 de noviembre de 1923.

Redactado por el señor Presidente Lagos. Dagoberto Lagos. Ag. Parada Benavente. Benedicto de la Barra. Carlos A. de la Fuente. Romilio Burgos. Gregorio Schepeler. Ramiro Hederra. Alfredo Rondanelli H.

MATERIA
Responsabilidad por actos lícitos de la Administración

ÓRGANO COMPETENTE
Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en el Fondo
Rol: s/i
Fecha: 07.08.1984
Resultado recurso: Rechazado
Ministros mayoría: Octavio Ramírez Miranda, Osvaldo Erbetta Vaccaro y Enrique Urrutia Manzano.
Ministros minoría: Enrique Correa Labra y Estanislao Zúñiga Collao.
Ministro redactor: Osvaldo Erbetta Vaccaro.
Partes: Comunidad Galletué con Fisco.

DESCRIPTORES
Responsabilidad del Estado – Responsabilidad Objetiva – Igualdad ante las Cargas Públicas – Expropiación – Convención de Washington – Equidad.

PRINCIPIO JURÍDICO
El Estado debe indemnizar cuando impone un gravamen de contenido singular, sobre la base de una medida de beneficio colectivo

LEGISLACIÓN APLICABLE
Arts. 6º, 7º, 19 Nº 24 y 38 CPR; Convención de Washington; Art. 1437 Código Civil.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Debe indemnizar el Estado al dueño de un predio de bosques cuyas especies el Estado desea proteger imponiendo medidas lícitas y legítimas?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
El Estado de Chile mediante el D.S. Nº 29/1976, declaró a la Araucaria Monumento Natural, de conformidad a las normas establecidas en la Convención de Washington para la protección de las bellezas escénicas, aprobada en Chile el año 1967. Sobre la base de ese Decreto, se prohibió el corte, destrucción y explotación de la Araucaria, pues esta especie se encontraba en vías de extinción.

La Comunidad Galletué era dueña de un predio en Lonquimay, enclavado en la Cordillera, cuya única explotación factible era la explotación forestal y, dentro de ella, casi en forma exclusiva la araucaria.

La Comunidad disponía de 1.800 hectáreas de araucaria, susceptibles de producir 4.706.000 pulgadas de madera por el lapso de 30 años, lo que había implicado que se habían realizado inversiones costosas en infraestructura (caminos, aserradores, organización) con la finalidad de explotar el bosque.

Cuando se dictó el Decreto, en abril de 1976, los propietarios demandantes paralizaron la explotación de los bosques, en circunstancia de que habían estado explotando la araucaria por más de 10 años, con un total de 1.200.000 pulgadas, con aprobación de la autoridad respectiva, desarrollando el plan de manejo prefijado.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*

La procedencia de la acción de cobro de perjuicios tiene como sustento en este caso a la equidad y la justicia atendidos los hechos descritos.

La prohibición del Decreto Supremo 29/1976, aunque loable y oportuna porque esos bellos, nobles e históricos árboles estaban en vías de extinción y aunque basada en la ley, redunda en graves daños para los propietarios de Galletué que han acatado la decisión de la autoridad, no siendo equitativo que los soporten en tan gran medida sin que sean indemnizados por el Estado, autor de la decisión, conforme a los principios de la equidad y justicia.

La razón de equidad enunciada se refuerza grandemente si se atiende a que la propia Constitución Política, junto con reconocer determinados derechos fundamentales, entre los que se halla el derecho de dominio, los resguarda estableciendo la responsabilidad del Estado si ellos se vulneran por acto de la autoridad, de la administración o por los legisladores, aludiendo en algunos preceptos concretamente a la obligación del Estado de pagar los perjuicios; así, el artículo 19 Nº 24 de la Carta Fundamental, después de consignar que nadie puede ser privado de su dominio o de algunos de sus atributos esenciales sino en virtud de una ley que autorice la expropiación, establece el derecho de los expropiados para cobrar al Estado los perjuicios por los daños patrimoniales causados; así, el artículo 19 Nº 7 letra i) de la Carta dispone que una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquiera instancia tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado si la Corte Suprema declara injustificadamente erróneo o arbitrario el acto de procesamiento o condena; y es particularmente interesante recordar que a pesar de que el artículo 19 Nº 26 de la Constitución Política acepta que las garantías constitucionales puedan sufrir limitaciones durante los estados de excepción, el artículo 41 en su Nº 8 prescribe que las requisiciones que se lleven a efecto en esos estados y que sean permitidas, darán lugar a indemnización en conformidad a la ley, añadiendo que también darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio y con ello se cause daño, y si esto ocurre en dichos estados de excepción, con tanta mayor razón, por evidente equidad, la indemnización será procedente si la limitación al dominio es dispuesta por la ley o las autoridades en estado normal constitucional y no de excepción.

Entre otros, los artículos 1º, 5º y 38 de la Carta Fundamental ponen cortapisas al legislador y a las autoridades respecto de las garantías constitucionales que ella establece en favor de los individuos y si éstas son sobrepasadas, claramente prescribe la responsabilidad del Estado.

CONCLUSIÓN

El Estado debe indemnizar los perjuicios en la propiedad de un particular como consecuencia de la adopción de medidas lícitas y legítimas, cuando estas imponen un gravamen de contenido singular que implica la prohibición de desarrollar una actividad que hasta el momento previo a la decisión era lícita.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta es una de las sentencias más citadas en el Derecho Público Chileno, especialmente por la naturaleza de la medida y el razonamiento de la Corte. En ella se decidía el límite a partir de cual el Estado debía indemnizar las restricciones a la propiedad. Se debe recordar que este criterio había sido esbozado por la Corte en el caso Lapostol el año 1908 (sentencia publicada en el presente libro).

Este criterio se invocará con mucha habitualidad por la doctrina bajo la CPR de 1980 y la Corte lo replicará en algunos pocos fallos como Quintana con SAG (publicado en este libro), sin embargo la Corte en algunos casos tendrá decisiones completamente distintas con posterioridad a este criterio (García Sabugal con Ministerio de Agricultura, 1991), aunque por vía de protección.

Es más, es posible sostener hoy que tras la sentencia de Inmobiliaria Maullín del año 2010 (publicada en este libro) la tesis Galletué ha sido relativizada completamente, pues la Corte hizo efectiva la advertencia del caso Lolco, en donde indicó que estos gravámenes no debían ser indemnizados, ya que la Constitución no dispone norma expresa al respecto.

Esta cuestión ha sido más evidente tras la decisiones del año 2012 en los casos Vacas Locas y Pairoa Gálvez, así como en el 2013 con los casos Universidad de Magallanes y Esquerré Hermanos Limitadas. En todos esos casos, confirmó el criterio de Inmibiliaria Maullín al señalar que la acción de responsabilidad del Estado por acto lícito sólo procede si la acción la consagra expresamente.

TEXTO COMPLETO

Santiago, 7 de agosto de 1984.

Por sentencia de 13 de diciembre de 1982, se confirmó el fallo de primera instancia de 11 de diciembre de 1981, que se lee a fojas 143, que acoge las peticiones de la demanda que aparecen redactadas en forma definitiva a fojas 33 vuelta, pero, previamente eliminó los motivos 11 y 12 de este último fallo y tuvo presente además otras consideraciones. La demanda es entablada por los copropietarios del predio Gallatué y está dirigida en contra del Estado de Chile.

A fojas 176, el Fisco, representado por el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, dedujo recurso de casación en el fondo en contra de dicho fallo, solicitando que se invalide y que se dicte nueva sentencia que rechace la demanda en todas sus partes, con costas.

El recurso sostiene que la sentencia recurrida ha infringido los incisos 1º al 5º del número 24 del artículo Nº 19 de la Constitución Pol ítica de la República; los incisos 1º al 5º del número 16 del artículo 1º del Decreto Ley Nº 1.552 de 1976, Acta Constitucional Nº 3; artículo 1437 del Código Civil, y número 3 del artículo 1º, número 1 del artículo 2º, y número 1 del artículo 5º,

todos de la Convención para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América, que se ordenó cumplir como ley de la República por Decreto del Ministerio de Relaciones 53, de 23 de agosto de 1967.

En seguida, el recurso explica cómo se cometieron estas infracciones y cómo influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Considerando:

1) Que, entre las infracciones legales que aduce el recurso, se hallaría la del artículo 1437 del Código Civil por cuanto se ha declarado la existencia de una obligación indemnizatoria sin que medie algunas de las fuentes de las que en virtud de dicha disposición legal puede provenir una obligación. La Ley Constitucional, admite el recurrente, es fuente de obligación, pero como se señala en otra parte del respectivo escrito, la considerada en el fallo como único fundamento de la resolución, ha sido erróneamente aplicada;

2) Que, basta la exposición anterior para rechazar la supuesta infracción al artículo 1437 del Código mencionado puesto que finalmente se reconoce en el escrito de casación de fondo, que el fallo considera como fuente de la obligación que impone, un precepto de la Constitución Política del Estado, vale decir, que él se está a una de las fuentes admitidas por dicha disposición, a la Ley, ya que la Constitución Política es en definitiva la Ley fundamental a la que deben ceñirse las demás.

Ahora bien, supuesto que la mención del precepto constitucional base de la sentencia fuese erróneo, lo que será analizado posteriormente, ya no se trataría de una inobservancia del artículo 1437 sino de una infracción de esa disposición constitucional erróneamente considerada, error que, por lo demás, también ha sido representado en el recurso;

3) Que, en la casación se sostiene asimismo que el fallo vulnera la Convención Internacional acordada para la protección de la fauna, la flora y las bellezas escénicas de América, Convención que para nuestro país es Ley desde 1967, siendo por consiguiente el legislador el que acepta que se proteja absolutamente una especie de la fauna o de la flora al declarársela monumento natural y por tanto inviolable, especie que en este caso fue singularizada en el Decreto Supremo 29, del año 1976 en lo que respecta a la araucaria araucana, cuyo corte, destrucción y explotación prohibió absolutamente, declarándola monumento natural, dando en esto aplicación a la Convención aludida, o sea, a la Ley, en lo que se refiere a esta especie.

No se trata, agrega el recurrente, de una expropiación, que el propio fallo niega, pero sí de una limitación legal del dominio de los propietarios de araucarias y el inciso 2º del número 24 del artículo 19 de la Constitución, que autoriza limitar el dominio por medio de una Ley, no impone la obligación de indemnizar al propietario;

4) Que, el fallo reconoce que la aludida Convención es Ley de la República, pero no le da el alcance de una autorización para limitar o privar del dominio o de sus atributos sino sólo de una proposición a los gobiernos que la suscribieron o que se adhieran a ella para que adopten algunas de las medidas de protección que establece, observando al respecto la legislación propia de cada país (motivo 6º entre otros), y, respecto del Decreto Supremo 29, estima que por su naturaleza y dada la falta de Ley autorizante, no pudo prohibir la explotación de la araucaria privando a sus propietarios de los atributos esenciales de su dominio ya que esto debió ser materia de Ley expropiatoria y ni siquiera pudo limitar el dominio pues la Constitución exige también que se haga por Ley (fundamento 9º);

5) Que, si bien en la etapa primaria, de simple Convención Internacional, lo que se acordó en defensa de la naturaleza de los países americanos constituye una proposición y recomendación a

sus gobiernos, una vez aprobada por el Congreso y ordenada cumplir como ley de la República, como sucedió en este caso, sus disposiciones o acuerdos pasaron a formar parte de la legislación nacional, con el carácter de ley, de modo que es una ley la que acepta que se protejan especies de la fauna o de la flora y aun en forma absoluta, teniéndolas como inviolables, si se las declara monumento natural.

Por su parte el Decreto Supremo Nº 29 aludido, no hizo sino poner en ejecución dicha ley, singularizando una especie de la flora chilena, a la araucaria araucana, como tal monumento natural y por tanto absolutamente protegida;

6) Que, es evidente, entonces, que los falladores no dieron su verdadero alcance a la Convención Internacional sobre Protección a la Fauna y a la Flora, que no constituye una mera recomendación para que los gobiernos americanos adopten medidas de protección, sino que respecto de nuestro país es una ley que autoriza tomar tales medidas; ni tampoco se lo dieron al Decreto Supremo 29 de 1976, que no es una mera resolución administrativa que discurre sobre materias propias de Ley, sino un Decreto Supremo que pone en ejecución y que aplica esa Ley sobre Protección a la Fauna y Flora, en relación con una especie determinada, la araucaria araucana que, al declararla monumento natural, extiende sobre ella una protección total y absoluta, aceptada por esa Ley.

Empero, todo esto no tiene influencia en lo decisorio, como se verá a lo largo de esta sentencia, aparte de que el recurso no da por vulneradas disposiciones legales relativas a la interpretación de la Ley;

7) Que, en cuanto a la naturaleza de la prohibición que impone el Decreto Supremo Nº 29, no tiene, desde luego, el alcance de una expropiación que el propio fallo recurrido le niega, puesto que no desconoce el derecho de propiedad a los dueños de esa especie arbórea; ni tampoco se traduce en una privación absoluta de alguno de los atributos esenciales del dominio, entre los que se encuentran la facultad de gozar y de disponer libremente del objeto de la propiedad; la prohibición de cortar, explotar y comerciar la araucaria no impide toda forma de goce ni tampoco toda suerte de disposición ya que no obstaculiza, por ejemplo, la venta de los bosques juntamente con el terreno, y por ende, se trata tan sólo de una limitación del dominio que, en este caso, se basa en una autorización de la Ley, acorde con el inciso 2º del Nº 24 del artículo 19 de la Constitución.

Pero, este precepto constitucional relativo a las limitaciones del dominio, nada estatuye respecto de la procedencia de indemnización y como no la rechaza, la sentencia que acoge la acción indemnizatoria no lo vulnera;

8) Que, en lo que atañe a la trasgresión de los incisos 1º al 5º del número 24 del artículo 19 de la Constitución y los similares preceptos del acta constitucional Nº 3, vigente cuando se emitió el decreto supremo prohibitorio de que se trata, cabe consignar:

a) que, el fallo no acude a los preceptos del acta constitucional Nº 3 relativos a la propiedad, de manera que no han podido infringirse por una errónea aplicación como lo asevera el recurso;

b) en cuanto a la infracción del inciso 1º del Nº 24 que protege el dominio o propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, el fallo se inspira precisamente en ese principio para dar protección a los actores en sus pretensiones, como propietarios de bosques de araucaria; así es que no se divisa cómo pudo ser trasgredido;

c) que en lo que toca a la infracción del inciso 2º del número 24 en análisis se ha reconocido en el fundamento anterior que el alcance de la prohibición de explotar la araucaria es el de una limitación al dominio de sus propietarios, pero se ha adelantado que, a pesar de aceptarse que en este caso la Ley autorizó imponer tal limitación, ello no excluye la posibilidad de que dé lugar a una acción indemnizatoria, y

d) que, en lo que se refiere a los demás preceptos del Nº 24 referidos en el recurso, es decir a los incisos 3º, 4º y 5º, es cierto que no pudieron considerarse, como lo hace el fallo, para subsumir en ellos la acción de indemnización de perjuicios a que se condena al Estado ya que estas disposiciones establecen la obligación de indemnizar en el caso de expropiación, situación que, se ha demostrado, no ocurre, como lo reconoce el propio fallo; pero este defecto de encuadramiento de la acción indemnizatoria, no significa que ella no sea justa y que esté huérfana de toda base jurídica que permita acogerla;

9) Que, en efecto, la procedencia de la acción de cobro de perjuicios tiene como sustento en este caso a la equidad y la justicia atendido los hechos que asienta el fallo impugnado, en el supuesto de que no haya Ley concreta que resuelva el conflicto suscitado. Pero desde ya se puede adelantar también que existen numerosas disposiciones constitucionales que imponen la responsabilidad del Estado cuando se desconozca por las autoridades o la administración o incluso por el propio legislador las garantías constitucionales y los derechos fundamentales que ella asegura, entre los que se encuentra el derecho de propiedad en sus diversas especies.

Por consiguiente, la invalidación del fallo por los defectos de derecho anotados en los motivos anteriores obligaría al Tribunal de Casación a emitir uno nuevo que igualmente diere acogida a la demanda, con lo que resulta que tales vicios carecen de influencia en lo dispositivo;

10) Que, para demostrar que es justa y equitativa la acción de cobro de perjuicios es necesario consignar en síntesis los hechos –algunos de índole jurídico–, que la sentencia asienta, hechos que por lo demás, no se hallan rebatidos en el recurso:

a) La comunidad demandante ha acreditado ser dueña del predio Galletué ubicado en la comuna de Lonquimay (fundamento 4º del fallo de primera instancia que el de segunda hizo suyo);

b) Dicho predio, enclavado en la Cordillera de los Andes, de gran superficie, admite sin embargo como única explotación económica factible, la explotación forestal y dentro de ella, casi en forma exclusiva, la de la especie denominada pehuén o araucaria araucana (consideraciones 7ª y 9ª de la sentencia de primer grado y 1ª, 2ª, 3ª y 4ª de la de segunda instancia);

c) Esta especie cubre una extensión de 1.800 hectáreas del predio Galletué siendo susceptible de producir 4.706.000 pulgadas de madera en un lapso de 30 años (motivo 9º del fallo de primera instancia y 4º del de segunda, en la que se aceptan las conclusiones del perito);

d) Se había desarrollado en el predio Galletué una costosa infraestructura (caminos, aserraderos), organización, con la finalidad de explotar los bosques de araucaria y algo de coigue (fundamento 9º, letra g) del fallo del juez y 4º del de segunda instancia), y

e) Desde el 16 de abril de 1976, fecha en que se publicó el Decreto Supremo 29 y en obedecimiento a él, los propietarios demandantes paralizaron la explotación de los bosques de su predio Galletué, en circunstancia de que habían estado explotando la araucaria por más de 10 años, con un total de 1.200.000 pulgadas, con aprobación de la autoridad respectiva, desarrollando el plan prefijado;

11) Que, dada la naturaleza y entidad de los hechos que el fallo asienta y que recién se han sintetizado, forzosamente tenía que concluirse que la demanda era atendible: la prohibición del Decreto Supremo 29 aunque loable y oportuna porque esos bellos, nobles e históricos árboles estaban en vías de extinción y aunque basada en la ley, redunda en graves daños para los propietarios de Galletué que han acatado la decisión de la autoridad, no siendo equitativo que los soporten en tan gran medida sin que sean indemnizados por el Estado, autor de la decisión, conforme a los principios de la equidad y justicia;

12) Que, la razón de equidad enunciada se refuerza grandemente si se atiende a que la propia Constitución Política junto con reconocer determinados derechos fundamentales, entre los que se halla el derecho de dominio, los resguarda estableciendo la responsabilidad del Estado si ellos se vulneran por acto de la autoridad, de la administración o por los legisladores, aludiendo en algunos preceptos concretamente a la obligación del Estado de pagar los perjuicios; así, el artículo 19 Nº 24 de la Carta Fundamental, después de consignar que nadie puede ser privado de su dominio o de algunos de sus atributos esenciales sino en virtud de una ley que autorice la expropiación, establece el derecho de los expropiados para cobrar al Estado los perjuicios por los daños patrimoniales causados; así, el artículo 19 número 7, letra I de la Carta, dispone que una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquiera instancia tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado si la Corte Suprema declara injustificadamente erróneo o arbitrario el acto de procesamiento o condena; y es particularmente interesante recordar que a pesar de que el artículo 19 número 26 de la Constitución Política acepta que las garantías constitucionales puedan sufrir limitaciones durante los estados de excepción, el artículo 41 en su número 8 prescribe que las requisiciones que se lleven a efecto en esos estados y que sean permitidas, darán lugar a indemnización en conformidad a la ley, añadiendo que también darán derecho a indemnización, las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio y con ello se cause daño, y si esto ocurre en dichos estados de excepción, con tanta mayor razón, por evidente equidad, la indemnización será procedente si la limitación al dominio es dispuesta por la ley o las autoridades en estado normal constitucional y no de excepción.

Entre otros, los artículos 1º, 5º, 7º y 38 de la Carta Fundamental ponen cortapisas al legislador y a las autoridades respecto de las garantías constitucionales que ella establece en favor de los individuos y si éstas son sobrepasadas, claramente prescribe la responsabilidad del Estado;

13) Que, como una síntesis, cabe consignar:

a) que no incurre la sentencia impugnada en infracción del artículo 1437 del Código Civil;

b) que no tiene influencia en lo dispositivo que ese fallo apoye su decisión en el número 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental y no en la equidad y en otras disposiciones de esa Carta que aceptan el principio de la responsabilidad del Estado cuando la propia ley o las autoridades o sus órganos administrativos traspasan y lesionan las garantías constitucionales que ella instituye, principio que tiene plena cabida en este caso;

c) el alcance distinto dado a la Convención Internacional sobre Protección a la fauna y flora de los países americanos y sus bellezas escénicas, a la que se le reconoce el carácter de ley, no tiene trascendencia en la decisión por cuanto como se ha demostrado, la ley puede ser también fuente de responsabilidad del Estado si dispone o si permite tomar medidas que lesionen o perjudiquen las garantías o derechos fundamentales que la Constitución asegura, y

d) el Decreto Supremo 29 es válido y propio para declarar monumento natural a la especie araucaria araucana porque se basa en la ley, pero es igualmente intrascendente que la sentencia le niegue esa aptitud ya que ello no obsta a la responsabilidad del Estado cuando, como sucede en la especie, se lesiona con la medida, los intereses patrimoniales de los titulares del derecho de dominio que la Constitución protege y asegura.

Si se acogiere el recurso por errores en la interpretación o aplicación de la ley en la calificación del Decreto Supremo 29, la sentencia de reemplazo, como se ha consignado, al emitirse conforme a derecho, tendría que terminar por acoger la demanda aplicando los principios de equidad y los relativos a la responsabilidad del Estado y de ahí que esos errores carezcan de influencia en lo dispositivo.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo que disponen los artículos 767 y 787 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar el recurso de casación en el fondo formalizado a fojas 176 en contra de la sentencia de 13 de diciembre de 1982, escrita a fojas 171, con costas del recurso.

Acordada contra el voto de los Ministros señores Correa y Zúñiga, quienes estuvieron por acoger el recurso de casación en el fondo por infracción del artículo 19 Nºs. 1 a 5 de la Constitución Política, y 1437 del Código Civil, invalidar el fallo recurrido y dictar sentencia de reemplazo en virtud de las siguientes consideraciones:

1) Que, en el escrito de fojas 3, complementado por el de fojas 30, se demanda al Fisco de Chile, para que se declare que debe indemnizar a la Comunidad demandante los perjuicios sufridos por la declaración de monumento natural de la araucaria araucana, que existen en el fundo Gallatué, y al cual expresan tener derecho.

La sentencia de primera instancia de 11 de diciembre de 1981, escrita a fojas 150, resolvió textualmente: Que, se acoge toda la parte petitoria de la demanda, redactada en forma definitiva por el actor a fojas 33 vuelta, y en esta solicitud, la parte demandante pide tener este escrito como el nuevo libelo que se ha de notificar a la parte demandada, acogiendo el petitorio que a continuación se reproduce:

a) El pago a la demandante por la demandada de los perjuicios que se irrogaron en virtud de los hechos que se refieren en el libelo en juicio declarativo.

b) Que, se pague la cantidad que acredite la demandante como perjuicios irrogados a ella por la demandada en el cumplimiento incidental del fallo que recaiga en la demanda que acoja la declaración del derecho a ser indemnizado de perjuicios, y

c) Que, se paguen las costas y gastos de la causa.

La sentencia de primera instancia de 11 de diciembre de 1981, escrita a fojas 148, resolvió: Que se acoge toda la parte petitoria, redactada en forma definitiva por el actor a fojas 33 vuelta; sentencia que fue confirmada por la de segunda instancia de 13 de diciembre de 1982, escrita a fojas 171, pero absolvió al apelante del pago de costas, mas no de los gastos de la causa.

2) Que, la primera infracción de Ley que se imputa a la sentencia es haber violentado los incisos 1º al 5º del Nº 24 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado, porque la indemnización de perjuicios que ellos contemplan han sido aplicados a un caso que dichos preceptos no comprenden.

En efecto, expresa que esas disposiciones aseguran el derecho de propiedad, entrega a la ley la determinación de los modos de adquirirla, de usar y de disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social; exigen ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por el legislador, para que se pueda privar de la propiedad del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, dan la oportunidad para reclamar de la legalidad del acto expropiatorio; dan al expropiatorio el derecho a indemnización por el daño efectivamente causado y regulan la forma en que se determinará la indemnización a que tiene derecho el expropiado.

La indemnización aludida, continúa, se contempla sólo para el caso de expropiación, de consiguiente cualquier otro acto que pueda considerarse lesivo, no dará derecho a indemnización en virtud de los citados mandatos constitucionales, sin perjuicio que puedan dar derecho a indemnización basado en otros preceptos legales, siempre que concurran los presupuestos que en ellos se exija.

Pues bien, las normas constitucionales señaladas, han sido infringidas por haberse declarado procedente una indemnización por expropiación, en una situación en que ésta no ha existido.

3) Que, el fundamento 11 de la sentencia recurrida dice textualmente: Que, en estas condiciones sólo cabe declarar que el Decreto Supremo 29 indicado, al privar el dominio sobre la especie vegetal denominada Araucaria Araucana (Koch) existente en el fundo Galletué de sus atributos esenciales, consistentes en gozar y disponer de ella con el objeto de venderla, usarla, a su arbitrio, atenta contra el derecho de propiedad garantizado en el artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política.

