

DE MARÍN A PIERRY: 20 AÑOS EN EL DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA CORTE SUPREMA¹

Luis Cordero Vega²

Este caso está “*mal demandado, mal defendido y mal fallado*” (Pedro Pierry, C.S 05.04.2016)

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto explicar la incidencia de los Ministros Urbano Marín y Pedro Pierry en la configuración del Derecho Administrativo de los últimos veinte años desde la jurisprudencia de la Corte Suprema. Lo anterior, a consecuencia de las reformas que permitieron la especialización de las salas de la Corte y la integración de abogados ajenos a la carrera judicial, lo que permitió que durante estos años hubiesen existido especialistas en esta disciplina en la Corte Suprema. Así, se analizará el estado de nuestros debates durante la década de los 90 y la influencia posterior de esta jurisprudencia y de los Ministros señalados, en especial, en materia de responsabilidad del Estado.

Palabras claves: Derecho Administrativo chileno – Responsabilidad del Estado – Falta de Servicio – Corte Suprema.

¹ El presente texto será incorporado en el Libro en Homenaje al Prof. Pedro Pierry, coordinado por Juan Carlos Ferrada.

² Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

I. Un breve contexto del Derecho Administrativo chileno para explicar los años 90.

1. Las razones tras un derecho “común”.

A principios de los 90 el Derecho Administrativo chileno había olvidado sustancialmente las raíces sobre las cuales se había construido con anterioridad al golpe militar de 1973³, estas raíces eran consideradas parte de un pasado sospechoso o al menos desconocido⁴. La influencia de una visión “personalista” del Derecho Público y la prescindencia de la regulación pública para comprender sus relaciones jurídicas, era, de algún modo, la explicación que había logrado consolidarse desde la década de los 80. La tesis de Eduardo Soto Kloss terminaría por imponerse para una importante número de estudiantes de Derecho, académicos y jueces. La tesis predominante en nuestro sistema administrativo se basaba en argumentos que limitaban o negaban la autotutela administrativa y en que se reprochaban los títulos públicos para afectar derechos de los particulares en cualquier circunstancia, en base a la idea de protección de derechos adquiridos; esto suponía negar la potestad de invalidación administrativa (porque representaba la autotutela), aceptaba la nulidad de derecho público de pleno derecho (insubsanable e imprescriptible), disponía un sistema de responsabilidad del Estado estricto (acción constitucional e imprescriptible que corrige desequilibrios en el ejercicio del poder) y utilizaba el sistema de derechos fundamentales a través del recurso de protección como una acción contenciosa administrativa de nulidad⁵.

La teoría soteana, en general, puso una lápida al pasado y la evolución hermenéutica del Derecho Administrativo, los viejos autores de la disciplina prácticamente

³ El Derecho Administrativo chileno había sido fiel esencialmente a cuatro cuestiones elementales: la teoría del servicio público, la organización administrativa, el empleo público y el control público, en particular en la explicación de la Contraloría General de la República.

Para una explicación de esa evolución del Derecho Administrativo chileno, ver Pantoja Bauza, R., (1994) *Derecho Administrativo: Clasicismo y Modernidad*, Editorial Jurídica de Chile.

⁴ Vid. Soto Kloss, E., (1996) “¿Por qué el Derecho Público es tan desconocido?”, en *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, T.I. Editorial Jurídica de Chile, pp. 21-34.

⁵ Vid. Ferrada Bórquez, J.C., (2005), “El sistema de Derecho Administrativo chileno: una revisión crítica desde una perspectiva histórica, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, Nro 217-218; Cordero Vega, L. (2010): *La responsabilidad de la Administración del Estado*, Legalpublishing, 2ª edición.

desaparecieron y se omitieron, su justificación social resultaba inadmisibles, la existencia del Derecho Administrativo como sistema y administración del poder era cuestionable⁶, pero, curiosamente su manera de comprender el Derecho Administrativo terminó siendo una poderosa herramienta para las demandas en contra del Estado por violaciones a derechos humanos, representadas irónicamente en la acción de nulidad de derecho público y la de responsabilidad del Estado de carácter imprescriptible⁷.

Esta explicación conquistó a parte importante de la academia, la práctica profesional en los litigios contra el Estado y por supuesto los jueces, quienes desde la década de los 80 y bajo la práctica del recurso de protección habían venido comprendiendo esta nueva manera de comprender el Derecho Administrativo, útil a la realidad del caso, pero con indiferencia a una construcción teórica ajena a la “persona humana”.

Además de esta conquista doctrinaria, a principios de los 90 el Derecho Administrativo estaba tratando de reestructurar en parte su contenido con una cierta pretensión unificadora del mismo en base a lo que fue la dictación de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (“LOCBGAE”) que, como se sabe, no fue sino el reconocimiento de la pretensión de unidad que la jurisprudencia de Contraloría General de la República que venía reclamando desde los años 60 la construcción de un sistema uniformado⁸. Este asunto no es menor, porque salvo el Estatuto Administrativo, la LOCBGAE era la primera ley que trataba de establecer la existencia de un régimen jurídico común a la Administración Pública.

⁶ Ver en este sentido Soto Kloss,(1996), *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*, T. I., Editorial Jurídica de Chile; Fiamma Olivares 1986) “La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo”. En: *RDJ*, T. LXXXIII, N° 3, septiembre – diciembre.

⁷ La referencia a esa jurisprudencia, en materia de nulidad de Derecho Público es posible encontrarla en Jara Schnetler (2004) *La nulidad de derecho público ante la doctrina y jurisprudencia*, Editorial Libromar y en materia de responsabilidad del Estado en Cordero Vega (2004): “Bases de comprensión para la jurisprudencia judicial de responsabilidad extracontractual de la administración”, en: *Revista Derecho Público*, N° 66

⁸ Esta necesidad de sistematización proviene del Dictamen N° 64.792, de 1970. Son significativos también los dictámenes N° 80.429, de 1960, 14 y 11.537, de 1973. La explicación de esas razones tras la LOCBGAE es posible de encontrar en Pantoja Bauzá, R., (1986): *Bases Generales de la Administración del Estado*, Edit. Jurídica Ediar – Conosur Ltda.

