



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Revista de Derecho Administrativo Económico

ReDAE

:: Doctrina

Derecho administrativo general
Derecho de energía
Derecho de agua

:: Comentarios de jurisprudencia

:: Sistematización normativa y ensayos

:: Bibliografía: Recensiones

Revista de Derecho Administrativo Económico

ReDAE

Pontificia Universidad Católica de Chile

Director

Alejandro Vergara Blanco

Comité Editorial

Francisco Agüero Vargas (*Universidad de Chile*), Pierre Bon (*Universidad de Pau et des Pays de l'Adour, Francia*), Juan Carlos Cassagne (*Universidad Católica Argentina y Universidad de Buenos Aires, Argentina*), Luis Cordero Vega (*Universidad de Chile*), Jorge Danós Ordóñez (*Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú*), Antonio Embid Irujo (*Universidad de Zaragoza, España*), Antonio Fanlo Loras (*Universidad La Rioja, España*), Tomás-Ramón Fernández (*Universidad Complutense de Madrid, España*), Yves Gaudemet (*Université Panthéon-Assas Paris II, Francia*), Santiago González-Varas (*Universidad de Alicante, España*), Fernando López Ramón (*Universidad de Zaragoza, España*), Nicola Lugaresi (*Universidad de Trento, Italia*), Luis Ferney Moreno Castillo (*Universidad Externado de Colombia, Colombia*), Johann-Christian Pielow (*Universidad de Bochum, Alemania*), Jorge Precht Pizarro (*Pontificia Universidad Católica de Chile*), Enrique Rajevic Mosler (*Universidad Alberto Hurtado*), Daniela Rivera Bravo (*Pontificia Universidad Católica de Chile*), Eduardo Soto Kloss (*Pontificia Universidad Católica de Chile*) y Mauricio Viñuela Hojas (*Universidad de los Andes*).

Redacción

Sabrina Feher Szanto
Secretaria de Redacción

María Loreto Monsalve Morales
Ayudante de Redacción

La Revista de Derecho Administrativo Económico, fundada en 1999, es una publicación semestral del Programa de Derecho Administrativo Económico (PDAE) de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Su objetivo es publicar investigaciones científico-jurídicas en las áreas de Derecho Administrativo General, Administrativo Económico, Bienes de Uso Público, Energía, Recursos Naturales, Aguas, Minas, Urbanismo - Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente; buscando convertirse en sede de difusión de doctrina especializada en estas materias.

Convocatoria

La convocatoria para publicar en la Revista de Derecho Administrativo Económico está abierta, de manera permanente, a todos los autores nacionales y extranjeros. Las colaboraciones pueden ser estudios de doctrina (artículos doctrinarios); comentarios de jurisprudencia; sistematizaciones normativas y ensayos; y bibliografía. Para ser admitida, toda colaboración debe cumplir con las Normas Editoriales de esta Revista (disponibles en la edición electrónica de la Revista). Envío de colaboraciones a redae@uc.cl

Selección de trabajos: arbitraje anónimo

Toda colaboración para la sección Doctrina (artículos doctrinarios), será objeto, al menos, de dos arbitrajes u opiniones de árbitros designados al efecto. Las pautas de evaluación y criterios aplicados por cada árbitro dicen relación con el contenido, calidad, pertinencia, carácter científico, interés del tema; tratamiento, desarrollo y metodología científica empleada en la elaboración; y, en fin, con el uso actualizado de fuentes y bibliografía. El sistema de arbitraje por pares es anónimo.

ISSN 0717-4888 (versión papel)
ISSN 0719-5591 (versión electrónica)

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. 4° piso, Facultad de Derecho, oficina 426.
Teléfonos: +56 (2) 223 542 430, +56 (2) 223 549 113
Correo electrónico de la Redacción: redae@uc.cl

Conoce nuestras publicaciones en: <http://derechoadministrativoeconomico.uc.cl/Publicaciones/revista-de-derechoadministrativo-economico>

Ventas y suscripciones: redae@uc.cl

La Revista se encuentra disponible en su versión electrónica: redae.uc.cl

Impresión: EG Impresores

[Santiago de Chile, 2019]

Índice

N° 29

I. Doctrina

Derecho Administrativo General

URIBARRI JARAMILLO, Catalina Constanza
La dictación de instrucciones para la aplicación de disposiciones urbanísticas de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo como potestad administrativa de interpretación..... 5

SCHIAVI, Pablo
Convenios colectivos de la Administración:
¿Son fuente de Derecho Administrativo? 33

Derecho de Energía

MARDONES OSORIO, Marcelo
Los pequeños medios de generación distribuida ante el derecho de energía.
Régimen vigente, interpretaciones y prospectiva 53

PARADA GUZMÁN, Paula
Regímenes de responsabilidad del Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional..... 85

Derecho de Aguas

TAPIA VALENCIA, Felipe
Regulación de la sequía en Chile: análisis normativo de la declaración de escasez..... 117

GARCÍA NIELSEN, Jorge Ignacio
Restauración y protección de ríos en Chile: diagnóstico y desafíos..... 139

II. Comentarios de jurisprudencia

ROMAN CORDERO, Cristian
Función pública: entre la laboralización y la deslaboralización.
Comentario sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.853 163

III. Sistematizaciones normativas y ensayos

Obando Camino, Iván Mauricio

Fiscalización y sanción administrativa en materia de aguas.

Comentarios a la reforma de la Ley N° 21.064 de 2018..... 179

IV. Bibliografía: Recensiones

CORDERO QUINZACARA, Eduardo

Dominio público, bienes públicos y bienes nacionales.

Bases para la reconstrucción de una teoría de los bienes públicos.

(Valencia, Tirant lo Blanch, 2019) 186 páginas.

Recensión de Rosa Fernanda Gómez González 197

La dictación de instrucciones para la aplicación de disposiciones urbanísticas de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo como potestad administrativa de interpretación

The issuing of instructions for urban law enforcement by the division of urban development of the ministry of housing and urbanism as an administrative power of legal interpretation

Catalina Constanza Uribarri Jaramillo*

El presente trabajo analiza la facultad de dictación de instrucciones para la aplicación de disposiciones urbanísticas de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo como una potestad administrativa de interpretación, desde una perspectiva orgánica en relación con otros servicios de la Administración chilena que se abocan a materias técnicas y especializadas. Asimismo, se vincula esta facultad con el Sistema de Fuentes del Derecho Administrativo y con la definición de acto administrativo, al tiempo que se identifican límites y controles. Finalmente, se revisan

This article analyzes the power of issuing instructions for urban law enforcement by the Division of Urban Development of the Ministry of Housing and Urbanism, as an administrative power of legal interpretation, from an organic perspective in relation to other Chilean state services that are dedicated to technical and specialized matters. Additionally, this power is linked to the System of Administrative Law Sources and to the definition of administrative acts, while analyzing limits and controls. Finally, the article reviews some cases where this power of legal interpretation has been put into practice,

RESUMEN / ABSTRACT

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Diplomada en Derecho Administrativo, Bienes Públicos y Territorio, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile. Correo electrónico: c.uribarri.j@gmail.com

Recibido el 11 de febrero y aceptado el 30 de abril de 2019.

algunos casos concretos de aplicación de esta facultad de interpretación con especial énfasis en su implicancia práctica.

Palabras clave: Potestad de Interpretación Administrativa, Circulares, División de Desarrollo Urbano, Fuentes de Derecho.

with a special focus on their practical implications.

Keywords: Powers for Administrative Interpretation of Law, Administrative Circulars, Division of Urban Development, Sources of Law.

Introducción

En la enseñanza del Derecho Administrativo y más comúnmente del Derecho Urbanístico es habitual que se incluya en el estudio de las disposiciones urbanísticas, a las circulares que dicta la División de Desarrollo Urbano (“DDU”) del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (“MINVU”). No obstante, no suele haber un análisis detenido y acabado de las particularidades de esta potestad, su relación el Sistema de Fuentes del Derecho Administrativo en general, su naturaleza jurídica, la importancia de su ejercicio y aplicación en la práctica, o los límites y controles que tiene dentro del ordenamiento jurídico.

Esta facultad de la DDU no es una figura aislada en el sistema de Derecho Administrativo en cuanto a distribución de competencias, puesto que se enmarca en las facultades normativas y, particularmente, de interpretación administrativa que se han establecido para ciertos órganos de la Administración en la aplicación de normas, las que tampoco están ajenas a las dificultades anteriormente advertidas.

De esta forma, en la actualidad sería difícil negar la tendencia al alza en el ejercicio de facultades interpretativas por parte de ciertos órganos de la Administración del Estado, debido principalmente al tecnicismo de las disciplinas que debe conocer el Derecho Administrativo y la sofisticación de las relaciones jurídico-administrativas. Es así como estas facultades han ido surgiendo en respuesta a la baja densidad normativa del Derecho Administrativo en sectores de complejidad técnica importantes, de la mano de una técnica legislativa que ha identificado este problema, así “En la actualidad, la interpretación es relevante en Derecho Administrativo, por dos motivos: (a) el primero, porque progresivamente el legislador, al margen de las potestades discrecionales que le entrega a la Administración, ha estado regulando sobre el desarrollo de conceptos jurídicos indeterminados o márgenes de apreciación, que estructuralmente implican llevar la potestad interpretativa a elementos normativos; (b) el segundo, porque el legislador progresivamente también, y con un ánimo derechamente de complementación normativa, entrega a autoridades administrativas las facultades de interpretación de la ley o de actos administrativos con alcances vinculantes (...)”¹. Pero si bien esta facultad tiene su fuente en la ley, como se verá, no está del todo claro que el legislador haya previsto su importancia, injerencia y habitualidad en su ejecución.

1

El presente trabajo busca plantear algunas cuestiones preliminares de estas facultades desde el punto de vista competencial orgánico, su relación con el Sistema de Fuentes del Derecho Administrativo, y los controles que le pueden ser aplicables, al tiempo que se analizan casos concretos de ejercicio de la facultad por parte de la DDU. El trabajo no ahonda, por tanto, en el análisis de las reglas hermenéuticas que se deben usar o en el método de solución de conflictos normativos a los que se enfrentan los órganos administrativos en su ejercicio².

I. La facultad de interpretación administrativa desde una perspectiva orgánica

La Administración del Estado solo puede actuar con miras al bien común bajo los límites otorgados previamente por el legislador, acorde los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, por lo que solo el ordenamiento jurídico justifica válidamente el ejercicio de las potestades administrativas y a su vez define sus límites. En este contexto, en el ejercicio de sus funciones, la aplicación de normas que habitualmente realizan los órganos de la Administración ya sea por adjudicación o por otras vías como la supervigilancia a otros órganos, requiere necesariamente de un ejercicio de interpretación³ de disposiciones normativas.

Existen algunos órganos administrativos que cuentan con potestades normativas de orden infra legal para dictar normas generales con una eficacia que dependerá del caso y disciplina concreta que se trate. El caso que interesa para efectos del presente trabajo es el de la potestad interpretativa de disposiciones jurídicas de una disciplina especializada. Esta potestad interpretativa debe entenderse de aplicación concreta, previa habilitación del legislador, cuyo contenido no puede contradecir ni a la ley ni a las normas contenidas en un reglamento sobre la materia.

En el caso chileno, se ha sostenido que la habilitación de estas competencias en distintos órganos de la Administración habría tenido en vista el modelo competencial de la Contraloría General de la República ("CGR"), no obstante, en la práctica más bien lo que se presenta es un panorama disperso y una definición de estas facultades que no ha sido uniforme⁴, dotando de la facultad de interpretar al órgano administrativo, pero en otros casos, especificándose que la habilitación es exclusivamente para el Jefe de Servicio. Para alguna parte de la doctrina, estos últimos casos en que se radica y precisa la facultad en el Jefe del Servicio, por oposición a una habilitación difusa

² Sobre estos aspectos, puede consultarse ESCOBAR RODRÍGUEZ 2016 "Derecho Urbanístico Chileno: Régimen de Fuentes Formales y Conflictos Normativos", Investigación para optar al grado de Magíster en Derecho LLM, mención Derecho Regulatorio Pontificia Universidad Católica de Chile.

³ GUZMÁN BRITO 2014, 58.

⁴ *Ibidem*, 55.

en el órgano Administrativo, evitarían una discrecionalidad en la elección de la unidad que dentro del servicio debiera ejercer la facultad⁵.

1. El caso de las Superintendencias en Chile

El modelo de las Superintendencias se instaló en nuestro país con el objeto de la fiscalización en mercados regulados requerida en la década de los 80, donde se buscaba una independencia frente al Gobierno, no obstante, hoy en día distan mucho de lo que son las agencias independientes del Derecho Comparado que funcionan como verdaderos contrapesos al Poder Ejecutivo⁶. Por el contrario, hoy en Chile las Superintendencias existentes se vinculan más al grupo de los servicios públicos general, pero sin perder la característica de especialización técnica.