En este caso debieron expropiarse los bosques de la especie aludida, para cumplir con la Constitución y no habiéndose llevado a efecto ese acto jurídico, la misma disposición establece que deberá indemnizarse el daño patrimonial efectivamente causado por los tribunales ordinarios de justicia. Por otra parte, aun en el caso de considerarse que dicho Decreto Supremo sólo limitara o impusiera obligaciones al dominio, cabría llegar a la conclusión que, de todos modos, dicha infracción existiría ya que no hay Ley que ordene tales limitaciones o imponga dichas obligaciones.

4) Que, el Decreto Supremo 29 de 26 de abril de 1976, en su artículo 1º declaró Monumento Natural, de acuerdo a la definición y al espíritu de la Convención para la protección de la flora, fauna y bellezas escénicas naturales de América, a la especie vegetal de carácter forestal, denominada Pehuén o Pino Chileno y cuyo nombre científico corresponde a Araucaria Araucana (Mol) C. Koch. Esta declaración, agrega, afectará a cada uno de los pies o individuos de la citada especie, cualquiera que sea su edad o estado.

Y dicha Convención, ordenada cumplir como Ley de la República por Decreto Supremo 531 de 23 de agosto de 1976, en su artículo 1º dice: Se entenderán por Monumentos Naturales, las regiones, los objetos, las especies vivas de animales o plantas de interés estético o valor histórico o científico, a los cuales se les da protección absoluta. Los monumentos naturales se crean con el fin de conservar un objeto específico o una especie determinada de flora o fauna declarando una región, un objeto o una especie aislada, monumento natural inviolable excepto para realizar investigaciones científicas debidamente autorizadas, o inspecciones gubernamentales.

Pero los Decretos Supremos 29 y 531 no han prohibido en modo alguno la venta de la especie arbórea, como se asevera en el fundamento 11, sino que la calidad de monumento natural gozan de protección absoluta, son inviolables, como lo dispone el precepto recién transcrito. Nada impide vender la propiedad, pero con sus monumentos naturales.

5) Que, el Nº 24 del artículo 19 de la Constitución Política, establece la indemnización sólo para el caso de expropiación legal, sin decir nada de la indemnización en casos distintos.

Pero la transcripción literal del fundamento 11 acusa que los sentenciadores basándose en la misma disposición expresan: En este caso debieron expropiarse los bosques de la especie aludida, para cumplir con la Constitución y no habiéndose llevado a efecto este acto jurídico, la misma disposición establece que deberá indemnizarse el daño patrimonial efectivamente causado, por los tribunales ordinarios.

Reconoce el fundamento básico del fallo, que el artículo 19 Nº 24, establece la indemnización en el caso de expropiación, y además: no habiéndose llevado a efecto este acto jurídico, la misma disposición establece que deberá indemnizarse el daño patrimonial efectivamente causado, por los tribunales ordinarios.

Reconoce el fundamento básico del fallo, que el artículo 19 Nº 24, establece la indemnización en el caso de expropiación, y además: no habiéndose llevado a efecto este acto jurídico, la misma disposición establece que deberá indemnizarse el daño patrimonial efectivamente causado por los

tribunales ordinarios de justicia, afirmación que se aparta del texto de la disposición, porque este concepto de indemnización, se refiere siempre al expropiado y no a otra persona que haya recibido perjuicios por violación de sus derechos de propiedad y que no haya sido objeto de expropiación.

6) Que, al decidirse así, el fallo ha incurrido en infracción del artículo 19 número 24 inciso 1º al 5º, porque ha aplicado dichos preceptos a un caso no contemplado en ellos.

En efecto, se puede afirmar que se incurre en infracción de ley, cuando existe contravención formal, errónea interpretación y falsa aplicación de ella.

En este caso se ha incurrido en falsa aplicación de la ley, porque se ha aplicado a una situación no prevista por ella, toda vez que se han utilizado las reglas de la expropiación a un caso en que no existe expropiación. Para poner de manifiesto esta infracción, es útil traer a colación que también existe falsa aplicación de la ley, cuando no se la aplica a un caso en que debe ser aplicada.

Se lleva a la ley adonde no debe estar, o no se la lleva donde debe estar, por lo que produce una falsa aplicación de la Ley.

En el primer caso, se lleva la ley adonde no debe estar, porque no resuelve el caso; y en el segundo, no se la lleva adonde debe estar, siendo que resuelve el caso.

Por último, en lo relativo a esta causal, la mención que se hace del Nº 8 del artículo 41 de la Constitución Política que establece: También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen una privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, y con ello se cause daño, es improcedente en el caso que se juzga, porque la indemnización aludida en el precepto se refiere a perjuicios que se causen con las medidas que se tomen en relación a un determinado estado de excepción constitucional y que puede comprometer el derecho de propiedad; y no constituye un precepto general, sino particular indemnizatorio, y que no tiene aplicación en este caso.

7) Que no puede aceptarse la tesis del fundamento séptimo del fallo que, refiriéndose al artículo 19 de la Constitución Política del Estado dice: Pero, este precepto constitucional relativo a las limitaciones del dominio, nada estatuye respecto de la procedencia de la indemnización y como la rechaza, la sentencia que acoge la acción indemnizatoria no la vulnera. No puede aceptarse porque si el artículo 1437 del Código Civil, señala a la ley como fuente de obligaciones, para acudirse a ella con tal objeto es necesario señalar precisamente la ley determinada que crea la obligación y no pudo acudirse a la ley como pura expresión de voluntad jurídica, que nada dice, ordena o establece sobre el particular, para atribuirle la tolerancia de la acción indemnizatoria que no contempla, ni considera.

Todo lo anterior demuestra que se ha hecho una falsa aplicación del artículo 1437 del Código Civil, porque se le aplica a una situación que el precepto no contempla, por lo que la sentencia ha incurrido, también en este vicio de casación de fondo.

8) Que no puede tampoco justificarse que en el recurso de casación en el fondo, se sostenga en el fundamento décimo de este fallo Que, en efecto, la procedencia de la acción de cobro de perjuicios tiene como sustento en este caso a la equidad y la justicia atendidos los hechos que asiente el fallo impugnado en el supuesto de que no haya ley concreta que resuelva el conflicto suscitado. Y se agrega en el 10 que para demostrar que es justa y equitativa la acción de cobro de perjuicios, es necesario consignar en síntesis los hechos 16.743... etc.

Tal aserto no puede acogerse, porque el recurso de casación en el fondo es un recurso de puro derecho, pues estudia y analiza si los preceptos legales han sido o no debidamente aplicados a los hechos establecidos en la sentencia recurrida, lo que constituye un examen de cuestiones de dere-

cho. Y si es un recurso de derecho, para juzgar el caso no puede acudirse a principios de equidad y de justicia, sino a preceptos legales violados.

Así lo entendió también la Comisión Mixta encargada de informar el Código de Procedimiento Civil, en cuya sesión 36, don Miguel Luis Valdés dijo: La casación en el fondo tiene por objeto enmendar errores de derechos y uniformar la jurisprudencia en la aplicación de las leyes y para conseguirlo no es necesario que el Tribunal revisor se pronuncie de nuevo sobre los hechos, cuya apreciación corresponde únicamente al Tribunal que dicte la sentencia materia del recurso.

Las motivaciones anteriores hacen procedente el recurso de casación, con el objeto de invalidar el fallo recurrido y dictar la sentencia de reemplazo que corresponda, sin que pueda señalarse o insinuarse su contenido en la sentencia de casación.

Redactó el Ministro señor Erbetta Vaccaro, y el voto, el Ministro señor Correa.

Regístrese y devuélvanse.

Sentencia (3ª Sala) 7 de agosto de 1984, Sres.: O. Ramírez M., E. Correa L., O. Erbetta V., E. Zúñiga C., E. Urrutia M.

Rol 16.743.

MATERIA
Responsabilidad por actos lícitos de la Administración

ÓRGANO COMPETENTE
Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en el Fondo
Rol: 2213-2000
Fecha: 23.01.2001
Resultado recurso: Acogido
Ministros mayoría: Ricardo Gálvez Blanco, Orlando Álvarez Hernández, Domingo Yurac Soto, Manuel Daniel Argandoña, Franklin Geldres Aguilar.
Ministro redactor: Manuel Daniel Argandoña.
Partes: Elia Quintana y otros con Fisco.

DESCRIPTORES
Responsabilidad del Estado – Responsabilidad Objetiva – Igualdad ante las Cargas Públicas – Actos Lícitos

PRINCIPIO JURÍDICO
El Estado debe indemnizar sus actos lícitos cuando impongan una lesión.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Arts. 6º, 7º, 19 Nº 20 y 38 CPR; Art. 44 Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 7º letra j) Ley Nº 18.755 Establece Normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Se encuentra el Estado obligado a pagar una indemnización de perjuicios cuando no hay norma expresa que permita dicha reparación?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
Los demandantes son propietarios de un predio que es utilizado para pastoreo y que recibe en cada temporada alrededor de 1.659 animales. Con la finalidad de combatir enfermedades de animales, el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) decidió prohibir el pastoreo en las temporadas estivales 1987-1988, 1988-1989, 1989-1990, 1990-1991, 1991-1992, de modo que su propietario no pudo explotar su predio.

De conformidad a la Ley Nº 18.755, los afectados recibieron indemnización, pero decidieron demandar al SAG por los montos y períodos no cubiertos por tal indemnización, es decir los anteriores a la dictación de la precitada ley.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*
Constituye un hecho de la causa, que durante las temporadas anteriores al 7 de enero de 1989, fecha de la publicación de la Ley Nº 18.755, también se prohibió a la parte demandante hacer uso de su predio en razón de estimar el Servicio demandado que

con tal medida se combatía de mejor modo una epidemia animal. Asimismo se encuentra determinado que tal prohibición generó a la actora un perjuicio derivado de la imposibilidad de usar del inmueble para su fin comercial único. Sin embargo, la sentencia de segundo grado, impugnada estableció que la obligación de indemnizar los perjuicios causados sólo existía a contar de la fecha referida, pues ese día se publicó la Ley Nº 18.755, cuyo artículo 7º letra j) autorizó el pago de los mismos, y lo estimó improcedente por períodos anteriores dada la ausencia de norma que lo permitiera.

Tal criterio omite considerar que el inciso 2 del artículo 38 de la CPR, al establecer que "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, (…)" obliga al Estado a indemnizar cuando se ha producido una "lesión patrimonial", lo que implica un detrimento antijurídico sufrido en el patrimonio de una persona, ya que proviene de un acto ilícito de su autor, ya porque el que lo sufre no estaba en el deber de soportarlo, aún sin ser ilegal aquel acto.

Si bien el artículo 44 (hoy art. 42) de la LOCBGAE, dispone que los órganos de esta Administración –los comprendidos en el título II, entre los cuales está el demandado- "serán responsables del daño que causen por falta de servicio" y debe por eso entenderse que siempre lo serán si esta falta existe, ello no excluye la posibilidad de que si han causado una "lesión patrimonial" grave, especial, desigual o discriminatoria originen la reparación correspondiente, por no estar la víctima en el deber de soportar ese detrimento, ya que el artículo 19 Nº 20, de la CPR asegura "la igual repartición de las cargas públicas".

Debe tenerse presente también el principio general contenido en el artículo 4º de la LOCBGAE que hace responsable al Estado por los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar a los funcionarios que los hubiesen causado.

En consecuencia, el fundamento de indemnizar por las temporadas anteriores a la dictación de una norma específica para ello, que resulta de un hecho dañoso de un órgano de la Administración del Estado, radica en las normas constitucionales y legales citadas, las cuales han sido entonces dejadas indebidamente sin aplicación, pues se ha permitido que en definitiva la carga pública de alcanzar un objetivo de bien común, cual es impedir la propagación de una enfermedad animal, sea soportada por algunos ciudadanos, alterando con ello el principio de la igualdad en la repartición de dichas cargas establecido en el artículo 19 Nº 20 de la CPR.

Lo anterior provoca que, en definitiva, la única razón para privar a la recurrente de toda indemnización por las épocas previas al 9 de enero de 1989, cual es la ausencia de una norma anterior a esa fecha que obligue al órgano del Estado demandado a su pago, sea un motivo improcedente en derecho, por lo cual debió haberse dado lugar a lo pedido por tal concepto, evidenciándose con ello que la sentencia impugnada adolece de un error de derecho que influye substancialmente en su parte resolutiva

y que, asimismo, ocasiona a la recurrente un perjuicio sólo reparable con su invalidación, pues reduce sin motivo el monto de la indemnización que procede pagar, debiendo, en consecuencia, acogerse el recurso de casación en el fondo intentado, sin que sea entonces necesario entrar a analizar los demás capítulos de nulidad que al efecto se invocaron.

CONCLUSIÓN

El Estado debe indemnizar a las personas que sufran una lesión constitutiva de infracción a la igualdad ante las cargas públicas, aunque no exista norma legal expresa que autorice la indemnización.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia sigue la línea de los casos Lapostol y Galletué (incluidas en este libro), en el sentido de que si la Administración adopta una medida legítima que impone un agravio de contenido singular, aunque no exista norma legal expresa que otorgue la indemnización, el Estado debe ser responsable.

Sin embargo, este criterio ha sido recientemente cuestionado en el caso de Inmobiliaria Maullín del año 2010 (publicada en este libro), en donde la Corte afirma que sin norma legal que autorice la indemnización en este tipo de casos, no es posible la indemnización.

Esta cuestión ha sido más evidente tras las decisiones del año 2012 en los casos Vacas Locas y Pairoa Gálvez, así como en el 2013 con los casos Universidad de Magallanes y Esquerré Hermanos Limitadas. En todos esos casos, confirmó el criterio de Inmibiliaria Maullín al señalar que la acción de responsabilidad del Estado por acto lícito sólo procede si la acción la consagra expresamente.

TEXTO COMPLETO

Santiago, 23 de enero de 2001.

Vistos:

Que en estos autos Rol Nº 1963-92 del Decimonoveno Juzgado Civil de esta ciudad, seguidos por demanda de indemnización de perjuicios en juicio ordinario, por sentencia de treinta de octubre de mil novecientos noventa y seis, escrita a fs.130 y siguientes, se ha acogido parcialmente la demanda presentada por doña Elia María Ester Quintana Olivares y otros, dueños de un predio rústico, en contra del Servicio Agrícola y Ganadero, buscando el resarcimiento de aquellos que se le habrían causado por la prohibición dictada por el demandado en orden a explotar el inmueble referido.

Apelado el fallo por ambas partes, fue revocado en parte por la Corte de Apelaciones de esta ciudad en lo que respecta al pago de indemnizaciones por las temporadas de 1987 88 y 1989 y se confirmó en lo demás apelado, con declaración de que se redujo la base de cálculo de la indemnización fijada, todo ello según se lee en el fallo de once de abril del presente año, escrito a fs. 161.

En contra de esta última sentencia la demandante ha presentado, a fs.164, recurso de casación en el fondo, solicitando se anule el fallo recurrido y, en su lugar, se dicte uno de reemplazo que resuelva acoger la demanda del modo que fue presentada.

En su oportunidad se trajeron, los autos en relación.

Considerando:

1º). Que en el recurso de casación en el fondo intentado se invocan cuatro órdenes de errores de derecho en que habría incurrido la sentencia impugnada.

En primer término se denuncia la infracción a los artículos 19 Nº 20 y 38 inciso 2º de la Constitución Política del Estado, 7º letra j) de la ley Nº 18.755, 44 de la ley Nº 18.575 y 19 del Código Civil, al haberse revocado el fallo de primer grado y en definitiva no dar lugar a indemnizar los perjuicios ocasionados en las temporadas 1987 88 y 1988 89;

2º). Que explicando este capítulo inicial de nulidad, la recurrente afirma que constituye un hecho de la causa que durante las referidas temporadas estuvo imposibilitada de explotar su predio, por decisión de la autoridad, fundada en la necesidad de combatir una enfermedad animal.

Que, entonces, si se causó un daño, es imperativa, por así disponerlo el inciso 2º del artículo 38 de la Constitución Política del Estado, su completa indemnización, pues de otro modo no sólo se vulnera esta norma sino que también el Nº 20 del artículo 19 de la Carta Fundamental, que establece la igualdad en la repartición en las cargas públicas, además de no respetarse el derecho de propiedad consagrado en el Nº 24 de la última norma citada.

Finaliza señalando que esta infracción es decisiva, pues, de aplicarse correctamente la ley, se hubiese asimismo acogido la demanda por las temporadas señaladas;

3º). Que, en seguida, se han estimado vulneradas las mismas normas en cuanto no se ha dado lugar a su pretensión de que también se indemnice por las temporadas de prohibición de explotación de su predio durante la tramitación del juicio y hasta el término de las medidas cautelares.

Agrega que dichas normas establecen que la reparación del daño debe ser total y completa, por lo que no se las respeta si se dejan de indemnizar las temporadas de prohibición que se sucedan durante la sustanciación de la causa, pues es posible demandar un daño futuro si a la época de la sentencia definitiva ellos ya se han producido;

4º). Que, como tercer capítulo de casación, el recurrente ha señalado la infracción de los artículos 19 y 1698 del Código Civil y 384 Nº 2 del de Procedimiento Civil, al haberse fijado como base de cálculo de la indemnización la cantidad de $ 4.000 por animal, en circunstancias que si se hubiera valorado correctamente la prueba testimonial rendida por su parte, se hubiese determinado una cantidad de $ 10.000 por cada res;

5º). Que, por último, se sostiene que el fallo es erróneo en cuanto resuelve que los intereses concedidos se deben sólo desde que el fallo quede ejecutoriado, pues indica que al no existir norma que determine desde cuando se deben intereses en caso de una demanda de indemnización de perjuicios, corresponde aplicar el principio general de que éstos se deben desde que el deudor está en mora y ello, en su concepto, ocurre desde que se notifica la demanda.

Finaliza el recurrente indicando que todos los errores de derecho influyen en lo dispositivo del fallo, pues de no cometerse, se habría acogido la demanda del modo que se planteó;

6º). Que en cuanto al primer capítulo de casación invocado, es de observar que constituye un hecho de la causa, sentado por el tribunal de primer grado, que, durante las temporadas anteriores al 7 de enero de 1989, fecha de la publicación de la ley Nº 18.755, también se prohibió a la parte demandante hacer uso de su predio en razón de estimar el Servicio demandado que con tal medida se combatía de mejor modo una epidemia animal.

Asimismo se encuentra determinado que tal prohibición generó a la actora un perjuicio derivado de la imposibilidad de usar del inmueble para su fin comercial único.

Sin embargo, la sentencia de segundo grado, impugnada estableció que la obligación de indemnizar los perjuicios causados sólo existía a contar de la fecha referida, pues ese día se publicó la ley Nº 18.755, cuyo artículo 7º letra j) autorizó el pago de los mismos, y lo estimó improcedente por períodos anteriores dada la ausencia de norma que lo permitiera;

7º). Que tal criterio omite considerar que el inciso 2º del artículo 38 de la Constitución Política, al establecer que Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley,..., obliga al Estado a indemnizar cuando se ha producido una lesión patrimonial, lo que implica un detrimento antijurídico sufrido en el patrimonio de una persona, ya que proviene de un acto ilícito de su autor, ya porque el que lo sufre no estaba en el deber de soportarlo, aun sin ser ilegal aquel acto;

8º). Que si bien el artículo 44 de la ley Nº 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, dispone que los órganos de esta administración los comprendidos en el título II, entre los cuales está el demandado serán responsables del daño que causen por falta de servicio y debe por eso entenderse que siempre lo serán si esta falta existe, ello no excluye la posibilidad de que si han causado una lesión patrimonial grave, especial, desigual o discriminatoria originen la reparación correspondiente, por no estar la víctima en el deber de soportar ese detrimento, ya que el artículo 19 Nº 20, de la Constitución Política de la República asegura la igual repartición de las cargas públicas;

9º). Que debe tenerse presente también el principio general contenido en el artículo 4º de la ley Nº 18.575 que hace responsable al Estado por los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, sin funcionarios que los hubiesen causado;

10º). Que, en consecuencia, el fundamento de indemnizar por las temporadas anteriores a la dictación de una norma específica para ello, que resulta de un hecho dañoso de un órgano de la Administración del Estado, radica en las normas constitucionales y legales citadas, las cuales han sido entonces dejadas indebidamente sin aplicación, pues se ha permitido que en definitiva la carga pública de alcanzar un objetivo de bien común, cual es impedir la propagación de una enfermedad animal, sea soportada por algunos ciudadanos, alterando con ello el principio de la igualdad en la repartición de dichas cargas establecido en el artículo 19 Nº 20 de la Constitución Política del Estado.

11º). Que lo anterior provoca que, en definitiva, la única razón para privar a la recurrente de toda indemnización por las épocas previas al 9 de enero de 1989, cual es la ausencia de una norma anterior a esa fecha que obligue al órgano del Estado demandado a su pago, sea un motivo improcedente, en derecho, por lo cual debió haberse dado lugar a lo pedido por tal concepto, evidenciándose con ello que la sentencia impugnada adolece de un error de derecho que influye substancialmente en su parte resolutiva y que, asimismo, ocasiona a la recurrente un perjuicio sólo reparable con su invalidación, pues reduce sin motivo el monto de la indemnización que procede pagar, debiendo, en consecuencia, acogerse el recurso de casación en el fondo intentado, sin que sea entonces necesario entrar a analizar los demás capítulos de nulidad que al efecto se invocaron.

Y visto, además lo dispuesto en los artículos 764 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se acoge, el recurso de casación en el fondo deducido a fs. 164 en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de once de abril del año recién pasado, que corre a fs. 161, la que se anula y se reemplaza por la que se dicta a continuación.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Daniel.

Regístrese.

Pronunciado por los Ministros señores Ricardo Gálvez B., Orlando Álvarez H. y Domingo Yurac S. y los Abogados Integrantes señores Manuel Daniel A. y Franklin Geldres A.

No firma el Abogado Integrante señor Geldres, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Rol Nº 2.213-2000.

MATERIA
Por vulneración al derecho de propiedad de los administrados

ÓRGANO COMPETENTE
Tribunal Constitucional
Tipo de recurso: Inaplicabilidad precepto legal (art. 93 Nº 6 CPR)
Rol: 944
Fecha: 13.05.2008
Resultado recurso: Acogido parcialmente.
Ministros mayoría: Juan Colombo Campbell, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes.
Ministro redactor: Jorge Correa Sutil.
Requirentes: Eduardo Barrera Barrera.

DESCRIPTORES
Derecho de Propiedad – Cuentas de Ahorro – Garantía Estatal – Obligación Meramente Potestativa del Deudor – Obligación de Hacer – Indemnización de Perjuicios – Expropiación

PRINCIPIO JURÍDICO
El legislador, al realizar cambios regulatorios, no puede privar del derecho de propiedad a los administrados.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Art. 19 Nº 24 CPR.

CAUSA EN QUE INCIDE
Casación en Juicio de Hacienda del que conoce la Corte Suprema, causa Rol 4877-2007 caratulada "Barrera Barrera, José, con Fisco de Chile".

DISPOSICIÓN CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA
Artículo 5º de la Ley Nº 18.900, que Pone Término a la Existencia de la Caja Central de Ahorros y Préstamos y a la Autorización de Existencia de la Asociación Nacional de Ahorro y Préstamo. Dicho artículo dispone que a contar de la fecha de publicación de un determinado decreto supremo, serán de cargo fiscal las obligaciones de la Caja y de la Asociación que no alcanzaren a quedar cubiertas por el producido de las liquidaciones, debiendo consultarse los fondos necesarios en el presupuesto de la Nación.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Puede el legislador condicionar la responsabilidad fiscal para responder por créditos de personas cuyos deudores originales desaparecieron por decisión del mismo legis-

lador, considerando además que el cumplimiento de dicha condición depende de la mera voluntad de la Administración?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Requirente era titular de una cuenta de ahorro en la Asociación Nacional de Ahorro y Préstamos. Esta Asociación agrupaba distintas asociaciones privadas y era supervigilada por la Caja Central de Ahorros y Préstamos, quien a la vez era aseguradora, hasta un cierto límite, de los fondos depositados en la Asociación. En 1985 se dictó una ley que eliminó el rol de aseguradora de la Caja.

Mediante la Ley Nº 18.900 se puso término a la Caja y a la Asociación y se dispuso que la primera asumiría por tres meses los derechos, obligaciones y patrimonio de la Asociación para efecto de su liquidación. El artículo impugnado dispuso además que aquellos depósitos que no se lograran restituir con el producto de la liquidación serían asumidos por el Fisco debiendo dictarse previamente un decreto supremo que aprobara la cuenta de la liquidación. Dicho decreto supremo no se dictó.

Con posterioridad, por medio de la Ley Nº 19.229 se dispuso que los bienes y créditos no enajenados o liquidados por la Caja pasaran al Fisco.

El requirente interpuso demanda en Juicio de Hacienda en contra del Fisco para obtener la restitución de sus depósitos. Esta demanda fue rechazada y la sentencia apelada ante la Corte de Apelaciones de Concepción. Finalmente se recurrió de casación ante la Corte Suprema.

ALEGACIONES

El artículo impugnado, en cuanto condiciona la obligación del Fisco de restituir dinero depositado en entidades de ahorro, condición que depende de la sola voluntad del Ejecutivo, y que éste no ha cumplido, vulnera el derecho de propiedad del requirente.

APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Resulta necesario dilucidar en virtud de qué hecho jurídico la requirente y demandante en la gestión pendiente se ha visto privada de su derecho de propiedad sobre los dineros que depositó en una Asociación de Ahorro y Préstamo. Si, como sostiene la requirente, esa privación se produjo en virtud de la norma legal impugnada, entonces tendrá sentido examinar si ese precepto legal, en cuanto priva a una persona de su propiedad, se aviene o contradice el estatuto constitucional del dominio. Si, en cambio, como sostiene el Fisco, lo que afectó el derecho del ahorrante fue el colapso de un sistema de ahorro entre privados y el artículo 5º en cuestión no quita derecho alguno al depositante, sino que le concede un nuevo derecho, a cobrarle al Fisco, sólo que en forma subsidiaria y condicionada, entonces no podría estimarse que sea el precepto legal impugnado el que prive al requirente de su propiedad y la acción debería ser rechazada, pues un precepto que concede un nuevo derecho, aunque esté sujeto a condición, no priva a quien se lo concede de propiedad, ni puede afectar su estatuto constitucional (C. 4).