Esto ha tenido importantes consecuencias en el Derecho Administrativo chileno, en el sentido de que éste, históricamente, se ha caracterizado por constituir una disciplina de escasa densidad legal –cuestión que se resolvió parcialmente con la dictación de la Leyes de procedimiento Administrativo y de Compras públicas, ambas en el año 2003-, con limitados desarrollos doctrinarios para sus instituciones, con la ausencia de un sistema contencioso administrativo que forzara la discusión teórica para discriminar los criterios de las instituciones jurídicas (acto administrativo, contrato, responsabilidad del Estado, etc.), pero con un inevitable protagonismo de la jurisprudencia para la evolución del Derecho Público en los últimos cuarenta años⁹.

2. Viudos de lo contencioso, pero con segundas partes.

A principio de la década de los 90, además, el Derecho Administrativo chileno seguía siendo un viudo de lo contencioso administrativo. Como muchos saben la inexistencia de un contencioso administrativo es una de las grandes deudas del Derecho Administrativo nacional y un lamento –a ratos excesivamente recurrente- entre los

⁹ Como he explicado en otra parte “Corte Suprema y Derecho Público”, en Mercurio Legal, marzo de 2013, disponible en línea [<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/03/26/Corte-Suprema-y-Derecho-Publico.aspx>], “bajo el establecimiento de la Constitución de 1980 se produjeron tres fenómenos, conocidos en el Derecho comparado igualmente (Wahl [2013] *Los últimos cien años de Derecho Administrativo Alemán*, Marcial Pons), que explican el rol de los jueces en el debate jurisdiccional de políticas públicas. Por un lado, está la “subjetivización” del sistema institucional que ha obligado inevitablemente a construir el discurso legal desde la lógica de los derechos y en especial de los Derechos Fundamentales; el efecto más obvio de esto, es que corresponde a los jueces –eso dice la Constitución- su protección y amparo, de manera que si las decisiones públicas afectan esa “subjetividad”, entonces el rol de los jueces en ese espacio resulta inevitable sobre todo a través de la “acción de urgencia”. En segundo lugar, los procesos de desregulación y privatización, sacaron a la Administración de un rol de prestador de servicios públicos y lo llevaron a un rol de regulador o de disposición de reglas para que los mercados funcionen bien; el efecto de esa medida es que la Administración comenzó a tener un rol clave en la determinación de normas, la adjudicación de posiciones de ventaja en los mercados y sobre todo de las reacciones negativas frente a los incumplimientos, denominadas sanciones; por eso la manera en cómo se diseñan instituciones públicas y el procedimiento administrativo se transformaron en tan relevantes. En tercer lugar, las nuevas demandas de solución de problemas públicos obligaron al Congreso a entregar más atribuciones a la Administración para la adopción de adecuadas políticas públicas, las soluciones a problemas futuros no pueden esperar a la reacción del Congreso; el efecto de eso son leyes que aprueban sólo infraestructura normativa (organización y procedimiento), dejando las decisiones sustantivas a organismos administrativos y en consecuencia ampliando la denominada discrecionalidad técnica (la regulación contingente y prospectiva en medio ambiente es un buen ejemplo).”.

administrativistas. La inexistencia se debe a la inejecución del artículo 87 de la Constitución de 1925, que aunque mandató su creación, la ley que los debía implementar jamás se dictó.

Bajo la vigencia de esa regla, el sistema institucional chileno adaptó sus mecanismos para resolver los conflictos entre el Estado y los particulares. Por un lado, los tribunales utilizaron las categorías de Derecho privado para buscar la regla de competencia (p.e. la distinción acto de autoridad – acto de gestión) y por la otra, la Contraloría General de la República fue utilizada como un sustituto imperfecto de resolución de controversias para problemas de legalidad entre los particulares y la Administración, cuestión que se mantiene hasta el día de hoy¹⁰. Esto explica otra de las características del Derecho Administrativo chileno que aún trata de localizar algún lugar de adjudicación donde se pueda construir su teoría.

Aunque parte de la doctrina chilena ha sostenido que lo que sucedió durante ese período fue una verdadera denegación de justicia¹¹, la evidencia jurisprudencial demuestra que lo que se generó fue una distorsión de instituciones jurídicas, trasladando las categorías del Derecho común a los problemas de Derecho Administrativo. No podía ser de otro modo, porque como demostró la experiencia comparada la existencia de contenciosos administrativos fue útil para delimitar y construir las instituciones de esta disciplina. Esa posibilidad, el sistema chileno sencillamente no la tuvo y, en consecuencia, las explicaciones nacionales sobre las cuestiones teóricas esenciales desde el Derecho Público escasamente existieron.

Sin embargo, el problema de acceso formal a la jurisdicción cambió cuando la Corte Suprema resolvió el mítico asunto “Juez de Melipilla con Presidente de la República” en el año 1967¹² y dio origen a la doctrina judicialista de la Corte Suprema, que se tradujo

¹⁰ Faúndez, J. (2011) *Democratización, desarrollo y legalidad*, Ediciones UDP, pp. 118 – 248; Cordero Vega, “La Jurisprudencia Administrativa en perspectiva: Entre legislador positivo y juez activista”, en *Anuario de Derecho Público*; Letelier, (2015), “Contraloría General de la República”. en *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, LOM Ediciones (Ed.)

¹¹ Soto Kloss (1982), *El recurso de protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

¹² Sentencia Corte Suprema (“SCS”), Contienda de competencia, 1967.

en afirmar que, si no existía formalmente un contencioso administrativo regulado, los órganos competentes para conocer de estos asuntos eran los jueces ordinarios mediante los instrumentos propios del Derecho civil y procesal¹³.

Mientras en el siglo XX el resto de los sistemas legales evolucionó en los mecanismos de resolución de controversias de Derecho Administrativo y, en especial, la compatibilidad entre el sistema tradicional de contenciosos administrativos como control de legalidad y las acciones de tutela de derechos fundamentales después de la década de los 50¹⁴, Chile siguió discutiendo sobre cuál era el modelo de contencioso administrativo que debía aplicarse en nuestro sistema, cuestión que incluso siguió bajo la Constitución de 1980 hasta la reforma de 1989, que dejó la regla de competencia general a los tribunales ordinarios¹⁵.