El caso de otorgamiento de potestades normativas a las Superintendencias, cuya habilitación legal se encuentra en sus leyes orgánicas, se ha generado como respuesta al tecnicismo y sofisticación del sector de la Economía que es de competencia de la Superintendencia. Se ha sostenido al respecto que "La supervisión técnica que realizan las superintendencias sobre su sector requiere fijar los criterios técnicos que van a guiar a los agentes en el desarrollo de su actividad, lo que supone que las normas que regulan esta actividad se sujeten a esos criterios técnicos. Por ello, el sector requiere que la instancia de vigilancia adecue con discrecionalidad técnica las normas que ordenan la actividad que controlan"⁷. En este sentido, como se verá, la habilitación legal para potestades normativas y concretamente potestades interpretativas de disposiciones de los sectores técnicos ha ido en crecimiento a medida que el legislador ha establecido nuevas Superintendencias y/o complementado las leyes orgánicas de las tradicionales.

a) *Superintendencia de Electricidad y Combustibles*

La Ley N° 18.410, de 1985, establece la facultad de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles ("SEC") para "aplicar e interpretar administrativamente las disposiciones legales y reglamentarias cuyo cumplimiento le corresponde vigilar, e impartir instrucciones de carácter general a las empresas y entidades sujetas a su fiscalización".

b) *Superintendente de Servicios Sanitarios*

El artículo 4 letra c) de la Ley N° 18.902, de 1989, faculta en este caso al Jefe del Servicio Superintendente para "velar por el cumplimiento por parte de los entes fiscalizados, de las disposiciones legales y reglamentarias, y normas técnicas, instrucciones, órdenes y resoluciones que dicte relativas a la prestación de servicios sanitarios y descargas de residuos líquidos industriales. Esta facultad comprende también la de interpretarlas".

⁵ *Ibidem*, 84.

⁶ CORDERO & GARCÍA 2012, 415.

⁷ CAMACHO CEPEDA 2010, 177.

c) *Superintendencia de Seguridad Social*

El artículo 2 letra a) de la Ley N° 16.395, de 1965, faculta a dicha Superintendencia para “fijar, en el orden administrativo, la interpretación de las normas legales y reglamentarias de seguridad social de su competencia”.

d) *Superintendencia de Educación*

El artículo 49 letra m) de la Ley N° 20.529, de 2011, faculta a la Superintendencia de Educación para “Aplicar e interpretar administrativamente la normativa educacional cuyo cumplimiento le corresponde vigilar, e impartir instrucciones fundadas de general aplicación al sector sujeto a su fiscalización, sin perjuicio del ejercicio de las facultades propias del Ministerio de Educación”. Cabe mencionar además que esta disposición dispone reglas sobre sistematización y publicación de las instrucciones y resoluciones, de manera que el acceso a los criterios o interpretaciones se encuentra previsto por el legislador. Dispone así el siguiente inciso que “Las instrucciones y resoluciones que emanen de la Superintendencia serán obligatorias a partir de su publicación y deberán ser sistematizadas, de tal forma de facilitar el acceso y conocimiento de ellas por parte de los sujetos sometidos a su fiscalización”. Este último aspecto, como se verá, es concordante con la exigencia que impuso el legislador a las circulares de la DDU.

e) *Comisión de Mercado Financiero*

Finalmente, se encuentra la potestad que se mantiene de la otrora Superintendencia de Valores y Seguros de interpretación. En esta nueva regulación, se entrega a la Comisión en el artículo 5 numeral 1 de la Ley N° 21.100, de 2016, la facultad de “Dictar las normas para la aplicación y cumplimiento de las leyes y reglamentos y, en general, dictar cualquier otra normativa que de conformidad con la ley le corresponda para la regulación del mercado financiero. De igual modo, corresponderá a la Comisión interpretar administrativamente las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas, entidades o actividades fiscalizadas, y podrá fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento. Estas potestades no podrán extenderse en ningún caso a las facultades normativas e interpretativas que le corresponden al Banco Central de Chile de conformidad con la ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 82 de su ley orgánica constitucional”. Destacable de este último caso es que el legislador va más allá y busca delimitar esta facultad por medio de exclusión, en relación con facultades similares del Banco Central.

2. *Jefe Superior del Servicio de Aduanas*

El Decreto Ley N° 2554, de 1979, en su artículo 1, otorga la facultad al Jefe Superior del Servicio de Aduanas para “Interpretar administrativamente en forma exclusiva las disposiciones legales y reglamentarias de orden tributario y técnico cuya aplicación o fiscalización corresponda al Servicio de Aduanas y, en general, las normas relativas a las operaciones aduaneras y dictar las

órdenes e instrucciones necesarias para darlas a conocer a todos los empleados de ese Servicio, los que estarán obligados a cumplirlas". En este caso, se destaca que la facultad está otorgada expresamente por el legislador al Jefe del Servicio.

3. Contralor General de la República

La Contraloría General de la República ("CGR"), ejerce parte importante de su función pública de control jurídico de las actuaciones del resto de la Administración del Estado (artículo 98 de la Constitución Política de la República⁸), por medio de la emisión que realiza el Contralor General de La República de dictámenes donde otorga pronunciamientos integrales, es decir, tanto de fondo como de forma, "sobre la correcta interpretación y aplicación de las normas de Derecho Administrativo por los servicios sometidos a su control"⁹. Así, resuelve materias de su competencia formuladas bajo forma de consultas jurídicas efectuadas por particulares, o por la propia Administración del Estado.

Esta potestad está otorgada por el artículo 5 inciso tercero del Decreto Supremo N° 2.421 del Ministerio de Hacienda, que Fija el Texto Refundido de la Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de La República, que indica que "En los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de jefaturas de Servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes", y también por el artículo 6 que establece que "Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen. Del mismo modo, le corresponderá informar sobre cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas. 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, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales,

⁸ "Artículo 98.- 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. El Contralor General de la República deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. Será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un período de ocho años y no podrá ser designado para el período siguiente. Con todo, al cumplir 75 años de edad cesará en el cargo".

⁹ Dictamen N° 40.452, 2006.

reconoce esta ley al Contralor. De acuerdo con lo anterior, solo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere al artículo 1º”.

Ahora, esta facultad ha sido precisada por la propia CGR, primero dando a entender que reviste una facultad de orden constitucional, derivada del ya mencionado artículo 98 de la CPR¹⁰. Respecto a este punto, se señala que en opinión del presente artículo esta facultad es más bien de orden legal ya que no se desprende en ningún vocablo del artículo 98 de la CPR, la emisión de dictámenes, por otro lado, el inciso primero del artículo 98 se refiere a la Contraloría y no al Contralor, y el inciso segundo si bien se refiere al Contralor, enuncia los requisitos de la persona y su designación, no las facultades de este. Luego, la CGR ha indicado que sus dictámenes no tienen carácter innovativo en el ordenamiento jurídico y que su obligatoriedad emana de la propia norma que está interpretando, en cuanto señala que “(...) siendo la Contraloría General el ente al cual la Carta Fundamental y la legislación encomiendan ejercer el control de juridicidad de los actos de la Administración y en tal virtud, entre otras atribuciones, se le faculta para emitir pronunciamientos en derecho, la obligatoriedad de estos emana, en último término de la norma interpretada y de los preceptos constitucionales y legales que sustentan esas opiniones jurídicas, desde el momento que este Organismo de Control nada agrega a esa disposición, limitándose a efectuar un juicio declarativo al respecto”¹¹. Se visualiza, en consecuencia, que su importancia práctica trasciende tanto la esfera pública como privada, revistiendo de una fuerza obligatoria para los jefes de servicios, para quienes su informe es vinculante.

4. Director del Servicio de Impuestos Internos

En el caso del Servicio de Impuestos Internos (“SII”), la facultad se encuentra otorgada en específico a su Director, y se encuentra establecida en el artículo 6 letra A numeral 1 del Decreto Ley N° 830, de 1974, Código Tributario, en cuanto lo faculta a “Interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos. Podrá, asimismo, disponer la consulta pública de proyectos de circulares, o instrucciones que estime pertinente, con el fin de que los contribuyentes o cualquier persona natural o jurídica opine sobre su contenido y efectos, o formule propuestas sobre los mismos. Con todo, las circulares e instrucciones que tengan por objeto interpretar con carácter general normas tributarias, o aquellas que modifiquen criterios interpretativos previos, deberán siempre ser consultadas”. Cabe mencionar que esta disposición fue introducida por medio de la Ley N° 20.780, de 2014, del Ministerio de Hacienda (la llamada reforma tributaria), pero se contemplaba tal como se encuentra redactada en su inciso primero en la letra b) del artículo 7 del DFL

¹⁰ Dictamen N° 51.894, 2016.

¹¹ Dictamen N° 82.297, 2014.

N° 7, de 1980 que Fija Texto de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos y Adecúa Disposiciones Legales que Señala.

5. Ministerio del Medio Ambiente

Finalmente, y en una relación más directa con la facultad en estudio del presente trabajo por cuanto también se refiere a un ministerio, se encuentra la facultad del Ministerio de Medio Ambiente (“MMA”) de interpretación de ciertas normas de su competencia, establecida en el artículo 70 letra o) de la Ley N° 20.417, de 2010. Esta disposición faculta expresamente a dicho Ministerio a “Interpretar administrativamente las normas de calidad ambiental y de emisión, los planes de prevención y, o de descontaminación, previo informe del o los organismos con competencia en la materia específica y la Superintendencia del Medio Ambiente. El Ministerio del Medio Ambiente podrá requerir a los jefes de los servicios y organismos con competencias en materia ambiental, informes sobre los criterios utilizados por el respectivo organismo sectorial en la aplicación de las normas y planes señalados en el inciso anterior, así como de las dudas o dificultades de interpretación que se hubieren suscitado y de las desviaciones o distorsiones que se hubieren detectado. El Ministerio podrá, además, uniformar los criterios de aplicación y aclarará el sentido y alcance de las normas de calidad ambiental y de emisión, cuando observe discrepancias o errores de interpretación”.

Se destaca que en este caso la facultad posee matices en relación a los otros casos mencionados, por una parte, se refiere directamente al Ministerio, pero no aplica para toda la normativa de su competencia sino respecto de ciertas normas especialmente técnicas como son las normas de calidad ambiental, de emisión, planes de prevención y/o descontaminación, que son dictados por el propio MMA. Finalmente, la ley lo faculta para uniformar criterios de aplicación y aclarar sentido y alcance, por lo que se precisa aún más esta hipótesis de interpretación de normas.

Se hace presente que la misma Ley N° 20.417, de 2010, que en definitiva es la que establece la nueva Institucionalidad Ambiental en Chile, al normar las atribuciones del Servicio de Evaluación Ambiental, también dispone una facultad de interpretación respecto de las Resoluciones de Calificación Ambiental (“RCA”) en la letra g) del artículo 81, no obstante, esta competencia se deja fuera del análisis, por cuanto la interpretación de una RCA no es la interpretación de una disposición normativa general, sino la interpretación de una resolución vinculante únicamente para su titular y para un determinado proyecto.

II. La interpretación administrativa y el sistema de fuentes del Derecho Administrativo

Las facultades revisadas anteriormente se manifiestan en la emisión de instrumentos infralegales e incluso infrareglamentarios que se materializan a su vez en circulares, resoluciones u oficios. Al corresponder a instrumentos que se

encuentran por debajo de la ley y el reglamento, no poseen una legitimación democrática directa, y por esta razón no pueden considerarse parte de las fuentes formales de Derecho (Constitución, leyes y tratados internacionales).

No obstante, el desarrollo normativo que por su vía se genera y el impacto que tienen en la práctica administrativa asemejan sus efectos a una verdadera fuente del Derecho. Ahora bien, su percepción como fuente, aun de forma indirecta, dependerá ante todo de la calidad, estándar de razonabilidad y trabajo argumentativo del acto en el que se materializan, pero también, buena parte de su valor dependerá de la reputación y validación que perciban los operadores jurídicos respecto del órgano del cual emanan.

También incide la aplicación del criterio interpretativo que vaya haciendo paulatinamente la propia Administración del Estado, puesto que un mismo criterio o decisión invocada en diversas oportunidades tendrá mayor validación que un criterio o decisión que haya sido escasamente aplicado, y así, de esta forma, se pueden ir analizando los riesgos de refutabilidad por parte de quien quiere invocar el criterio. Esto último no obsta a que en cualquier momento la Administración cambie su criterio, lo que en todo caso debiera hacerse bajo los mismos estándares de razonabilidad señalados, sobre todo considerando que la esfera patrimonial de terceros pudiera verse afectada de forma indirecta por este cambio.

Sobre este punto, se ha sostenido por parte de autores españoles de gran influencia en nuestro país, aun incluso asemejando estas interpretaciones a un rango reglamentario, que estas no son vinculantes en términos generales ni son una interpretación oficial de la ley, así "No es posible otorgar a los Reglamentos el valor de interpretación auténtica de las Leyes, por la sencilla razón de que la Administración no es el legislador. El juez no está pues, vinculado por la interpretación que de una Ley haga el Reglamento. Es importante retenerlo así frente a declaraciones tales como la que contiene el artículo 12 de la Ley General Tributaria de 17 de diciembre 2003 (LGT) ('La facultad de dictar disposiciones interpretativas o aclaraciones de las Leyes y demás disposiciones en materia tributaria corresponde de forma exclusiva al Ministro de Hacienda' (...)) Las normas interpretativas o aclaratorias que en base a esas autorizaciones legales, o sin ellas, puedan dictarse son simples normas reglamentarias y la interpretación que en ellas pueda darse a la Ley tiene, desde luego, todo el valor que corresponda a su rango normativo (Decreto, Orden ministerial), pero no el de constituir una interpretación auténtica de la Ley. Los Jueces y Tribunales no resultan vinculados por ellas sino en la medida en que estimen correcta la interpretación que contienen (...)"¹². Desde esta perspectiva, el estándar argumentativo y de razonabilidad de la interpretación se torna esencial, desde que los jueces y tribunales incorporarán en sus decisiones los criterios desarrollados por la Administración, solo en la medida en que se formen una convicción respecto de ellos.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ 2011, 104-105.