Por distintas decisiones legislativas, se puso término a la autorización de existencia de la entidad (privada) que debía responder como deudor al requirente por sus depósitos y se traspasaron sus derechos, obligaciones y patrimonio a una entidad pública que entonces y a partir de esa fecha pasó a ser la deudora del requirente. Por el ministerio de la ley entonces –aunque no del precepto impugnado– el requirente se vio obligado a soportar un cambio en el deudor de su crédito, de una entidad privada a una pública, –misma a la que se le dio una existencia legal de tres meses para el solo efecto de realizar la liquidación de la entidad privada referida. Como contrapartida, a los ahorrantes se les garantizó que el Fisco se haría subsidiariamente responsable de pagar las deudas de la entidad liquidada, aunque el artículo 5º de la misma ley–este sí impugnado –condicionó tal responsabilidad fiscal a la aprobación de una cuenta de liquidación por el Presidente de la República, misma que hasta la fecha no se ha verificado. Posteriormente, el Fisco se hizo dueño de los bienes y créditos de la entidad liquidadora y de la liquidada, pero la responsabilidad por sus deudas siguió sujeta a la condición (C. 9).

No es posible convencerse de la tesis del Fisco en el sentido de que el artículo 5º de la Ley Nº 18.900, en cuanto condiciona la obligación fiscal de responder de las obligaciones de la Caja, incluyendo aquellas que adquirió como liquidadora de la Asociación, a la dictación de un decreto supremo aprobatorio de una cuenta, en caso de aplicarse en el juicio que mantienen las partes, no priva al depositante de ningún derecho, sino que le concede un nuevo derecho subsidiario y condicionado. El Fisco no ha estado ajeno a un contrato de captación de dinero en cuentas de ahorro entre privados que resuelve conceder graciosamente un derecho inexistente a los ahorrantes con carácter condicional. Por el contrario, la historia legislativa de la relación del Estado con los dineros depositados en una Asociación de Ahorro y Préstamo, muestra que el Estado, después de retirar la garantía estatal que había conferido, decidió traspasar el patrimonio de la entidad deudora privada a un ente público; en el mismo acto limitó la vigencia de ese ente público a tres meses e hizo al Fisco responsable de las deudas que quedaren impagas, pero condicionó esa obligación a un acto voluntario del Presidente de la República, que no se ha verificado en prácticamente 15 años (C. 10).

La Ley Nº 18.900 puso jurídicamente término a la Asociación, entidad a quien, hasta esa fecha, el titular de la cuenta o ahorrante podía reclamar el retiro total o parcial del dinero depositado. Sin embargo, el depositante no perdió su derecho a cobrar. La ley transfirió el carácter de deudor de esa obligación de restituir desde la Asociación a la Caja, pero sólo por el plazo de tres meses. Después de esos tres meses, en virtud de la ley, el ahorrante ya no tuvo a quién cobrarle la devolución de sus dineros depositados. La Ley Nº 18.900, en su artículo 5º, dispuso que el Fisco asumiera esa obligación, pero sujeto a una condición meramente potestativa del deudor, como lo fue la dictación de un decreto supremo, que aún no cumple. Luego de eso, el Fisco se hizo dueño de los activos de la Caja, pero no de sus obligaciones, las que continúan sujetas a la condición incumplida. En consecuencia, fue la ley la que hizo desaparecer al sujeto obligado a restituir lo depositado, sustituyéndolo por el Fisco, pero

condicionando la existencia de la obligación de restituir del nuevo obligado a una condición suspensiva meramente potestativa del deudor, que no se ha cumplido. No es exacto, en consecuencia, argumentar que el depositante se vio privado por ley de su dinero, como alega la requirente, pues de lo que se le privó fue del sujeto deudor, a quien el legislador, por su decisión, hizo desaparecer, de un modo complejo, pero definitivo (C. 12).

Que debe concluirse, que el requirente, en su calidad de depositante del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, se vio privado de poder reclamar la devolución de su dinero depositado, por disposición legal que extinguió al sujeto obligado, disponiendo la ley que el Fisco sucediera en los bienes al ente extinguido y asumiera sus deudas, pero, esto último, sujeto a condición meramente potestativa que ha decidido no cumplir. De ese modo, el depositante se ha visto privado por la ley y por la inacción del Ejecutivo de sujeto y de patrimonio en los que hacer efectivo su derecho a reclamar el retiro de su dinero, lo que, en los hechos, implica privarlo del mismo. Privar por ley a quien ha depositado dinero en una cuenta de ahorro de sujeto a quien reclamarle su devolución, equivale a privarlo del dinero depositado, pues le resultará imposible recuperar lo que le pertenece (C. 14).

El Fisco alegó en estrados que el requirente no se había visto privado de su propiedad, pues mantenía su derecho, sólo que éste había mutado, pues, como había sostenido la Corte Suprema en un fallo de un caso análogo, ésta no era una situación en que se configurara una imposibilidad absoluta para que el dueño de un crédito pueda proceder a su cobro, toda vez que éste siempre podrá obtener, accionando por la vía adecuada, la remoción de los inconvenientes que existan en el supuesto de ser ellos ilegales o abusivos. Invitado el abogado del Fisco a identificar esas vías de cobro que se mantendrían vigentes, aclaró que el depositante podría reclamar del Fisco la obligación de hacer, consistente en la dictación del decreto supremo, y, en caso que el Presidente de la República no cumpliera, demandar la indemnización de los perjuicios que tal incumplimiento le provocara. El Tribunal desestima que ésa sea una vía que pueda considerarse equivalente a la propiedad de la que el requirente se ha visto privado. La demora de la vía sugerida, los costos e imponderables que significa el inicio de esas acciones legales y el cambio de naturaleza de la obligación, que era de pago y pretende transformarse en una de indemnización de perjuicios no resulta aceptable a la luz del estatuto constitucional de la propiedad. Este no impide que alguien sea privado de su propiedad, pero a condición de que la ley que lo autorice lo haga por causales determinadas y previo pago del total de la indemnización al contado. Aceptar la tesis del Fisco equivaldría a permitir actos expropiatorios a condición de que el afectado conservare el derecho a reclamar indemnización de perjuicios en un juicio posterior y de lato conocimiento, lo que la Constitución no permite (C. 15).

Habiéndose determinado que la aplicación del artículo 5º de la Ley Nº 18.900 producirá, en caso de aplicarse en el juicio pendiente, un efecto contrario a la Constitución, por privar al requirente de su derecho de propiedad de un modo no auto-

rizado por el artículo 19, número 24 de la CPR, debe ahora precisarse que lo que produciría tal efecto no es todo el contenido normativo del artículo en cuestión, sino sólo aquella parte del mismo que condiciona la obligación fiscal de cumplir con las obligaciones subsistentes de la Caja y de la Asociación. En efecto, y como ha quedado demostrado en los razonamientos anteriores, no podría estimarse contrario a la Constitución, sino acorde a ella y a elementales nociones de justicia, que el Fisco asuma para sí las deudas de una entidad de cuyos bienes se apropia y que, por decisión legislativa, extingue para sus acreedores. Lo que resulta contrario a la CPR es que el Fisco condicione el pago de obligaciones de un deudor que la ley misma ha extinguido y de cuyos bienes aquél se ha adueñado, a un acto propio y voluntario que luego decide no cumplir por ya más de 18 años (C. 17).

CONCLUSIÓN

El legislador vulnera el derecho de propiedad al condicionar el pago de obligaciones de un deudor que la misma ley ha extinguido, a un acto propio y voluntario de la Administración como es la dictación de un Decreto Supremo.

IMPORTANCIA DE LA SENTENCIA

Esta sentencia revela la importancia de los efectos que pueden tener los cambios regulatorios en la responsabilidad del Estado. La tesis del TC es que la supresión de una Caja de Ahorro en donde se encontraban los depósitos del afectado, dependiendo el pago de dichos depósitos del ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, implica la afectación del derecho de propiedad.

Lo interesante de este caso, es que pese a que el TC estableció dicho estándar, los Tribunales y, en especial la Corte Suprema, deciden rechazar la demanda, que revela los problemas que tiene la inaplicabilidad en relación a los casos concretos en los que se aplica. Aunque muchos pensarían después de leer la sentencia del TC que el Estado debía pagar al afectado, la sentencia de la Corte la desecha (SCS 4.877-2007).

TEXTO COMPLETO

Santiago, trece de mayo de dos mil ocho.

VISTOS:

Con fecha 12 de septiembre de 2007, Eduardo Barrera Barrera ha formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5º de la Ley Nº 18.900, que pone término a la existencia de la Caja Central de Ahorros y Préstamos y a la autorización de existencia de la Asociación Nacional de Ahorro y Préstamo, por vulnerar el artículo 19 Nº 24 de la Carta Fundamental, en la causa que actualmente conoce la Corte Suprema, Rol 4877-2007.

La norma impugnada dispone:

"Para todos los efectos legales, a contar de la fecha de publicación del decreto supremo aprobatorio de la cuenta, serán de cargo fiscal las obligaciones de la Caja y de la Asociación que no alcanzaren a quedar cubiertas por el producido de las liquidaciones, debiendo consultarse los fondos necesarios en el presupuesto de la Nación, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 21, del decreto ley Nº 1.263, de 1975".

El requirente señala que dedujo demanda en juicio de hacienda en contra del Fisco para obtener la restitución de los depósitos de los cuales era titular en cuentas de ahorros en la ex Asociación de Ahorro y Préstamo Andalién y en la ex Asociación de Ahorro y Préstamo Lincoyán. Indica que tal libelo fue rechazado por sentencia de primera instancia, por lo que dedujo apelación ante la Corte de Apelaciones de Concepción, la que confirmó sin modificaciones la sentencia anterior. Actualmente la causa está siendo conocida por la Corte Suprema, ante la cual se presentó un recurso de casación en el fondo, causa caratulada "Barrera Barrera, José, con Fisco de Chile", Rol 4877-2007. Indica el peticionario que las sentencias de primera y segunda instancia rechazaron la pretensión amparadas en la norma impugnada del artículo 5º de la Ley Nº 18.900. Agrega que dicha norma establece que para que las obligaciones de la Caja y de la Asociación Nacional de Ahorro y Préstamos que no alcanzaren a quedar cubiertas con el producto de las liquidaciones pasaran a ser de cargo fiscal, la cuenta que debía rendir la Caja debía ser previamente aprobada por el Presidente de la República a través de un decreto supremo. De este modo, sostiene el requirente, la restitución de los depósitos de ahorro, que originalmente sólo estaba sujeta a la voluntad de su titular, ahora se ve condicionada a la publicación del referido decreto supremo. En consecuencia, lo que era un derecho adquirido puro y simple, por aplicación de la disposición impugnada devino en un derecho dependiente de un acontecimiento futuro e incierto, esto es, en un derecho condicional, todo lo cual limita el ejercicio de los titulares del derecho de propiedad sobre sus ahorros.

Argumenta el peticionario que sobre los dineros depositados existe, para el depositante, un derecho adquirido para usar, gozar y disponer libremente de los fondos depositados, de modo que condicionar la restitución del depósito a las exigencias impuestas por la norma impugnada impide el ejercicio de los atributos propios del dominio, por lo cual la disposición que se impugna infringe el derecho de propiedad establecido en el artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política.

Agrega que, tal como lo dispusiera la primera parte de la norma impugnada, las obligaciones de la Caja y de la Asociación que no alcanzaren a quedar cubiertas con el producto de las liquidaciones, son de cargo fiscal. En consecuencia, el Fisco es responsable de restituir los depósitos que, como en este caso, no pudieron restituirse con el producto de las liquidaciones.

Con fecha 27 de noviembre de 2007, la Segunda Sala de esta Magistratura declaró la admisibilidad del requerimiento, suspendiendo el procedimiento y pasando los autos al Pleno para su sustanciación.

Con fecha 27 de diciembre de 2007, el Consejo de Defensa del Estado, en sus observaciones al requerimiento, señala que, de la revisión de la legislación aplicable a las Asociaciones de Ahorro, se desprende que estas entidades eran instituciones privadas que tenían la finalidad de canalizar el ahorro captado del público hacia la inversión en préstamos para viviendas. A su vez, la Caja Central de Ahorro y Préstamos era un organismo autónomo del Estado cuya función principal consistía en autorizar y fiscalizar las actividades de las Asociaciones de Ahorro. De esta forma, se constata que el Fisco nunca tuvo injerencia en la propiedad, administración o préstamos de las Asociaciones de Ahorro, salvo en la limitada garantía a los depósitos, extinguida definitivamente en 1985 a través de la Ley Nº 18.482.

Señala el Consejo de Defensa que el depósito del requirente se habría hecho a una institución privada, por lo que el deudor de tal depósito sería la respectiva Asociación de Ahorro, sin que al Fisco le corresponda responsabilidad alguna. Añade que la Ley Nº 18.900 dispuso en su artículo 5º que serían de cargo del Fisco las obligaciones de la respectiva Asociación que no alcanzaren a quedar cubiertas por el producto de las liquidaciones, por lo que la obligación de pago que asume el Fisco sólo lo es en subsidio de la respectiva Asociación. Liquidada la Asociación, y existiendo un remanente que no se hubiera restituido, el Fisco estaría obligado a pagarlo.

De esta forma, en opinión del Consejo de Defensa, la obligación del Fisco es subsidiaria, condicional y nueva, que nada tiene que ver con la primitiva obligación de restitución de la Asociación, señalando que hay obligaciones distintas: la primitiva, de cargo de la Asociación; y la segunda, de cargo del Fisco y que sólo nace cuando hay certeza de que la cuenta final de liquidación de la Asociación no alcanza a pagar el depósito. Para tener esa certeza es necesario esperar la aprobación de la cuenta final de la liquidación de la Asociación y mientras ello no suceda no surge la obligación subsidiaria del Fisco.

Expone además que la norma impugnada no puede afectar el derecho de dominio sobre los depósitos de dinero del requirente en las Asociaciones, ya que no se refiere a la obligación de restituir de las Asociaciones, sino que impone al Fisco la obligación de pagar la diferencia que no haya sido posible cubrir con la liquidación de la Asociación. La obligación de restituir los depósitos es de la Asociación.

Finalmente, sostiene el Consejo que la pretensión del requirente es sustituir la obligación del Fisco que es subsidiaria y condicional, por la obligación pura y simple de las Asociaciones, bajo el pretexto de afectarse el derecho de propiedad de dichos depósitos.

Se ordenó traer los autos en relación y con fecha 13 de marzo de 2008 se oyó a los abogados de las partes, Roberto Celedón Fernández, por la requirente, y Francisco Pfeffer Urquiaga, por el Consejo de Defensa del Estado.

Considerando:

I. El problema de constitucionalidad a resolver.

Primero. Que, tal como ha quedado referido en la parte expositiva, la requirente pretende que este Tribunal declare que resultaría contrario a la Carta Fundamental aplicar lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley Nº 18.900 en el juicio, ya individualizado, en que ha demandado al Fisco de Chile ante el Tercer Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción, causa que actualmente se encuentra pendiente de recurso de casación ante la Corte Suprema. A su juicio, la aplicación de ese precepto legal en la causa infringiría el derecho de propiedad, consagrado en el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución. En lo medular, y según ya ha sido reseñado, la actora sostiene que el precepto legal referido, en cuanto condiciona la obligación del Fisco de pagar las obligaciones de la Caja Central de Ahorros y Préstamos (en adelante, la Caja) y de la Asociación Nacional de Ahorro y Préstamo (en adelante, la Asociación) a la dictación de un decreto supremo, condición que depende de la sola voluntad del Ejecutivo, y que éste no ha cumplido, priva a su parte de un derecho de propiedad adquirido, puro y simple, como era el que tenía de reclamar la restitución de su dinero depositado en las entidades de ahorro recién referidas y lo transforma en un derecho a reclamar del Fisco, pero sujeto a una condición meramente potestativa del deudor que, luego de más de 18 años, éste sigue sin cumplir, lo que equivale a privarlo por ley de bienes, con infracción del derecho de propiedad consagrado y regulado en la Constitución.

Segundo. El Fisco pretende, en cambio, el rechazo de la acción impetrada, pues considera, tal como también ha sido ya referido, que la aplicación del precepto en la causa pendiente no produciría efectos contrarios al derecho de propiedad garantido en la Carta Fundamental, toda vez que los dineros del ahorrante han perecido para su dueño, no en virtud del precepto impugnado, sino por el colapso y posterior liquidación de las Asociaciones de Ahorro y Préstamo. Así, en esencia, argumenta que el contrato de depósito lo efectuó el requirente con entes privados, las Asociaciones de Ahorro y Préstamo Andalién y Lincoyán, sin que el Estado tuviera obligación alguna, salvo la de una garantía limitada, la que se extinguió en diciembre de 1985, en virtud de la Ley Nº 18.482. Así, a juicio de esa parte, en virtud del precepto legal impugnado, el Fisco no privó al ahorrante de

sus dineros depositados, sino que asumió la obligación de pagarlos, sólo que en forma subsidiaria y sujeto a una condición, la que en estrados reconoció incumplida, señalando desconocer los motivos de tal incumplimiento.

Tercero. Que el precepto legal impugnado dispone literalmente, según lo ya transcrito, lo siguiente: "Artículo 5º- Para todos los efectos legales, a contar de la fecha de publicación del decreto supremo aprobatorio de la cuenta, serán de cargo fiscal las obligaciones de la Caja y de la Asociación que no alcanzaren a quedar cubiertas por el producido de las liquidaciones, debiendo consultarse los fondos necesarios en el presupuesto de la Nación, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 21, del decreto ley Nº 1.263, de 1975".

Cuarto. Que, como puede apreciarse de lo relacionado en la parte expositiva y en los considerandos anteriores, para resolver resulta necesario dilucidar en virtud de qué hecho jurídico la requirente y demandante en la gestión pendiente se ha visto privada de su derecho de propiedad sobre los dineros que depositó en una Asociación de Ahorro y Préstamo. Si, como sostiene la requirente, esa privación se produjo en virtud de la norma legal impugnada, entonces tendrá sentido examinar si ese precepto legal, en cuanto priva a una persona de su propiedad, se aviene o contradice el estatuto constitucional del dominio. Si, en cambio, como sostiene el Fisco, lo que afectó el derecho del ahorrante fue el colapso de un sistema de ahorro entre privados y el artículo 5º en cuestión no quita derecho alguno al depositante, sino que le concede un nuevo derecho, a cobrarle al Fisco, sólo que en forma subsidiaria y condicionada, entonces no podría estimarse que sea el precepto legal impugnado el que prive al requirente de su propiedad y la acción debería ser rechazada, pues un precepto que concede un nuevo derecho, aunque esté sujeto a condición, no priva a quien se lo concede de propiedad, ni puede afectar su estatuto constitucional.

II. Determinación de si la requirente se vio o no privada de algún bien o derecho en virtud de la disposición legal impugnada

Quinto. Que las partes no controvierten que el requirente se vinculó contractualmente con las asociaciones de ahorro y préstamo Andalién y Lincoyán. Tales asociaciones eran entidades privadas, cuya existencia legal fue autorizada y regulada por ley, en la especie, el Decreto con Fuerza de Ley Nº 205, del Ministerio de Hacienda, de 1960, que autorizó la creación de las asociaciones de ahorro y préstamo y creó la Caja Central de Ahorros y Préstamos, como organismo autónomo del Estado, a quien encomendó un conjunto de atribuciones de supervigilancia sobre las asociaciones privadas. Cabe destacar que este Decreto con Fuerza de Ley, cuyo texto definitivo fue fijado posteriormente por la Ley Nº 16.807, dispuso, en el numeral 8) de su artículo 7º, que correspondía a la Caja "[s]ervir de asegurador de los depósitos de ahorro efectuados en Asociaciones y de los préstamos otorgados por las mismas, dentro de los límites señalados en el presente decreto con fuerza de ley;". El artículo 64, tanto de la ley como del D.F.L., disponía que "[l]os saldos efectivos de las cuentas de ahorro y los reajustes que correspondan a éstas, quedarán asegurados de pleno derecho por la Caja Central hasta un límite de". De la lectura de esos cuerpos legales puede concluirse que, al depositar sus ahorros, el requirente lo hizo en entidades privadas fuertemente reguladas por ley y sometidas a la supervigilancia de un ente público, el mismo que asumió, como asegurador, una obligación de responder por esos depósitos hasta un cierto límite.

Sexto. Que, con posterioridad, y debido a una serie de factores que no es del caso detallar, diversas Asociaciones fueron fusionándose hasta llegar a constituir una sola. El 17 de septiembre de 1980 se dictó el D.L. Nº 3.480, que declaró que la Asociación Nacional de Ahorro y Préstamo (ANAP) era la sucesora legal de las Asociaciones que se habían fusionado y de todas las que se hubiesen constituido en virtud del D.F.L. Nº 205. A pesar de esta decisión legal, la Asociación, a partir de esa fecha deudora de los depositantes, siguió considerándose una persona jurídica de derecho privado. El 28 de diciembre de 1985 se publicó la Ley Nº 18.482, que en su artículo 23 derogó los preceptos que

le asignaban a la Caja Central el carácter de aseguradora de los depósitos y préstamos para vivienda realizados en las Asociaciones. Como puede apreciarse, después de que la requirente depositara ahorros en entidades privadas, con aseguramiento limitado del Estado, éste, a través de decisiones legislativas, determinó primero a la entidad a quien el requirente podía reclamar sus depósitos, radicándola en la Asociación Nacional de Ahorro y Préstamo, una entidad privada que ya se había formado en virtud de la fusión de las Asociaciones, y luego puso fin al derecho de los depositantes a reclamar sus dineros del Estado. No tendría sentido analizar si esta última norma privó a los particulares de algún derecho con apego a la Constitución, pues ella no ha sido impugnada.

Séptimo. Que la Ley Nº 18.900, además de lo dispuesto en su artículo 5º transcrito en el considerando 3º y que ha sido objeto de impugnación, puso término a la Caja Central de Ahorros y Préstamos y a la autorización de existencia de la Asociación Nacional de Ahorro y Préstamos. Su artículo 1º textualmente dispuso: "Pónese término a la existencia legal de la Caja Central de Ahorros y Préstamos, en adelante la Caja, y a la autorización de existencia de la Asociación Nacional de Ahorro y Préstamos, en adelante la Asociación, a contar desde la fecha de vigencia de esta ley. La Caja asumirá exento de todo pago o impuesto, por el solo mérito de la ley, los derechos, obligaciones y patrimonio de la Asociación, entendiéndose, solamente, subsistente como persona jurídica para este efecto y el de liquidación de los respectivos patrimonios por el término de tres meses". Entre las facultades especiales que el artículo 2º de esa misma ley le atribuyó a la Caja, ahora en liquidación, se encontraba la de liquidar las cuentas con terceros y pagar las deudas de la Caja y de la Asociación (letra b) de su artículo 2º), así como cobrar los créditos de ambas entidades (letra c) de su artículo 2º). Por su parte, el artículo 4º de la misma ley en análisis dispuso que el producto de la liquidación de la Caja fuera ingresado a rentas generales de la Nación.

Octavo. Que, por último, en julio de 1993, se dictó la Ley Nº 19.229, en cuyo primer inciso de su artículo 1º se dispuso que "[n]o obstante lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4º de la ley Nº 18.900, pasarán a dominio fiscal, de pleno derecho, a contar desde la fecha de publicación de esta ley, los bienes raíces y la cartera de créditos hipotecarios que no fueron enajenados o liquidados por la Caja Central de Ahorros y Préstamos en liquidación. El Fisco asumirá el dominio y la posesión de dichos bienes, representado por el Ministerio de Bienes Nacionales, correspondiendo la representación judicial al Consejo de Defensa del Estado".

Noveno. Que de lo consignado en los dos considerandos anteriores puede deducirse que, por sendas decisiones legislativas, se puso término a la autorización de existencia de la entidad (privada) que debía responder como deudor al requirente por sus depósitos y se traspasaron sus derechos, obligaciones y patrimonio a una entidad pública que entonces y a partir de esa fecha pasó a ser la deudora del requirente. Por el ministerio de la ley entonces –aunque no del precepto impugnado– el requirente se vio obligado a soportar un cambio en el deudor de su crédito, de una entidad privada a una pública, –misma a la que se le dio una existencia legal de tres meses para el solo efecto de realizar la liquidación de la entidad privada referida. Como contrapartida, a los ahorrantes se les garantizó que el Fisco se haría subsidiariamente responsable de pagar las deudas de la entidad liquidada, aunque el artículo 5º de la misma ley –este sí impugnado en autos– condicionó tal responsabilidad fiscal a la aprobación de una cuenta de liquidación por el Presidente de la República, misma que hasta la fecha no se ha verificado. Posteriormente, el Fisco se hizo dueño de los bienes y créditos de la entidad liquidadora y de la liquidada, pero la responsabilidad por sus deudas siguió sujeta a la condición.