¿Qué pasó desde entonces? Se produjo una atomización institucional, explicada por tres situaciones. Por una parte, la acción de ilegalidad general, sustituta del contencioso administrativo, ha terminado siendo el recurso de protección¹⁶ –superando con creces su pretensión de acción cautelar y de urgencia-, tanto que la Corte Suprema lo ha terminado por reconocer como un contencioso de nulidad y donde es posible resolver litigios públicos entre autoridades estatales, lo que implica reconocer derechos fundamentales en alguna de ellas¹⁷. La fuerza de los hechos llevaron a la Corte, con la pluma de Pedro Pierry incluida, a sostener en las sentencias de los recursos de

¹³ Como se sabe la tesis judicialista se expresó como doctrina de la Corte Suprema en el discurso de marzo de 1973 del Presidente de la Corte Suprema, Enrique Urrutia Manzano.

¹⁴ Wahl, n. 9.

¹⁵ Pantoja Bauzá, (2001) “Estudios preliminares: La jurisdicción contencioso – administrativa. Decisiones legislativas al año 2001”. En: *La jurisdicción contenciosa – administrativa*, Santiago, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹⁶ Ferrada Bórquez, (2005), “El recurso de protección como mecanismo de control”. En: *La Justicia Administrativa*, LexisNexis, Santiago; Bordalí, (2006) “El Recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. En: *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Valdivia, N°19, diciembre.

¹⁷ Recientemente la Corte Suprema ha señalado que frente a la inexistencia de un contencioso administrativo general para impugnar reglamentos (normas de derecho objetivo de alcance general) el mecanismo que debe ser utilizado es precisamente esta acción constitucional de protección de derechos (SCS 11.08.2015, rol 6363-2015; SCS 17.05.2016, rol 4241-2016) y, además, también ha sostenido que los organismos administrativos pueden litigar judicialmente entre sí mediante esta acción, llevando a reconocer implícitamente que la Administración es titular de “derechos fundamentales”. El caso emblemático es el asunto “Municipalidad Zapallar c. Contraloría” en 2012.

protección, afirmaciones que para muchos pueden ser consideradas como verdaderos “sacrificios” a la dogmática jurídica del Derecho Público.

La segunda cuestión que ha sucedido, es que progresivamente se han ido promulgando normas que han alimentado un sistema de competencias inorgánicas en recursos de reclamación –regularmente de ilegalidad- contra actos administrativos, en los cuales intervienen desde los Jueces de letras en lo civil, las Cortes de Apelaciones, hasta el Juez Laboral o incluso el Juez de Garantía, en procedimientos escritos u orales, con reglas de legitimación distintas y, habitualmente, sin un procedimiento jurisdiccional especial regulado para conocer de estos asuntos, por lo cual los jueces han terminado –para la revisión de legalidad de un acto y el procedimiento administrativo- aplicando la regla procesal de competencia del juez respectivo¹⁸.

El tercer problema, es la creación de tribunales especiales al margen de la estructura orgánica del Poder Judicial y que han recibido la denominación de “tribunales boutique”, por atender preferentemente a sectores con marcos regulatorios de complejidad técnica. En estos casos los jueces tienen competencias contenciosas administrativas y reglas de procedimiento propias para conocer de la legalidad de los actos administrativos, pero disponen de un sistema recursivo que termina, en los hechos, con una unificación de Derecho Público recién en la Corte Suprema¹⁹.

En un contexto de estas características es necesario comprender por qué las reformas de la década de los 90 en el Poder Judicial y su práctica jurisprudencial, han tenido tanta relevancia posterior para el Derecho Administrativo nacional y en especial, la importancia que personalmente le otorgaron los Ministros Urbano Marín y Pedro Pierry en la Corte Suprema.

¹⁸ Carmona Santander, 2005; Ferrada Bórquez, (2011) "Los Tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno", en Arancibia Mattar y otros. (coord.), *Litigación Pública*, Thomson Reuters

¹⁹ Cordero Vega, 2009 y 2011.

II. Otro contexto: las reformas a la Corte Suprema y su rol en el diseño institucional de control de la Administración.

En el año 1995 se iniciaron un conjunto de reformas legales que han tenido importantes consecuencias en el diseño institucional de la Corte Suprema. Por un lado, se estableció que ésta debía funcionar en base a salas especializadas²⁰, para lo cual la Corte dictó un auto acordado que dio origen a la tercera sala constitucional²¹; por otra parte, se permitió que los abogados ajenos al Poder Judicial pudieran acceder directamente a ella²². Esto último fue sólo posible con la reforma constitucional del año 1997 que estableció el mecanismo de nombramiento de estos abogados externos, pero además aumentó el número de Ministros a 21²³. El propósito declarado de estas reformas fue permitir que la Corte garantizara adecuadamente el principio de supremacía constitucional y la uniformidad de la aplicación del Derecho, considerando “la más amplia representación en cuanto a perspectivas y opiniones”²⁴.

Este proceso estuvo acompañado, además, de reformas estructurales en el Poder Judicial. En efecto, estas reformas se tradujeron en tres áreas: en las asociadas a la gestión y administración del Poder Judicial, una de cuyas manifestaciones más evidentes es la creación de la Corporación Administrativa del Poder Judicial; las asociadas a la formación de los jueces, cuyo origen se vincula a la creación de la Academia Judicial, y las reformas jurisdiccionales, que se han expresado en el conjunto de reformas procesales que se han realizado desde finales de los 90 hasta hoy (penal, laboral, familia y tribunales especiales), con diversos resultados en su implementación.

La ironía de estas reformas para el Derecho Administrativo fue que pese a no tener jurisdicción propia a nivel de tribunales ordinarios, disponía en el tribunal de casación de una sala con conocimiento especializado, la tercera. Esto –además de un desordenado e inorgánico sistema recursivo- ha llevado a que la Corte Suprema durante

²⁰ Ley Nro. 19.374.

²¹ Auto Acordado de 16.04.1996

²² Ley Nro. 19.390

²³ Ley Nro. 19.541

²⁴ Presidente de la República, Mensaje. En: Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley N° 19.390*, p. 5.

estos años conozca y razone los temas de Derecho Público como un verdadero tribunal de instancia, con todas las consecuencias que esto implica.

Los datos son útiles para explicar este contexto. En el año 1999 se estimó que el número de recursos ingresados a la Corte fue de 5.174; en el año 2009 se estimaron en 9.753 los asuntos ingresados; el año 2011 los ingresos fueron 12.713, en el año 2012 los ingresos volvieron a 9.699, y en año 2013 los ingresos fueron 16.570²⁵. Todo lo anterior para el mismo número de Ministros y salas de la Corte Suprema.