En definitiva, si bien no es posible sostener que estos actos constituyan fuentes formales de Derecho Administrativo, no se puede negar su importancia en la realidad práctica, donde son necesarias para el ejercicio de una determinada actividad, por corresponder a un aspecto técnico que la norma legal o reglamentaria no pudo indicar con el mayor desarrollo necesario en cuanto a su sentido y alcance. En esta línea, son un complemento muchas veces indispensable de la labor normativa, pero de una manera accesorio y nunca equivalente.

1. Materialización de la facultad de interpretación administrativa

a) *Naturaleza de acto administrativo*

Como los actos administrativos tienen los más variados objetos en el ejercicio de la función pública, pero al mismo tiempo solo hay determinadas categorías formales de acto administrativo, se presenta el problema de encuadrar la manifestación de la facultad de interpretación de normas administrativas en lo que la ley define como acto administrativo.

Adicionalmente, contribuye a un panorama heterogéneo, el hecho que la interpretación se materialice en diversas formas (“dictámenes” para el caso de la CGR; “resoluciones” para el caso de las Superintendencias, “circulares u oficios” para el caso del SII y “circulares” para el caso de la DDU, como se verá más adelante).

El artículo 3 de la Ley N° 19.880, de 2003, en lo que interesa, dispone lo siguiente: “Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos. Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones (...) Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión. Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias”.

Por tanto, de esta definición legal de acto administrativo, quedan excluidas las circulares e instrucciones, lo que ha sido compartido por parte de la doctrina¹³. Se señala, además, que cuando el artículo 3 se refiere a “los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que reali-

¹³ “Las circulares e instrucciones resultan de difícil encuadramiento en la definición de acto administrativo que hoy aporta la Ley N° 19.880 de Bases del Procedimiento Administrativo. Esta ley circunscribe la definición de acto administrativo a las “decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado” expresado mediante “la forma de decretos y resoluciones” y por extensión este concepto solo llega a comprender a “los dictámenes o declaraciones de juicio constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración (artículo 3° Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos)”. CAMACHO CEPEDA 2010, 180.

cen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias”, el legislador no se está refiriendo a la actividad de interpretación, pues esta es una actividad de mayor envergadura que una “declaración de juicio, constancia o conocimiento” y porque en muchos casos se pretenderán efectos más bien generales. En un sentido similar, la CGR ha indicado, a propósito de la facultad del Director del SII de interpretar administrativamente disposiciones tributarias, que ello corresponde a una potestad normativa y reguladora, no pudiéndose enmarcar el acto en que se materializa en el concepto de acto administrativo de la Ley N° 19.880¹⁴.

No obstante, se advierte que el tema es discutido, habiendo opiniones que sostienen que el acto emitido por cierto Jefe del Servicio en interpretación de disposiciones para lo que está habilitado, es un acto administrativo, por cuanto justamente es una declaración de juicio, constancia o conocimiento al que se le puede añadir una declaración de voluntad en el acto de interpretación. Para esta concepción, claro está, la consecuencia radica en los mecanismos de impugnación¹⁵, como se verá a continuación.

b) Límites y controles de la facultad de interpretación administrativa

Una consecuencia que se deriva de la falta de claridad y encuadre como acto administrativo de los actos interpretativos de la Administración, es que sus límites de aplicación, obligatoriedad y mecanismos de control y/o impugnación se tornan difusos.

Lo anterior no es de poca relevancia si se acepta lo sostenido por algunos autores, en cuanto a que, en ocasiones, el ejercicio de estas facultades podría implicar que la Administración las utilizase para mejorar su posición en una determinada relación jurídico-administrativa¹⁶.

Al respecto, si se sostiene que no son actos administrativos, los mecanismos de impugnación establecidos en la Ley N° 19.880, de 2003, no son aplicables, por lo que deberá esperarse la aplicación de otros tipos de controles o límites.

En este sentido, un tipo de control de carácter difuso es la publicidad de estos actos circulares, pero dependiendo del órgano esto variará, dependiendo de la mayor o menor exigencia que haya regulado el legislador. Como se verá, para el caso en estudio, la publicidad es un aspecto abarcado que asegura al menos la socialización de los criterios DDU.

Otro límite claro que deben observar estos actos y el ejercicio de esta facultad es el propio sistema de fuentes del derecho, no pudiendo nunca contradecir disposiciones legales o reglamentarias.

¹⁴ Dictamen N° 39.353, de 2003.

¹⁵ GUZMÁN BRITO 2014, 149.

¹⁶ VERGARA BLANCO 2016.

Finalmente, como se verá, la Contraloría General de la República juega un rol importante dentro de los mecanismos de control del ejercicio de esta facultad, puesto que los criterios y decisiones de la DDU deben estar bajo sujeción de los criterios de la entidad de control, primando estos últimos.

III. La facultad de dictar circulares interpretativas de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo

1. La División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo

La DDU es una unidad administrativa dentro del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, dependiente de la Subsecretaría respectiva, tal como lo indica el artículo 10 del Decreto Ley N° 1.305 de 1975, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, destacando entre sus funciones otorgadas por la LGUC¹⁷ la

¹⁷ Por su parte, el Decreto Ley N° 1.305 de 1975, en el artículo 12, establece las siguientes funciones de la DDU: "a) Proponer la política nacional de desarrollo urbano y la política nacional de equipamiento comunitario, de infraestructura sanitaria, pavimentación y vialidad urbana en coordinación con los sectores socio-económicos; b) Elaborar los planes nacionales de desarrollo urbano de acuerdo a las instrucciones formuladas por el Ministro directamente o a través del Comité de Planificación y Coordinación; c) Coordinar a nivel nacional y regional, los planes de desarrollo urbano, como asimismo, los de equipamiento comunitario, infraestructura sanitaria, pavimentación y vialidad urbana; d) Informar al Ministro de Vivienda y Urbanismo lo relativo al cumplimiento de planes reguladores comunales, intercomunales y metropolitano remitidos por las Secretarías Ministeriales, respecto de uso del suelo, límites urbanos, vialidad urbana, etc; e) Efectuar los estudios técnicos necesarios para elaborar la legislación relativa al proceso de subdivisión de la tierra urbana, su urbanización y utilización; f) Coordinar y supervigilar, a nivel nacional, los planes y normas de servicios urbanos de electricidad, gas y telecomunicaciones en lo que se relacionen con el uso del suelo para el desarrollo urbano; g) Realizar el estudio y proponer la dictación de las normas técnicas nacionales y regionales de infraestructura y de instalaciones domiciliarias de electricidad, gas, teléfonos, pavimentación de vías urbanas y evacuación de aguas lluvias a través de redes secundarias de sistemas de evacuación y drenaje de aguas lluvias que empalmen con la red primaria de sistemas de evacuación y drenaje de aguas lluvias, todo ello en concordancia con el respectivo plan maestro y con las normas que al respecto dicte el Ministerio de Obras Públicas. Asimismo, le corresponderá la proposición de normas de administración, explotación, conservación y mejoramiento de los servicios de alcantarillado de aguas lluvias, ya sean fiscales, municipales o particulares, así como realizar los estudios y proponer la dictación de las normas técnicas, de diseño, cálculo, construcción, estándares u otros aspectos sobre equipamiento comunitario; h) Supervigilar el cumplimiento por parte de las Direcciones de Obras Municipales, de la Ley General de Construcciones y Urbanización y de toda otra norma legal o reglamentaria referida a la misma materia; i) Revisar y proponer al Ministro para su aprobación por decreto supremo, los siguientes instrumentos de planificación urbana: a) Planes Reguladores Urbanos Comunales, sus Ordenanzas Locales, Planos Seccionales y sus modificaciones; b) Planos Reguladores Intercomunales y sus modificaciones; c) Límites Urbanos y sus modificaciones; j) Resolver en segunda instancia las reclamaciones interpuestas en contra de las resoluciones adoptadas por los Directores de Obras Municipales en asuntos relativos a la construcción y urbanización, siempre que la apelación sea fundada; k) Autorizar a los Directores de Obras Municipales para postergar la concesión de permisos de construcción cuando está en estudio la modificación del Plan Regulador o su Ordenanza Local; l) Cautelar la generación de nuevas áreas urbanas en sectores rurales, interviniendo en las operaciones que a continuación se indican, a través de autorizaciones previas: a) Subdivisiones rurales con fines ajenos a la agricultura; b) Subdivisiones rurales de terrenos fiscales con fines ajenos a la agricultura; c) Apertura de nuevos caminos o calles que desemboquen en caminos nacionales o regionales de las áreas intercomunales; d) Construcción en áreas rurales de nuevas poblaciones, industrias, o equipa-

de solicitar la instrucción de un sumario administrativo ante la CGR si toma conocimiento de que algún funcionario en ejercicio de sus funciones ha convalidado las disposiciones de la LGUC u Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones ("OGUC"), establecida en el Decreto N° 47, de 1992 (artículo 15 LGUC); mantener archivo de la memoria explicativa, planos y ordenanza correspondiente a un Instrumento de Planificación Territorial ("IPT") (artículo 28 septies LGUC); y la más importante, relativa a impartir instrucciones para la aplicación de las disposiciones de la LGUC y de la OGUC, lo que se materializa en circulares administrativas que deben estar a disposición de cualquier interesado (artículo 4 LGUC). Como se verá, dadas sus funciones e importancia práctica, la DDU es un actor de suma relevancia dentro de la institucionalidad urbanística.

2. Dictación de circulares interpretativas de las disposiciones urbanísticas

El artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley N° 458, de 18 de diciembre de 2018, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que establece la Ley General de Urbanismo y Construcciones ("LGUC"), dispone lo siguiente:

"Al Ministerio de Vivienda y Urbanismo corresponderá, a través de la División de Desarrollo Urbano, impartir las instrucciones para la aplicación de las disposiciones de esta Ley y su Ordenanza General, mediante circulares, las que se mantendrán a disposición de cualquier interesado. Asimismo, a través de las Secretarías Regionales Ministeriales, deberá supervigilar las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas y técnicas sobre construcción y urbanización e interpretar las disposiciones de los instrumentos de planificación territorial. Las interpretaciones de los instrumentos de planificación territorial que las Secretarías Regionales Ministeriales emitan en el ejercicio de las facultades señaladas en este artículo, solo regirán a partir de su notificación o publicación, según corresponda, y deberán evacuarse dentro de los plazos que señale la Ordenanza General".

miento; m) Emitir los informes favorables a las expropiaciones que se propongan conforme al inciso 2° del artículo 51° de la Ley N° 16.391. n) Informar técnicamente los planes, proyectos y programas correspondientes al sistema de financiamiento urbano compartido, que propongan los Servicios de Vivienda y Urbanización. ñ) Autorizar proyectos tipo y especificaciones técnicas de edificaciones que cuenten con la aprobación de los Servicios de Vivienda y Urbanización o las Municipalidades, conforme a los requisitos establecidos en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. o) Autorizar modificaciones de áreas de riesgo, previo estudio fundado suscrito por un profesional especialista, y previo informe favorable del Ministerio de Obras Públicas, o sus órganos dependientes, en caso que tales áreas hubieren sido establecidas por estudios de dichas entidades. En caso de obras a que se refiere el artículo 116 bis D) de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, dicho informe deberá ser evacuado por la citada autoridad en un plazo máximo de 15 días hábiles, contado desde la recepción del requerimiento respectivo. Transcurrido dicho plazo sin que hubiere pronunciamiento, se entenderá que no existen observaciones que formular. Las facultades de las letras h), i), j), k), l), m), ñ) y o), precedentes, deberán entenderse en concordancia con lo que se dispone en el artículo 24° de este cuerpo legal".

De esta forma, la LGUC –y no la ley que crea el MINVU, como en el caso del Ministerio de Medio Ambiente¹⁸– faculta al Ministerio, por medio de la DDU, a impartir instrucciones para la aplicación de las disposiciones urbanísticas, lo que no es sino una verdadera facultad de interpretación, ya que por medio de estas circulares se abordan, entre otras materias, delimitar el sentido y alcance de una determinada disposición.

Es importante diferenciar esta facultad ejercida por la DDU, de la facultad de las SEREMIS del MINVU de interpretar las disposiciones de los IPT, como sería el caso de un Plan Regulador Comunal o Intercomunal, la que se materializa en la emisión de un oficio, a solicitud específica, que se refiera a “aclaraciones de las normas establecidas por el respectivo IPT, de acuerdo a su ámbito de acción y que pueden implicar, por ejemplo, precisiones sobre disposiciones referidas a condiciones de edificación o urbanización, vialidad, límites de zonas, entre otras”¹⁹.

Sobre la relación de las facultades interpretativas de la DDU y de las SEREMI del MINVU, Alejandro Guzmán Brito plantea que la diferencia que señala el artículo 4 de la LGUC entre ambas es innecesaria puesto que las normas de los IPT que interpretan las SEREMI del MINVU, estarían comprendidas en las disposiciones legales y técnicas de urbanismo y construcción. No obstante, se precisa que el presente trabajo no realiza un análisis de la facultad de las SEREMI del MINVU en relación con los Instrumentos de Planificación Territorial.

Por otro lado, se advierte, que para el caso de la SEREMI del MINVU, el legislador utilizó el vocablo de “interpretar”, pero para el caso de la DDU utiliza la frase “impartir instrucciones”, lo que contribuye a la discusión de la naturaleza y alcances de esta última facultad. Pero, sin perjuicio de su redacción, lo cierto es que, como se verá por medio de ejemplos concretos, la facultad de la DDU es una verdadera interpretación administrativa, desde que determina el sentido y alcance de una disposición, fija sus límites y delimita los conceptos aplicables en la hipótesis normativa, y en este sentido “Cuando un órgano administrativo conoce de un asunto de su competencia, interpreta las normas y adopta una determinación, sigue las etapas propias que demanda el razonamiento jurídico y la labor que corresponde a todo operador del Derecho. En este proceso necesariamente la determinación del sentido objetivo de las normas constituye un proceso intelectual necesario e ineludible, que no es sino la interpretación de dichas normas”²⁰.