Décimo. Que, como puede apreciarse de lo relacionado en los considerandos 5º a 9º que anteceden, no es posible convencerse de la tesis del Fisco en el sentido de que el artículo 5º de la Ley Nº 18.900, en cuanto condiciona la obligación fiscal de responder de las obligaciones de la Caja, incluyendo aquellas que adquirió como liquidadora de la Asociación, a la dictación de un decreto supremo aprobatorio de una cuenta, en caso de aplicarse en el juicio que mantienen las partes, no

priva al depositante de ningún derecho, sino que le concede un nuevo derecho subsidiario y condicionado. La relación de normas efectuada no muestra a un Fisco ajeno a un contrato de captación de dinero en cuentas de ahorro entre privados que resuelve conceder graciosamente un derecho inexistente a los ahorrantes con carácter condicional. Por el contrario, la historia legislativa de la relación del Estado con los dineros depositados en una Asociación de Ahorro y Préstamo, como lo fueron Lincoyán y Andalién, muestra que el Estado, después de retirar la garantía estatal que había conferido, decidió traspasar el patrimonio de la entidad deudora privada a un ente público; en el mismo acto limitó la vigencia de ese ente público a tres meses e hizo al Fisco responsable de las deudas que quedaren impagas, pero condicionó esa obligación a un acto voluntario del Presidente de la República, que no se ha verificado en prácticamente 15 años.

III. Aquello de lo que la requirente se ha visto privada constituye propiedad, amparada por la Constitución

Décimo Primero. Que de lo establecido en la Ley Nº 16.807 ya referida, no puede sino concluirse que sobre los dineros depositados por los ahorrantes en las Asociaciones de Ahorro y Préstamo, éstos tenían una especie de propiedad. Así, el artículo 34 de esta ley estableció que "Las Asociaciones recibirán depósitos en cuentas individuales de ahorro, de toda clase de personas naturales o jurídicas, en las condiciones generales que se establecen en este Título"; y luego su artículo 41 prescribió que "Los depósitos podrán ser retirados total o parcialmente, previo aviso dado con sesenta días de anticipación a lo menos".

Décimo Segundo. Conforme a lo razonado en los considerandos agrupados en la sección II que antecede, en virtud de lo dispuesto en la Ley Nº 18.900 se puso jurídicamente término a la ANAP, entidad a quien, hasta esa fecha, el titular de la cuenta o ahorrante podía reclamar el retiro total o parcial del dinero depositado, al tenor de lo establecido en el artículo 41 citado en el considerando anterior. Sin embargo, el depositante no perdió su derecho a cobrar. La ley transfirió el carácter de deudor de esa obligación de restituir desde la Asociación a la Caja, pero sólo por el plazo de tres meses. Después de esos tres meses, en virtud de la ley, el ahorrante ya no tuvo a quién cobrarle la devolución de sus dineros depositados. La Ley Nº 18.900, en su artículo 5º, dispuso que el Fisco asumiera esa obligación, pero sujeto a una condición meramente potestativa del deudor, como lo fue la dictación de un decreto supremo, que aún no cumple. Luego de eso, el Fisco se hizo dueño de los activos de la Caja, pero no de sus obligaciones, las que continúan sujetas a la condición incumplida. En consecuencia, fue la ley la que hizo desaparecer al sujeto obligado a restituir lo depositado, sustituyéndolo por el Fisco, pero condicionando la existencia de la obligación de restituir del nuevo obligado a una condición suspensiva meramente potestativa del deudor, que no se ha cumplido. No es exacto, en consecuencia, argumentar que el depositante se vio privado por ley de su dinero, como alega la requirente, pues de lo que se le privó fue del sujeto deudor, a quien el legislador, por su decisión, hizo desaparecer, de un modo complejo, pero definitivo.

Décimo Tercero. Que privar a quien ha depositado dinero en una cuenta de ahorro de una contraparte deudora a quien reclamarle su restitución, efecto que en la práctica se ha verificado en la especie, le impide completamente, como ocurre en este caso, recuperar su dinero o cobrar su crédito; el mismo se hace ineficaz, comercialmente inútil y de ningún valor. Al tenor de lo dispuesto en el inciso primero del numeral 24º del artículo 19 de la Carta Fundamental, que garantiza el derecho de propiedad tanto sobre bienes corporales como incorporales, debe concluirse que el requirente fue privado de propiedad, pues no otra cosa es el efecto producido por el acto por el cual su crédito se transforma en enteramente ineficaz por falta de deudor.

Décimo Cuarto. Que debe concluirse, en consecuencia, que el requirente, en su calidad de depositante del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo –lo que deberá acreditarse en el juicio respectivo–, se vio privado de poder reclamar la devolución de su dinero depositado (y desde luego,

además, de los restantes beneficios que tenía como ahorrante), por disposición legal que extinguió al sujeto obligado, disponiendo la ley que el Fisco sucediera en los bienes al ente extinguido y asumiera sus deudas, pero, esto último, sujeto a condición meramente potestativa que ha decidido no cumplir. De ese modo, el depositante se ha visto privado por la ley y por la inacción del Ejecutivo de sujeto y de patrimonio en los que hacer efectivo su derecho a reclamar el retiro de su dinero, lo que, en los hechos, implica privarlo del mismo. Privar por ley a quien ha depositado dinero en una cuenta de ahorro de sujeto a quien reclamarle su devolución, equivale a privarlo del dinero depositado, pues le resultará imposible recuperar lo que le pertenece.

Décimo Quinto. Que el Fisco alegó en estrados que el requirente no se había visto privado de su propiedad, pues mantenía su derecho, sólo que éste había mutado, pues, como había sostenido la Corte Suprema en un fallo de un caso análogo, ésta no era una situación en que se configurara una imposibilidad absoluta para que el dueño de un crédito pueda proceder a su cobro, toda vez que éste siempre podrá obtener, accionando por la vía adecuada, la remoción de los inconvenientes que existan en el supuesto de ser ellos ilegales o abusivos. Invitado el abogado del Fisco a identificar esas vías de cobro que se mantendrían vigentes, aclaró que el depositante podría reclamar del Fisco la obligación de hacer, consistente en la dictación del decreto supremo, y, en caso que el Presidente de la República no cumpliera, demandar la indemnización de los perjuicios que tal incumplimiento le provocara. Este Magistratura desestima que ésa sea una vía que pueda considerarse equivalente a la propiedad de la que el requirente se ha visto privado. La demora de la vía sugerida, los costos e imponderables que significa el inicio de esas acciones legales y el cambio de naturaleza de la obligación, que era de pago y pretende transformarse en una de indemnización de perjuicios no resulta aceptable a la luz del estatuto constitucional de la propiedad. Este no impide que alguien sea privado de su propiedad, pero a condición de que la ley que lo autorice lo haga por causales determinadas y previo pago del total de la indemnización al contado. Aceptar la tesis del Fisco equivaldría a permitir actos expropiatorios a condición de que el afectado conservare el derecho a reclamar indemnización de perjuicios en un juicio posterior y de lato conocimiento, lo que la Constitución no permite.

IV. Las normas legales privan al requirente de su propiedad de un modo que infringe la Constitución

Décimo Sexto. Que, habiéndose concluido que la Ley Nº 18.900 priva al depositante de su derecho a cobrar o retirar su dinero depositado en una cuenta de ahorro, bien que forma parte de su propiedad, debe concluirse también que tal exacción, hecha por la Ley Nº 18.900, infringe la Carta Fundamental, pues, a lo menos, incumple el requisito establecido en el numeral 24º del artículo 19 de aquélla, en el sentido de que la indemnización sea pagada en dinero efectivo y de contado, previo al acto de toma de posesión material del bien expropiado.

V. Determinación precisa de lo que será declarado inaplicable

Décimo Séptimo. Que, habiéndose determinado que la aplicación del artículo 5º de la Ley Nº 18.900 producirá, en caso de aplicarse en el juicio pendiente, un efecto contrario a la Constitución, por privar al requirente de su derecho de propiedad de un modo no autorizado por el artículo 19, número 24º, de la Ley Fundamental, debe ahora precisarse que lo que produciría tal efecto no es todo el contenido normativo del artículo en cuestión, sino sólo aquella parte del mismo que condiciona la obligación fiscal de cumplir con las obligaciones subsistentes de la Caja y de la Asociación. En efecto, y como ha quedado demostrado en los razonamientos anteriores, no podría estimarse contrario a la Constitución, sino acorde a ella y a elementales nociones de justicia, que el Fisco asuma para sí las deudas de una entidad de cuyos bienes se apropia y que, por decisión legislativa, extingue para sus acreedores. Lo que resulta contrario a la Carta Fundamental es que el Fisco condicione el pago de obligaciones de un deudor que la ley misma ha extinguido y de cuyos

bienes aquél se ha adueñado, a un acto propio y voluntario que luego decide no cumplir por ya más de 18 años. En consecuencia, lo que produciría efectos contrarios a la Carta Fundamental en caso de aplicarse es tan sólo que la norma sujete el traspaso de las obligaciones al Fisco a la condición de publicar un decreto supremo, y así se declarará.

Décimo Octavo. Que debe aceptarse que la inaplicabilidad de la condición referida en el considerando anterior altera el sentido de lo preceptuado en la Ley Nº 18.900 y en su artículo 5º en particular. La intención del legislador fue efectivamente condicionar el traspaso de las deudas a un acto normativo posterior y, en el caso del juicio sub lite, podría verse obligado a asumirlas incondicionalmente. Así se justifica que ocurra por varios motivos. En primer lugar, por cuanto la Constitución ordena que esta Magistratura inaplique los preceptos contrarios a la Carta Fundamental y lo que resulta contrario a la Carta Fundamental no es –como se ha demostrado– todo el contenido del artículo, sino sólo la existencia de la condición referida. Es un principio generalmente aceptado en todas las jurisdicciones constitucionales del mundo que la invalidación o inaplicación de las normas, por respeto a los poderes colegisladores, debe limitarse estrictamente a aquello que resulta contrario a la Carta Fundamental. En segundo lugar, porque en caso de declararse que todo el contenido normativo preceptuado en el artículo 5º es inaplicable por resultar contrario a la Carta Fundamental, se mantendría el efecto contrario a la Constitución que esta Magistratura está en obligación de evitar, pues el requirente se vería privado –por ley, como se ha demostrado– de un patrimonio en contra del cual dirigir su derecho a cobrar su dinero, mientras el Fisco se ha hecho dueño de los bienes del antiguo deudor, pero no de sus deudas. Declarar inaplicable todo el artículo implicaría entonces mantener y acrecentar el efecto contrario a la Constitución que el mecanismo de la inaplicabilidad ha procurado evitar. En tercer lugar, la declaración de que tan sólo una parte del artículo resulta contraria a la Carta Fundamental es perfectamente compatible con lo dispuesto por el numeral 6º del artículo 93 de la Constitución, que ordena a esta Magistratura "resolver... la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación... resulte contraria a la Constitución". La expresión "precepto legal", como ya ha resuelto esta Magistratura, es equivalente a la de norma jurídica (de rango legal), la que puede estar contenida en una parte, en todo o en varios de los artículos en que el legislador agrupa las normas de una ley. Así, por lo demás, ya tuvo oportunidad de razonarlo y concluirlo la sentencia de inadmisibilidad Rol 626, de 16 de enero de 2007, en cuyo considerando 1º, luego de examinar la jurisprudencia y la doctrina, se concluye que "en suma, debemos aceptar que los vocablos "preceptos legales" son equivalentes al de regla o norma jurídica, aunque de una determinada jerarquía (legal)". En el considerando 3º de esa misma sentencia, se razonó que "una unidad de lenguaje debe ser considerada un "precepto legal", a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución" y de dejar de producirlo en caso de ser declarada inaplicable. Por último, en el considerando 6º de esa misma sentencia se estableció que para que una unidad lingüística pueda ser considerada una norma o precepto legal de aquellos que trata el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa o autárquica. Por lo demás, esta Magistratura ha declarado inaplicables preceptos legales que constituyen sólo parte de un inciso de un artículo. (Sentencias de 31 de agosto de 2007, Rol 747 y de 31 de marzo de 2008, Rol 755). En la especie, y según se ha demostrado, lo que resulta contrario a la Constitución no es el contenido preceptivo de traspasar obligaciones existentes al Fisco, sino el precepto diverso y analíticamente distinto, de condicionar el traspaso de las deudas a una condición meramente potestativa del deudor. Por último, debe considerarse que la inaplicación por inconstitucionalidad de cualquier precepto legal dejará siempre subsistentes los demás que se vinculan con él y, con ello, se alterarán los objetivos perseguidos por el cuerpo sistemático de normas de que forma parte.

VI. Análisis comparativo de lo decidido en esta causa con dos fallos anteriores de inaplicabilidad resueltos por la Excma. Corte Suprema

Décimo Noveno. Que lo razonado llega a resultados concordantes con el fallo de 19 de agosto de 1994 de la Corte Suprema que, a propósito de un caso similar, razonó lo siguiente "11º.- Que con motivo de la dictación de la ley Nº 18.900 que puso término a la existencia legal de la Caja Central de Ahorros y Préstamos y de la Asociación Nacional de Ahorro y Préstamos para la liquidez del documento, esto es, para hacer efectivo el contrato de depósito de los ahorrantes, se dispone que el Fisco de Chile responderá de él una vez que la cuenta de liquidación de la Caja Central de Ahorros y Préstamos fuere aprobada por el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Hacienda y a través de la dictación del respectivo decreto supremo.

12º.- Que, de la forma antes señalada, el cobro del depósito aludido ha quedado supeditado al cumplimiento previo de un evento futuro –cual es la dictación del decreto supremo aprobatorio de la cuenta– lo que evidentemente condiciona la exigibilidad de la obligación contraída como pura y simple. Por otra parte, también se limita el cumplimiento efectivo de la obligación de pago que afecta al Fisco de Chile al momento de dictarse el decreto aprobatorio de la cuenta, la circunstancia también señalada por la ley de que si los bienes liquidados no alcanzaren a cubrir el monto de las obligaciones deberán consultarse los fondos necesarios para su pago en el presupuesto de la nación, lo que igualmente constituye un evento futuro e incierto.

13º.- Que, en estas condiciones, los reclamantes de autos ven efectivamente restringidos y quebrantados los atributos esenciales del dominio que tienen sobre el depósito de valores de que son titulares, pues, por una parte, no podrán obtener oportunamente los frutos que el bien les produzca, ni podrán tampoco disponer de él en la forma que les plazca, lo que evidentemente constituye una privación de las facultades que confiere el dominio y que la Constitución Política de la República asegura, privación que, por ende, resulta ser abiertamente inconstitucional" (Causa Rol 23-93).

Vigésimo. En cambio, esta sentencia llega a una conclusión diversa de aquella en que la Corte Suprema rechazó una acción de inaplicabilidad en un caso también análogo, razonando que: "(…) los artículos parcialmente impugnados por el recurrente en estos autos sólo establecen una condición para hacer de cargo fiscal obligaciones que anteriormente pesaban sobre la Caja Central y la Asociación Nacional de Ahorro y Préstamos, pero no configuran una situación que constituya una imposibilidad absoluta para que el dueño de un crédito pueda proceder a su cobro, toda vez que éste siempre podrá obtener de la justicia, accionando por la vía adecuada, la remoción de los inconvenientes que existan en el supuesto de ser ellos ilegales o abusivos;" (Considerando 14, Causa Rol 24.849, 4 de abril de 1996).

Vigésimo Primero. Que, además de tener presente que cada inaplicabilidad sólo produce efectos relativos, se deja constancia que este Tribunal ha descartado los razonamientos hechos por la parte del Fisco fundados en el último de los fallos citados, por los motivos que sirven de fundamento a lo resuelto, y particularmente por las razones expuestas en el considerando 15º que antecede.

Y VISTO lo dispuesto en los artículos 19 Nº 24º y 93 de la Constitución Política, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

Se resuelve: Que se acoge el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1, sólo en cuanto se declara inaplicables, en la causa caratulada "Barrera Barrera, José, con Fisco de Chile", Rol 4877-2007, que se sigue actualmente ante la Corte Suprema, las expresiones "a contar de la fecha de publicación del decreto aprobatorio de la cuenta", contenidas en el artículo 5º de la Ley Nº 18.900.

Déjese sin efecto la orden de suspensión decretada.

Redactó la sentencia el Ministro señor Jorge Correa Sutil.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol Nº 944-2007.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, señor Juan Colombo Campbell, y los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

MATERIA
Responsabilidad por actos lícitos de la Administración

ÓRGANO COMPETENTE
Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en la Forma y en el Fondo
Rol: 552-2008
Fecha: 05.10.2010
Resultado recurso: Rechazado
Ministros mayoría: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz y Roberto Jacob Chocair.
Ministro redactor: Héctor Carreño Seaman.
Partes: Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco de Chile.

DESCRIPTORES
Responsabilidad del Estado – Responsabilidad Objetiva – Responsabilidad por Acto Lícito – Igualdad ante las Cargas Públicas – Derecho de Propiedad – Principios Generales del Derecho – Equidad

PRINCIPIO JURÍDICO
Los daños ocasionados por actos lícitos no dan derecho a indemnización vía responsabilidad del Estado.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Arts. 6º, 7º, 19 Nº 7, 20 y 24 y 38 CPR; Arts. 764, 765, 767, 768 y 808 Código de Procedimiento Civil.

PREGUNTA JURÍDICA
¿Constituye la declaración de monumento nacional de un bien un daño por el cual el Estado deba responder objetivamente por vulnerar la igualdad ante las cargas públicas y el derecho de propiedad?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
Con fecha 28 de agosto de 1981, el Ministerio de Educación dictó el D.S. Nº 5.746/1981 que declaró monumento histórico el edificio Palacio Pereira.

Con fecha 10 de junio de 1994, Inmobiliaria Maullín se hizo dueña del inmueble como sucesora legal de Dalcahue S.A.

Desde el año 1981 hasta la fecha, no existe constancia alguna de que los dueños del Palacio Pereira –Inmobiliaria Dalcahue y su actual propietaria Inmobiliaria Maullín Ltda.– hayan invertido dinero alguno en la mantención o reparación del inmueble. Por lo anterior, el Palacio Pereira se encuentra en estado ruinoso.

La recurrente interpuso demanda de indemnización de perjuicios contra la recurrida. El Séptimo Juzgado Civil de Santiago rechazó la demanda, lo cual fue confirmado

por la Corte de Apelaciones de Santiago. Inmobiliaria Maullín Ltda. dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo.

ALEGACIONES

La declaración de monumento histórico del edificio Palacio Pereira corresponde a una carga patrimonial para su dueño que constituye una discriminación arbitraria. El inmueble es irreversiblemente ruinoso, permaneciendo en el tiempo como propiedad monumental; en circunstancias que han desaparecido los presupuestos que se consideraron al efectuar dicha declaración. De este modo, se produce una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas. Dicho mandato de optimización permite que la víctima de un daño causado en el interés general de la colectividad pueda obtener una reparación del Estado, ya que la carga pública impuesta en beneficio de la comunidad perjudica exclusivamente a su parte.

Las limitaciones u obligaciones impuestas a un propietario monumental establecidas en los artículos 11 y 12 Ley Nº 17.288 vulneran el artículo 19 Nº 24 CPR, en tanto privan al dueño del inmueble de los atributos que le son propios. Esto lo ha reconocido la Corte Suprema en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que recayó en estos autos. Por consiguiente, si los artículos referidos son inaplicables al caso, las obligaciones y limitaciones a que se ha encontrado afecta la propiedad por más de veinticinco años son inconstitucionales, ilegales y arbitrarias; todo lo cual da derecho al pago de una indemnización.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

La cuestión que plantea el recurso de nulidad sustancial es una supuesta responsabilidad del Estado por actos lícitos, fundada en la producción de un daño estatal de naturaleza constitucional, sustraída de las reglas de responsabilidad extracontractual del derecho común. En esos términos correspondería a una responsabilidad especial de la estatal y de naturaleza objetiva. Según la tesis de quienes proponen esta responsabilidad, su fundamento se hallaría en el respeto integral a las garantías individuales, en especial: (i) El derecho de propiedad sobre todo tipo de cosas incorporales (una privación o limitación a facultades esenciales sólo es posible mediante ley expropiatoria); y (ii) La igual repartición de las cargas públicas. Esto es, la carga que no es igualitaria no se estaría obligado a soportarla y cualquiera discriminación sería arbitraria (C. 31).

La doctrina sostiene que la responsabilidad objetiva es aquella cuyo único antecedente es la causalidad, de modo que el demandado se halla en la obligación de indemnizar los perjuicios que se acrediten como atribuibles al hecho causal. Lo que se busca mediante este régimen es mejorar la situación de las víctimas, dispensándolas de probar la existencia de una culpa en el origen del daño (C. 32).

Existe consenso en doctrina que la responsabilidad objetiva en nuestro ordenamiento jurídico es de carácter excepcional, esto es, sólo opera cuando el legislador interviene

expresamente. Esto es así por cuanto su aplicación implica otorgar un tratamiento particular por sobre el régimen común y general (C. 33).

En este contexto, es preciso analizar si es efectivo que la normativa constitucional consagra un régimen de responsabilidad objetiva tratándose del resarcimiento de daños derivados de supuestas infracciones constitucionales (C. 35).

De acuerdo al escrito en que se contiene el recurso, dicha responsabilidad se funda en lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la CPR. Sin embargo, dichos preceptos disponen que la infracción en que los órganos del Estado incurran en el ejercicio de sus funciones generará u originará "[l]as responsabilidades y sanciones que la ley señale" o "que determine la ley". Es decir, la CPR se limita a consagrar el principio de responsabilidad del Estado, pero esta responsabilidad es la que señala o determina la ley (C. 36).

No hay norma sustantiva en la CPR sobre la obligación indemnizatoria. Esta afirmación es coherente con lo fallado por la Corte Suprema con fecha 30 de diciembre de 2004. En la sentencia del caso "Sociedad Agrícola Lolco con Fisco", Rol 381-2004, se expresa que "se advierte la ausencia u orfandad de normas que obliguen al Estado a responder en un caso como el planteado, lo que no es casual ni puede considerarse una inadvertencia, ya que deriva de la circunstancia de que, sencillamente, no existe dicha normativa" (C. 37).

Por otra parte, el recurso invoca como disposiciones infringidas los numerales 20 y 24 del artículo 19 CPR. Sin embargo, dichas garantías se refieren a determinados derechos, pero en ningún caso a la consagración de algún tipo de responsabilidad extracontractual del Estado. Además, cuando el constituyente quiso conceder derecho a una indemnización en relación a alguno de los numerales del artículo 19 lo señaló expresamente, como en el caso de los numerales 7 letra i) y el mismo 24 (C. 38).

En lo tocante a la referencia al artículo 38 inciso 2 de la CPR, dicha norma tiene por única finalidad atribuir competencia a los tribunales ordinarios de justicia para conocer de los reclamos o demandas de las personas lesionadas en sus derechos por la Administración del Estado. Esto se fundamenta en su actual texto a partir de la reforma constitucional de la Ley Nº 18.825 de 1989, que eliminó la referencia a los tribunales de lo contencioso administrativo (C. 39).

Por consiguiente, no hay normativa que consagre la pretendida obligación indemnizatoria por infracción a los numerales 20 y 24 del artículo 19 CPR (C. 40).

Tampoco es posible que pueda prosperar el recurso en cuanto se denuncia la infracción de los principios generales del derecho. Como ha sostenido reiteradamente esta Corte, tales principios no son susceptibles de denunciarse por la vía de casación en el fondo, por cuanto lo que corresponde analizar en este recurso son infracciones concretas y determinadas de ley (C. 43).

Finalmente, respecto del quebrantamiento a las normas de equidad, en la especie ello tampoco puede servir de sustento al recurso en examen, desde que el sentenciador de primer grado ponderó bajo determinados presupuestos fácticos su negativa a aplicarla. Lo indicado implicaría que para que este tribunal de casación pudiera considerar como un error de derecho la falta de aplicación de las normas de equidad necesariamente debería variar los hechos en que se apoya la conclusión del juez de la causa, cuestión que, según se dijo, le está vedada (C. 45).

CONCLUSIÓN

La declaración de monumento nacional de un bien no constituye un daño por el cual el Estado deba responder toda vez que no hay normativa constitucional que consagre la pretendida obligación indemnizatoria por infracción al derecho de propiedad e igualdad ante las cargas públicas.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta sentencia es de vital importancia. Con ella el precedente Galletué (publicado en este libro) ha sido desechado por la actual Corte Suprema. Mientras en dicha sentencia, la Corte sostuvo que una persona que sufre un gravamen de contenido singular en su propiedad, por un acto lícito de beneficio colectivo debía ser indemnizada porque se afectaba la igualdad ante las cargas públicas; la actual Corte en este caso, sostuvo que no existe en la Constitución norma alguna que obligue a indemnizar al Estado en hipótesis como esta, de manera que no es posible otorgar indemnizaciones por vía de la acción de responsabilidad del Estado, cuestión que ya había advertido el año 2004 en el caso Lolco.

Esta cuestión ha sido más evidente tras las decisiones del año 2012 en los casos Vacas Locas y Pairoa Gálvez, así como en el 2013 con los casos Universidad de Magallanes y Esquerré Hermanos Limitadas. En todos esos casos, confirmó el criterio de Inmibiliaria Maullín al señalar que la acción de responsabilidad del Estado por acto lícito sólo procede si la acción la consagra expresamente.

TEXTO COMPLETO

Santiago, cinco de octubre de dos mil diez.

Vistos:

En estos autos Rol Nº 552-2008, juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios, la parte demandante Inmobiliaria Maullín Ltda. dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de esta ciudad que confirmó el fallo de primera instancia del Séptimo Juzgado Civil de Santiago que rechazó la demanda interpuesta contra el Fisco de Chile.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma

1º) Que en primer lugar el recurrente sostiene que la sentencia en estudio no contiene las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la misma, incurriendo en el vicio contemplado en el artículo 768 Nº 5 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 170 Nº 4 del mismo cuerpo legal.

2º) Que el recurso explica que el fallo impugnado omitió ponderar toda la prueba documental acompañada por su parte, la testimonial y la pericial, lo que habría importado establecer hechos diversos a los fijados por los jueces del fondo.