De acuerdo a los datos disponibles, excluyendo los recursos de protección en materia de Isapres por la distorsión que generan, el 40% de los casos fueron resueltos por la tercera sala, precisamente la encargada de resolver los asuntos de Derecho Público. De ellas, el 80%, en promedio, corresponden a apelaciones de recursos de protección, siguiendo en cantidad la resolución de casaciones en general (habitualmente focalizadas en responsabilidad del Estado y nulidad de derecho público)²⁶ y marginalmente apelaciones o recursos de otras características de recursos de ilegalidad o reclamación especiales.

Si aproximadamente el 80% de los casos que conoce la tercera sala de la Corte Suprema son apelaciones de recurso de protección, ésta deja ha dejado de razonar sobre la lógica de un tribunal de casación —que es lo que se espera de ella— para transformarse en un juez de instancia, con un incentivo muy grande para funcionar sobre la filosofía de la “justicia del cadí” y no bajo la lógica de un tribunal que debe operar para la uniformidad del derecho (la importancia de precedentes). Es decir, es el diseño del sistema institucional lo que explica por qué la Corte puede en ocasiones operar en los límites de la decisión de políticas públicas y de ahí la claridad que debe tener ella misma cuando

²⁵ Los datos provienen del Informe 1 del estudio “Análisis de los mecanismos de toma decisión y de apoyo al Gobierno Judicial”, proyecto BID, elaborado por la Universidad de Chile (Centro de Gobierno Corporativo de la Facultad de Economía y Negocios, y el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho), Enero de 2013, así como del informe de estadísticas Poder Judicial, disponibles en <http://decs.pjud.cl/index.php/informes/poder-judicial-en-cifras/385-informe-de-estadisticas-pjud>.

Se han excluidos los años 2014 y 2015 de este análisis por la distorsión que generan los recursos de protección contra Isapres, que tienen el efecto de duplicar los casos ingresados y los casos resueltos.

²⁶ Datos explicados en base al Informe 1, n. 25.

fundamente sus decisiones, pero sobre todo el sistema de fuentes que debe utilizar para justificarlas. Por tales motivos la existencia de especialistas en Derecho Público en la tercera sala de la Corte se hace más indispensable, porque de lo contrario la discriminación adecuada de las instituciones legales para resolver los asuntos, puede ser fácilmente extraviada.

A consecuencia de la reforma de 1997 que permitió la integración de abogados ajenos a la carrera judicial, la Corte Suprema ha tenido en su interior a especialistas en Derecho Administrativo. Don Urbano Marín ingresó a la Corte Suprema en 1998, se retiró en 2010 y fue su Presidente entre los años 2008 y 2010. Don Pedro Pierry, ingreso a fines de diciembre de 2006 y se retiró en mayo de 2015. Por primera vez, en casi 20 años la Corte Suprema no tendrá un especialista en Derecho Administrativo. El rol de ambos en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte, ha sido determinante para moldear la necesidad de un “nuevo Derecho Administrativo”²⁷. A continuación explicaré brevemente por qué lograron esa importancia.

III. El factor Marín²⁸.

En un contexto de esas características llegó a la Corte Suprema Urbano Marín tras la reforma constitucional de 1997, un reconocido y respetado especialista en Derecho Administrativo formado en la Contraloría General de la República. Aunque su participación en número de asuntos en la tercera sala fue menor a la de otros jueces, fueron casos que él redactó los que cambiaron definitivamente la tendencia de la Corte en cuestiones centrales del Derecho Administrativo nacional. Eso fue lo que sucedió

²⁷ Marín y Pierry tienen varias cosas en común. Ambos trabajaron en importantes organismos de la Administración, el primero lo hizo en la Contraloría General de la República y el segundo en el Consejo de Defensa del Estado. Ambos, han sido reconocidos especialistas en Derecho Administrativo, además de profesores universitarios, Marín en la Universidad de Chile y Pierry, en la Universidad Católica de Valparaíso. Ambos fueron conocedores del debate y la doctrina administrativa anterior a 1973, y también se han caracterizado por una comprensión del Derecho Administrativo desde sus instituciones, en oposición a la explicación que desarrolló Eduardo Soto Kloss.

²⁸ La expresión “el factor Marín” la utilice por primera vez en 2004 para explicar el primer cambio relevante en la jurisprudencia de la Corte en responsabilidad del Estado. Ver Cordero Vega, (2004): “Bases de comprensión para la jurisprudencia judicial de responsabilidad extracontractual de la administración”, en: *Revista Derecho Público*, N° 66.

con el asunto “Salinas Lolic” (1999)²⁹ en donde la Corte reconoció que la invalidación era una potestad legítima de la autoridad administrativa, que no era una función jurisdiccional y su ejercicio no implicaba afectar ningún derecho constitucional. La tesis de este caso, reflejaba la opinión que sistemáticamente había sostenido el organismo contralor desde fines de la década de los 50³⁰, y que fue reconocida finalmente en la Ley de Procedimiento Administrativo del año 2003³¹. De igual modo, en el caso “Henry” (2003)³² la Corte definió su doctrina estable en materia de nulidad de derecho público al indicar que ésta era una acción que no operaba de pleno derecho y que no podía ser considerada imprescriptible. Pero quizá el caso más emblemático de la doctrina Marín fue en materia de responsabilidad del Estado. En el caso “Domic Bezic” (2002)³³ la Corte señaló que esta acción no era constitucional sino legal, que su título de imputación sólo era la falta de servicio, que no existía un sistema general de responsabilidad por acto lícito y que la acción estaba sujeta a las reglas generales de prescripción del Código Civil³⁴.

El “factor Marín” fue determinante en la evolución del Derecho Administrativo en la Corte Suprema, porque permitió iniciar la reconstrucción de los criterios de Derecho Público que se habían abandonado en la década de los 80 y 90, y abrió paso a nuevas precisiones posteriores. Fue el nombramiento de don Pedro Pierry en diciembre de 2006, quien profundizó los criterios de Marín, pero además contribuyó a delimitar los contornos de muchas de sus instituciones. Esta vez él tendrá una herramienta que Marín no tuvo desde el inicio de su gestión, la Ley de Procedimiento Administrativo y sus principios.

²⁹ SCS 20.10.1999, Rol Nro. 3455-99.

³⁰ Por su carácter pedagógico el más representativo es el dictamen Nro. 14.073, de 1959. En concreto señaló que “(...) aún estos decretos de interés particular pueden ser modificados o dejados sin efecto cuando adolecen de un vicio de ilegalidad, pues la autoridad administrativa tiene la facultad, y aun la obligación de restablecer el imperio de la ley, revocando sus propios actos cuando advierte que son irregulares.”