Como dato histórico, la potestad de interpretación por medio de circulares de la DDU, está configurada con los alcances que hoy conocemos desde el año 1996, al respecto se ha señalado que “Hasta que la Ley N° 19.472 (D.O. 16.09.96) reemplazó el art. 4° de la LGUC, este asignaba a las Secretarías Regionales Ministeriales la función de “interpretar las normas técnicas de

¹⁸ *Supra*.

¹⁹ <http://interpretacionipt.minvu.cl/SitePages/Inicio.aspx>

²⁰ CORDERO QUINZACARA 2015.

esta legislación”, lo que podía dar lugar a tantos criterios como regiones del país. En tanto, el artículo 12, letra h), del D.L. N° 1.305 (D.O. 19.02.76) encargaba a la División de Desarrollo Urbano del MINVU “supervigilar el cumplimiento por parte de las Direcciones de Obras Municipales, de la Ley General de Construcciones y Urbanización y de toda otra norma legal o reglamentaria referida a la misma materia”, sin dar valor especial a las circulares. El año 1996 se modificó el sistema de clasificación de las circulares de la DDU y se numeraron en una nueva serie, cuyo N° 1 es la circular del 28.03.96²¹.

Hoy en día la DDU emite dos tipos de circulares, las “Circulares DDU generales”, y las “Circulares DDU específicas”, cada una de las cuales posee su numeración propia:

a) Las “Circulares DDU generales”, con denominación “DDU” imparten instrucciones sobre el contenido y aplicación de una determinada disposición, en términos generales, y en ese sentido “abordan aspectos globales sobre la aplicación de la normativa legal y reglamentaria²²”

b) Las “Circulares “DDU específicas”, con denominación “DDU ESPECÍFICAS”, imparten instrucciones con un carácter particular, en respuesta a un requerimiento vinculado con un caso determinado, por existir dudas sobre la aplicación de un determinado precepto. En este sentido, realiza un “análisis aclaratorio de la normativa, a partir de casos concretos presentados ante esta División de Desarrollo Urbano, en relación con la aplicación de alguna norma”. Por tanto, en el caso de las “Circulares DDU específicas” hay una incidencia solo en el supuesto de hecho puntual que se consultó. Confirma todo lo señalado el enunciado de estas circulares que usualmente incluye la frase “se ha dirigido a esta División [un arquitecto/abogado/particular] solicitándose se aclare si...”. No obstante, se advierte que, pese a su vinculación particular y no general, en la distribución del acto, van copiados diversos órganos de la Administración como la CGR, la respectiva SEREMI MINVU y la respectiva Dirección de Obras Municipales (“DOM”) asociada al proyecto.

Por otra parte, tanto las circulares generales como específicas se encuentran sistematizadas y a disposición del público general, tal como lo dispone el artículo 4 de la LGUC, en la página web del MINVU, lo que asegura al menos desde una perspectiva de socialización de contenidos, que los diferentes criterios o decisiones sean conocidos por los particulares y por los demás órganos de la Administración del Estado.

3. Implicancia práctica de la facultad de la División de Desarrollo Urbano

a) *Eficacia*

Como se ha indicado, las instrucciones sobre aplicación de las disposiciones urbanísticas se materializan en circulares, y estas, como instrumento jurídico,

²¹ RAJEVIC MOSLER 2001.

²² MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO, 2009.

por regla general, "son normas que dictan los jefes de servicio en virtud de su potestad jerárquica o de mando, dentro del margen de discrecionalidad que le entrega el ordenamiento, para la buena marcha y funcionamiento de la entidad pública"²³, y en ese sentido usualmente tendrán un efecto obligatorio no general.

Pero lo cierto es que en este caso nos encontramos frente a un vehículo jurídico que, teniendo una habilitación legal expresa para su dictación, tiene más afanes normativos y dogmáticos que de instrucción interna, por lo que al margen del análisis y discusión respecto de la naturaleza jurídica de las circulares administrativas, estos actos sí son observados en la práctica por todos los operadores jurídicos, toda vez que a través de ellos se fijan criterios técnicos y se precisan o ajustan en un sentido técnico las normas de la actividad urbanística. En otras palabras, muchas veces son necesarias e indispensables para la aplicación de la disposición normativa. Ahora, una cuestión distinta es sostener que la inobservancia del criterio sostenido en una circular origine consecuencias jurídicas desfavorables para los particulares o incida necesariamente en la eficacia de un acto administrativo dictado en relación con su aplicación.

Por tanto, la dificultad que se plantea es insertar estas circulares en el sistema normativo, aceptando *prima facie* que son parte del bloque normativo en materia urbanística. En este sentido, se ha sostenido que "La verdad es que la interpretación que realizan los órganos administrativos debiera limitarse a establecer el sentido y alcance de las leyes y reglamentos que rigen a un determinado sector, no pudiendo en dicho supuesto innovar en el ordenamiento jurídico estableciendo cargas que puedan agravar la situación jurídica de los particulares. Sin embargo, la amplitud de los términos utilizados por el legislador y el recurso a conceptos jurídicos indeterminados, entregan a estos organismos un amplio margen de decisión frente a un abanico más o menos amplio de posibles interpretaciones. En tal sentido, la decisión interpretativa a la cual llegan estas entidades en sus resoluciones, circulares o instrucciones contienen, sin lugar a dudas, el efecto y el carácter de auténticas normas"²⁴.

Por otra parte, en consideración a la cantidad de municipios, y por consiguiente, la cantidad de Direcciones de Obras Municipales, y SEREMI MINVU de las diferentes regiones de nuestro país, desde una perspectiva funcional, las circulares DDU constituyen un instrumento que contribuye a la uniformidad de criterios.

Por tanto, sin ser imperioso encuadrarlas bajo una determinada denominación, lo cierto es su importancia en la realidad práctica es innegable, y es desde allí que se debiera darles valor y analizar sus alcances, más que detenerse en la nomenclatura que se le otorgue al acto por el cual se materializan.

²³ CORDERO QUINZACARA 2010.

²⁴ *Ibidem*.

b) *Límites y controles de la facultad de la División de Desarrollo Urbano*

i. Límites de ejercicio

Primeramente, y como se ha dejado entrever, esta facultad no puede reprocharse en su fuente, desde un sentido competencial, puesto que el legislador fue claro al establecer el artículo 4 de la LGUC. En este sentido, “la pregunta sensata no es si los organismos administrativos pueden o no disponer de atribuciones de este tipo [refiriéndose a las potestades normativas en general], pues el legislador las suele entregar con habitualidad y bajo una gran cantidad de “denominaciones”. La pregunta realmente relevante es cuál es el estándar para que tales atribuciones se puedan ejercer”²⁵.

Como ya se mencionó, el límite más claro de estas facultades es que al ser actos infralegales y reglamentarios, de carácter específico, deben estar en plena coherencia y armonía con la Constitución, Leyes y Reglamentos, y en este sentido, respetar al Sistema de Fuentes formales en Derecho Administrativo, por cuanto, como se señaló, no puede reconocérseles sino como una fuente indirecta y accesorio.

Así, un estándar de aplicación o ejercicio, que es concordante con la distribución de competencias establecidas en la Constitución y la legitimación democrática, es que la DDU procure ejercer sus competencias respecto de una disposición contenida en la OGUC –rango reglamentario– que a su vez vino a regular de forma más precisa un aspecto ya tratado en la LGUC –rango legal– y previsto por el legislador dotado de legitimidad democrática. En este sentido, no se justifica que innove en contenido o fije en la práctica nuevas disposiciones, puesto que esto excedería lo que el legislador le ha habilitado para hacer.

El problema, es que al tratarse de instrucciones o criterios, que en definitiva vienen a desarrollar técnica y dogmáticamente el contenido de una determinada disposición, su flexibilidad, si bien podría reportar beneficios desde el punto de vista del dinamismo de la disciplina técnica específica, implica en la práctica que puede quedar sin efecto con la mera dictación de otra circular que contenga un criterio diverso u opuesto, no mediando una discusión de orden legislativo que permita vislumbrar este cambio de criterio. Lo anterior atenta contra la seguridad jurídica no solo de los particulares, sino de todos los actores que intervienen en el sistema jurídico-urbanístico.

ii. Sujeción a la Contraloría General de la República

Ahora, un límite bastante claro en la práctica es la participación de Contraloría General de la República en el ejercicio de las facultades de la DDU y la sujeción que esta última debe observar a los dictámenes de dicha entidad de control. Este mecanismo de control se manifiesta a su vez, como la vía de impugnación por cuanto ocurrirá en el evento que un particular acuda a Con-

²⁵ CORDERO VEGA 2015, 162.

traloría a efectos de reclamar la interpretación efectuada por la DDU en una determinada circular, en un asunto que le afecte.

Primeramente, se debe señalar que la CGR ha validado la facultad de la DDU, como una facultad de interpretación de las disposiciones urbanísticas, en los siguientes términos de un dictamen del año 2004 no reconsiderado ni alterado al día de hoy, “en la situación en análisis, las instrucciones importan reglas con predominio de normas técnicas o explicativas para el cumplimiento de un servicio administrativo, según su acepción natural, y que en este caso se imparten para “aplicar” la Ley y la Ordenanza nombradas (...) En estas condiciones, si el legislador ha radicado en el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, a través de la Dirección de Desarrollo Urbano, la facultad de impartir instrucciones para la aplicación de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y de su Ordenanza General, no debe desconocerse que dicha atribución comprende la de interpretar la indicada preceptiva, dado que en derecho, si se faculta para impartir instrucciones destinadas a aplicar sobre determinados preceptos, ello importa previamente determinar el alcance o sentido de ellos. (Aplica dictámenes N^{os} 5.888, de 1999 y 39.735, de 2000)”²⁶. En los mismos términos se pronuncia en el año 2016; indicando que “Sobre la materia, y teniendo en cuenta el parecer recabado de la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo, es del caso precisar que la potestad que el artículo 4° de la LGUC confiere a la División de Desarrollo Urbano para impartir instrucciones como la de la especie, dice relación con el ejercicio de una atribución interpretativa”²⁷.

Ahora bien, como se sabe, un particular o un servicio pueden recurrir a la CGR para obtener un pronunciamiento sustancial, respecto del alcance o aplicación de una determinada norma, por la vía de la revisión de legalidad de los actos de los órganos de la Administración. Por tanto, podría darse un caso de conflicto de los criterios que establezca una circular DDU y un dictamen de CGR, ante lo cual debe estarse a lo dictaminado por Contraloría, por cuanto, si esta entidad de control puede pronunciarse respecto de los límites del ejercicio de la facultad de interpretación de la DDU en un caso concreto respecto de la aplicación de una norma concreta²⁸, con toda razón puede sostenerse que es su razonamiento el que primaría al respecto. En este sentido, en un caso de conflicto de criterios, previa instancia de un particular ante Contraloría, pueden darse dos caminos, primero que la Contraloría instruya “ajustar” la interpretación, lo que se materializará en una nueva circular DDU, o que la entidad de control instruya a la Subsecretaría del MINVU para subsanar el acto interpretativo, atendidos los reparos argumentativos que la misma Contraloría le realice. Se advierte que de los casos revisados, que se verán más adelante, no se visualiza que ante un pronunciamiento de Contraloría quede *ipso facto* modificada o derogada una circular DDU, sino que se

²⁶ Dictamen N° 18.447, de 2004.

²⁷ Dictamen N° 63.910, de 2016.

²⁸ *Infra*.

requiere que esta misma, en cumplimiento de lo que se le instruye, realice una acción como la emisión de una nueva circular que modifica o ajusta su pronunciamiento, o incorpore un estampado que dé cuenta que su decisión y argumentación se encuentran derogadas, para luego dictar una nueva circular donde expresa que deja sin efecto la anterior.

Finalmente, la sujeción de la facultad de la DDU a la CGR se torna más patente, desde que hay circulares DDU que se han dictado con el único objetivo de dar a conocer un dictamen y un criterio de la CGR, como es el caso de la Circular DDU N° 76, de 17 de abril de 2001, sobre Asesores Urbanistas, Directores de Obra Municipales, Conjuntos Armónicos, Ley Orgánica de Municipalidades, en relación con el artículo 10 letra b) de la LGUC, que dispone en su texto, lo siguiente: "esta Jefatura ha estimado conveniente dar a conocer el dictamen de la Contraloría General de la República, sobre las atribuciones del Asesor Urbanista y Director de Obras del Municipio, respecto de otorgar autorización previa a los "Conjuntos Armónicos" para su aprobación por lo anterior, se transcribe a continuación el Dictamen N° 10347 de 21 Marzo 2001 de la Contraloría General de la República (...)".

IV. Análisis concreto del ejercicio de la facultad de la División de Desarrollo Urbano

A continuación, se enuncian algunos casos concretos en los cuales ha quedado de manifiesto la importancia y el impacto en la aplicación práctica de las disposiciones urbanísticas, de las facultades de interpretación de la DDU. Los casos escogidos buscan evidenciar lo anterior, no realizando un análisis pormenorizado de cada una de las materias en ellos discutidas, teniendo en cuenta que al día de hoy las circulares generales DDU llegan al número 413 y en el caso de las específicas al número 210 aproximadamente, según la información disponible en la página web del MINVU. Así, se revisan casos en los cuales se evidencia que las circulares de la DDU pueden ir más allá de una interpretación que aclare el verdadero sentido y alcance de ciertas disposiciones urbanísticas, constituyendo, en cambio, un desarrollo dogmático y normativo de ciertos conceptos, lo que ha sido advertido por la CGR. En otros casos, se tratará de un desarrollo dogmático que no encuentra sustento normativo o legal, por lo que también se aparta del verdadero sentido y alcance de la disposición urbanística.