Respecto de la prueba instrumental que pormenorizadamente indica señala que la sentencia, de haber ponderado tal documentación, habría concluido que su parte no se encontraba en conocimiento del carácter de monumento histórico al hacerse dueña del inmueble; que los dueños del denominado Palacio Pereira sí hicieron ingentes esfuerzos de inversión en la mantención o reparación de ese inmueble; que se probó el monto de los trabajos que se ejecutaron para dicho efecto; y que no es cierto que el estado ruinoso del inmueble tendría su origen en la indolencia de los propietarios y en la falta de esfuerzo de éstos en su mantención.

En cuanto a la falta de ponderación de la prueba testimonial, denuncia que el fallo se limitó a analizar parcialmente las declaraciones de los deponentes, pero sin estudiar su contexto para formarse un concepto acertado acerca de la ciencia, imparcialidad y veracidad de los testigos, debiendo establecer lo que éstos declararon respecto de cada uno de los hechos hasta llegar a precisar si se encuentran éstos acreditados o no. De este modo, se habría concluido que se hicieron esfuerzos en la mantención del inmueble y que el origen de su estado ruinoso no le es imputable.

En lo relativo a la carencia de valoración de la prueba pericial sostiene que la sentencia objetada se circunscribió a reproducir algunas de las conclusiones del informe del perito, pero sin analizar en forma alguna dicha prueba, omitiendo importantes reflexiones.

3º) Que, en segundo lugar, el recurrente afirma que la sentencia impugnada incurrió en la causal de casación de forma establecida en el artículo 768 Nº 7 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en contener decisiones contradictorias.

4º) Que el recurso explica que el vicio mencionado se configura por cuanto existen contradicciones entre lo dispositivo y las consideraciones que tienen el carácter de resolutivas cuando éstas constituyan el soporte en que se apoya la sentencia.

Aduce en primer término que se aprecia una contradicción entre el considerando noveno Nº 5 del fallo de primer grado que tiene por establecido el estado ruinoso del inmueble y el primer fundamento incorporado por el tribunal de alzada que señala que las car gas al ejercicio del derecho de propiedad impuestas al Palacio Pereira no afectan sus facultades esenciales. La contradicción radica en que establecido el estado ruinoso del inmueble es imposible hacer uso del mismo sin grave riesgo para la vida de cualquier persona.

En segundo lugar sostiene que existe contradicción entre el considerando 9º Nº 5 y los fundamentos primero y cuarto del fallo de la Corte de Apelaciones que consignan que no existiría responsabilidad del Estado por infracción a la Carta Fundamental, por lo que no sería procedente indemnización alguna. Lo anterior porque significa desconocer los efectos del estado ruinoso del inmueble imputable al Estado, toda vez que por aplicación de la Ley de Monumentos Nacionales –cuyos artículos 11 y 12 fueron declarados inconstitucionales para este juicio– su parte se encuentra impedida de efectuar construcción alguna en el inmueble sin la anuencia del Consejo de Monumentos Nacionales.

Finalmente, indica que hay contradicción entre el considerando noveno Nº 6 letras b) y c) que reproducen lo indicado por el perito en cuanto a los daños estructurales del inmueble y el efecto de

los sismos, especialmente lo ocurrido en 1985, con la motivación décimo cuarta que establece que el estado del inmueble correspondería a la situación del propietario de no haber hecho esfuerzo alguno por mantener en forma íntegra su propiedad, todo lo cual lleva a concluir erróneamente que la demanda no sería procedente, desde el momento que no habría una privación al derecho de propiedad.

5º) Que en relación con la primera causal invocada, consistente en la falta de consideraciones de hecho y de derecho a que se refiere el numeral quinto del artículo 768 en relación con el artículo 170 Nº 4, ambos del Código de Procedimiento Civil, procede tener en consideración que, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corte, aquel vicio sólo concurre cuando la sentencia carece de las argumentaciones fácticas o jurídicas que le sirven de sustento, pero no tiene lugar cuando aquellas existen pero no se ajustan a la tesis postulada por el reclamante, cual es el caso de autos. En efecto, en la especie, la parte recurrente hace descansar esta aparente omisión de motivaciones específicamente en una falta de valoración de probanzas rendidas por su parte que conllevaría necesariamente a dar por establecidas otras conclusiones.

6º) Que, sin embargo, se advierte que el fallo impugnado sí contiene los razonamientos que llevaron a los sentenciadores a motivar de la forma en que ellos lo hicieron, aunque a la parte demandante no le satisfagan aquellos fundamentos. En efecto, por una parte la juez de la causa reflexiona en la motivación décima que "la abundante prueba instrumental acompañada por la demandante emana de don Raúl del Río Alfaro o de Raúl del Río S.A. una persona natural y una sociedad anónima ajena al juicio". Esto significa "aunque sin decirlo expresamente– que desconoció el mérito probatorio de gran parte de los instrumentos a los que precisamente alude el demandante, ahora recurrente de casación. En cuanto a la prueba pericial tampoco se aprecia el defecto formal que se invoca, a la que el fallador se refiere en los considerandos sexto y noveno del fallo de primer grado y en el fundamento tercero de la sentencia de segunda instancia y lo mismo puede señalarse respecto de la testimonial rendida por el actor expuesta en la motivación quinta.

7º) Que lo expuesto demuestra que no es efectivo el vicio invocado, por cuanto el fallo sí contiene las consideraciones de hecho relativas a la valoración de la prueba que extraña el recurrente.

8º) Que en cuanto a la supuesta concurrencia de decisiones contradictorias que configurarían la causal de nulidad contenida en el Nº 7 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil que se denuncia, del tenor del libelo de casación se advierte que los hechos en que se funda no constituyen tal vicio, por cuanto éste concurre sólo cuando una sentencia contiene decisiones imposibles de cumplir al mismo tiempo por contraponerse unas con otras, mas no en el evento que exista contradicción en las argumentaciones como lo estima el recurrente. Así, en el presente caso la sentencia objetada contiene únicamente el rechazo de la demanda en todas sus partes, con costas.

9º) Que por lo expuesto, el recurso de casación en la forma debe ser desestimado.

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo.

10º) Que el recurso de nulidad sustancial denuncia como primer error de derecho la infracción de los artículos 1º, 5º, 6º, 7º, 19 numerales 2 0, 24 y 26, 38 y 41 Nº 8 (sic) de la Constitución Política, artículo 44 (sic) de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y artículo 572 (sic) del Código Civil.

Explica que de los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental se concluye que los órganos del Estado, cualquiera que sea su actividad, tienen responsabilidad si infringen la Constitución Política.

Luego de transcribir las disposiciones citadas expresa que la sentencia recurrida incurre en un error de derecho acerca de cuáles son las fuentes de responsabilidad extracontractual del Estado y sus fundamentos.

En primer lugar, argumenta que la declaración de monumento histórico del edificio Palacio Pereira revela una carga patrimonial para su dueño que es una discriminación de carácter arbitraria por cuanto se trata de un inmueble irreversiblemente ruinoso que permanece en el tiempo como propiedad monumental en circunstancias que han desaparecido los presupuestos que se tuvieron en vista al efectuar dicha declaración. De este modo, enfatiza, se produce una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas que permite que la víctima de un daño causado en el interés general de la colectividad pueda obtener una reparación con cargo al Estado, ya que la carga pública impuesta en beneficio de la comunidad perjudica exclusivamente a su parte.

Enseguida, destaca que la negativa del Consejo de Monumentos Nacionales para desafectar el carácter de "monumento histórico" sucedió en tres oportunidades –1997, 2001 y 2005– lo que constituye una nueva manifestación de la actitud antijurídica del Estado al mantener el estado de privación de las facultades esenciales del dominio sobre el predio.

Luego hace presente que las limitaciones u obligaciones impuestas a un propietario monumental establecidas en los artículos 11 y 12 de la Ley Nº 17.288 vulneran el artículo 19 Nº 24 de la Carta Fundamental al privar al dueño del inmueble de los atributos que le son propios, según lo ha reconocido la Corte Suprema en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que recayó en estos autos. Expresa que si los artículos 11 y 12 de la Ley Nº 17.288 son inaplicables al caso del Palacio Pereira, las obligaciones y limitaciones a que se ha encontrado afecta la propiedad por más de veinticinco años son inconstitucionales, ilegales y arbitrarias y por consiguiente dan derecho al pago de una indemnización.

Agrega que no es efectivo que las limitaciones impuestas por la ley a su parte, tal como lo consigna el fundamento undécimo del fallo de primer grado, se enmarquen dentro de la función social del dominio toda vez que dichas limitaciones significan una verdadera privación en el uso y goce del inmueble.

Expone que la subsistencia de la declaración como monumento histórico y la negativa del Consejo de Monumentos Nacionales para desafectarlo significa una limitación al derecho de dominio que constituye una privación de las facultades esenciales del mismo. Explica que atendida la vetustez, los innumerables daños causados en sus estructuras e instalaciones por los terremotos sufridos, sumado al exorbitante costo de reparación ha hecho que el inmueble haya perdido las características que el referido Consejo consideró al recomendar su declaración como monumento histórico. Además, continúa, se trata de un inmueble que se cierne como una inminente amenaza sobre la vida y bienes de transeúntes, vecinos y en general cualquier persona.

Concluye que hay una evidente responsabilidad extracontractual del Estado por haber otorgado arbitrariamente al Palacio Pereira la categoría de monumento histórico, en circunstancias que había sido desafectado de ésta calidad en 1975 por su estado ruinoso. Además, argumenta, hay responsabilidad porque el estado ruinoso no es imputable a la sociedad propietaria y conforme a lo resuelto por la Corte Suprema en recurso de inaplicabilidad no le son aplicables a ella los artículos 11 y 12 de la Ley Nº 17.288, por lo que no cabe exigirle a la propietaria hacer las reparaciones que pudieren poner término a ese estado ruinoso. Asimismo existe responsabilidad porque el estado ruinoso del Palacio Pereira no permite dar al inmueble ningún uso ni aprovechamiento comercial, por lo que en la práctica se priva al propietario de obtener beneficio de su derecho de propiedad, imponiéndole sólo obligaciones.

11º) Que en un segundo capítulo del recurso se denuncia la infracción de disposiciones que denomina normas reguladoras de la prueba, enunciando los artículos 384 Nº 3 y 425 del Código de Procedimiento Civil y 1700, 1702 y 1712 del Código Civil.

Explica que el fallo recurrido desconoce el valor probatorio de los documentos acompañados al proceso conforme a lo dispuesto en los artículos 1700 y 1702 del Código Civil, que acreditan que

el inmueble Palacio Pereira no tenía el carácter de monumento histórico a la época en que fue adquirido el año 1981 y que el estado ruinoso del inmueble no permite aprovechamiento alguno, ya que se encuentra deteriorado estructuralmente, lo que significa un grave riesgo para la seguridad y vida de cualquier persona. Par tal efecto menciona los siguientes documentos: 1) informe elaborado por Luis Gómez, acompañado de 101 fotos, reconocido por quien lo confeccionó; 2) copia de carta suscrita por el arquitecto Sergio Alemparte que informa a Raúl del Río que para llevar adelante la restauración del inmueble no basta con reforzar la estructura por las razones que indica; 3) copia de carta dirigida por Raúl del Río al Presidente del Consejo de Monumentos Nacionales en la cual le informa que se desprendió un trozo de moldura de la fachada que cayó sobre un transeúnte; 4) 26 fotografías; 5) copia de carta de 1 de diciembre de 2000 dirigida a Raúl del Río por Rodrigo Mujica; 6) ordinario de 9 de octubre de 1999 de Carabineros al Ministerio de Educación por el cual informa de la preocupación que existe por una junta vecinal en relación a peligrosidad inminente de un posible derrumbe hacia la vía pública; y 7) resumen elaborado por el secretario ejecutivo del Consejo de Monumentos Nacionales.

12º) Que en lo tocante a la infracción al artículo 384 Nº 3 del Código de Procedimiento Civil expresa que los testigos presentados por su parte prueban las circunstancias en que se encuentra el Palacio Pereira, que afecta las facultades esenciales del dominio.

Agrega –en relación al artículo 1712 del Código Civil– que no existen presunciones precisas y concordantes para dar por establecido que las limitaciones impuestas por la ley no afecten las facultades esenciales de su derecho de dominio.

13º) Que en un tercer capítulo del recurso, sostiene que se infringen los principios generales del derecho.

Explica en este acápite que la sentencia infringe el espíritu general de la legislación dictada bajo la Constitución de 1980, que ha sido el pago de indemnizaciones por parte del Estado si se establecen servidumbres o limitacione s que afectan el uso y goce de la propiedad, de tal manera que si causan daños éstos deberán pagarse. En tal sentido alude a la Ley Nº 18.750, de 7 de enero de 1989, que en el artículo 7º letra j) establece que el Director del Servicio Agrícola y Ganadero debe disponer el pago de indemnizaciones a los propietarios de bienes y productos no contaminados o sanos que haya sido necesario sacrificar o destruir para controlar o erradicar alguna enfermedad o plaga. Igualmente, en el mismo sentido la Ley de Servicios de Gas Nº 18.856, Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 de 1982 sobre Ley General de Servicios Eléctricos y la Ley Nº 18.168 General de Telecomunicaciones obligan a los particulares a pagar indemnizaciones por las limitaciones al dominio. Por ello, concluye que es un yerro jurídico la afirmación de la sentencia de segunda instancia al señalar que en el caso sublite no concurre elemento alguno ni fuente de responsabilidad del Estado por tratarse de un hecho lícito en su origen.

14º) Que finalmente el recurso invoca como error de derecho la infracción a las normas de equidad, según lo dispuesto en el artículo 24 del Código Civil.

Expresa que en el considerando décimo cuarto la sentencia de primer grado consigna que conforme a la equidad no se puede acceder a la demanda, en circunstancias que la propia autoridad ha reconocido la situación de extrema inequidad que afecta a su parte, según consta de la respuesta dada por el Secretario Ejecutivo del Consejo de Monumentos Nacionales de la época, Angel Cabezas Monteira, acompañada a fojas 161 y que transcribe.

15º) Que el recurrente señala que los errores de derecho denunciados influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto de no haberse configurado éstos la sentencia habría concluido que la negativa del Consejo de Monumentos Históricos Nacionales a desafectar el Palacio Pereira de su calidad de monumento histórico, si bien constituye un hecho lícito del Estado, ha

generado perjuicios a su propietaria que corresponde que sean indemnizados. Asimismo, se habría concluido que los hechos fundantes de la demanda se encuentran plenamente probados y habría determinado en último término acceder a la demanda condenando al Fisco al pago de las indemnizaciones reclamadas.

16º) Que antes de iniciar el análisis de los capítulos del recurso en examen, es pertinente consignar que estos autos se iniciaron por demanda presentada por Inmobiliaria Maullín Ltda. en contra del Fisco de Chile, fundada en que es dueña de un inmueble ubicado en Huérfanos Nº 1515, esquina San Martín, Santiago, denominado "Palacio Pereira"; que ha realizado numerosos proyectos que son inviables económicamente por el progresivo deterioro que presenta la estructura del edificio; que por Decreto Supremo Nº 5746 del Ministerio de Educación de 28 de agosto de 1981 publicado en el Diario Oficial el 7 de octubre de ese año se declaró monumento histórico al edificio; que por un plazo superior a 20 años ha realizado esfuerzos tendientes a la preservación y reparación de dicho Palacio; que éste presenta daños estructurales y su estado es ruinoso, lo que significa que es inviable solucionar la situación; que realizó solicitud de desafectación como monumento histórico ante el Consejo de Monumentos Nacionales en marzo de 2001, pero fue rechazada en abril del mismo año, señalándosele que conforme a la Ley Nº 17.288 está obligada a conservar debidamente el inmueble, encontrándose prohibida su destrucción, transformación o modificación sin autorización del Consejo; que la afectación como la negativa a desafectarlo significan una limitación al derecho de dominio que constituiría una privación de las facultades esenciales del mismo, a saber, una privación de su uso, goce y disposición; y que debido a su estado ruinoso ha perdido las características que el Consejo tuvo en vista para declararlo como monumento histórico.

En los fundamentos normativos esgrimió que constituye un principio general la responsabilidad del Estado en cuanto si se causa un daño cabe la responsabilidad de indemnizar de acuerdo a la normativa de orden constitucional; que hay privación de las facultades esenciales del dominio y que se han quebrantado las garantías de igualdad ante la ley y de igual repartición de los tributos y demás cargas públicas. Agrega que no hay norma legal que resuelva el conflicto y de tal modo se funda en la equidad natural y en la justicia.

Pidió se condene a la parte demandada al pago de una suma de 46.832 unidades de fomento a título de indemnización por daño emergente; 1.766.739 unidades de fomento por concepto de lucro cesante y, en subsidio, los montos que indica.

17º) Que es necesario hacerse cargo en primer lugar de la denuncia a las disposiciones que se denominaron por el impugnante "normas reguladoras de la prueba".

Sobre esta materia conviene precisar que esta Corte Suprema ha definido en numerosas sentencias la noción de normas reguladoras de la prueba. Se ha expresado que por tales debe entenderse aquellas normas fundamentales impuestas por la ley a los falladores en forma ineludible y que importan verdaderas limitaciones a la discrecionalidad judicial dirigidas a asegurar una decisión correcta en el juzgamiento. A su vez, se ha señalado que se produce infracción a estas disposiciones cuando los sentenciadores invierten el onus probandi, rechazan las pruebas que la ley admite, aceptan las que la ley rechaza, desconocen el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso cuando la ley le asigna uno determinado de carácter obligatorio o alteran la precedencia que la ley les diere.

18º) Que, sin embargo, las disposiciones legales que en el recurso se incluyeron bajo la denominación indicada notoriamente no tienen el carácter antes explicado. Al menos tres de ellas, los artículos 384 y 425 del Código de Procedimiento Civil y 1713 del Código Civil responden a la facultad soberana de los magistrados de la instancia de apreciación judicial de las pruebas.

19º) Que por otra parte, los reproches formulados en relación con las evidencias apuntan a reprobar la forma como los jueces del fondo analizaron las rendidas en el proceso para establecer los hechos y llegar a las conclusiones que expresaron. Ello significa que se trata únicamente de un problema de apreciación de la prueba.

Sobre esto último hay que puntualizar que la labor de ponderación o valoración de las pruebas corresponde, por esencia, a los jueces ya referidos, según se desprende de las propias normas procesales que el libelo de casación estima infringidas y como surge de la preceptiva que reglamenta el recurso de nulidad de fondo, y que esta Corte de casación no puede variar, a menos que se haya denunciado la transgresión efectiva de disposiciones que en sí mismas determinan un valor probatorio fijo o determinado, lo que en la especie no se hizo, como se indicó, ni el tribunal advierte que haya ocurrido.

20º) Que por otro lado, tal como también se ha enfatizado con reiteración, la transgresión del artículo 425 del Código de Procedimiento Civil difícilmente puede ocurrir, desde que ese precepto entrega a los tribunales la facultad de apreciar la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica.

Siendo entonces una cuestión facultativa, no puede imputarse ilegalidad si, haciéndose uso de ella, se aprecia en un determinado sentido, aun cuando no sea del agrado de alguna de las partes, ya que esto último, esto es, no satisfacer las pretensiones de algún litigante, no puede importar ilegalidad del fallo.

Por quedar entregada a los jueces la facultad de apreciar la prueba pericial, para poder ellos infringir el precepto en examen deberían apartarse en forma muy notoria de las razones jurídicas, simplemente lógicas, científicas, técnicas o de la experiencia en virtud de las cuales le asignen valor probatorio o la desestimen, situación que no ocurre.

21º) Que en este mismo capítulo se estima vulnerado el artículo 384 Nº 3 del Código de Procedimiento Civil. Lo cierto es que dicha regla no obliga a los magistrados del mérito, quienes deben someter los dichos de los testigos a un riguroso examen propio, alcanzando las conclusiones que a ellos les parezcan del caso y no a alguna de las partes, como lo pretende la reclamante. Así, las pautas que contiene en su integridad el artículo citado no revisten el carácter de cánones rectores de la prueba; por el contrario, los jueces de la instancia tienen atribuciones soberanas y privativas para ponderar y valorar las declaraciones de los testigos de los contendientes, para preferir a unos por sobre otros, tomando en cuenta con este fin diversas circunstancias que atañen o al número de ellos o a sus condiciones de calidad, ciencia, fama, imparcialidad o veracidad, o, en fin, a las contradicciones que pudieran aflorar de sus testimonios, para concluir, en definitiva, si a través de este análisis dan o no por demostrados ciertos y determinados hechos; potestades que, por consiguiente, por ser exclusivas de los jueces del fondo, no están sujetas a la revisión del tribunal de casación.

22º) Que igual reflexión cabe realizar en relación con la documentación que indica el recurrente, ya que su análisis corresponde a los jueces de la instancia. Al respecto cabe considerar que el artículo 1702 del Código Civil dispone que el instrumento privado reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlos suscrito y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos; ello corrobora lo anteriormente indicado en cuanto al alcance que tiene la prueba documental.

Cabe destacar además, sobre de uno de los principales aspectos probatorios que intenta demostrar el impugnante mediante la prueba documental, consistente en que su calidad de dueño es anterior a la época de declaración del "Palacio Pereira" como monumento histórico, que se funda más que en una apreciación probatoria en una calificación jurídica que se esmera en elaborar, aduciendo

que en los hechos –no obstante los diversos propietarios del inmueble subjudice– por corresponder el principal socio de la sociedad demandante a uno de los dueños "persona natural– que adquirió en el año 1981, el dominio se habría encontrado radicado desde esa fecha en el patrimonio de la sociedad referida, aserto que en todo caso no sustenta en precepto legal alguno.

23º) Que por último, en lo referente a la transgresión del artículo 1712 del Código Civil, cabe consignar que dicho precepto tampoco reviste el carácter de norma reguladora de la prueba, por cuanto se limita a indicar pautas a los falladores para apreciar la prueba de presunciones dentro de sus facultades privativas, autorizándolos para calificar la gravedad, precisión y concordancia de las circunstancias que constituyen una presunción judicial, correspondiendo esto por ende a un proceso racional propio y exclusivo de los jueces sentenciadores que escapa al control del tribunal de casación.

24º) Que descartado cualquier desconocimiento de las leyes reguladoras de la prueba, cabe consignar que la sentencia de primer grado "confirmada por la de segunda instancia– dejó establecida la siguiente situación fáctica:

1) Por Decreto Supremo Nº 5746 del Ministerio de Educación de 28 de agosto de 1981 se declaró monumento histórico el edificio denominado Palacio Pereira de propiedad entonces de Lily Díaz, Raúl del Río y Patricio Figueroa.

2) El 10 de junio de 1994 Inmobiliaria Maullín se hizo dueña del inmueble como sucesora legal de Dalcahue SA, absorbiendo su patrimonio.

3) Que, por lo tanto, al hacerse dueña de inmueble estaba en conocimiento del carácter de monumento histórico de éste y de su mal estado.

4) El Palacio Pereira fue construido en 1872.

5) En la actualidad su estado es ruinoso.

6) No existe constancia alguna desde el año 1981 hasta la fecha que los dueños del Palacio Pereira, Inmobiliaria Dalcahue y su actual propietaria Inmobiliaria Maullín Ltda. hayan invertido dinero alguno en la mantención o reparación del inmueble.

7) Que Raúl del Río o Raúl del Río SA es una persona ajena al juicio.

8) La causa principal del estado ruinoso es la despreocupación e indolencia de sus propietarios. El actor no hizo ningún esfuerzo destinado a mantener íntegra su propiedad.

A su turno, la sentencia de segundo grado agregó a dicha situación fáctica lo siguiente:

1.- El estado que presenta actualmente el inmueble de que se trata es de deterioro generalizado, habiendo perdido los elementos estructurales iniciales y estando expuesto a la lluvia por no existir techumbre en gran parte del segundo piso, hay muros agrietados en gran parte del edificio, no existe envigado de entrepiso, se presentan diversos desplomes y daños estructurales en la mayoría de sus sectores.

2.- Dicho palacio ha sufrido desde su edificación transformaciones y daños considerables, habiéndose modificado en un cierto momento del que no se tiene registro el interior, dividiéndolo en varios departamentos y abriéndose nuevas entradas; estuvo en manos de distintos propietarios; le efectuaron diversas transformaciones, perdiendo desde el año 1970 en adelante gran parte de sus ricas molduras y mármoles, acusando actualmente el deterioro ya someramente referido.

25º) Que sobre la base de tales presupuestos fácticos los jueces del fondo estiman que no hay elementos suficientes para poner de cargo del Estado la corrupción sucesiva del edificio denominado

Palacio Pereira por la circunstancia de habérselo declarado Monumento Histórico; sin que, por lo demás, se haya podido acreditar en contra de dicho Estado la concurrencia de elementos de alguna fuente de responsabilidad objetiva o tradicional.

26º) Que corresponde ahora analizar las infracciones denunciadas en el primer acápite del recurso, respecto a lo cual cabe reiterar lo que este tribunal ha señalado en anteriores fallos en cuanto a que resulta redundante el fundar un recurso de casación en disposiciones de orden constitucional, como ha ocurrido en este caso en que se invocan preceptos que establecen garantías genéricas.