³¹ Ver artículo 53 Ley Nro 19.880.

³² SCS 02.10.2003, Rol Nro. 2650-02

³³ SCS 15 de mayo 2002, Rol N° 4753 – 2001.

³⁴ Vid. Cordero Vega, n. 28.

IV. El factor Pierry³⁵.

El “factor Pierry” ha sido relevante, entre otras materias, en asuntos sobre acto y procedimiento administrativo, el sistema de acciones contenciosas administrativas, así como en las sofisticaciones que la Corte ha ido incorporando en materia de responsabilidad del Estado. Sobre lo primero quizá la construcción más destacada de Pierry fue el desarrollo de la denominada tesis del “decaimiento del procedimiento administrativo sancionador”³⁶ que, desde finales del año 2009, transformó la manera de comprender los fines del procedimiento sancionador, al margen del argumento del *ius puniendi* estatal. Por su parte, Pierry ha llevado a la Corte a sincerar que el recurso de protección es finalmente el verdadero contencioso administrativo de nulidad, incluso para el caso de los actos administrativos reglamentarios³⁷; que las acciones contenciosas administrativas sólo se pueden distinguir entre las que buscan la nulidad del acto y las que persiguen consecuencias patrimoniales, distinción relevante para aplicar las reglas de prescripción (el resumen de la tesis está “González Barrera”, 2015³⁸, aunque este argumento comenzó en 1999 con el caso “Aedo”); que la acción de nulidad de derecho público requiere sólo de vicios graves, que la Corte ya no discute, como son la incompetencia, la ausencia de investidura, las formas procedimentales esenciales, la desviación de poder y la infracción a la legalidad interna del acto (un resumen de esa tesis se puede encontrar en “Pinto Villablanca”, 2015)³⁹ y que esta acción es subsidiaria en aquellos casos en donde no existan reclamos de ilegalidad especiales ^{40 41}. Por otra

³⁵ La expresión “el factor Pierry” la utilice por primera vez en 2010 para explicar la evolución de la jurisprudencia de la Corte por falta de servicio. Ver Cordero Vega, L., (2010): *La responsabilidad de la Administración del Estado*, Legalpublishing, 2ª edición.

³⁶ Para el análisis del decaimiento del procedimiento administrativo sancionador en el sistema nacional desde la jurisprudencia de la Corte Suprema ver Cordero Vega, L. (2011) “Comentario a las sentencias de la Corte Suprema sobre el Decaimiento del Procedimiento Administrativo”, en *Anuario de Derecho Público*, UDP; Valdivia y Blake, xxx.

³⁷ SCS 11.08.2015, rol 6363-2015; SCS 17.05.2016, rol 4241-2016.

³⁸ SCS 30.04.2015, Rol Nro. 3173-2015

³⁹ SCS 25.06.2015, Rol Nro. 2850-2015

⁴⁰ Para analizar esa tendencia ver SCS 12.09. 2011, Rol No 5376-2009, c. 12; 07.11. 2011, Rol No 7750-2011, c. 2; 20.01 2012, Rol No 8247-2009, c. 10.; 30.01 2012, Rol No 7530-2009, cs. 11 y 12.

⁴¹ Al término de este período dos son el grupo de criterios en la jurisprudencia que es posible resumir en esta materia. El primer grupo de sentencias corresponde a las asociadas a los aspectos sustantivos de la nulidad de derecho público (SCS, 17.12.2015, rol 8650-2015; 17.12.2015, rol N° 8659-2015). En estos

parte, Pierry ha sido clave en la construcción de los estándares de control de motivación del acto administrativo, estableciendo criterios de “motivación suficiente”⁴² y de “no regresividad” cuando existen derechos protegidos⁴³.

Pero, quizá la notoriedad más importante de la doctrina Pierry se ha logrado también en materia de responsabilidad del Estado, especialmente porque permitió plasmar jurisprudencialmente su convicción de cómo debía entenderse éste sistema, idea que

casos la Corte resume bien la doctrina que ha consolidado en el último tiempo. Afirma que los únicos vicios de la nulidad de derecho público son: ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, defectos de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y violación de la ley de fondo aplicable, precisión a la cual ha llegado tras más de una década de avances en materia de clasificación de vicios de los actos administrativos (en el pasado, por ejemplo, consideraba que la violación de ley no era constitutivo de vicio de nulidad, ver en este sentido, SCS 28.06.2006, rol N° 3132-2005). Por otra parte, ha terminado de consolidar su tesis de que no toda ilegalidad justifica la declaración de nulidad de un acto administrativo, siendo determinante para realizar esa evaluación el principio de conservación de los actos administrativos, así como la protección de los derechos de los administrados que han actuado de buena fe y en base al principio de confianza legítima por las decisiones administrativas previas. Finalmente, también ha confirmado en estos casos su doctrina sobre la subsidiariedad de esta acción, al señalar que si existen acciones de ilegalidad especiales no se puede utilizar la nulidad de derecho público como una de carácter genérico y supletorio que renueve las posibilidades de impugnación (este último criterio lo había planteado en SCS, 18.06.2014, rol N° 2019-2014).

El segundo grupo de sentencias de este mes se refiere a los casos “fisco contra fisco” (en una especie de acción de lesividad que la Corte reconoció jurisprudencialmente en SCS rol N° 9352-2009), que corresponden a situaciones donde se impugnaron la nulidad acuerdos administrativos que contravenían las competencias y autorizaciones de los organismos públicos para suscribir transacciones, utilizando para esto la “nulidad absoluta” del Código Civil (SCS 16.12.2015, rol N° 10589-2015; 16.12.2015, rol N° 10522-2015; 10.12.2015, rol N° 10.143-2015; 10.12.2015, rol N° 10180-2015). La Corte ha definido esta doctrina a consecuencia de las competencias de los municipios para acordar transacciones judiciales con funcionarios municipales en el caso de remuneraciones, utilizando para esto las normas del Código Civil en materia de “derecho de las obligaciones” y, en particular, las reglas sobre objeto ilícito por contravenir el derecho público chileno. Sin embargo, este mismo año la Corte ocupó la nulidad de derecho público y no la nulidad del Código Civil respecto de los mismos asuntos. En esos casos las demandas se interpusieron contra los acuerdos del Concejo Municipal y consecutivamente la transacción suscrita ante un tribunal. (p.e SCS 13.07.2015, rol N° 3628-2015; 19.10.2015, rol N° 10.531-2015; 26.11.2015, rol N° 9648-2015).