1. Circular DDU N° 279 sobre vigencia de declaratorias de utilidad pública

La Circular DDU N° 279, de 18 de diciembre de 2014, trata las declaratorias de utilidad pública, en relación al artículo 59 de la LGUC, y el artículo transitorio de la Ley N° 20.791, de 2014, en cuanto "revive" estas declaratorias en ciertos terrenos que habían caducado, reconociendo, no obstante, en su artículo transitorio la vigencia de ciertos permisos otorgados válidamente.

Esta circular ha sido objeto de críticas y análisis de diversos sectores por la temática que trata, de la que se deriva una limitación en el derecho de

propiedad, pero para efectos del presente trabajo, se destaca que en esta circular se realiza una verdadera interpretación de un concepto indeterminado presente en las disposiciones urbanísticas.

En efecto, el artículo 59 de la LGUC, dispone que se declaran de utilidad pública, "todos los terrenos consultados en los planes reguladores comunales, planes reguladores intercomunales y planes seccionales destinados a circulaciones, plazas y parques, incluidos sus ensanches, en las áreas urbanas, así como los situados en el área rural que los planes reguladores intercomunales destinen a vialidades".

Pues bien, la indicada circular DDU N° 279, determina desde una perspectiva de gran alcance el concepto de "circulaciones", el que no estaba definido propiamente ni en la LGUC ni en la OGUC, pese a su utilización en distintas disposiciones. Para definirlo, señala que "el vocablo circulaciones es un concepto genérico, aplicable a cualquiera de las categorías viales (tipos de vías) actualmente contenidas por la normativa de urbanismo y construcciones. En consecuencia, las declaratorias contenidas el artículo 59 de la LGUC como en el artículo transitorio, son aplicables a cualquiera de las vías de la red vial prescritas en los artículos 2.3.2 y 2.3.3 de la OGUC: expresas, troncales, colectoras, de servicio, locales o pasajes". De esta manera, amplía el concepto de circulaciones haciendo aplicable el artículo 59 y por ende restringiendo el derecho de propiedad de ciertos titulares de permisos, a una mayor cantidad de hipótesis, toda vez que se debe recordar que para que opere una expropiación, debe existir previamente una declaratoria de utilidad pública. De ahí su impacto e importancia en la práctica.

Posteriormente, y en otro orden de ideas, en el año 2016, la CGR por medio del Dictamen N° 92.512, ordenó ajustar la mencionada circular, en cuanto señalaba que las "solicitudes" de permisos "ingresadas" a las Direcciones de Obras Municipales con anterioridad a la publicación de la Ley N° 20.791, de 2014, debían ser evaluadas y tramitadas conforme las normas vigentes a la fecha de su ingreso, en circunstancias que debía entenderse conforme las disposiciones vigentes y otros pronunciamientos de la CGR que la excepción aplicaba solo para los permisos "otorgados". La CGR, por tanto, indica que "la mencionada subsecretaría deberá arbitrar las providencias pertinentes, destinadas a ajustar el criterio contenido en la precitada DDU 279 (...)", cuestión que se hizo finalmente en la Circular DDU N° 396, de 17 de enero de 2018.

2. Circular DDU N° 400 sobre áreas de protección de recursos de valor patrimonial cultural en un Plan Regulador Comunal

Esta circular de 12 de febrero de 2018, trata la declaración de áreas de protección de recursos de valor patrimonial específicamente cultural, en los Planes Reguladores Comunales ("PRC") referidos a Zonas y a Inmuebles de Conservación Histórica, y Monumentos Nacionales, en relación con la aplicación del inciso segundo artículo 60 de la LGUC. El principal aspecto destacable de

esta circular es uno de carácter cuantitativo, por cuanto tiene una extensión de 42 páginas, en las que se realiza un verdadero desarrollo dogmático en relación a la materia de análisis, lo que excede un trabajo de impartir instrucciones constituyendo una verdadera interpretación administrativa. Además, en su parte inicial, la circular contiene un capítulo que justifica la elaboración de dicha interpretación, destacándose entre estas razones, la siguiente, "El requerimiento surge en el contexto del aumento de la demanda ciudadana por elaboración de Estudios o actualización de Planes Reguladores Comunales, que aborden declaración y reglamentación del patrimonio local (ICH-ZCH) y reconocimiento del patrimonio nacional (MN). Dicha situación ha permitido detectar consideraciones necesarias de corregir, información o metodología importante de ampliar, como asimismo, procesos necesarios de complementar o precisar". Finalmente, la circular trata los temas del procedimiento para estas declaraciones, así como su reglamentación en los PRC; definición de características arquitectónicas; y el marco legal y reglamentario de la LGUC y OGUC.

3. Circular DDU N° 271 sobre rectificación y modificación de deslindes

Esta circular de 23 de julio de 2014, trataba el alcance del artículo 67 de la LGUC que regula la modificación de deslindes que se efectúa ante la respectiva DOM, pero debido a que no se regula en la normativa un procedimiento específico, la mencionada circular trató de establecer un procedimiento junto con exigir requisitos no previstos en la ley para la aprobación de la rectificación o modificación de los deslindes, por medio de solicitar adjuntar cierta documentación, al tiempo que señalaba hipótesis no previstas en el artículo 67 en los cuales se requeriría a instancias de la Administración la rectificación de deslindes.

Al respecto, la CGR indicó en su Dictamen N° 87.449, de 4 de noviembre de 2015, que "considerando que el artículo 2° de la LGUC dispone que las normas reglamentarias de aquel cuerpo legal tienen que ser reguladas en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, es menester expresar que con la mencionada DDU N° 271 la referida División de Desarrollo Urbano excedió las facultades de interpretación que le son propias en virtud de lo consignado en el artículo 4° de la LGUC, al sugerir requisitos para la procedencia de la rectificación y modificación de deslindes, por lo que ha de corregirse dicha situación, dentro del término otorgado anteriormente".

Cabe mencionar que la indicada circular fue ajustada según lo instruido por el órgano de control, por medio de la Circular DDU N° 553, de 9 de diciembre de 2015, lo que se visualiza en un estampado en la misma que indica "versión modificada".

4. Circular DDU N° 289 sobre aplicación del artículo 63 de la OGUC

Esta circular de 28 de julio de 2015 interpreta que el beneficio de incremento del coeficiente de constructibilidad en aquellos casos en que se pretenda

subdividir y fusionar un predio aplica únicamente en los casos en que se realiza una sola fusión, y no en el caso de otras obras materiales como subdivisión y luego fusión, o bien, una subdivisión y fusión simultánea, por estimar que estas últimas situaciones no tendrían como resultado alterar la forma y fisonomía del terreno, sino que más bien la mantenían.

Al respecto, la CGR objeta el estándar argumentativo de la circular, en cuanto interpretación, señalando en el Dictamen N° 1.780, de 8 de enero de 2016, lo siguiente “la singularizada subsecretaría sustenta la legalidad de la circular en comentario sobre la base de entender una serie de situaciones de hecho que podrían darse en la aplicación del nombrado artículo 63, como hipótesis configurativas de actos jurídicos simulados o de abuso del derecho, lo que si bien puede constituir un antecedente, por sí solo no se condice con la necesaria fundamentación que debe anteceder al desarrollo de la antedicha atribución interpretativa (...)En ese contexto, esta sede de control debe concluir que lo expresado por la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo en el N° 4 de su DDU 289 resulta objetable, en tanto, por una parte, no se vislumbran en dicho instrumento ni en el parecer recabado del ministerio del ramo las herramientas de hermenéutica legal que sostengan lo señalado en ese numeral, y por otra, no consigna en este parámetros o elementos de referencia que siendo jurídicamente admisibles para la interpretación del sentido de la norma, permitan su correcta aplicación”. Finalmente, Contraloría le indica que “procede que esa subsecretaría adopte las medidas destinadas a subsanar la situación producida”.

En el mismo sentido, se pronuncia el Dictamen N° 6.910, de 29 de agosto de 2016, que junto con referirse al ya referenciado Dictamen N° 1.780, y atendida la misma problemática consultada (esta vez habiéndose consultado respecto de circular DDU N° 308, de 24 de marzo de 2016) indica que “esta Contraloría General cumple con señalar que lo expresado en la citada DDU 308 resulta objetable, en tanto no aparece en la misma sustento jurídico suficiente para sostener que el propósito del artículo 63 de la LGUC sea el que ahí se manifiesta y en razón de ello necesariamente se excluyan de su aplicación los supuestos que en esta se detallan. En ese orden de ideas cabe agregar que no se aprecian parámetros o elementos objetivos que permitan justificar la distinción que en el citado N° 4 contiene la circular que se objeta, puesto que para aplicar la norma de que se trata debería recurrirse a un análisis de la intencionalidad del titular que la invoca que no se desprende del precepto en comentario, el que, por lo demás, en la hipótesis de su letra a), se presume por la sola circunstancia de ser el mismo propietario del terreno, en tanto que en la de su letra b), queda entregado a la acreditación de que quien pretende acogerse a tal disposición ha realizado la operación con el único propósito de beneficiarse del mencionado incremento”.

Se señala que tanto la circular DDU 289, como la 308, se encuentran derogadas, lo que se visualiza por medio de un estampado en las mismas. En el caso de la Circular N° 308, la circular DDU N° 320, de 2 de noviembre

de 2016, expresamente indica que por medio de esta nueva circular la deja sin efecto.

5. Circular DDU N° 313, sobre edificación continua y altura máxima en Estación Central

Esta circular, de fecha 16 de mayo de 2016, interpreta el alcance del artículo 1.1.2 de la OGUC que trata la edificación continua, la que corresponde a “la emplazada a partir de los deslindes laterales opuestos o concurrentes de un mismo predio manteniendo un mismo plano de fachada con la edificación colindante y *cumpliendo con la altura que establece el IPT*”. Luego, se refiere al artículo 2.1.6 de la misma Ordenanza que dispone que cuando el IPT respectivo no establezca disposiciones en relación con los sistemas de agrupamiento de las construcciones, estas serán de libre determinación, lo que aplicaría a aquellas características no definidas en el Plan Regulador Comunal (ejemplo, profundidad de la edificación continua). Sin embargo, este criterio no es aplicable a la altura de la edificación, por cuanto ella es *una de las características que debe cumplir* la edificación continua, debiendo entenderse que si el respectivo IPT no contempla altura máxima aplicable en estos casos, la norma urbanística está incompleta. En consecuencia, en dicho caso “no es posible aplicar en una edificación un sistema de agrupamiento con edificación continua –y por lo mismo tampoco susceptible de ser aprobada por parte del Director de Obras Municipales–, en tanto no se perfeccione dicha norma en el instrumento de planificación territorial respectivo conforme a su definición”.

La consecuencia práctica de esto es que no es posible aplicar el sistema de agrupamiento de edificación continua, que puede llegar a implicar que en una fachada se unan al menos dos torres de hasta 38 pisos, sin contar con una norma urbanística de altura máxima, como ocurrió en el caso de la comuna de Estación Central que no contaba con un Plan Regulador Comunal, ni tampoco en esta materia el Plan Regulador Metropolitano de Santiago se pronunciaba. Por tanto, los permisos de edificación otorgados en Estación Central, correspondientes a este concepto, no se ajustan a derecho.

Cabe mencionar que este criterio es compartido y validado por Contraloría, por medio de diversos dictámenes. Así, primeramente el Dictamen N° 43.367, de 11 de diciembre de 2017, indica que no procede objetar la interpretación efectuada por la DDU en la circular N° 313, por cuanto “del tenor literal del citado artículo 1.1.2. de la OGUC, se aprecia que para aplicar el apuntado sistema de agrupamiento “Edificación continua” deben reunirse todos los elementos que considera la indicada definición, la cual, como uno de esos requisitos, consigna la frase “y con la altura que establece el instrumento de planificación”, es decir, se exige que necesariamente debe existir una norma urbanística vigente de altura máxima”. Luego, el Dictamen N° 44.959, de 28 de diciembre de 2017, establece que “si una determinada zona no se encuentra regida por una norma urbanística de altura máxima –como ocurre con las áreas en análisis–, en ella no es posible aplicar el siste-

ma de agrupamiento de edificación continua, toda vez que, por definición, este sistema de agrupamiento, requiere de aquélla, ante lo que se dictamina que “en la medida de que los permisos de edificación y modificaciones de que se trata, correspondan al sistema de agrupamiento continuo, los cuales no sería factible autorizar en razón de la falta de regulación de altura en el atingente IPT, procede que esa entidad edilicia arbitre las medidas que resulten del caso”. Finalmente, el Dictamen N° 27.918, de 12 de noviembre de 2018, refiriéndose a un conjunto de permisos que según la Municipalidad de Estación Central fueron otorgados antes de la circular DDU, indica que el criterio de la circular DDU N° 313 no es un cambio normativo, sino que es ejercicio de la atribución de interpretación de la DDU, y que por tanto, “trátándose en la especie de permisos de edificación otorgados en virtud de anteproyectos aprobados por la DOM con anterioridad a la mencionada DDU, y respecto de edificaciones que contemplaron el sistema de agrupamiento continuo, cabe concluir que estos fueron emitidos en contravención a la normativa aplicable (...) Siendo ello así, esa corporación tendrá que dar cuenta de lo anotado precedentemente a la Coordinación Nacional de Seguimiento y Apoyo al Cumplimiento de la División de Auditoría de este Órgano Fiscalizador, en el plazo de 15 días contado desde la recepción de este oficio”.