27º) Que sin perjuicio de lo razonado y con el sólo objeto de analizar el capítulo en examen es necesario destacar que el libelo en que se contiene el recurso de nulidad sustancial incurre en imprecisiones. En efecto, postula por una parte que corresponde indemnizar supuestos daños o perjuicios ocasionados por "hechos lícitos" (fojas 162). Esta afirmación equivaldría a señalar que el impugnante no cuestiona la legalidad o juridicidad de la declaración de monumento histórico del inmueble sub lite, lo que significa que acepta que dicho acto administrativo fue dictado dentro de la esfera de las atribuciones de la autoridad y sobre la base de determinados supuestos que efectivamente ocurrieron, predicamento que reitera al indicar en fojas 169 vuelta que "en circunstancias que de haberse aplicado correctamente dichas normas, se habría concluido que la negativa del Consejo de Monumentos Nacionales a desafectar el Palacio Pereira de su calidad de monumento histórico si bien constituye un hecho lícito del Estado, ha generado perjuicios a su propietaria que corresponde que sean indemnizados".

Sin embargo, el reclamante discurre extensamente acerca de la arbitrariedad de la declaración de monumento histórico "como de la negativa a desafectarlo– por no tomarse en consideración que años antes se había dejado sin efecto la referida declaración atendido el estado ruinoso del inmueble.

28º) Que dichas imprecisiones quedan en evidencia además si se considera que en la demanda se consignó que la responsabilidad que se persigue es la derivada de la infracción a la Constitución y básicamente el fundamento de la acción lo constituye el supuesto daño producido por las limitaciones impuestas por la declaración de monumento histórico y por la negativa a dejar sin efecto la afectación, y alude al fallo te (sic) Comunidad Galletué con Fisco". Así señala "Es más, la negativa de COMUNAC para desafectar el inmueble de mi representada de su carácter de Monumento Histórico constituye una nueva manifestación de la voluntad antijurídica del Estado".

29º) Que en cualquier caso, esta duda pareciera despejarse al invocar como fundamentos normativos de la demanda el espíritu general de la legislación y la equidad natural y la justicia, al expresar "las limitaciones al derecho de dominio en cuanto al uso, goce y disposición, si en realidad se convierten en privaciones de dichas facultades son indemnizables" y "desde el momento que no existe una norma de rango legal que resuelva el conflicto suscitado, ello sin perjuicio de la clara responsabilidad extracontractual del Estado, al desconocerse por las autoridades o la administración las garantías constitucionales que la Constitución asegura".

30º) Que en los términos expuestos no puede tener lugar la infracción del artículo 44 de la Ley Nº 18.575, actualmente artículo 42, disposición que opera cuando los órganos de la administración del Estado actúan fuera del órbita de sus atribuciones, lo que, como se ha dicho, no constituye un presupuesto de la acción. Por ello, es un precepto ajeno a la resolución de la controversia y en esta perspectiva ninguna influencia podría tener en lo dispositivo del fallo.

31º) Que, por consiguiente, la cuestión que plantea el recurso de nulidad sustancial es una supuesta responsabilidad del Estado por actos lícitos, fundada en la producción de un daño estatal de naturaleza constitucional, sustraída de las reglas de responsabilidad extracontractual del derecho común. En esos términos correspondería a una responsabilidad especial de la estatal y de natura-

leza objetiva. Según la tesis de quienes proponen esta responsabilidad, su fundamento se hallaría en el respeto integral a las garantías individuales, en especial: a) El derecho de propiedad sobre todo tipo de cosas incorporales (una privación o limitación a facultades esenciales sólo es posible mediante ley expropiatoria); y b) La igual repartición de las cargas públicas. Esto es, la carga que no es igualitaria no se estaría obligado a soportarla y cualquiera discriminación sería arbitraria.

32º) Que lo indicado obliga a traer a colación lo que básicamente se ha acuñado en doctrina acerca de la noción de responsabilidad objetiva. Es así que se ha expresado que este tipo de responsabilidad se refiere a aquella cuyo único antecedente es la causalidad, de modo que el demandado se halla en la obligación de indemnizar los perjuicios que se acrediten como atribuibles al hecho causal. Se ha expuesto además que lo que se busca mediante este régimen es mejorar la situación de las víctimas, dispensándolas de probar la existencia de una culpa en el origen del daño.

33º) Que existe también consenso en doctrina que la responsabilidad objetiva en nuestro ordenamiento jurídico es de carácter excepcional, esto es, sólo opera cuando el legislador interviene expresamente y ello es así por cuanto su aplicación implica otorgar un tratamiento particular por sobre el régimen común y general.

34º) Que de otra parte y si bien se ha vinculado tradicionalmente el sistema de responsabilidad objetiva con las actividades riesgosas, no necesariamente responden a este criterio, sin que pueda advertirse una actividad identificable en conjunto como ámbito de aplicación para este régimen de responsabilidad, de manera que su análisis es necesariamente casuístico, esto es, se aplica a las hipótesis restringidas que la ley ha previsto.

35º) Que en este contexto, es preciso analizar si es efectivo que la normativa constitucional consagra un régimen de responsabilidad objetiva tratándose del resarcimiento de daños derivados de supuestas infracciones constitucionales.

36º) Que es pertinente recordar que de acuerdo al tenor del propio libelo en que se contiene el recurso, dicha responsabilidad se afincaría en lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental. Sin embargo, es menester consignar que dichos preceptos en sus respectivos incisos finales disponen que la infracción en que los órganos del Estado incurran en el ejercicio de sus funciones generará u originará "Las responsabilidades y sanciones que la ley señale" o "que determine la ley". Vale decir, que la Constitución Política se limita a consagrar el principio de responsabilidad del Estado, pero esta responsabilidad, como lo señala el texto constitucional, es la que señala o determina la ley.

37º) Que no hay norma sustantiva en la Carta Fundamental sobre la obligación indemnizatoria. Así por lo demás ya se había adelantado en el fallo de esta Corte de 30 de diciembre de 2004 "Sociedad Agrícola Lolco con Fisco", Rol Nº 381-2004, en el fundamento 51º al expresar "lo que completa un panorama en el que se advierte la ausencia u orfandad de normas que obliguen al Estado a responder en un caso como el planteado, lo que no es casual ni puede considerarse una inadvertencia, ya que deriva de la circunstancia de que, sencillamente, no existe dicha normativa".

38º) Que, por otra parte, el recurso de nulidad sustancial invoca como disposiciones infringidas los artículos 19 numerales 20 y 24 de la Constitución Política. Sin embargo, no advierte el impugnante que se trata de garantías que se refieren a determinados derechos, pero en ningún caso a la consagración de algún tipo de responsabilidad extracontractual del Estado. Aparte de lo anterior, es pertinente considerar que cuando el constituyente quiso conceder derecho a una indemnización en relación a alguno de los numerales del artículo 19 lo señaló expresamente, como en el caso del artículo 19 Nº 7 letra i), en el mismo Nº 24 y en el invocado artículo 41 Nº 8 (actual artículo 45).

39º) Que en lo tocante a la referencia al artículo 38 inciso segundo de la Carta Fundamental, es necesario indicar que esta norma tiene por finalidad únicamente atribuir competencia judicial para conocer de los reclamos o demandas de las personas lesionadas en sus derechos por la Administración del Estado a los tribunales ordinarios de justicia, como fluye de su actual texto a partir de la reforma constitucional de la Ley Nº 18.825 de 1989, que eliminó la referencia a los tribunales de lo contencioso administrativo.

40º) Que, por consiguiente, no hay normativa que consagre la pretendida obligación indemnizatoria por infracción a los artículos 19 Nº 20 y Nº 24 de la Constitución Política y por tal razón la mención de los preceptos constitucionales en el recurso de nulidad de fondo atribuyendo su falta de aplicación por los juzgadores resulta injustificada.

41 ba) Que en el mismo capítulo que ahora se analiza se denuncia como transgredido el artículo 572 del Código Civil (sic), debiendo entenderse obviamente que se refiere al artículo 582 de dicho cuerpo normativo, que estatuye que el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.

42º) Que el referido artículo es meramente definitorio de una noción jurídica, de tal manera que no se aprecia de qué modo puede vulnerarse por el fallo recurrido, amén de no explicarse en el libelo cómo se configuraría la infracción en lo tocante a dicho precepto.

43º) Que tampoco es posible que pueda prosperar el recurso en cuanto se denuncia la infracción de los principios generales del derecho, en todo caso más bien orientado el capítulo a la transgresión de una regla de interpretación de la ley al aludir al espíritu general de la legislación. En cualquier caso, como esta Corte ha sostenido reiteradamente, tales principios no son susceptibles de denunciarse por la vía de casación en el fondo, por cuanto lo que corresponde analizar en este recurso son infracciones concretas y determinadas de ley.

44º) Que, por otra parte, las mismas alusiones que refiere el recurrente en este capítulo a determinadas leyes especiales que han consagrado un régimen especial indemnizatorio demuestran lo que se ha sostenido a lo largo de este fallo, en cuanto a que hay derecho a indemnización por actos lícitos a favor de aquellas personas afectadas en virtud de un texto legal expreso y no porque la Constitución Política establezca una regla especial de responsabilidad.

45º) Que finalmente, respecto del quebrantamiento a las normas de equidad, lo cierto es que en la especie ello tampoco puede servir de sustento al recurso en examen, desde que el sentenciador de primer grado ponderó bajo determinados presupuestos fácticos su negativa a aplicarla. Lo indicado implicaría que para que este tribunal de casación pudiera considerar como un error de derecho la falta de aplicación de las normas de equidad necesariamente debería variar los hechos en que se apoya la conclusión del juez de la causa, cuestión que, según se dijo, le está vedada.

46º) Que en virtud de lo expuesto, razonado y concluido, el recurso de nulidad de fondo no puede prosperar y debe ser desestimado.

En conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 765, 767, 768 y 808 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se rechazan los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos en la presentación de fojas 152 contra la sentencia de veintinueve de octubre de dos mil siete, escrita a fojas 147.

Se previene que el Ministro señor Brito concurre a la decisión de rechazar el mencionado recurso de casación en el fondo teniendo presente los razonamientos 16º a 25º del presente fallo, y las motivaciones que se expresan a continuación:

1º) Que el fallo recurrido estableció como argumento central para desestimar la acción la inexistencia de elementos suficientes para poner de cargo del Estado la corrupción sucesiva del edificio denominado Palacio Pereira por la circunstancia de habérselo declarado Monumento Histórico; sin que, además, al respecto, se haya podido acreditar la concurrencia de elementos de alguna fuente de responsabilidad objetiva o tradicional. Resulta esclarecedor en este sentido que quedara asentado que sólo el 10 de junio de 1994 Inmobiliaria Maullín se hizo dueña del inmueble como sucesora legal de Dalcahue SA, al absorber su patrimonio, por lo que al hacerse dueña estaba en conocimiento de tal carácter y de su estado.

2º) Que, en consideración a que no se han constatado infracciones a las normas reguladoras de la prueba, aparece que el recurso examinado se construye en contra de los hechos establecidos que por ello son inamovibles, esto es que el actor era dueño del inmueble afectado antes de la declaración de monumento histórico, lo que según se dijo es la primera motivación que entrega el fallo atacado para desestimar la demanda.

3º) Que de lo expresado deriva que es imposible que se haya producido alguno de los errores de derecho planteados en el recurso, por cuanto, tal como lo señalaron los jueces del fondo, no concurren los elementos que den lugar a la responsabilidad extracontractual demandada. En efecto, la circunstancia fáctica que se ha destacado en los motivos precedentes impide que se configure un daño indemnizable desde que a la adquisición del bien raíz éste ya se encontraba afectado por la declaración de monumento histórico, lo cual lleva a concluir que la actora, que justifica el deterioro por la imposibilidad de ejecutar obras de mantención ante el nulo uso comercial, conoció y aceptó la referida situación.

Por otra parte resulta que tampoco existe relación de causalidad entre el hecho por el cual se pretende que se responda y el daño cuya indemnización se reclama, por cuanto como se ha enfatizado los perjuicios no son causa inmediata y directa de la afectación de monumento histórico sino inequívocamente del tiempo y la ausencia de cuidados. En otras palabras, no se encuentra probado que entre el daño y el hecho lícito "base de la responsabilidad que se pretende– haya relación de causalidad, porque el demandante pudo evitarlo.

4º) Que siendo así, es innecesario un pronunciamiento acerca de la procedencia de la responsabilidad estatal por hechos lícitos de la administración.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Carreño y la prevención a cargo de su autor.

Rol Nº 552-2008.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y Sr. Roberto Jacob. Santiago, No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Ministro señor Pierry por estar en comisión de servicios. Santiago 05, de octubre de 2010.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Srta. Ruby Vanessa Sáez Landaur.

En Santiago, a cinco de octubre de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

7.6. RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTES EN CARRETERAS CONCESIONADAS

MATERIA

Responsabilidad de la Administración por un accidente en carretera concesionada

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema
Tipo de recurso: Casación en el Fondo
Rol: 4292-2012
Fecha: 05.11.2013
Resultado recurso: Rechazado
Ministros mayoría: Sergio Muñoz Gajardo, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, María Eugenia Sandoval Gouët y el Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia Balbi.
Ministro redactor: Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia Balbi.
Partes: Jorge Vega Muñoz y otros con Fisco de Chile.

DESCRIPTORES

Responsabilidad del Estado – Falta de Servicio – Carretera Concesionada – Accidente de Tránsito – Obra Pública – Concesión de Obra Pública – Norma Técnica – Ministerio de Obras Públicas

PRINCIPIO JURÍDICO

La Administración es responsable de los daños que se provoquen con motivo de accidentes en carreteras concesionadas cuando estos se produjeron por medidas impuestas exclusivamente por ella, por no fiscalización de los deberes del concesionario, o por deficiencias viales derivadas de la omisión de sus deberes de planeamiento, estudio, proyección, construcción, mejoramiento y defensa de la obra concesionada.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 42 Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Arts. 1º, 18 y 87 D.F.L. Nº 850/1997 Ministerio de Obras Públicas, Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas; Arts. 29 y 35 D.F.L. Nº 164/1991 Ministerio de Obras Públicas, Ley de Concesiones de Obras Públicas; Arts. 38 y 40 letras c), i) y m) D.S. Nº 956/1996 Ministerio de Obras Públicas, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Cuándo es responsable la Administración por daños producidos en accidentes de tránsito ocurridos en carreteras concesionadas?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El día 6 de diciembre de 2005, a la altura del kilómetro 30 de la Carretera Panamericana en dirección norte a sur, transitaba por el Puente Maipo un vehículo, el que fue colisionado desde atrás por un camión. Dicha colisión consistió en que las ruedas posteriores del camión golpearon al vehículo señalado, debido a que justamente para evitar la colisión, el conductor del camión realizó una maniobra evasiva que llevó a este último hacia la izquierda. Luego de ello, el camión continuó su desplazamiento hacia la pista contraria (en dirección sur a norte), en rodaje libre, traspasando el eje de la calzada que solamente estaba demarcado con una línea continua dibujada en el piso y no contaba con barreras que impidieran su paso. En dichas circunstancias, colisionó con un bus que se dirigía de sur a norte, el cual traspasó la baranda lateral del puente, cayendo al lecho del río a un desnivel de profundidad luego de volcarse. El conductor del camión; el conductor del bus, su auxiliar y dos pasajeros, fallecieron. Los dos ocupantes del vehículo resultaron con lesiones.

Dicho puente se encuentra ubicado en un tramo que fue entregado en concesión a la "Concesionaria Autopista del Maipo". Dentro de dicha concesión de obra pública, existían obras nuevas y preexistentes, siendo el Puente Maipo una obra preexistente. Los padres del auxiliar del bus, y los ocupantes del vehículo, dedujeron demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco. El juez de primera instancia acogió la demanda, contra lo cual el demandado interpuso recurso de apelación. La Corte de Apelaciones de San Miguel confirmó lo resuelto en primera instancia. Contra este último pronunciamiento, el Fisco dedujo recurso de casación en el fondo.

APLICACIÓN A LOS HECHOS *(RESUMEN DE LA DECISIÓN)*

El artículo 1º del D.F.L. Nº 850/1997 del Ministerio de Obras Públicas, Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas (MOP), señala que este último "es la Secretaría de Estado encargada del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales [...]". A su turno, el artículo 18 inciso 1 indica: "A la Dirección de Vialidad corresponderá la realización del estudio, proyección, construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación y señalización de los caminos, puentes rurales y sus obras complementarias que se ejecuten con fondos fiscales o con aporte del Estado y que no correspondan a otros Servicios de la Dirección General de Obras Públicas. La conservación y reparación de las obras entregadas en concesión, serán de cargo de los concesionarios". El artículo 87 del mismo cuerpo legal, autoriza al Ministerio de Obras Públicas para ejecutar obras públicas mediante el sistema de concesiones. Por otra parte, el artículo 29 inciso 2 del D.F.L. Nº 164/1991 del Ministerio de Obras Públicas, Ley de Concesiones de Obras Públicas, indica que corresponderá al MOP, "la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la de explotación de la obra". Además, el artículo 35 de la misma ley, hace responsable al concesionario de los daños ocasionados con motivo de la ejecución de la obra o de su explotación, a menos que sean imputables a medidas impuestas por el MOP, después de haberse adjudicado

el contrato. A las normas anteriores, debe agregarse que el Reglamento de la Ley de Concesiones (Decreto 956/1996 del Ministerio de Obras Públicas) señala en su artículo 38 que el MOP nominará un Inspector Fiscal, quien deberá canalizar toda comunicación y relación entre el concesionario y el MOP. Agrega este reglamento en su artículo 40, que dentro de la etapa de explotación de la obra concesionada, "el Inspector Fiscal fiscalizará el contrato de concesión y tendrá todas las funciones y atribuciones que señalen las bases de licitación, con al menos las siguientes: [...] c) Fiscalizar el cumplimiento de las normas técnicas sobre la conservación de las obras; [...] i) Proponer la aplicación de multas; [...] m) Dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión (C. 10 al 13).

Dentro del régimen jurídico de responsabilidad por daños producidos en carreteras, el Estado es responsable en las siguientes hipótesis: a) por excepción, cuando con motivo de la ejecución o explotación de la obra fiscal concesionada se ocasionen daños a terceros por medidas exclusivamente impuestas por el Ministerio de Obras Públicas; b) por la ausencia de control y fiscalización de los deberes del concesionario, los que son establecidos por la Ley de Concesiones de Obras Públicas, su Reglamento, el Decreto de Adjudicación, las Bases de Licitación y las normas técnicas contenidas en los Manuales de Señalización y de Carreteras; y c) tratándose de una obra preexistente respecto de la cual el concesionario sólo tenía la obligación de mantenimiento, el Estado es responsable de los daños causados por deficiencias viales derivadas de la omisión de los deberes de planeamiento, estudio, proyección, construcción, mejoramiento y defensa de la obra pública en cuestión (C. 15).

En la especie, las Bases de Licitación del contrato de concesión imponían respecto del Puente Maipo sólo efectuar labores de mantenimiento. Así, según el artículo 40 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, el Inspector Fiscal, durante la etapa de explotación, debía básicamente fiscalizar el cumplimiento de las normas técnicas sobre la conservación de las obras, dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión y, en su caso, proponer la aplicación de multas. Esta es la obligación que principalmente da por incumplida la sentencia recurrida, y que acarrea la responsabilidad del Fisco. El Inspector Fiscal faltó a la obligación de fiscalizar la mantención de la obra, como queda de manifiesto cuando aparece que los hitos tubulares ubicados en la separación de las calzadas se encontraban quebrados o arrancados (situación que dejó de manifiesto la empresa concesionaria al recibir la obra) (C. 15).

Dado lo anterior, no hay error de derecho por falta de aplicación del artículo 35 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, puesto que dicha disposición no resulta aplicable al caso, atendida la peculiar situación jurídica del lugar del accidente y en consideración a que no se atribuye la causa de los daños al incumplimiento del deber de mantenimiento del Puente Maipo –a que se encontraba obligado el concesionario–, sino que a la infracción de los deberes del MOP relativos al diseño, mejoramiento y defensa del mismo, como a la supervigilancia de los deberes de la concesionaria, entre

ellos, la obligación de mantenimiento en condiciones de servir de acuerdo al diseño y construcción original del puente (C. 16).

La normativa que regula los deberes del MOP tiene por finalidad suprimir las causas que originen peligrosidad a los usuarios de las obras. Esto deriva del deber de seguridad que tiene el ente fiscal, que se traduce en adoptar medidas para precaver daños a la vida y a la integridad física de las personas. Para determinar cómo se traduce este deber en reglas concretas, hay que examinar las disposiciones reglamentarias y técnicas sobre la materia, en particular, las normas contenidas en el Manual de Carreteras de la Dirección de Vialidad (que es un documento elaborado con el objeto de establecer las políticas y uniformar los procedimientos e instrucciones en las áreas técnicas en que dicha Dirección se desenvuelve, para cumplir su función de planificar, diseñar, construir, conservar y operar las carreteras y caminos de su tuición que componen la red vial del país, junto con velar por la seguridad vial y protección ambiental). Dicho Manual indica que: "La finalidad principal de un sistema de contención es conseguir contener y redireccionar un vehículo fuera de control, considerando que el daño producido durante el impacto resulte menor que las consecuencias esperadas sin este elemento". (…) "Por otro lado, un sistema de contención, también debe ser pensado como un medio eficiente para proteger otros usuarios de la vía como son los peatones y ciclistas, los que en diversas ocasiones requieren de un dispositivo que pueda mitigar los riesgos que involucra la interacción con los vehículos". El Manual clasifica los sistemas de contención de vehículos en instalación de barreras, terminales de barreras, amortiguadores de impacto y pistas de emergencia. Por otra parte, define las barreras de contención como aquellos "elementos de contención cuya función principal es la de contener y redireccionar vehículos fuera de control, los que han abandonado la calzada de circulación y se desvían hacia sectores de riesgo para los diferentes usuarios de la vía y/o el medio ambiente aledaño" (…) "Comprenden las barreras longitudinales laterales y centrales, además de las barreras de puentes, pasos superiores y viaductos". Por otra parte indica que dichas barreras se pueden clasificar, según el nivel de contención, en: liviano, medio, medio alto, alto y muy alto. También indica que, en "el caso de estructuras como puentes o pasos superiores, en que el vehículo por ningún motivo debe traspasar la baranda, se deberá decidir directamente la utilización de una barrera con un nivel de contención muy alto" (C. 18 y 19).

Por otra parte, en el análisis concreto del estándar de conducta exigible al MOP debe tenerse en consideración el nivel de riesgo de accidentes viales en la circulación de los vehículos por el puente en cuestión en las condiciones existentes a la época de ocurrencia de los hechos, concluyéndose que este era alto, por cuanto la obra está inserta en una carretera de alta velocidad, con un gran y permanente flujo de vehículos, sobre todo buses y camiones. Además, es razonablemente previsible que en este tipo de carreteras se produzcan accidentes por encontrarse un vehículo fuera de control, siendo indudable que la existencia de barreras medianeras como de barreras laterales de contención resultaba necesaria para la prevención de accidentes viales en un puente inserto en una carretera de alta velocidad. Sin embargo, en el presente caso, el

MOP no contempló ningún sistema de contención vial en el centro de la vía, la barrera lateral cedió ante la falta del retardador de velocidad y contención, por la fuerza del impacto, derivada de la velocidad de uno de los vehículos involucrados (C. 20). En este contexto, pesaba sobre la Administración el deber de seguridad en el diseño, mejoramiento, mantenimiento y defensa de la ruta concesionada, traducido en la implementación de barreras de contención considerado el alto riesgo de accidentes atendidos los factores señalados más arriba, obligación que nace de los artículos 1º y 18 de la Ley Orgánica del MOP, en correspondencia con las pautas normativas y técnicas del Manual de Carreteras. Reafirma esta conclusión y demuestra el funcionamiento tardío del servicio la circunstancia de que, en el año 2008 (es decir, más de dos años después del accidente), el Fisco encargó a la sociedad concesionaria ejecutar las obras que consideran la instalación provisoria de un sistema de defensas camineras mediante cables postensados en la mediana del puente, con el fin de dotar al sector de un nivel de segregación entre los flujos de distinto sentido que disminuya el riesgo de accidentes. Dado lo anterior, resulta claro el funcionamiento tardío del servicio (C. 22).

Por otra parte, el daño es causalmente imputable al órgano administrativo demandado, cuyo fundamento radica en que el accidente de tránsito tuvo por causa la falla en la adopción de medidas de seguridad proporcionadas al riesgo. En efecto, esa omisión es una causa jurídicamente idónea y necesaria para imputar responsabilidad, en la medida que es razonable deducir que el cumplimiento de las mismas habría evitado la producción del resultado dañoso; sin perjuicio de que sea una causa concurrente y conjunta del daño la imprudencia del conductor en la conducción del camión (C. 23).

CONCLUSIÓN

La Administración es responsable por los daños producidos en accidentes de tránsito ocurridos en carreteras concesionadas, cuando se cumple alguna o algunas de las siguientes hipótesis: a) excepcionalmente, cuando con motivo de la ejecución o explotación de la obra fiscal concesionada se ocasionen daños a terceros por medidas exclusivamente impuestas por el MOP; b) cuando se provoca daño debido a la ausencia de control y fiscalización de los deberes del concesionario, los que son establecidos por la Ley de Concesiones de Obras Públicas, su Reglamento, el Decreto de Adjudicación, las Bases de Licitación y las normas técnicas contenidas en los Manuales de Señalización y de Carreteras; y c) cuando, tratándose de una obra preexistente respecto de la cual el concesionario sólo tenía la obligación de mantenimiento, se producen daños por deficiencias viales derivadas de la omisión de los deberes de planeamiento, estudio, proyección, construcción, mejoramiento y defensa de la obra pública en cuestión.

IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta decisión es relevante porque explica de una manera extremadamente pedagógica las hipótesis bajo las cuales la Administración responde por los daños provocados en una carretera concesionada, considerando las hipótesis adicionales a las reguladas en

la Ley de Concesiones, distinguiendo razonablemente las obligaciones públicas que derivan de las obras previas construidas y mantenidas por el Estado.

TEXTO COMPLETO

Santiago, cinco de noviembre de dos mil trece.