⁴² Ver en este sentido SCS rol 27467-2014. Para un análisis jurisprudencial de ese criterio ver Cordero Vega, L., (2014), “Lo que se juega en la motivación del acto administrativo”, en *El Mercurio Legal*, Diciembre, en línea [<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2014/12/29/Lo-que-se-juega-en-la-motivacion-del-acto-administrativo.aspx>]

⁴³ Ver en este sentido SCS rol 1.119-2015. Para el análisis de este caso ver Cordero Vega, L., (2015), “Especial motivación del acto administrativo: un caso de restrictiva regresión”, en *El Mercurio Legal*, Octubre, disponible en línea [<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2015/10/28/Especial-motivacion-del-acto-administrativo-un-caso-de-restrictiva-regresion.aspx>]

desarrollo desde 1976⁴⁴. Su doctrina se puede resumir en lo siguiente: la responsabilidad del Estado es de carácter subjetivo, en base al título de imputación de falta de servicio, criterio que se manifiesta incluso en las reglas del artículo 2314 del Código Civil en materia de culpa, que la carga de la prueba es del demandante lo que implica que su obligación va más allá que acreditar la mera ilegalidad de la Administración, sometiéndose finalmente a las reglas de prescripción del derecho común⁴⁵. La tesis Pierry, logró su máxima expresión cuando la Corte decidió el caso “Espinoza Marfull” (2015)⁴⁶ que implicó trasladar la tesis de responsabilidad por falta de servicio de la Administración en base a la culpa civil, a la responsabilidad de la administración de justicia por el funcionamiento anormal de ella.

V. La herencia de Marín a Pierry. Una sistematización de los criterios de imputación de responsabilidad del Estado. Las bases metodológicas para la falta de servicio.

Cómo he explicado en otra oportunidad⁴⁷, la jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en el caso de Chile se encuentra suficientemente consolidada bajo el título de imputación por falta de servicio, después de una larga discusión doctrinal iniciada el año 1975⁴⁸. En efecto, desde que la Corte

⁴⁴ Pierry Arrau, P., (1976) “La responsabilidad extracontractual del Estado”. En: *Anuario de Derecho Administrativo*, T. I, Santiago, Universidad de Chile, 1975 – 1976

⁴⁵ Cordero Vega, L (2012) “La responsabilidad por falta de servicio y la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Falta de Servicio* (Coord. Raúl Letelier), LegalPublishing – Thomson Reuters.

⁴⁶ SCS 02.06.2015, Rol Nro. 4390-2015. Para el análisis de este caso ver Cordero Vega, L., (2015) “Funcionamiento anormal de la administración de justicia”, en *El Mercurio Legal*, Junio, disponible en línea [<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2015/06/24/Funcionamiento-anormal-de-la-Administracion-de-Justicia.aspx>]

⁴⁷ Cordero Vega, L., n. 45.

⁴⁸ Desde que el año 1976 se dictó la Ley de Municipalidades y específicamente la regla del artículo 62 inciso final, en la cual se establecían dos de las clásicas causales de falta de servicio elaborada por la jurisprudencia francesa, se produjeron interpretaciones divergentes, entre quienes veían en esa regla una explicación convencional del derecho francés –un sistema de responsabilidad propio, público y objetivo- (Soto Kloss, Hernández), de otros que veían en él una reproducción de un sistema de culpa compatible con el sistema de responsabilidad del Código Civil (Pierry). La opción jurisprudencial por un sistema objetivo, comenzó con el Eliana Tirado con Municipalidad de la Reina (1981). Para analizar esa discusión ver Cordero Vega (2012), n. 45.

decidió el caso “Domic Bezic” (2002)⁴⁹ el sistema de responsabilidad patrimonial ha convergido a uno de carácter legal (no constitucional), bajo el título de imputación por falta de servicio (no estricto) y sometido a las reglas supletorias de prescripción del Código Civil, salvo la discrepancia que mantiene hasta hoy en materia de Derechos Humanos. Por otra parte, la Corte desde el caso “Seguel” (2009)⁵⁰ ha insistido en que si no existe regulación legal de responsabilidad del Estado, entonces, es posible utilizar las reglas de culpa del Código Civil, porque esta última aplicada al Estado es equivalente a la falta de servicio. Ese argumento lo llevo al límite cuando el año pasado decidió el asunto “Espinoza Marfull”⁵¹, en donde adaptó ese criterio al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en ámbitos no jurisdiccionales.

Esta jurisprudencia también se ha visto consolidada en los análisis que la Corte ha realizado respecto de la falta personal como medio para comprometer la responsabilidad de la Administración, sea por vía directa o bien por medio del “cúmulo de faltas” como lo demostró en los casos “Antuco” (2015)⁵² y “Morales Gamboa” (2011)⁵³ ⁵⁴, así como las condiciones para que el Estado ejerza su “derecho a repetición”, estándar que quedó definido recientemente en el caso “Ojeda Bennett” (2016)⁵⁵.

⁴⁹ SCS 15 de mayo 2002, Rol N° 4753 – 2001.

⁵⁰ SCS 30 de julio 2009, Rol N° 371-2008.

⁵¹ Ver n. 46.

⁵² SCS 12.03.2015, rol Nro 24.984-2014.

⁵³ SCS 14.01.2011, rol Nro 7919-2008.

⁵⁴ Ver los comentarios a estas decisiones en Cordero Vega, L. (2015), “Delimitando la falta personal”, en *El Mercurio Legal*, marzo, disponible en línea [<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2015/03/30/Delimitando-la-falta-personal.aspx>]

⁵⁵ SCS 12.04.2016, rol Nro. 14.945-2015. La Corte señaló, en una sentencia escrita por Pierry, que: “En el Derecho Administrativo se denomina una falta personal la que comete el funcionario actuando con extrema negligencia o dolo (...). / De la definición recién transcrita se infiere claramente que no hace referencia a cualquier incumplimiento de obligaciones funcionarias ni es equivalente a mera culpa. Existirá una diversidad de situaciones imprudentes o negligentes que estrictamente no correspondan a faltas personales. Para que un comportamiento llegue a serlo se exige dolo o una imprudencia temeraria. Son estas características, que introducen un elemento restrictivo, las que facultan al Estado a repetir en contra del funcionario. / En este sentido, es evidente que todo daño causado por el mal funcionamiento de los organismos públicos sólo puede provenir de la acción u omisión de una persona humana. Incluso el funcionario causante de la actuación defectuosa del servicio podrá estar claramente individualizado, pero no todo acto realizado en el ejercicio de funciones que comprometa la

Así las cosas pareciera que, para muchos, no hay mucho más que discutir en materia de responsabilidad del Estado. Cuando la Corte decidió que este sistema de responsabilidad general debía operar sobre la falta de servicio, consolidando su doctrina de la última década, entonces, la entretención se acabó, porque la larga discusión iniciada el año 1975 al parecer se había terminado.