Conclusiones

Dada la baja densidad normativa en Derecho Administrativo, las figuras infralegales adquieren un rol importante en el bloque normativo aplicable. Lo anterior se debe a que en general la actividad que desarrolla la Administración Pública es compleja y técnica, debido buena parte a la diversidad de materias en las que la relación jurídico-administrativa puede recaer, lo que explica que en ciertos campos altamente especializados, una ley general o un reglamento no puedan regular y ordenar todos los supuestos, o bien que, regulando la mayor cantidad de hipótesis de hecho, sea imposible no recurrir a conceptos jurídicos indeterminados.

En este sentido, en materia de urbanismo y construcción, lo que se da en la práctica es que el tecnicismo de la disciplina hace necesaria la precisión o explicación de la hipótesis normativas, o de alguno de los conceptos contenidos en la disposición que la LGUC y/o OGUC tratan, de manera de poder aplicar la disposición a un caso determinado, tanto para beneficio del particular que pretende realizar una actividad económica, como para la Administración que debe otorgar permisos y aprobar solicitudes en conformidad con la Ley y, en definitiva, aplicar las disposiciones en diversos contextos.

En este sentido, sin perjuicio de la existencia de controles y sujeciones que funcionan, la interpretación que realiza la DDU tiene una implicancia práctica de suma relevancia, que muchas veces se invisibiliza, lo que se expresa concretamente en el otorgamiento de permisos y autorizaciones para proyectos u obras concretas. Por tanto, se sostiene que la facultad de dictación de instrucciones sobre la aplicación de disposiciones urbanísticas de

la DDU, que es una facultad de interpretación normativa en la práctica, no puede entenderse como una facultad de interpretación general, sino como una facultad para interpretar una disposición de alto contenido técnico, en cuanto a su implementación concreta. Además, debe ejercerse bajo estándares de razonabilidad y calidad argumentativa, toda vez que el valor de las circulares DDU se dará en la medida de su utilidad práctica, pero también de en la medida de su ajuste y coherencia con el sistema de fuentes formales del Derecho Administrativo, reconociéndolas como un elemento complementario dentro de las disposiciones urbanísticas.

Ahora bien, lo cierto es que el ejercicio de esta facultad puede afectar de forma indirecta derechos de terceros, por ejemplo, ante el cambio de un criterio sin que se contemplen mecanismos o procesos reglados de revisión, lo que puede contribuir a un panorama de inestabilidad para desarrolladores de proyectos en este caso concreto, e incerteza jurídica para los operadores del sistema, por lo que es importante observar los controles y límites que le aplican, tales como la publicidad de sus criterios y la sujeción al control de la Contraloría General de la República.

Abreviaturas

CGR: Contraloría General de la República.
 DDU: División de Desarrollo Urbano.
 DOM: Dirección de Obras Municipales.
 IPT: Instrumento de Planificación Territorial.
 LGUC: Ley General de Urbanismo y Construcciones.
 MMA: Ministerio de Medio Ambiente.
 MINVU: Ministerio de Vivienda y Urbanismo.
 OGUC: Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.
 PRC: Plan Regulador Comunal.
 IPT: Instrumento de Planificación Territorial.
 PRC: Plan Regulador Comunal.
 RCA: Resolución de Calificación Ambiental.
 SEC: Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
 SEREMI: Secretaría General Ministerial.
 SII: Servicio de Impuestos Internos
 SISS: Superintendencia de Servicios Sanitarios.

Bibliografía citada

- CAMACHO CEPEDA, Gladys (2010). *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad sustancial de la Administración del Estado*. Santiago: AbeledoPerrot. LegalPublishing. Primera Edición T IV, 482.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2010). Las normas administrativas y el sistema de fuentes. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17, N° 1, 21-50.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2015). Naturaleza, contenido y principios del Derecho Urbanístico Chileno. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Vol. 22 N° 2, 93-138.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago: Thompson Reuters. LegalPublishing, 786.
- CORDERO VEGA, Luis & GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2012). Elementos para la discusión sobre Agencias Independientes en Chile. El caso de las Superintendencias. *Anuario de*

- Derecho Público Universidad Diego Portales*, Ediciones Universidad Diego Portales. N° 1, 415 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás (2011). *Curso de Derecho Administrativo I*. Santiago: Civitas. Thompson Reuters. Editorial Aranzandi S.A., Decimoquinta Edición T II, 872.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014). *La interpretación administrativa en el Derecho Chileno*. Santiago: Editorial Thompson Reuters, Primera Edición, 244.
- MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO (2009). Manual de Instructivos vigentes sobre la aplicación de la normativa de urbanismo y construcciones. Disponible en: http://www.minvu.cl/opsite_20070213091658.aspx [fecha de consulta: 29 septiembre 2018].
- MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO (2019). Interpretación Instrumentos de Planificación Territorial. Disponible en: <http://interpretacionipt.minvu.cl> [fecha de consulta: 12 de abril de 2019].
- RAJEVIC MOSLER, Enrique (2001). La planificación urbana en Chile. *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, Año 1, N° 3, 81-100.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2016). El fenómeno de la «interpretación administrativa» de las Leyes, Disponible en: <http://vergaraycia.cl/el-fenomeno-de-la-interpretacion-administrativa-de-las-leyes-2/> [fecha de consulta: 28 septiembre 2018].

Normativa citada

- Constitución Política de la República.
- Ley N° 10.336, de Organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. Diario Oficial, 29 mayo 1952.
- Decreto Ley N° 1305, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que reestructura y regionaliza el Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Diario Oficial, 19 febrero 1976.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 458, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que establece la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Diario Oficial, 13 abril 1976.
- Decreto Ley N° 2554, del Ministerio de Hacienda, que dispone que corresponderá al Jefe Superior del Servicio de Aduanas interpretar administrativamente las disposiciones legales y reglamentarias que indica; faculta al Presidente de la República para reorganizar dicho servicio y reencasillar a su personal. Diario Oficial, 10 marzo 1979.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 7, del Ministerio de Hacienda, que fija Texto de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos y adecúa disposiciones legales que señala. Diario Oficial, 15 octubre 1980.
- Ley N° 18.410, crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Diario Oficial. 22 mayo 1985.
- Ley N° 18.902, crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios. Diario Oficial, 27 enero 1990.
- Decreto N° 47, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que fija nuevos texto de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Diario Oficial, 5 junio 1992.
- Ley N° 16.395, Fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social, Diario Oficial, 28 enero 1996.
- Ley N° 19.472, modifica el DFL N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones, estableciendo normas relativas a la calidad de la construcción. Diario Oficial, 16 septiembre 1996.
- Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial, 29 mayo 2003.
- Ley N° 20.417, crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Diario Oficial, 26 enero 2010.
- Ley N° 20.529, establece el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización. Diario Oficial, 27 agosto 2011.

Ley N° 20.791, modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones en Materia de Afectaciones de Utilidad Pública de los Planes Reguladores. Diario Oficial, 24 octubre 2014.

Ley N° 21.100, crea la Comisión para el Mercado Financiero. Diario Oficial, 23 febrero 2017.

Jurisprudencia citada

Dictamen N° 39.353, (2003), Contraloría General de la República, 10 de septiembre de 2003.

Dictamen N° 18.447 (2004), Contraloría General de la República, 14 de abril de 2004.

Dictamen N° 40.452 (2006), Contraloría General de la República, 29 de agosto de 2006.

Dictamen N° 82.297 (2014), Contraloría General de la República, 23 de octubre de 2014.

Dictamen N° 51.894 (2016), Contraloría General de la República, 13 de julio de 2016.

Dictamen N° 63.910 (2016), Contraloría General de la República, 29 de agosto de 2016.

Dictamen N° 1.780 (2016), Contraloría General de la República, de 8 de enero de 2016.

Dictamen N° 43.367 (2017), Contraloría General de la República, 11 de diciembre de 2017.

Dictamen N° 44.959 (2017), Contraloría General de la República, 28 de diciembre de 2017.

Dictamen N° 27.918 (2018), Contraloría General de la República, 12 de noviembre de 2018

Convenios colectivos de la Administración: ¿Son fuente de Derecho Administrativo?

Collective agreements of the Administration: are source of administrative law?

Pablo Schiavi*

Una fuente relativamente novedosa para el Derecho Administrativo es la incorporación de normas a nuestro ordenamiento jurídico mediante los convenios colectivos del sector público¹. La admisibilidad de los Convenios Colectivos celebrados por las Administraciones estatales con las organizaciones de funcionarios públicos es actualmente reconocida (con especificidades) por la Doctrina del Derecho Laboral y del Derecho Administrativo². Por ende, afirma Carlos Delpiazzo, puede considerarse como propia de un Derecho General del Trabajo que prima sobre el Derecho Privado del Contrato de Trabajo y sobre el

A relatively new source for Administrative Law is the incorporation of standards to our legal system through collective agreements of the public sector. The admissibility of the Collective Agreements concluded by the State Administrations with the organizations of public officials is currently recognized (with specificities) by the Labor Law and Administrative Law Doctrine. Therefore, says Carlos Delpiazzo can be considered as belonging to a General Labor Law that prevails over the Private Law of the Labor Contract and the Administrative Law of Public Function.

RESUMEN / ABSTRACT

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Máster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo (UM). Profesor Adjunto Grado 3 (I) de Derecho Público II y III (Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional, respectivamente) en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor Ayudante Grado 1 (I) de Derecho Público I y III (Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, respectivamente) en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor de Información Pública y Datos Personales; Protección de Datos Personales en Salud E Salud; y Protección de Datos Personales Tributarios y Bancarios en el Máster de Derecho Administrativo Económico (MDAE) en la Facultad de Derecho en la Universidad de Montevideo. Montevideo, Uruguay. Correo electrónico: pablo.schiavi@schivi.com.uy

Recibido el 10 de enero y aceptado el 2 de abril de 2019.

¹ DELPIAZZO 2011, 186.

² Ídem.

Derecho Administrativo de la Función Pública³.

Si bien la discusión relativa a la consideración de los convenios colectivos de la Administración como fuente del Derecho Administrativo estaría zanjada a nivel doctrinario, lo cual se refuerza con su reconocimiento legal y en innumerables convenios internacionales, en la práctica se siguen vislumbrando dificultades a la hora de ejecutar en los hechos lo acordado entre la Administración y sus funcionarios.

Although the discussion regarding the consideration of the collective agreements of the Administration as a source of Administrative Law would be settled at a doctrinal level, which is reinforced by its legal recognition and in countless international agreements, in practice there are still difficulties to execute in the facts the agreement between the Administration and its officials.

Keywords: Administrative law, sources, collective agreements.

Palabras clave: Derecho Administrativo, fuentes, convenios colectivos.

Introducción

Este trabajo pretende abordar y responder la interrogante que lo titula, repasando el concepto, elementos esenciales y eficacia de los convenios colectivos, su consagración normativa y su reconocimiento jurisprudencial, para detenernos especialmente en aquellas cuestiones prácticas que aún generan problemas en su implementación.

I. Concepto, elementos esenciales y eficacia de los convenios colectivos

Hoy, los ordenamientos jurídicos han jerarquizado la protección de la negociación colectiva, así como la posibilidad de desarrollarla en forma libre y plena, definiéndola como un valor o bien jurídico que ha alcanzado a constituirse en objeto de tutela jurídica privilegiada⁴.

Por una parte, está indisolublemente asociada a la libertad sindical, que es su antecedente indispensable y a la que, a su vez, está en condiciones de retribuir como elemento potenciador de su efectiva vigencia y profundización. Así es reconocido en el Convenio Internacional de Trabajo 98, sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva; de tal suerte que solo es posible concebir una negociación colectiva auténtica donde previamente esté asegurado el pleno reconocimiento de la libertad sindical⁵.

Por otra parte, el reconocimiento y amparo del derecho de huelga representa la consagración de un respaldo elemental para la existencia de la negociación colectiva, al constituirse a su respecto, en un factor de coercibilidad, que posibilita no solamente que esta última pueda comenzar en cuanto

³ Ídem.

⁴ GARMENDIA 2016, 127.

⁵ Ídem.

proceso, sino también, que pueda culminar como tal, eventualmente a través de la celebración de un convenio colectivo⁶.

Tal es la importancia que la conciencia jurídica global les reconoce a estos valores, que la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo y su seguimiento (adoptada en 1998 por la 86ª Conferencia General de la OIT), incluye “a la libertad de asociación y a la libertad sindical y al reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva” dentro de la nómina de principios y derechos fundamentales que los Estados Miembros de la Organización (por el mero hecho de serlo y con independencia de que hayan o no ratificado los instrumentos que específicamente los consagran) se obligan a respetar, promover y hacer realidad de buena fe⁷.

Para Mario Garmendia esto significa que la negociación colectiva (que a estos efectos, naturalmente, debe considerarse comprensiva de la posibilidad de culminarla mediante la celebración de un convenio colectivo) es concebida en la actualidad formando parte de un esquema de valores superiores, inherentes a la condición humana, cuya trascendencia determina que su vigencia y eficacia plena no pueda depender del efectivo ejercicio por parte de los Estados de un acto de soberanía (como lo es la ratificación de los convenios internacionales de trabajo que los consagran), sino que en todo caso deben ser objeto de aplicación inmediata y automática⁸.