Vistos:

En estos autos Rol Nº 10.819-2007 seguidos ante el Cuarto Juzgado Civil de San Miguel por sentencia de veintiocho de noviembre de dos mil once, se resolvió:

I.- Que se rechaza la alegación de falta de legitimación pasiva opuesta por el demandado.

II.- Que se acoge la demanda y se condena a la demandada al pago de las siguientes sumas:

a) $ 6.300.000 por indemnización de perjuicios por lucro cesante y $ 150.000.000 por daño moral en beneficio de los padres de Jeans David Vega Muñoz, esto es, Jorge Vega Muñoz y Corina Muñoz Aravena y de la hija del fallecido, la menor E.V., cuya custodia tienen sus abuelos paternos.

b) $ 20.000.000 por daño moral que deberán pagarse a Margarita Sáez Guerra, quien sufrió graves lesiones en el accidente carretero de autos.

c) $ 25.000.000 por daño moral en favor de la menor A.M.O. representada por su padre Guillermo Menares Sáez, quien resultó gravemente lesionada con riesgo vital.

En contra de dicha sentencia el demandado interpuso recurso de apelación.

La Corte de Apelaciones de San Miguel por sentencia de veintisiete de abril de dos mil doce, escrita a fojas 471, resolvió:

I.- Que se revoca la sentencia apelada en cuanto hizo lugar a la demanda de indemnización de perjuicios por lucro cesante y en lo relativo al pago de reajustes e intereses desde la notificación de la demanda. En lugar de lo resuelto se desecha dicha reparación y se declara que los reajustes se deben desde que la sentencia quede ejecutoriada, más los intereses desde que el deudor se constituya en mora.

II.- Que se confirma en lo demás apelado la referida sentencia.

En contra de dicha decisión la parte demandada dedujo recurso de casación en el fondo.

En los antecedentes del recurso es pertinente consignar que la demanda de indemnización de perjuicios fue deducida por Jorge Vega Muñoz, Corina Muñoz Aravena, Margarita Sáez Guerra y Guillermo Menares Sáez en representación de su hija A.M.O. en contra del Fisco de Chile por la responsabilidad que le corresponde al Estado como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el día 6 de diciembre de 2005 en el Puente Maipo. Funda la acción en lo siguiente:

1) El día 6 de diciembre del año 2005, aproximadamente a las 16:50 horas, Mario Pino conducía un camión por primera pista de circulación de la carretera Panamericana hacia el sur y en circunstancias que transitaba por el Puente Maipo colisionó al vehículo que le antecedía conducido por Margarita Sáez, quien iba junto a su nieta A.M.O., de 6 años de edad.

2) Debido al mal estado de la ruta y a la falta de barreras de protección y separadora, el conductor del camión desvió su desplazamiento hacia la vía izquierda, en maniobra evasiva, colisionando con las ruedas posteriores del costado derecho del camión al referido vehículo y acto seguido continuó su desplazamiento hacia el sur oriente, traspasando el eje de la calzada, lo que derivó en su ingreso

a la pista contraria y que colisionara al bus conducido por Juan Lira, quien transitaba hacia el norte, impactándolo en el tercio izquierdo medio, quedando detenido el camión en dirección nororiente, mientras que el bus por proyección chocó y traspasó la baranda del puente lateral, cayendo al lecho del río a un desnivel de profundidad luego de volcarse.

3) Producto de lo anterior fallecieron el conductor del camión Mario Pino, el conductor del bus Juan Lira, el auxiliar del mismo Jeans Vega y dos pasajeros, resultando veintiún pasajeros del bus con lesiones de diversa gravedad. A su turno, la niña A.M.O. quedó con daños neurológicos y su abuela Margarita Sáez Guerra resultó con graves lesiones (TEC abierto).

4) Si bien la causa directa del accidente fue la imprudencia del chofer del camión, estos hechos no se habrían producido si el Puente Maipo hubiese tenido las medidas de seguridad y de prevención de accidentes que se exigen, atendida su estructura y las condiciones modernas de carreteras de alta velocidad y concurrencia.

5) El Estado debe asumir los costos de mantención de todas aquellas autopistas y puentes que quedan bajo su jurisdicción territorial, más si se trata de obras no licitadas. Detalla que el Puente Maipo se encuentra entre dos autopistas concesionadas, la Autopista Central hacia el norte y la Autopista del Maipo hacia el sur, quedando el Puente excluido de ambas concesiones.

6) Asegura que el Puente referido se encuentra en pésimas condiciones de mantención, carece de iluminación, existen hoyos y desniveles y lo que es peor carece de separación entre las pistas contrarias y de barreras o barandas adecuadas que contengan o impidan la caída de un vehículo a la ribera del río.

7) Hay una deficiente prestación del servicio, toda vez que tratándose de un puente emplazado dentro de un sistema de supercarreteras, éste debe contar con barreras de separación y de protección acordes para evitar los impactos frontales y las caídas a la ribera del río.

La contestación de la demanda expresó que la causa del accidente se debe únicamente a la conducta imprudente del chofer del camión. En subsidio, alegó que el Fisco carece de legitimidad pasiva fundado en que al concesionar la Ruta 5 tramo Santiago–Talca, el puente fue entregado en concesión a la Concesionaria Autopista del Maipo como una "obra preexistente, por lo que dicha entidad asumió su mantención y conservación, conforme al Decreto Nº 859 de 30 de junio de 1998 del Ministerio de Obras Públicas, de manera que cualquier acto u omisión sólo puede ser imputable a la Concesionaria por aplicación del artículo 35 del Decreto Nº 900, que le impone el deber de responder de los daños causados a terceros durante la ejecución o explotación de la Concesión.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurso de nulidad sustancial denuncia que la sentencia impugnada no aplicó lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Concesiones, Decreto Nº 900 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley Nº 164 de 1991, en relación con el artículo 19 del Código Civil. Expresa que el citado artículo 35 dispone: "El concesionario responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionaren a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato. Esgrime que, por consiguiente, el Fisco no es legitimado pasivo, puesto que la responsabilidad por daños en una vía concesionada es de exclusiva responsabilidad de la concesionaria y no del Fisco.

Segundo: Que, en segundo lugar, el recurso acusa que la sentencia impugnada conculcó el artículo 17 de la Ley Nº 19.474 en relación con el artículo 1º del Decreto Nº 900, puesto que la referencia que hizo el fallo corresponde en realidad al artículo 18 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 850, Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, a su vez infringido, en relación con el artículo 13 del Código Civil. Afirma que el citado artículo 18 inciso primero párrafo final dispone que: "...La conservación y reparación de las obras entregadas en concesión, serán de cargo de los concesionarios y el inciso quinto señala: "Le corresponderá también la aprobación y fiscalización del estudio, proyección y construcción de puentes y badenes..., esto es, la norma no alude a la responsabilidad en la explotación de las obras. Indica que el artículo 1º del Decreto Nº 900 deja en claro que lo atingente a la ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales, como licitaciones o concesiones que deben otorgarse se han de regir por ese mismo cuerpo legal, su reglamento y bases de licitación. Expresa que la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y la Ley de Concesiones de Obras Públicas dejan en claro quién debe responder en caso de producirse daños en una obra concesionada y en esa concesión se entienden comprendidas las obras preexistentes.

Luego esgrime que la infracción legal se presenta también en relación con lo previsto en el artículo 13 del Código Civil, toda vez que las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma cuando entre las unas y las otras hubiere oposición; por ende, siendo la Ley de Concesiones, específicamente su artículo 35 y el artículo 18 inciso primero (citado en el fallo como artículo 17) del Decreto con Fuerza de Ley Nº 850 disposiciones especiales, éstas han de primar sobre cualquier otra norma en materia de responsabilidad por daños en vías concesionadas.

Tercero: Que, en tercer lugar, el recurso de nulidad plantea que la sentencia impugnada infringió el artículo 42 de la Ley Nº 18.575 en relación al artículo 19 del Código Civil, toda vez que no hay culpa del Servicio en el accidente de tránsito sub lite, puesto que las lesiones de los accidentados fueron causadas por el impacto por alcance del camión que circulaba atrás del automóvil guiado por Margarita Sáez y que prosiguió, traspasando el eje central demarcado del puente y que se estrella con un bus que transita en sentido contrario, el que cae al lecho del río al trasponer las barreras laterales. Afirma que la conducta del conductor del camión configura una infracción a la Ley de Tránsito y constituye tanto la causa basal del accidente como la causa eficiente y adecuada para producir los resultados dañosos.

Por otra parte, asegura que la ausencia de una barrera separadora en vías de doble sentido no configura por sí una falta de servicio, por lo que es un error del fallo suponer que esa falta se presenta por la supuesta ausencia de control o fiscalización respecto de las obras que ejecuta o explota la concesionaria, ello porque la obra se encontraba concesionada y por lo tanto la explotación corre por cuenta de una concesionaria. Indica que la supervigilancia en el desarrollo de la concesión no significa que el Estado pase a ser responsable y garante de cualquier accidente que ocurra en la explotación de la misma, más aun existiendo norma expresa acerca de quién debe responder frente a consecuencias dañosas en una vía concesionada.

Cuarto: Que, en cuarto término, el recurso acusa que el artículo 1698 del Código Civil fue infringido, por cuanto no existe prueba que acredite la falta de servicio, particularmente los defectos de que podía adolecer el puente en cuestión y el fallo no invoca medio de prueba legal alguno para acreditar la responsabilidad estatal.

Asimismo, alega que el fallo estableció la falta de servicio alterando la carga de la prueba, cuando manifiesta que quien alega lo normal, lo común, lo corriente, no tiene el peso de la prueba y que lo normal sería que la vía sobre el Puente Maipo hubiese estado separada en sus pistas, como corresponde a una carretera de alta velocidad. Sin embargo, plantea que la inexistencia de una barra separadora no es una causa suficiente para producir la muerte y lesiones de las víctimas, puesto

que resulta que lo normal es que si un pesado camión impacta por atrás a un vehículo y transita a exceso de velocidad ni aunque exista un cable o barra separadora se dejan de producir las graves consecuencias del hecho.

Quinto: Que es necesario consignar que la sentencia de primera instancia –reproducida por la de segundo grado– estableció como hechos de la causa los siguientes:

1) La muerte de Jeans Vega Muñoz y las lesiones graves experimentadas por las demandantes "fueron producto del accidente ocurrido el 6 de diciembre del 2005, a la altura del kilómetro 30 de la Carretera Panamericana en dirección al sur, cuando momentos en que transitaba por el Puente Maipo el vehículo placa patente FN-8338 conducido por doña Margarita del Carmen Sáez Guerra, quien viajaba junto a su nieta la menor A.M.O. de seis años de edad, se desplazaban hacia el sur siendo colisionadas por el camión placa patente AX-7277, conducido por Mario Segundo Pino Reyes (Q.E.P. D), quien desvió el camión que conducía hacia la vía izquierda, en maniobra evasiva, colisionando con las ruedas posteriores del costado derecho de su estructura al vehículo conducido por la demandante, siguiendo su desplazamiento en rodaje libre hacia el sur-oriente traspasando el eje de la calzada, la que se encontraba demarcada con una línea continua dibujada en el piso, sin barreras que impidieran su traspaso, derivando esta circunstancia en el ingreso a la pista contraria del camión colisionando al bus placa patente LT-5336, marca modelo Mercedes Benz, conducido por Luis Edmundo Rivero Ferrada (Q.E.P. D)., el que transitaba desde el sur hacia el norte, impactándolo, el cual por proyección chocó y traspasó la baranda del puente lateral, cayendo al lecho del río a un desnivel de profundidad luego de volcarse, falleciendo además del conductor del bus dos pasajeros y el auxiliar del bus Jeans David Vega Muñoz (considerando decimosexto). Sobre el mismo hecho el fallo agrega "...se estableció la ocurrencia de los hechos alegados por el actor en orden a la ocurrencia del accidente carretero con graves consecuencias para sus representados, siendo para uno de ellos con resultado de muerte y las lesiones que éstos sufrieron a consecuencia de estos hechos (considerando vigésimo primero numeral 1).

2) "Respecto del lugar donde ocurrieron los hechos, éste corresponde a una vía pública que forma parte del tramo de una Autopista, con características de alta velocidad, con gran concurrencia de tráfico ya que conecta el centro con el sur del país y el cual tiene sus años de construcción, habiéndose entregado como una obra preexistente a la Sociedad Concesionario Autopista del Maipo S.A., a través del D.F.L. Nº 859 de 30 de junio de 1998, el que entregó la concesión a dicha concesionaria para la Ruta 5, Tramo Santiago-Talca y acceso sur de Santiago. (considerando decimoctavo).

3) "El tramo en que se encuentra ubicado el Puente Maipo fue entregado en concesión a la Concesionaria Autopista del Maipo en el año 1998, adjudicándose la concesión para la ejecución, conservación y explotación de las obras fiscales comprendidas entre los Kms. 29,014 a 219,490 de la ruta 5 Sur, las obras correspondientes al Acceso Sur a Santiago y las obras del By Pass Rancagua entre los kms. 66,76 y 94,829 de la Ruta 5 Sur, formando parte de esta concesión las normas legales del D.S. MOP Nº 900, D.F.L. Nº 164, D.S. MOP Nº 240 y D.F.L. MOP Nº 850, quedando claro que entre las obras entregadas existían obras nuevas y preexistentes, como en caso del Puente Maipo, el que tenía ya varias deficiencias (considerando vigésimo primero número 3).

4) "El Puente Maipo, de acuerdo al contrato de Concesión, se encuentra a cargo de la Concesionaria Autopista del Maipo, quien realizó las inspecciones previas encontrando varias deficiencias, referentes a faltas de cubre juntas de expansión metálicas, pavimento asfáltico con fisuras y grietas, hitos tubulares en la separación de las calzadas quebrados o arrancados, fisuras de las losetas, barandas deformadas y sueltas en algunos puntos y oxidación de material (considerando vigésimo primero número 4).

5) "Quedan acreditadas las deficiencias que tenía el Puente Maipo al ser entregado en concesión a la Autopista del Maipo en el año 1998 y las deficiencias que presentaba a la época de ocurrido el accidente carretero el día 6 de diciembre del 2005 (considerando vigésimo primero número 5).

Sexto: Que sobre la base de tales presupuestos fácticos la juez de la causa desarrolló las siguientes consideraciones jurídicas:

1) Luego de transcribir el artículo 1º del Decreto con Fuerza de Ley Nº 850, indicó que de acuerdo al sistema de concesiones previstos en los artículos 87 y siguientes del mismo cuerpo legal, el Ministerio de Obras Públicas "ha procedido a ejecutar numerosas obras públicas fiscales, mediante contratos adjudicados en licitación pública a privados, a cambio de la concesión temporal de su explotación, la que debe someterse a la normativa legal vigente, debiendo cumplir una serie de requisitos técnicos, definidos básicamente por la ingeniería civil de obras, ciencia que se encuentra en constante evolución adaptándose a los tiempos que corren, así se puede observar el paulatino reemplazo del sistema de rotondas, por el sistema de pasos desnivelados en ramal, como una nueva solución vial, permitiendo una mayor fluidez del tránsito y de seguridad vial; o la colocación de medianeras entre pistas de distinto sentido; la construcción de calles de servicio para aislar el tráfico local de las autopistas, etc., siendo necesario expresar que las características técnicas específicas de las obras, no tienen una regulación legal, sólo están dadas por los contratos de obra o de concesión de obra pública fiscal y por normas de carácter reglamentario (considerando decimoséptimo).

2) Agrega el fallo: "Que la instalación, mantención, señalética y reparación de las zonas de libre tránsito en las zonas urbanas corresponderá al Municipio de la respectiva comuna, pero la misma obligación tendrá la Dirección de Vialidad respecto de las vías sujetas a su cuidado y que aun cuando dichas rutas se encuentren concesionadas y sujetas a las obligaciones contractuales a que se sujetan las Concesionarias, dicha circunstancia no altera la naturaleza de la autopista de vía pública, toda vez que la prevención y seguridad de la población recaen directamente sobre el Estado, quien es el garante de estos derechos, no estando en el espíritu de la ley de concesiones, establecer modificaciones en la normativa general de responsabilidad civil (fundamento decimoctavo).

3) En el considerando vigésimo segundo la magistrado del mérito señala a la letra: "Que no obstante tener la Autopista del Maipo la Concesión del Puente Maipo y haberse comprometido a realizar los trabajos necesarios para su mejor funcionamiento, obligándose a su reparación, no cumplió en forma óptima quedando demostrado aquello con los antecedentes consignados en la carpeta investigativa del accidente, de la Fiscalía de San Bernardo; pese a ello no es menos cierto que el Estado en su calidad de garante de los derechos de las personas, tiene la obligación de supervigilar y controlar que la ejecución de las obras entregadas a las Concesionarias sean ejecutadas en la mejor forma posible y cumpliendo las normativas legales, como por ejemplo la obligación de tener barras (sic) separadoras en las calzadas de doble vía, lo que en la especie no ocurría; así la inspección y supervigilancia de las faenas ejecutadas en obras fiscales, no obstante haberse concesionado el tramo en el cual se encuentra ubicado el Puente Maipo, recae sobre el Estado debiendo cumplir responsablemente su rol de contralor, debiendo asegurar el bien común y en este caso el de los usuarios de la carretera, debiendo como consecuencia de ello conservar y mejorar los espacios comunes, se hayan o no entregado al Sistema de Concesiones que licita a través del Ministerio de Obras Públicas y debiendo además vigilar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas por las Concesionarias, en este caso Autopista del Maipo, la que se encontraba ejecutando obras fiscales, las que no pierden su carácter de tal pasando a ser privadas por el hecho de ejecutarlas la Concesionaria, por lo que el Estado deberá cumplir un rol diligente de "Empresario para el desarrollo de los proyectos viales en aquellos casos en que ha contado con la inversión privada (…). "Así las cosas, la responsabilidad del Estado escapa al ámbito de la responsabilidad común, en atención a la función que este cumple en la sociedad. Así en el simple ámbito civil se exige dolo o culpa del sujeto que

ha provocado un daño a un tercero, en cambio en la –responsabilidad que compete al Estado por falta de servicio– se prescinde de aquellos elementos, bastando para su procedencia, el solo hecho que la víctima acredite el daño causado por la acción u omisión de un tercero, reconociendo este tipo responsabilidad (sic) nuestra Carta Fundamental en los artículos 6º, 7º, 19 Nºs. 20, 24 y 38, estableciéndola como una garantía fundamental institucional, correspondiendo al legislador con pleno respeto de lo garantizado institucionalmente por esta última disposición, establecer el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, tal como lo hace el artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, para la generalidad de los organismos que la integran, al consagrar la falta de servicio, como factor que permite hacer efectiva, la responsabilidad del Estado.

4) "Que entre la naturaleza de los daños y la acción del conductor del camión que produjo el accidente, existe una evidente y clara relación de causalidad y efectos que permiten establecer con toda precisión la responsabilidad del Estado en las consecuencias producidas a raíz del accidente, consecuencias que de haberse actuado diligentemente, en su oportunidad por los agentes estatales, se habrían podido aminorar y los resultados podrían haber sido considerablemente menos graves (considerando vigésimo tercero).

5) Enseguida el fallo afirma textualmente: "Que el artículo 17 de la Ley Nº 19.474 (sic), sobre Construcción y Conservación de Caminos, dispone que a la Dirección de Vialidad le corresponde la aprobación y fiscalización de estudios, proyección y construcción de puentes y badanes urbanos en cauces naturales de corrientes de uso público, teniendo a su cargo la construcción de puentes urbanos cuando se lo encomienden las respectivas Municipalidades, conviniendo con ellas el financiamiento correspondiente.

6) Agrega que el Decreto Nº 900 en su artículo 1º dispone que la ejecución, reparación o conservación de obra públicas fiscales por el sistema establecido en el artículo 87 del Decreto Supremo Nº 294 de 1984 del Ministerio de Obras Públicas, las licitaciones y concesiones que deban otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios o respecto del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan, se regirán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley, su reglamento y las bases de licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto. Asimismo el artículo 60 del decreto en comento relativo a la vigilancia, en su Nº 1 señala que en el plazo que dispongan las bases de licitación, contado desde la ocupación material de uno o más terrenos correspondientes a la concesión, el concesionario deberá cercarlo bajo supervisión del MOP, en forma (sic) que indiquen las bases de licitación. (…). "A su vez el artículo 63 del cuerpo legal ya referido, dispone que" el concesionario será responsable del cumplimiento cabal, íntegro y oportuno del contrato de concesión, de la correcta ejecución de los proyectos y de las obras y del cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en el contrato de concesión, sin perjuicio de las funciones de dirección y control que corresponden al Ministerio de Obras Públicas (…). "Por otra parte las normas en comento, dejan en claro y de manifiesto la función de supervisión, control, inspección y vigilancia que le compete al Estado respecto de las obligaciones asumidas por las empresas concesionarias, no eximiéndolo de su función social y de garante de los derechos de las personas, por el hecho de haber sido entregada la ejecución de obras fiscales, a inversiones privadas.

7) Refiriéndose a la falta de legitimación pasiva planteada por la demandada, el fallo de primera instancia descarta esa defensa fundado en que "al Fisco le afecta una responsabilidad, derivada de su calidad de garante de los derechos de los ciudadanos de este país, como ya se señaló, asistiendo a las partes el derecho de demandar directamente al órgano Administrativo, por falta de servicio sin que sea necesario acreditar culpa o dolo.

Finaliza señalando que concurren los presupuestos del estatuto de la responsabilidad hecha valer en la demanda, derivándose a la responsabilidad del Estado por falta de servicio, es decir, la omisión o la ausencia del "debido servicio, cuando" no se cumple o cuando "se cumple en forma deficiente o tardía.

Séptimo: Que, a su turno, la Corte de Apelaciones de San Miguel, agregó los siguientes fundamentos:

1) Corresponde dilucidar si existe responsabilidad del Fisco por su falta de servicio al no ejercer su rol de control y fiscalización de la obra concesionada y si ello ha producido daño a los actores que deba ser indemnizado.

2) Aun cuando la ruta se encuentre concesionada, dicha circunstancia no altera la naturaleza de la autopista de vía pública, recayendo la prevención y seguridad directamente en el Estado. El Estado en su calidad de garante de los derechos de las personas tiene la obligación de supervigilar y controlar que la ejecución de las obras entregadas a las concesionarias sea ejecutada en la mejor forma posible y cumpliendo las normativas legales, como por ejemplo, tener barras separadoras en las calzadas de doble vía.

3) Entre los daños ocasionados y la acción del conductor del camión que produjo el accidente existe relación de causalidad; sin embargo, las consecuencias de haber actuado el Estado diligentemente, es decir, sin que hubiera existido falta de servicio, habría podido aminorar notablemente los efectos del accidente, encontrándose claramente establecido en la Ley Nº 18.575, la que señala que los entes públicos son responsables cuando ha existido falta de servicio.

4) Uno de los grandes principios probatorios en materia civil es el de la normalidad, según el cual quien alega lo normal, lo común, lo corriente, lo ordinario, no tiene el peso de la prueba, el que por el contrario corresponde al que sostiene lo extraordinario, lo anormal, lo excepcional. En la situación, lo normal es que si la vía sobre el Puente Maipo hubiese estado debidamente separada en sus pistas, como corresponde a una carretera de alta velocidad, las consecuencias del hecho habrían sido menores y aunque se encuentre entregado en concesión, no es menos cierto que se trata de una obra preexistente, en un bien nacional de uso público donde el Estado tiene obligación constitucional y legal de control y supervigilancia específica sobre el bien, la obra y el desarrollo de la concesión y en general en su calidad de garante de los derechos las personas.

5) El artículo 17 de la Ley Nº 19.474 (sic) dispone que a la Dirección de Vialidad le corresponde la aprobación y fiscalización de estudios, proyección y construcción de puentes y el Decreto Nº 900 en su artículo 1º establece que la ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales por el sistema establecido en el artículo 87 del Decreto Supremo Nº 294 de 1984, agregando el artículo 63 que las funciones de dirección y control le corresponden al Ministerio de Obras Públicas.

6) En la especie, el Estado incurrió en una omisión o en ausencia del servicio que debió prestarse o cuando no se cumple o se efectúa de forma deficiente o tardía, resultando indiferente la evaluación subjetiva del agente público para que la víctima tenga derecho a ser indemnizada, bastando que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño que se ha producido, siempre quedando la posibilidad de que el Estado pueda repetir contra quien corresponda.

7) Finalmente expone que el sufrimiento y aflicción que han padecido los actores a raíz de los hechos establecidos se encuentra acreditado.

Octavo: Que las cuestiones que propone el recurso de casación en el fondo implican definir dos importantes asuntos:

1) Determinación de las hipótesis en que el Fisco de Chile responde civilmente por los daños causados en carreteras concesionadas, con la particularidad de que en el caso sub lite el puente Maipo –lugar del accidente– corresponde a una obra entregada en concesión en calidad de obra "preexistente.

2) Si el Ministerio de Obras Públicas se encontraba jurídicamente obligado, a la época de los hechos, a adoptar medidas para evitar accidentes viales en el Puente Maipo, particularmente barreras separadoras o medianeras; y en caso afirmativo si hay relación de causalidad entre alguna omisión de medidas y los perjuicios invocados. En otras palabras, si alguna deficiencia vial contribuyó causalmente a la producción del accidente.

Noveno: Que para contextualizar esos cuestionamientos hay que tener presente que la demanda imputa al Fisco de Chile responsabilidad por falta de servicio con arreglo a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley Nº 18.575, esto es, cuando el servicio ha funcionado deficientemente, no ha funcionado debiendo hacerlo o lo ha hecho en forma tardía.