Es más hace poco tiempo la Corte nuevamente –de mano del Ministro Pierry- sintetizó su doctrina señalando 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, estimándose que ello concurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria (...) no es una responsabilidad objetiva sino subjetiva, basada en la falta de servicio, en la que aquella, considerada como ‘la culpa del Servicio’”*⁵⁶.

Sin embargo, en mi opinión, lo sucedido en la última década ha demostrado la complejidad de los casos de responsabilidad del Estado, pues tras ellos se oculta dos cosas centrales de un sistema de Derecho Público. Por un lado, la manera en que se distribuyen los infortunios entre el Estado y los ciudadanos y, por la otra, como los jueces contralan las acciones de los organismos estatales aún *ex post* de la intervención pública. Decir que un sistema de responsabilidad del Estado se basa en la falta de servicio, además de una simplificación de la realidad⁵⁷, genera una complejidad metodológica: ¿cuándo se justifica esa imputación? La mera afirmación judicial no es

responsabilidad civil del Estado constituye una falta personal, siendo en la mayoría de los casos una falta de servicio que no arrastrará la responsabilidad del funcionario. Si bien toda falta personal cometida en el servicio o con ocasión de él, configurará una falta disciplinaria, no será así al revés, pues una negligencia o error que no revista una significativa gravedad, podrá ser sancionada disciplinariamente, pero no constituirá una falta personal. / En otras palabras, para obtener el reembolso de las sumas pagadas por el Estado debe tratarse de daños causados por actos realizados en ejercicio de las funciones o con ocasión de las mismas, y además, debe constituir falta personal.” (C. 8).

⁵⁶ SCS, 11.02.2016, Rol Nro. 10.240-2015.

⁵⁷ Paillet (2001): *La responsabilidad Administrativa* (Traducc. J.M. Carrilo Ballester, Bogota, Universidad de Externado de Colombia).

suficiente, de lo contrario el sistema cae en una especie de puro decisionismo sin criterios que permitan dar algunas certezas necesarias para el sistema legal⁵⁸.

Como se ha presentado hasta acá –y así lo entendió la Corte bajo Pierry–, la falta de servicio responde a una trilogía canónica del Derecho Administrativo, desarrollada en el Derecho Francés del S. XIX, que se traduce en justificar una de tres hipótesis: cuando el servicio no se presta, se presta mal o se presta tardíamente. Esto explica que la Corte Suprema hubiese terminado argumentando la falta de servicio desde la perspectiva de la “culpa”.

Sin embargo, como también se ha explicado⁵⁹, para configurar la falta de servicio el juez necesita de un estándar, y en el Derecho Administrativo la pregunta de cuál es éste depende esencialmente de dos cosas: (a) del principio de legalidad concreto que establece la regla de competencia para el organismo administrativo de que se trate y (b) del tipo de atribuciones para la tutela de derechos. Este último factor puede determinar de modo muy distinto la falta de servicio, porque el juez –como ha demostrado alguna jurisprudencia reciente de la Corte– puede darle un peso relativo mayor al sistema de derechos para construir igualmente la falta de servicio, sin recurrir a la argumentación de la responsabilidad objetiva. Explicado de este modo, el juez enfrenta un cuadro de decisiones como el que se muestra a continuación.

Cuadro N° 1

	El servicio no se presta	El servicio se presta mal	El servicio se presta tardíamente
Fallas que afectan derechos			
Fallas por comportamiento irregular de la administración			

Elaboración en base Paillet (2001)

⁵⁸ Valdivia, J.M. (2005): “Codificación del Derecho de la Responsabilidad del Estado”, en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, T.II., (Dir. M.D. Martinic – M. Tapia), Lexis Nexis.

⁵⁹ Cordero Vega (2012), n. 45; Letelier Wartenberg, R. (2002): “Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado”, en *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, N° 6

En estos casos cuando hay o no falta de servicio, es un asunto que no depende solamente de la trilogía canónica, sino de la importancia que el juez otorga a la intervención administrativa considerando exclusivamente un comportamiento irregular (los casos tradicionales de falta de servicio) o dando un énfasis al sistema de derechos – como criterio de protección absoluta- de modo que, por definición, una afectación grave en derechos fundamentales igualmente constituiría falta de servicio. Esta última cuestión fue determinante para la jurisprudencia de la Corte Suprema en casos “Casas Copeva”⁶⁰, “Plomo en Arica II”⁶¹ y “Bajos de Mena”⁶², en donde la posición de asimetría y desigualdad de los afectados fue esencial para ampliar el estándar de falta de servicio como medio de protección de grupos en condición de vulnerabilidad.

Pero todavía el juez debe hacer un segundo ejercicio metodológico, sobre todo cuando quiere determinar la falta de servicio resolviendo si existe o no comportamiento irregular de la Administración. Para eso es determinante comprender la regla legal de asignación de competencias y cómo se ha establecido la fórmula legal de intervención administrativa. El juez en tal caso enfrenta un segundo desafío metodológico como se ve en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 2

	El servicio no se presta	El servicio se presta mal	El servicio se presta tardíamente
Regla de competencia			
Modalidad de intervención			
Intervención exigida			

Elaboración propia

⁶⁰ SCS 26.11.2009, Rol Nro. 1504-2008; SCS 23.10.2012, Rol Nro. 8895-2009 .