En cuanto al concepto, Américo Pla Rodríguez, citado por Carlos Delpiazzo, define a los Convenios Colectivos como “acuerdos celebrados entre un empleador, un grupo de empleadores o una entidad gremial de empleadores, con un grupo o sindicato de trabajadores para fijar las condiciones a las que deben ajustarse los contratos individuales de trabajo”⁹.

Por lo tanto, tres son sus elementos esenciales¹⁰:

- a) son acuerdos de voluntades;
- b) vinculan a representaciones de los dos sectores de la relación laboral;
- c) fijan las condiciones de trabajo a las que han de ajustarse las relaciones de trabajo, no solo las vigentes sino también las que se celebren en el futuro.

Ubicada la cuestión en el ámbito público, Racciatti citado por Delpiazzo señala que “la consideración de la eficacia de estos convenios colectivos, desde el punto de vista legislativo o de la práctica de un país determinado, está condicionada por diversos elementos¹¹:

- a) la naturaleza de la relación de empleo público;

⁶ Ídem.

⁷ Ídem.

⁸ Ídem.

⁹ Ídem.

¹⁰ DELPIAZZO 2011, 186.

¹¹ Ídem.

b) la existencia de la materia de reserva legal y la pretendida antinomia “Estatuto-Negociación Colectiva; y;

c) la determinación del proceso de adopción de decisiones por parte de la Administración Pública (en relación a sus servidores o dependientes), con sus condicionantes legislativas, administrativas y financieras”.

En el estudio de estos tres elementos, y en sus aplicaciones prácticas que abordaremos a lo largo del presente trabajo, intentaremos fijar posición en torno a la cuestión de la eficacia de los convenios colectivos en el sector público en el Uruguay.

II. Naturaleza jurídica de los convenios colectivos

En cuanto a su caracterización, apunta Carlos Delpiazzo que su inserción en la Teoría de las Fuentes se vincula a la ardua cuestión de la naturaleza jurídica de los mismos¹².

Si se considera al Convenio Colectivo celebrado por una Administración Pública como un contrato más de la Administración –*Tesis Contractualista*– entonces se impone lógicamente proclamar a su respecto lo que se ha postulado como aplicable con carácter general para toda la contratación administrativa¹³.

En cambio, si se pone el énfasis en su potencialidad creadora de reglas de Derecho –*Tesis Normativista*– la cuestión adquiere otra tonalidad y consiguientemente el convenio colectivo debe encararse resueltamente como una fuente de derecho autónoma¹⁴.

El Convenio Colectivo adquiere la calidad de fuente de derecho en tanto constituye un instrumento creador de normas para un grupo y momento determinado¹⁵.

Entre los extremos de las *Tesis Contractualista* y *Normativista*, también se ha abierto cauce una *Tesis Dualista*, ya que como lo ha destacado Carnelutti citado por Delpiazzo, el Convenio Colectivo es “un híbrido con cuerpo de contrato y alma de Ley”¹⁶.

Ello es así porque es continente de reglas de derecho objetivo, y por consiguiente se ubica dentro de las fuentes del derecho, pero nace de un pacto vinculante¹⁷.

Entendemos que esta definición de Carnelutti, en tanto define al Convenio Colectivo como *un híbrido con cuerpo de contrato y alma de Ley*, es la que más refleja la situación que acontece en la realidad cuando una vez firmado

¹² Ídem.

¹³ Ídem.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Ídem.

el Convenio Colectivo, es hora de ejecutar lo pactado, especialmente si consagran, por ejemplo, nuevas partidas de estímulo, nuevas primas por presentismo, nuevas compensaciones a los funcionarios o incluso descuentos a las remuneraciones de los funcionarios con destino a un fondo de capacitación¹⁸.

Es, en este punto en particular, donde se generan en los hechos las dificultades prácticas, ya que, en los departamentos de liquidaciones de sueldos y haberes de cada organismo público, surgen los cuestionamientos en relación a si se puede o no pagar una partida por presentismo o una partida de estímulo –cuya fuente es precisamente un Convenio Colectivo– con *solo* un Convenio Colectivo que lo respalde.

Hasta el momento, todos esos beneficios tenían necesariamente fuente legal, y los organismos cumplían lo dispuesto en la Ley.

Ahora, y en muchas oportunidades, ante la ausencia de un texto legal y la existencia de un convenio colectivo generador de nuevos derechos, se plantean interrogantes al momento de la ejecución.

Tal fue el caso de la denominada “Compensación anual de estímulo a la asiduidad para la Administración Central” para los ejercicios 2016 y 2017, que tuvo como fuente el Convenio Colectivo de fecha 23 de diciembre de 2015, celebrado entre representantes de la Confederación de Organizaciones de Funcionarios del Estado (COFE) y del Poder Ejecutivo.

Dicha compensación fue instrumentada por el Decreto N° 119/016, de 5 de mayo de 2016 y, posteriormente por el Decreto N° 112/017, de 28 de abril de 2017 –cuyo artículo 11 derogó el Decreto N° 119/016.

En línea con lo que venimos afirmando, es clarísimo al respecto lo dispuesto en el siguiente Considerando del Decreto N° 112/017, de 28 de abril de 2017:

“CONSIDERANDO: que a los efectos del pago de la compensación por estímulo a la asiduidad resulta imprescindible reglamentar los criterios de asignación de la misma, para los ejercicios 2017 en adelante”.

Todo lo cual refuerza nuestra posición en cuanto a que para *ejecutar* lo acordado en un Convenio Colectivo, esto es, en el caso a estudio, para que la Administración pueda pagar la partida por estímulo a la asiduidad a los funcionarios civiles de la Administración Central, el Poder Ejecutivo consideró imprescindible “reglamentar los criterios de asignación de la misma, para los ejercicios 2017 en adelante”.

¹⁸ Al respecto, puede verse en el sitio web del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social (MTSS): Convenio Colectivo de fecha 23 de diciembre de 2015, celebrado entre representantes de la Confederación de Organizaciones de Funcionarios del Estado (COFE) y del Poder Ejecutivo: https://www.mtss.gub.uy/c/document_library/get_file?uuid=-1c981b1c-04a6-4d7e-b52f-64536ce436b&groupId=11515.

En los hechos, el pago de la partida por estímulo a la asiduidad a los funcionarios civiles de la Administración Central, que tuvo como fuente un convenio colectivo, recién se efectivizó con la solución reglamentaria.

Asimismo, con acierto señala Delpiazzo que si bien existe un elemento común con el contrato que es el acuerdo de voluntades, existen diferencias destacables¹⁹:

En primer lugar, son radicalmente distintos los sujetos en cuanto a su naturaleza ya que el sindicato es un sujeto autónomo que no se superpone ni con la persona física ni jurídica del régimen común.

En segundo lugar, es exclusiva y peculiar la finalidad del convenio que es representar y defender los derechos e intereses de una categoría o grupo laboral, que no es en sí mismo sujeto de derecho.

En tercer lugar, son diversos los efectos, pues el convenio tiene una vida más allá de los sujetos estipulantes, abierta a la contratación futura de sus afiliados actuales o potenciales²⁰.

En la Administración, este último punto se visualiza claramente ya que, si bien los Convenios Colectivos tienen un plazo, y pueden renovarse lo acordado entre partes no tiene un límite subjetivo en cuanto a quienes son los funcionarios alcanzados al momento de la firma del mismo, en dos sentidos:

a) Lo acordado en el Convenio Colectivo alcanza claramente a nuevos funcionarios en el futuro, como por ejemplo a funcionarios que ingresen a la Administración en forma posterior a la firma del mismo; y,

b) Lo acordado en el Convenio Colectivo alcanza asimismo a aquellos funcionarios no afiliados a los sindicatos que negociaron el Convenio Colectivo, esto es, los efectos del mismo alcanzan a todos los funcionarios más allá de su afiliación o no a las organizaciones sindicales.

En cuanto al Convenio Colectivo, si bien todavía no ha dejado de ser un tema controversial y continúa planteando “[...] un problema para la teoría general de las fuentes en derecho, con independencia de la recepción concreta o específica de las instituciones colectivas en el ordenamiento estatal”, parece estar bastante asentada su conceptualización como una norma jurídica que reconoce origen y fundamento autónomo del poder normativo del Estado²¹.

Con preclara visión, en las primeras décadas del siglo pasado, Gallart Folch hacía hincapié en esa característica autonomía del convenio colectivo, que es resultado de su propio origen histórico²².

¹⁹ Ídem.

²⁰ Ídem.

²¹ GARMENDIA 2016, 127.

²² Ídem.

“Las convenciones colectivas de normas de trabajo –decía el autor– no nacieron por iniciativa del Estado y de la administración pública, sino como resultado de una actividad sindical al principio perseguida y luego solo tolerada por el Estado. Esta regulación de condiciones de trabajo, tan precariamente nacida, fue ignorada durante mucho tiempo por la ley. Cuando la importancia de este fenómeno normativo espontáneo reclamó ineludiblemente la atención los hombres de gobierno, las legislaciones empiezan a ocuparse de él, en general, en forma muy incompleta, y solo algunas planteándolo y tratándolo de resolver en toda su amplitud. Por eso puede sentarse, sin temor a rectificación, la tesis siguiente: no es que los sindicatos patronales y obreros empezaran a regular las condiciones de trabajo en la profesión u oficio el día que recibieron ese encargo o delegación del Estado, sino que el Estado reconoció el valor jurídico-normativo de las convenciones intersindicales cuando esta actividad era ya una realidad indiscutible”²³.

Y, precisamente, atendiendo a este particular nacimiento, es que el mismo autor señalaba el error de “[...] tratar de estudiar y, consecuentemente, de explicar el fenómeno jurídico social de arriba abajo, cuando el estudio debió hacerse y la explicación debió intentarse de abajo a arriba”²⁴.

El ordenamiento laboral se consolidó, así, como un sistema complejo de normas que reconocen fuentes diversas, algunas heterónomas, es decir, originadas en la autoridad estatal y otras autónomas o extra estatales, que parten de la premisa de la existencia de una potestad normativa que tiene origen en el cosmos de cada unidad productiva, que en sus orígenes fue acaparada por el patrono y que luego adoptó la forma de un instrumento convencional que se consagra las reglas que rigen el desenvolvimiento del trabajo²⁵.

En buena medida, el Derecho del Trabajo y, en particular, el convenio colectivo, tomaron la forma de ariete que arremetió contra las doctrinas que solo reconocían al Estado la capacidad de producir normas jurídicas y contribuyeron a abrir una brecha que hoy ha adquirido dimensiones bastante más amplias, para abarcar prácticamente a la totalidad del universo del Derecho, tal como señala Ferrajoli²⁶.

El reconocimiento de la autonomía del convenio colectivo no significa, empero, que sea correcto sostener que posea una existencia autárquica respecto del sistema normativo estatal. En realidad, ambos sistemas pueden asumirse como integrados en un sistema constitucional unitario, erigido, no ya a partir de elementos de tenor meramente formal, sino sobre la base de “[...] un conjunto de principios y valores constitucionales superiores, sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio”²⁷.

²³ Ídem.

²⁴ Ídem.

²⁵ Ídem.

²⁶ Ídem.

²⁷ Ídem.

El orden para aquel complejo sistema jurídico laboral quedó pautando sobre la base de que las normas estatales habrían de conformar una red protectora y de garantías mínimas, indisponibles a la baja, en tanto que las normas convencionales tradicionalmente tuvieron adjudicado el rol de asumir la forma de instrumentos de progreso continuo de los beneficios de los trabajadores, mediante la superación negociada de los niveles mínimos establecidos por las normas heterónomas. Sin embargo, la historia y las coyunturas se han encargado de ir mutando los roles normativos asumidos por unos y otros, dando la razón a la aguda puntualización de Monereo, cuando señala que “La figura del convenio colectivo no tiene naturaleza inmanente, porque nada en él es invariable. En vez de naturaleza tiene Historia”²⁸.

III. Derecho positivo y convenios colectivos

Con acierto apunta Carlos Delpiazzo que la consideración como fuente de los convenios colectivos del sector público puede hacerse a través del tratamiento dado a los mismos por el derecho positivo y por la jurisprudencia²⁹.

Desde el punto de vista normativo, las primeras disposiciones en la materia están constituidas por los Convenios Internacionales del Trabajo N° 98, N° 135, N° 151 y N° 154³⁰.

Al tenor de los mismos, se fija un marco general, limitándose a prever la obligatoriedad para los Estados de adoptar medidas internas tendientes a fomentar y establecer reglas de procedimiento para permitir que los trabajadores participen en la determinación de las condiciones de trabajo³¹.

Así, el art. 7° del Convenio Colectivo N° 151 dispone que deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación colectiva³².

Posteriormente, disposiciones legales aisladas han reconocido espacio a la negociación colectiva en determinados ámbitos del sector público³³.

El art. 224 de la Ley N° 16.462 (1994), autorizó al Banco de Previsión Social (BPS) a celebrar con su personal convenios colectivos que incluyan aspectos salariales, previo acuerdo con la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP).

Por el artículo 1° de la Ley N° 16.560 (1994) se declaró que el artículo 224 de la Ley N° 16.462, de 11 de enero de 1994 faculta al BPS a efectuar anticipos a cuenta; en caso de no haber acuerdo con la Oficina de Planea-

²⁸ Ídem.

²⁹ DELPIAZZO 2011, 186.

³⁰ Ídem.

³¹ Ídem.

³² Ídem.

³³ Ídem.

miento y Presupuesto los mismos deberán ser presentados a ratificación del Poder Legislativo en la próxima instancia presupuestal (Ley N° 16.560 del año 1994).