Décimo: Que para comenzar el análisis conviene reseñar las normas que conforman el estatuto orgánico del Ministerio de Obras Públicas y que ayudan a clarificar cuáles son las funciones y deberes que tanto el legislador como la normativa reglamentaria que la complementa encarga a dicho organismo en relación a la materia.

En el señalado orden de ideas, corresponde transcribir los artículos 1º y 18 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 850, publicado en el Diario Oficial el 25 de febrero de 1998, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 15.840 y el Decreto con Fuerza de Ley Nº 206 de 1960.

En efecto, el artículo 1º preceptúa: "El Ministerio de Obras Públicas es la Secretaría de Estado encargada del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales y el organismo coordinador de los planes de ejecución de las obras que realicen los Servicios que lo constituyen y de las demás entidades a que se refieren los artículos 2º y 3º de esta Ley.

A su turno, el artículo 18 inciso primero indica: "A la Dirección de Vialidad corresponderá la realización del estudio, proyección, construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación y señalización de los caminos, puentes rurales y sus obras complementarias que se ejecuten con fondos fiscales o con aporte del Estado y que no correspondan a otros Servicios de la Dirección General de Obras Públicas. La conservación y reparación de las obras entregadas en concesión, serán de cargo de los concesionarios.

El artículo 87 autoriza al Ministerio de Obras Públicas para ejecutar obras públicas mediante el sistema de concesiones. Señala al respecto:

"Las obras públicas fiscales podrán ejecutarse, asimismo, mediante contrato adjudicado en licitación pública nacional o internacional, siempre que esta última no afecte la seguridad nacional, a cambio de la concesión temporal de su explotación o la de los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan. Las concesiones tendrán la duración que determine el decreto supremo de adjudicación, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, sin que en caso alguno puedan ser superiores a 50 años.

"La reparación, o mantención de obras públicas fiscales podrá ser objeto de contrato de concesión conforme a lo dispuesto en este artículo.

"Asimismo, podrán otorgarse concesiones para la explotación, que incluyan reparación, ampliación, conservación o mantenimiento, según corresponda, de obras ya existentes, o de terrenos u obras comprendidos en las fajas de los caminos públicos, con la finalidad de obtener fondos para

la construcción de otras obras nuevas que se convengan, respecto de las cuales no exista interés privado para realizarlas conforme a las normas relativas al sistema de concesiones, regulado por el Decreto con Fuerza de Ley Nº 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas.

Respecto de la obligación de inspección y fiscalización, el artículo 22 letra k) prescribe:

"Sin perjuicio de las atribuciones y deberes del Director General, corresponderá a los Directores, en lo que respecta a los Servicios a su cargo: k) Fiscalizar la ejecución de los estudios, proyectos y obras.

Undécimo: Que el marco legal se complementa con lo dispuesto en el artículo 169 inciso quinto de la Ley Nº 18.290, Ley de Tránsito, al establecer que: "La Municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización. En este último caso, la demanda civil deberá interponerse ante el juez de letras en lo civil correspondiente y se tramitará de acuerdo a las normas del juicio sumario.

Duodécimo: Que siguiendo con el desarrollo de la materia, el Decreto Nº 900 del Ministerio de Obras Públicas, dado a conocer en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 1996 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley Nº 164 de 1991, llamado Ley de Concesiones de Obras Públicas, contiene una serie de disposiciones relativas a la obligaciones del Ministerio de Obras Públicas. Es así como el artículo 29 inciso segundo dispone:

"Corresponderá a la Dirección respectiva del Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario, de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción, como en la explotación de la obra.

Es necesario además referirse a los artículos 23, 24 y 35 de la Ley previamente citada, porque ayudan a distinguir tanto las obligaciones del concesionario con las del Ministerio de Obras Públicas, como la responsabilidad que recae por su incumplimiento.

El artículo 23 preceptúa: "El régimen jurídico durante la fase de explotación será el siguiente:

"1.- El concesionario deberá conservar las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización, y

"2.- La continuidad de la prestación del servicio le obligará, especialmente:

"a) Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras, salvo que la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o de urgente reparación, y

"b) Prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales, debidas a caso fortuito o fuerza mayor, cuyos efectos serán calificados por los contratantes, conviniendo las medidas que sean necesarias para lograr la más rápida y eficiente reanudación del servicio. El valor de las obras será acordado entre los contratantes y, a falta de acuerdo, las partes podrán recurrir a un peritaje, que determinará, ajustándose a lo que indiquen las bases de licitación, la calificación, medidas o evaluación, según el caso. Las partes concurrirán al pago del precio según los términos del contrato de concesión.

A su vez, el artículo 24 dispone: "El concesionario deberá velar por la perfecta aplicación de las normas y reglamentos sobre uso y conservación de las obras concedidas.

Finalmente, el artículo 35 mandata: "El concesionario responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionaren

a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato.

Decimotercero: Que para culminar el repaso de la preceptiva que se refiere a la primera cuestión de fondo que plantea la controversia, debe tenerse en cuenta el Reglamento del Decreto con Fuerza de Ley MOP Nº 164, contenido en el Decreto Nº 956 del Ministerio de Obras Públicas de 6 de octubre de 1996 publicado en el Diario Oficial de 20 de marzo de 1999. A este respecto, el artículo 38 al tratar del "Inspector Fiscal expresa que:

"1.- El MOP nominará un inspector fiscal en el plazo de 15 días desde la publicación del decreto de adjudicación en el Diario Oficial.

"2.- Toda comunicación y relación entre el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas se canalizará a través del inspector fiscal, sin perjuicio de las instancias de apelación establecidas en la Ley de Concesiones, el presente Reglamento o en las bases de licitación correspondientes.

A su turno, el artículo 62 dispone:

"Daños a terceros.

"1.- La sociedad concesionaria deberá adoptar, durante la concesión, todas las medidas para evitar daños a terceros y al personal que trabaja en la obra. Igualmente deberá tomar todas las precauciones para evitar daños a la propiedad de terceros y al medio ambiente durante la concesión de la obra.

"2.- La sociedad concesionaria será la única responsable de todo daño, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra y de su explotación se cause a terceros, al personal de la obra, a la propiedad de terceros o al medio ambiente, a menos que el daño sea exclusivamente imputable a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas después de la publicación del decreto supremo de adjudicación en el Diario Oficial.

En tanto, el artículo 63 indica: "Responsabilidad del concesionario. El concesionario será siempre responsable del cumplimiento cabal, íntegro y oportuno del contrato de concesión, de la correcta ejecución de los proyectos y de las obras y del cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en el contrato de concesión, sin perjuicio de las funciones de dirección y control que corresponderá al Ministerio de Obras Públicas.

Además, cabe tener en cuenta que tanto en la etapa de construcción como en la de explotación de la obra concesionada el inspector fiscal tiene una serie de funciones y atribuciones relativas a su inspección y vigilancia:

El artículo 39 del Reglamento expresa: "Durante la etapa de construcción el inspector fiscal fiscalizará el desarrollo del contrato de concesión y tendrá todas las funciones y atribuciones que señalen las bases de licitación, con al menos las siguientes:

"a) Inspeccionar y aprobar los diseños, planos, estudios y especificaciones del proyecto;

"b) Fiscalizar el cumplimiento de las especificaciones y normas técnicas sobre la construcción de las obras;

"c) Fiscalizar el cumplimiento del plan de trabajo propuesto por la sociedad concesionaria;

"d) Fiscalizar el cumplimiento de las normas de seguridad;

"e) Fiscalizar el cumplimiento de las normas de calidad;

"f) Entregar a la DGOP los reportes que esta Dirección solicite en relación a la gestión de la concesión durante la etapa de construcción;

"g) Revisar la información estadística entregada por la sociedad concesionaria;

"h) Proponer al director respectivo compensaciones o realización de obras adicionales en la forma indicada en el artículo 68 del presente Reglamento;

"i) Entregar los terrenos necesarios para la construcción de las obras, previstos en las bases de licitación, con la debida anotación en el Libro de Obra;

"j) Proponer la aplicación de las multas que correspondan, en virtud del contrato de concesión;

"k) Fiscalizar y velar por el cumplimiento de los aspectos jurídicos, contables y administrativos y, en general, cualesquiera otros que emanen de los documentos del contrato;

"l) Dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión;

"m) Revisar y proponer al director respectivo la aprobación del reglamento de servicio de la obra.

"n) Cualesquiera otras establecidas en las bases de licitación.

Finalmente, el artículo 40 del Reglamento señala: "Durante la etapa de explotación, el inspector fiscal fiscalizará el contrato de concesión y tendrá todas las funciones y atribuciones que señalen las bases de licitación, con al menos las siguientes:

"a) Entregar a la DGOP (Dirección General de Obras Públicas) los reportes que esta dirección solicite relativos a la gestión de la concesión;

"b) Realizar los análisis pertinentes de los antecedentes que debe entregar la sociedad concesionaria;

"c) Fiscalizar el cumplimiento de las normas técnicas sobre la conservación de las obras;

"d) Fiscalizar el cumplimiento del plan de trabajo;

"e) Fiscalizar el cumplimiento de las normas técnicas sobre la operación de las obras;

"f) Fiscalizar el cumplimiento del reglamento de servicio de la obra;

"g) Fiscalizar el cumplimiento del cobro de tarifas;

"h) Fiscalizar el cumplimiento de las condiciones económicas de la licitación;

"i) Proponer la aplicación de multas;

"j) Fiscalizar y velar por el cumplimiento de los aspectos jurídicos, contables, administrativos y, en general, de cualesquiera otros que emanen de los documentos del contrato;

"k) Todas las que corresponden al Inspector Fiscal de la etapa de construcción relacionadas con la ingeniería de los proyectos y la construcción cuando se realicen obras durante la fase de explotación;

"l) Fiscalizar el cumplimiento de las exigencias ambientales del proyecto;

"m) Dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión;

"n) Cualesquiera otras establecidas por las bases de licitación.

Decimocuarto: Que en lo relativo al tratamiento de la infraestructura preexistente entregada en concesión, como el Puente Maipo, el artículo 45 Nº 1 del mencionado Reglamento señala:

"Infraestructura que se entrega a la Sociedad Concesionaria.

"1.- En el caso que el MOP proporcione a la sociedad concesionaria infraestructura preexistente, ésta se entenderá entregada en el estado en que se encuentre en el momento de la entrega del terreno o de las instalaciones, y será responsabilidad del concesionario cumplir con las obligaciones que, con respecto a las mismas, señalen las bases de licitación.

La norma aludida es relevante porque la Resolución Nº 859 de 30 de junio de 1998 del Ministerio de Obras Públicas, a que se refiere el fallo, (agregada a fojas 167) que adjudica el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de las obras públicas fiscales denominada "Concesión Internacional Ruta 5 Tramo Santiago Talca y Acceso Sur a Santiago a los licitantes que indica, resuelve también entregar la infraestructura preexistente en el estado en que se encuentre, expresándose que desde ese momento la Sociedad Concesionaria será responsable de mantener, conservar y operar, según sea el caso, las obras preexistentes en condiciones de seguridad y transitabilidad, aún éstas deban ser demolidas o aprovechadas sólo parcialmente en el proyecto, con el fin de dar al usuario un nivel de seguridad y confort compatible con lo dispuesto en 1.6.12, 1.7.2.6 y 1.7.2.8 de la Bases de Licitación durante toda la Etapa de Construcción de las Obras. Para la mantención y conservación de las obras preexistentes, la Sociedad Concesionaria podrá utilizar el plan propuesto en su Oferta Técnica según 1.3.3 letra B), número 6) de las Bases de Licitación, hasta la aprobación por parte del Inspector Fiscal del Programa de Conservación de las Obras señalado en 1.7.2.3 de las Bases de Licitación. En todo caso la Sociedad Concesionaria será responsable de subsanar cualquier deficiencia aunque no se haya incluido en el Plan presentado en su Oferta Técnica.

Asimismo, por Oficio Nº 4761 de 28 de diciembre de 2010 el Coordinador de Concesiones de Obras Pública declara que conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.2.3 de las Bases de Licitación del contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada Concesión Internacional Ruta 5 Tramo Santiago-Talca y Acceso Sur a Santiago, adjudicado mediante Decreto Supremo MOP Nº 859 de fecha 30 de junio de 1998, durante la etapa de construcción, Sociedad Concesionaria Autopista Central S.A. debió efectuar labores de mantenimiento en los puentes y pasos de ferrocarriles existentes indicados en la Tabla 2.32, dentro de ellos, el Puente Maipo.

Por último, cabe destacar que por Convenio Complementario Nº 7, de 1º de febrero de 2008, aprobado por Decreto Supremo MOP Nº 142 de fecha 11 del mismo mes, la sociedad concesionaria debió ejecutar las obras descritas en su Anexo Nº 2, que considera la instalación provisoria de un sistema de defensas camineras mediante cables postensados en la mediana del Puente Maipo, con el fin de dotar al sector de un nivel de segregación entre los flujos de distinto sentido, que disminuya el riesgo de accidentes.

Decimoquinto: Que las disposiciones legales y reglamentarias referidas deben ser interpretadas en su conjunto, de modo que el régimen jurídico de responsabilidad por daños producidos en carreteras sea visto de modo orgánico. En esa línea argumental, la responsabilidad del Fisco de Chile puede apreciarse en al menos tres hipótesis:

A.- Por excepción, cuando con motivo de la ejecución o explotación de la obra fiscal concesionada se ocasionen daños a terceros por medidas exclusivamente impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, ello por aplicación de la regla del artículo 35 del Decreto Nº 900 del Ministerio de Obras Públicas que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley Nº 164 de 1991.

B.- El Fisco responde por la ausencia de control y fiscalización de los deberes del concesionario. Esos deberes son los establecidos por la Ley de Concesiones de Obras Públicas, por su Reglamento, por su Decreto de Adjudicación y por las Bases de Licitación. Adicionalmente, por las normas técnicas contenidas en el Manual de Señalización y en el Manual de Carreteras.

Según se anticipó, el artículo 2.2.2.3 de las Bases de Licitación del contrato de concesión de la obra pública fiscal en cuestión, imponían respecto del Puente Maipo sólo efectuar labores de mantenimiento. Por ende, al tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, el Inspector Fiscal, durante la etapa de explotación, debía básicamente fiscalizar el cumplimiento de las normas técnicas sobre la conservación de las obras, dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión y en su caso proponer la aplicación de las multas.

Esta es la obligación que principalmente da por incumplida la sentencia recurrida y que, como consecuencia, acarrea la responsabilidad del Fisco. Pero, según se dijo, el deber de la sociedad concesionaria respecto de la infraestructura preexistente es de mantención y conservación. De esto resulta, de acuerdo a los hechos asentados, que el Inspector Fiscal faltó a la obligación de fiscalizar dicha mantención en el Puente Maipo, como queda de manifiesto cuando aparece que los hitos tubulares ubicados en la separación de las calzadas se encontraban quebrados o arrancados (considerando vigésimo primero número 4 del fallo de primera instancia).

C.- Una tercera hipótesis surge dado que el Puente Maipo es una obra preexistente y que la Sociedad Concesionaria por bases de licitación sólo tenía respecto de éste un deber de mantenimiento. En buenas cuentas, el puente fue incorporado tal cual a la concesión. En esas circunstancias y con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1º y 18 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 850, recaía en el Ministerio de Obras Públicas los deberes del planeamiento, estudio, proyección, construcción, mejoramiento y defensa de la obra pública fiscal en cuestión. En otras palabras, el Fisco es responsable de los daños causados por deficiencias viales que derivan de la omisión de esos deberes.

Decimosexto: Que en virtud de los razonamientos desarrollados no hay error de derecho por falta de aplicación del artículo 35 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, puesto que dicha disposición no resulta aplicable al caso, atendida la peculiar situación jurídica del lugar del accidente y en consideración a que los demandantes no atribuyen la causa de los daños al incumplimiento del deber de mantenimiento del Puente Maipo –a que se encontraba obligado el concesionario–, sino que a la infracción de los deberes del Ministerio de Obras Públicas relativos al diseño, mejoramiento y defensa del mismo, como a la supervigilancia de los deberes de la concesionaria, entre ellas, la de mantenimiento en condiciones de servir de acuerdo al diseño y construcción original del puente, la que fue necesario introducir para ese objeto, y que, en lo específico se relacionan con la ubicación de hitos tubulares emplazados en la separación de las calzadas.

Decimoséptimo: Que, ahora bien, dilucidada la primera cuestión de fondo, queda por definir si el Ministerio de Obras Públicas se encontraba jurídicamente obligado, a la época de los hechos, a adoptar medidas para evitar accidentes viales en el Puente Maipo, particularmente implementar barreras de contención; y en caso afirmativo, si la omisión de esas medidas contribuyeron causalmente a la producción del resultado dañoso.

Decimoctavo: Que desde luego si se aprecia la regulación de los deberes del Ministerio de Obras Públicas que se ha expuesto en los motivos precedentes, se infiere que esa preceptiva tiene por primera finalidad suprimir las causas que originen peligrosidad a los usuarios de las obras. Esto deriva del deber de seguridad que tiene el ente fiscal de adoptar medidas para precaver daños a la vida y a la integridad física de las personas. Empero, para determinar exactamente cómo se traduce este deber en reglas concretas, corresponde examinar en este caso las disposiciones reglamentarias y técnicas sobre la materia. En particular, se dará cuenta de las normas que contiene el Manual de Carreteras de la Dirección de Vialidad, que es un documento elaborado con el objeto de establecer las políticas y uniformar los procedimientos e instrucciones en las áreas técnicas en que ésta se desenvuelve, para cumplir su función de planificar, diseñar, construir, conservar y operar las carreteras

y caminos que componen la red vial del país de su tuición, junto con velar por la seguridad vial y protección ambiental.

Decimonoveno: Que en lo relativo a este último aspecto es necesario tener en cuenta que en septiembre de 2005, esto es, antes del accidente de tránsito materia de la demanda, se elaboró el Volumen Nº 6 del Manual de Carreteras denominado "Seguridad Vial, cuyo capítulo 6.500 está referido específicamente a "Sistemas de Contención Vial. Comienza el capítulo indicando que en él se definen los requerimientos para los diferentes sistemas de contención y un procedimiento de diseño que permita elegir los dispositivos adecuados, en concordancia con el nivel de riesgo y las características de los caminos y carreteras bajo la tuición de la Dirección de Vialidad. Se agrega que: "La finalidad principal de un sistema de contención es conseguir contener y redireccionar un vehículo fuera de control, considerando que el daño producido durante el impacto resulte menor que las consecuencias esperadas sin este elemento (…). "Por otro lado, un sistema de contención, también debe ser pensado como un medio eficiente para proteger otros usuarios de la vía como son los peatones y ciclistas, los que en diversas ocasiones requieren de un dispositivo que pueda mitigar los riesgos que involucra la interacción con los vehículos. El Manual clasifica los sistemas de contención de vehículos mediante la instalación de barreras, terminales de barreras, amortiguadores de impacto y pistas de emergencia. En el punto 6.501.301 se definen las barreras de contención como aquellos "elementos de contención cuya función principal es la de contener y redireccionar vehículos fuera de control, los que han abandonado la calzada de circulación y se desvían hacia sectores de riesgo para los diferentes usuarios de la vía y/o el medio ambiente aledaño (…). "Comprenden las barreras longitudinales laterales y centrales, además de las barreras de puentes, pasos superiores y viaductos ().. "Dentro del ámbito de las barreras de contención se definen los siguientes tipos: a) Según tiempo de uso: definitivas y provisorias; b) Según materiales utilizados: metálicas, hormigón, metal-madera y cables de acero; c) Según impacto: simple (contención por un lado) y dobles (contención por ambos lados) y d) Según el nivel de contención: liviano, medio, medio alto, alto y muy alto. El punto 6.502.2 expresa "Ámbito Normativo. En lo que respecta al ámbito normativo, para efectos de las barreras de contención, en este Capítulo, se entregan los criterios y especificaciones para el diseño e implementación de sistemas de contención, a ser aplicados en los caminos y carreteras bajo la tuición de la Dirección de Vialidad. En materia de parámetros de diseño se consideran los siguientes factores: energía de impacto, ancho de trabajo y tipo de vehículos, pero en cualquier caso se destaca que lo relevante es que la barrera sea capaz de contener y redireccionar los vehículos para los cuales fue diseñada, de acuerdo a la composición del tránsito esperado o proyectado. El punto 6.502.505 titulado "Barreras en Puentes y Estructuras indica: "Para el caso de estructuras como puentes o pasos superiores, en que el vehículo por ningún motivo debe traspasar la baranda, se deberá decidir directamente la utilización de una barrera con un nivel de contención MUY ALTO, la que se instalará monolítica con la losa estructural. Más adelante en el punto 6.502.704 se expone: "La disposición de barreras en medianas dependerá básicamente de los siguientes antecedentes: velocidad de proyecto, TMDA, ancho disponible, pendiente transversal y existencia de obstáculos (postes, cunetas, etc.).

Vigésimo: Que, por otra parte, en el análisis en concreto del estándar de conducta exigible al Ministerio de Obras Públicas debe tenerse en consideración el nivel de riesgo de accidentes viales en la circulación de los vehículos por el Puente Maipo en las condiciones existentes en el año 2005 y se concluirá que éste es alto, por cuanto el Puente Maipo se encontraba inserto en una carretera de alta velocidad, con un gran y permanente flujo de vehículos, sobre todo buses y camiones. De otro lado, es razonablemente previsible que en este tipo de carreteras se produzcan accidentes por encontrarse un vehículo fuera de control, de modo que aun haciendo abstracción de las variedades de diseño de los mecanismos de contención que contempla la normativa técnica, es indudable que la existencia de barreras medianeras como de barreras laterales de contención resultaba necesaria para la preven-

ción de accidentes viales en un puente inserto, según se ha dicho, en una carretera de alta velocidad. Sin embargo, igualmente, como se ha visto, el Ministerio de Obras Públicas no contempló ningún sistema de contención vial en el centro de la vía, la barrera lateral cedió ante la falta del retardador de velocidad y contención, por la fuerza del impacto, derivada de la velocidad del bus.

Vigésimo Primero: Que se debe tener en cuenta que la revisión de todos estos antecedentes se desarrolla en virtud de los principios de iuria novit curiat y de inexcusabilidad judicial consagrado en el inciso 3º del artículo 76 de la Carta Fundamental y en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, que obliga a los jueces a pronunciarse sobre el asunto o contienda sometido a su conocimiento aun a falta de ley que lo resuelva.

Vigésimo Segundo: Que, en conclusión, es inequívoco que pesaba sobre el Fisco de Chile el deber de seguridad en el diseño, mejoramiento, mantenimiento y defensa de la ruta concesionada, traducido en la especie en la implementación de barreras de contención considerado el alto riesgo de accidentes atendidos los factores que se han expuesto, conclusión a la que en definitiva llega el fallo impugnado, obligación que como se ha visto nace de los artículos 1º y 18 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 850 en correspondencia con las pautas normativas y técnicas entregadas en el Manual de Carreteras. En esas circunstancias, no resulta efectivo el yerro que se atribuye en el capítulo aludido.

Las aseveraciones precedentes están respaldadas por un claro antecedente: sólo en el año 2008 el Fisco de Chile, por Convenio Complementario Nº 7 de 1º de febrero de 2008, aprobado por Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas Nº 142 de 11 del mismo mes, encargó a la sociedad concesionaria ejecutar las obras que consideran la instalación provisoria de un sistema de defensas camineras mediante cables postensados en la mediana del Puente Maipo, con el fin de dotar al sector de un nivel de segregación entre los flujos de distinto sentido que disminuya el riesgo de accidentes.

De esta forma resulta palmario el funcionamiento tardío del servicio.

Vigésimo Tercero: Que además es pertinente afirmar que el daño es causalmente imputable al órgano demandado, cuyo fundamento radica en que el accidente de tránsito tuvo por causa la falla en la adopción de medidas de seguridad proporcionadas al riesgo. En efecto, esa omisión es una causa jurídicamente idónea y necesaria para imputar responsabilidad, en la medida que es razonable deducir que el cumplimiento de las mismas habría evitado la producción del resultado dañoso; sin perjuicio de que sea una causa concurrente y conjunta del daño la imprudencia del conductor en la conducción del camión.

Vigésimo Cuarto: Que en virtud de los razonamientos expresados, cabe concluir que en el presente caso asiste responsabilidad por falta de servicio al Fisco de Chile, tal como lo decidieron los jueces del fondo, como quiera que incumplió un deber de cuidado que era jurídicamente exigible que se tradujo en un funcionamiento tardío del servicio, que hubo relación de causalidad entre la falta y el daño producido y que se ocasionaron los perjuicios que han sido finalmente determinados. Por consiguiente, debe descartarse la acusación de infracción al artículo 42 de la Ley Nº 18.575.

Vigésimo Quinto: Que, por ende, tampoco existe conculcación del artículo 1698 del Código Civil. En primer lugar, porque es un hecho de la causa que no había barreras separadoras o medianeras en el centro de la vía y ello, según se dijo, ha sido calificado como el supuesto de la falta de servicio; y en segundo término, porque la causalidad normativa del resultado dañoso es una cuestión de calificación jurídica, que no dice relación con el establecimiento de los hechos.

Vigésimo Sexto: Que, en consecuencia, el recurso de casación en el fondo no podrá prosperar.

Por estas consideraciones y visto además lo preceptuado en los artículos 764, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido por la deman-

dada en la presentación de fojas 477 en contra de la sentencia de veintisiete de abril de dos mil doce, escrita a fojas 471.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Gorziglia.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., y el Abogado Integrante Sr. Arnaldo Gorziglia B. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Carreño por estar con permiso y el Abogado Integrante señor Gorziglia por estar ausente. Santiago, 05 de noviembre de 2013.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

Nº 4.292-2012.