⁶¹ SCS 30.10.2014, Rol Nro 11.857-2014. El comentario a esta sentencia en Cordero Vega, L. (2014), “La falta de servicio como medio de control de la actividad administrativa de riesgo”, en *El Mercurio Legal*, Noviembre, disponible en línea [<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2014/11/28/La-falta-de-servicio-como-medio-de-control-de-la-actividad-administrativa-de-riesgo.aspx>]

⁶² SCS 07.05.2013, rol Nro 10.156-2010. El comentario a esta sentencia en Cordero Vega (2013), “Justicia ambiental y responsabilidad del Estado”, en *El Mercurio Legal*, mayo, disponible en línea [<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/05/27/Justicia-Ambiental-y-Responsabilidad-del-Estado.aspx>]

La respuesta a las preguntas que se formulan a partir del cuadro N° 2, son determinantes para resolver un caso de falta de servicio, esencialmente porque la regla de competencia puede ser general –como suele suceder en las leyes que crean servicios públicos- pero la modalidad de intervención puede estar regulada o determinada por normas reglamentarias o de administración interna, como manuales de procedimiento o instrucciones. Este cuadro también sirve para demostrar que la falta de servicio depende de las “intervenciones exigidas”, cuestión relevante cuando estas se encuentran normativamente impuestas, lo que es importante para casos de “omisiones” administrativas, porque sin regla expresa de intervención exigida el juez difícilmente podrá construir un caso de responsabilidad por falta de servicio. El ejemplo, tradicional será el caso de omisiones de deberes de fiscalización por parte organismos técnicos, porque sin regla concreta que exija la intervención, la jurisprudencia entiende que no son suficientes los mandatos generales de normas de competencia de la ley que crea el organismo respectivo, para configurar un caso de falta de servicio⁶³.

Lo anterior, sin embargo, no sucede cuando la Corte utiliza esas mismas normas generales de competencia para configurar servicios públicos –no regulados legalmente- pero implícitos en las normas de intervención del organismo público de que se trata, resolviendo de esa forma la falta de servicio. Es lo que sucedió con la imputación de responsabilidad del Estado por un accidente de un transporte escolar contratado para atender el “Plan de movilización escolar de sectores rurales” de un municipio. La Corte utilizó en ese caso la regla de competencia general que define legalmente a las Municipalidades (art. 1 LOCM) para trasladar a la Administración el deber de indemnizar a partir de un servicio público que ella creía implícito⁶⁴.

Como se aprecia de los cuadros propuestos, tras la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema, los casos de falta de servicio deben necesariamente responder a preguntas más complejas que las que emanan de la trilogía canónica (cuando el servicio no se presta, se presta mal o se presta tardamente), de modo que el juez debe

⁶³ SCS 29.10.2013, Rol Nro. 1868-2013.

⁶⁴ SCS 17.08.2011, Rol Nro. 5036-2011.

metodológicamente considerar otras hipótesis que justifiquen adecuadamente su decisión. El uso de esta para fundamentar su decisión necesariamente implica resolver la pregunta sobre el estándar aplicable, considerando en cada caso las reglas de competencia, la naturaleza de la intervención pública y el peso que el sistema de derechos tiene en el sector de que se trate. Algo que la mera cita de la “trilogía canónica” no puede satisfacer en la complejidad de los asuntos que los jueces están resolviendo hoy en materia de responsabilidad del Estado y el rol que esta cumple, más allá de la determinación de las indemnizaciones, en el sistema de control público de la Administración.

VI. El resto es silencio⁶⁵.

Desde Marín a Pierry el Derecho Administrativo ha estado en un bullicio permanente, reconstruyendo sus instituciones y tratando de resolver los elementos centrales de su teoría, curiosamente desde la jurisprudencia judicial.

Esto no solo ha sido posible tras obtener algo más de densidad legal tras la dictación de la Ley de Procedimiento Administrativo, que ha sido esencial para el razonamiento judicial, sino que también los casos de Derecho Público que conoce la Corte son sustancialmente mayores que hace dos décadas como he explicado con anterioridad. Analizar la sistematización de criterios de Derecho Administrativo en la jurisprudencia de la Corte, como se ha explicado en responsabilidad del Estado por ejemplo, es determinante para comprender ese cambio y controlar su evolución posterior⁶⁶.

Hace pocos años atrás el profesor Soto Kloss escribió un artículo criticando esta evolución jurisprudencial, que implicaba una reconstrucción de nuestro Derecho Administrativo. Ese trabajo lo denominó “Adversus Haereses” (contra los herejes o las

⁶⁵ Shakespeare, *Hamlet* 5 acto, escena III, la frase la emite Hamlet cuando muere. También es la expresión que utilizó Jung en su carta de enero de 1913 en que recoge el termino de la amistad con Freud (*Me someteré a su deseo de cesar en nuestra relación personal, pues yo no impongo jamás mi amistad. Por lo demás, usted mismo será el que mejor sabrá lo que significa para usted este momento. “El resto es silencio”*).

⁶⁶ Cordero Vega, L. (2016) “Estado de la jurisprudencia en el Derecho Administrativo chileno año 2015”, en *Actualidad Administrativa*, Thomson Reuters.

herejías)⁶⁷. En su parte final termina con la siguiente frase: “*Así es como se comprueba una vez más aquello que los clásicos enseñaban: «un error en el principio corrompe toda conclusión». Ciertamente “errar es humano”, pero persistir en el error es diabólico*”.

Pocos meses antes de terminar su período el ministro Pierry, en una prevención en que objetó el razonamiento de Derecho Público de todos quienes participaron del caso⁶⁸, señaló algo que puede ser considerado una respuesta a la interpelación anterior, al indicar que el asunto estaba “mal demandado, mal defendido y mal fallado”.

Como señaló la Corte en el caso Municipalidad de Zapallar (2012)⁶⁹ “*la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo*”, de manera que conocer su evolución es determinante para la construcción del Derecho Administrativo chileno, una cuestión que no es menor en tiempos de cambio en la integración de la Corte Suprema y, en especial, de la tercera sala tras la partida de Pedro Pierry.

De aquí en adelante, el resto puede ser silencio.

⁶⁷ Soto Kloss, E., (2011), “Adversus Haereses”, en *Litigación Pública* (Coord. Jaime Arancibia – Alejandro Romero), Thomson Reuters – LegalPublishing.

⁶⁸ SCS, 05.04.2016, 23.580-2015.

⁶⁹ SCS 07.2012, rol Nro. 2791-2012. Ver sobre este caso Cordero Vega, L., (2012), “Los límites de la jurisprudencia administrativa y las fuentes del Derecho Administrativo. Las consecuencias del caso de la Municipalidad de Zapallar”, en *Derecho y Humanidades*, Nro 20, pp. 383 – 393.