El art. 66 de la Ley N° 17.556 (2002) previó que el Poder Ejecutivo podrá autorizar convenios de flexibilización de las normas referentes al Estatuto de los Funcionarios, acordados entre organizaciones de funcionarios y empresas públicas del Estado, atendiendo a razones de mejor servicio.

Con el dictado de la Ley N° 18.508 (2009) se regula en forma general la negociación colectiva en el Sector Público.

Se reconoce que el sistema de relaciones laborales en el sector público está inspirado y regido por los principios de participación, consulta y colaboración y por los derechos de negociación colectiva e información, así como los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos a que refieren los arts. 57, 65, 72 y 332 de la Constitución (Art. 1°).

Por último, debemos hacer referencia a la regulación del Estatuto del Funcionario Público de la Administración Central por Ley N° 19.121 (2013).

Asimismo, también debemos destacar distintas soluciones reglamentarias que recogen Convenios Colectivos celebrados en la Administración Pública, en la línea de la posición que hemos esbozado anteriormente.

Así, a modo de ejemplo, el Decreto N° 340/015 de 16 de diciembre de 2015, *autoriza* el régimen establecido en el Convenio de fecha 18 de setiembre de 2015, suscrito entre la Asociación de Inspectores de Trabajo (AITU), la Confederación de Funcionarios del Estado (COFE) y el Ministro de Trabajo y Seguridad Social y el Inspector General del Trabajo y de la Seguridad Social, referente a los regímenes extraordinarios que deben aplicarse en cuanto a la jornada de trabajo atendiendo a razones del Servicio.

Y los ya mencionados Decreto N° 119/016, de 5 de mayo de 2016 (derogado) y Decreto N° 112/017, de 28 de abril de 2017, referentes a la instrumentación de la denominada "Compensación anual de estímulo a la asiduidad para la Administración Central" para los ejercicios 2016 y 2017, que tuvo como fuente el Convenio Colectivo de fecha 23 de diciembre de 2015, celebrado entre representantes de la Confederación de Organizaciones de Funcionarios del Estado (COFE) y del Poder Ejecutivo.

IV. Negociación colectiva en el sector público: ¿Fin de la unilateralidad de la relación estatutaria?

El trámite de la aprobación del Estatuto a través de la Ley N° 19.121, estuvo precedido y acompañado por un intenso proceso de diálogo con los actores estatales, sindicales y sociales en general. No fueron meros intercambios informales, sino un verdadero proceso de negociación colectiva, que se desarrolló tomando como eje a las disposiciones consagradas en la también

reciente Ley de Negociación Colectiva en el Sector Público (N° 18.508, del 26 de junio de 2008)³⁴.

En el proceso participaron representantes del Poder Ejecutivo (Oficina Nacional del Servicio Civil, Oficina de Planeamiento y Presupuesto, Ministerio de Economía y Finanzas) y del PIT-CNT, en especial, con representantes de la Confederación de Obreros y Funcionarios del Estado (COFE). Por su parte, funcionarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social hicieron las veces de mediadores en la negociación³⁵.

Una vez culminada esta prolongada y azarosa etapa, el texto consensuado fue enviado al Poder Legislativo, ámbito en el que, naturalmente, también fue objeto de intensa discusión y sufrió diversas modificaciones. Como es común en el trámite de este tipo de proyectos de ley, se requirió opinión a la academia y, a partir de los aportes recibidos se incorporaron cambios al texto inicial, el que finalmente fue sancionado luego de ocho meses de análisis parlamentario³⁶.

En todo caso, parece importante resaltar el hecho de que el Estatuto vigente es una norma legal que reconoce un inequívoco precedente negociado, lo que constituye un dato ciertamente relevante y bastante innovador; no lo es tanto por el hecho de que anteriormente las normas legales (en especial, las laborales) no fueran precedidas de negociaciones, sino porque en este caso, el proceso tuvo un espacio formal u oficial y se desarrolló de acuerdo a las pautas consagradas en la también novedosa Ley de Negociación Colectiva en el Sector Público³⁷.

Esta característica posee una gran importancia, no solo porque el proceso de la aprobación del nuevo Estatuto presenta en este sentido gran distancia en relación a su predecesor de 1943 (que fue adoptado en el marco de un gobierno de facto), sino también porque es notorio que la negociación que precedió y acompañó el trámite de su aprobación dejó marcada su impronta en toda la lógica de las disposiciones de la Ley N° 19.121³⁸.

En cierta medida, esta trascendente característica de apertura a la negociación y, por lo tanto, a la bilateralidad, deja entrever un cierto apartamiento respecto de la tesis tradicional de la situación estatutaria del funcionario en su relación con la Administración, que fuera definida por Sayagués Laso como aquella "de carácter objetivo y general, creada unilateralmente y por lo tanto modificable en todo momento"³⁹.

³⁴ GARMENDIA y VÁZQUEZ 2015, 77.

³⁵ Ídem.

³⁶ Ídem.

³⁷ Ídem.

³⁸ Ídem.

³⁹ Ídem.

La unilateralidad, como nota característica y significativa de la relación estatutaria del Funcionario Público con la Administración, sufre un duro golpe con el reconocimiento de la negociación colectiva –y de los convenios colectivos– como creadores de normas que tienen como fuente la negociación entre la propia Administración y sus funcionarios –algo impensado años atrás–, en tanto instrumentos de progreso continuo de los beneficios de los trabajadores, mediante la superación negociada de los niveles mínimos establecidos por las normas heterónomas en un sistema de relaciones laborales.

Queda claro que de aquella concepción tradicional e histórica de Sagués Laso lo de “creada unilateralmente y por tanto modificable en todo momento” ha sido superado en este nuevo sector público inspirado y regido por los principios de participación, consulta y colaboración y por los derechos de negociación colectiva e información, así como los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos a que refieren los arts. 57, 65, 72 y 332 de la Constitución (Art. 1°).

El reconocimiento formal de la posibilidad de negociar colectivamente en el sector público, pone de manifiesto una clara tendencia hacia la convergencia con una de las características principales de las relaciones colectivas en el sector privado, y la misma no solo ha quedado en evidencia en el ya anotado proceso que precedió a la adopción del Estatuto, sino que tiene alcances y proyecciones más generales, que han resultado consagradas en las leyes N° 18.508 y N° 18.566, sobre negociación colectiva en el sector público y privado, respectivamente⁴⁰.

Así, la Ley N° 18.508, de 26 de junio de 2009, en su artículo 3° reconoce el Derecho de negociación colectiva a todos los funcionarios públicos con las exclusiones, limitaciones y particularidades previstas en el artículo 9° del Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobado por la Ley N° 12.030, de 27 de noviembre de 1953, y en los numerales 2 y 3 del artículo 1 del Convenio N° 151 de la OIT, aprobado por la Ley N° 16.039, de 8 de mayo de 1989.

El Estado promoverá y garantizará el libre ejercicio de la negociación colectiva en todos los niveles. A tales efectos adoptará las medidas adecuadas a fin de facilitar y fomentar la negociación entre la administración y las organizaciones representativas de trabajadores públicos.

El artículo 4° define a la negociación colectiva: “negociación colectiva en el sector público es la que tiene lugar, por una parte entre uno o varios organismos públicos, o una o varias organizaciones que los representen y, por otra parte, una o varias organizaciones representativas de funcionarios públicos, con el objetivo de propender a alcanzar acuerdos que regulen:

- a) Las condiciones de trabajo, salud e higiene laboral.

⁴⁰ Ídem.

b) El diseño y planificación de la capacitación y formación profesional de los empleados en la función pública.

c) La estructura de la carrera funcional.

d) El sistema de reforma de la gestión del Estado, criterios de eficiencia, eficacia, calidad y profesionalización.

e) Las relaciones entre empleadores y funcionarios.

Las relaciones entre uno o varios organismos públicos y la o las organizaciones de funcionarios públicos correspondientes y todo aquello que las partes acuerden en la agenda de la negociación. Las partes están obligadas a negociar, lo que no impone la obligación de concretar acuerdos”.

Lo que significa que la no concreción de acuerdos entre las partes no es necesariamente sinónimo de falta de negociación colectiva.

En cuanto al alcance de la negociación colectiva, queremos detenernos especialmente en un punto que ha generado controversias en los ámbitos de trabajo: negociación colectiva y potestad disciplinaria de la Administración.

Entendemos que el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Administración, que es irrenunciable de acuerdo al artículo 70 de la Ley N° 19.121, de 20 de agosto de 2013 (que regula el *Estatuto del Funcionario Público de la Administración Central*), no puede ser, bajo ningún concepto, materia u objeto de negociación colectiva.

En las mesas de negociación entre la Administración y los funcionarios, no puede ponerse como un punto del Orden del Día “levantamiento de sanciones a funcionarios”, esto es, y más claro: la Administración no puede negociar las sanciones que haya impuesto a sus funcionarios en los ámbitos de negociación colectiva.

En caso de que dichas sanciones no se ajusten a derecho, los funcionarios públicos lesionados en sus derechos podrán interponer los recursos administrativos que correspondan, pero jamás podrán exigir a la Administración levantar sanciones a sus afiliados a cambio de otras concesiones propias de la negociación.

De acuerdo al artículo 8°, quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral, los entes autónomos, servicios descentralizados y los Gobiernos Departamentales (Intendencias Municipales, Juntas Departamentales y Juntas Locales Autónomas Electivas).

Estas normas (Leyes N° 18.508 y N° 18.566) no solo están hermanadas por la simultaneidad de sus trámites parlamentarios, sino también por el tenor de los preceptos que consagran, que claramente persiguen la finalidad de establecer una regulación común, aunque reconociendo ciertas particularidades para cada caso. Evidentemente, por razones históricas, la regulación

y aceptación de la negociación colectiva como herramienta central de la libertad sindical tiene mayor evolución en el campo de la actividad privada, pero con estas leyes el legislador intentó darle idéntica –o al menos, similar– regulación a ambos sectores. En este aspecto, puede visualizarse también cierta influencia del Derecho Laboral en la regulación del Estatuto del funcionario público⁴¹.

No obstante lo antedicho, es necesario señalar que entre ambas formas de negociación existe una diferencia fundamental e infranqueable. El tratamiento normativo de la relación laboral del funcionario público con la Administración casi siempre será regulada por una ley o eventualmente por una norma de origen estatal. Sin embargo, en la actividad privada esto no siempre ha sido así⁴².

Podría afirmarse que estamos ante un claro ejemplo de influencia de notas típicas del Derecho Laboral que rige la actividad privada en la regulación del Derecho de la función pública, hoy acotado a la negociación colectiva y sus efectos e impactos.

V. Jurisprudencia y convenios colectivos

En cuanto a la óptica jurisprudencial, cabe señalar que, con específica referencia al sector público, antes de la aprobación de la Ley N° 18.508, recayeron varias sentencias en las que se reconoció la viabilidad jurídica de los Convenios Colectivos en el ámbito estatal⁴³.

Los convenios colectivos celebrados por la Administración no pueden ser desaplicados unilateralmente por esta (Sentencia del TCA de 1° Turno N° 141 (2006); Sentencia de la SCJ N° 932 (2008)⁴⁴.

A su vez, las Sentencias del TCA N° 491 y N° 492 de 21 de junio de 2006, juzgaron procesable un acto administrativo contrario a un Convenio Colectivo del ámbito estatal⁴⁵.

Una de las cuestiones más discutibles que se presentan en la práctica en relación a la negociación colectiva en el sector público, refiere a los alcances del concepto de “organizaciones representativas de los trabajadores”, la cual fue abordada en forma reciente por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA).

Así en la Sentencia N° 508/2016, de 18 de agosto de 2016, se afirma que “Ahora bien; tal como indica la reclamante, más allá de cuál sea el sindicato más representativo dentro de determinado ámbito, todas las organi-

⁴¹ Ídem.

⁴² Ídem.

⁴³ DELPIAZZO 2011, 186.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ Ídem.

zaciones gremiales tienen derechos mínimos que deben ser respetados. En ese sentido, los derechos a la sindicalización y a la negociación colectiva no admiten limitación, ni se encuentran supeditados a la condición de constituir la organización “más representativa”.

“[...] En efecto, nuestro sistema jurídico se caracteriza por la pluralidad sindical, y en consecuencia, los referidos derechos colectivos de sindicalización y negociación colectiva no son patrimonio exclusivo de la “organización más representativa” dentro del respectivo ámbito, sino que corresponde a todas las organizaciones colectivas legalmente constituidas, independientemente de que sean o no las más representativas [...]”.

“[...] Respecto a la pluralidad sindical y su conexión con el principio de libertad sindical, ha dicho el Tribunal: “Pues bien, con relación al principio invocado, -el de la libertad sindical- preceptúa el art. 57 de la Constitución Nacional: “La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica [...]”.

Y en la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 359/2017, de 23 de mayo de 2017, el Tribunal, por mayoría de sus integrantes, apartándose de lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, estimó que corresponde reconocer legitimación causal activa al sindicato (“Centro Integral del Personal de ANTEL” “CIPA”) y, en consecuencia, amparó la demanda entablada y, en su mérito, anuló parcialmente –en la fase que alcanza los grupos ocupacionales “D” y “P”– el acto administrativo impugnado, tal como quedara a raíz de la modificación operada (ex art. 60 del Decreto-Ley N° 15.524).

“[...] En tal sentido, se entiende, no resulta adecuado postular que el sindicato como organización profesional carezca de un interés directo, personal y legítimo ya que, en el marco de las relaciones colectivas del trabajo, la negociación colectiva tiene lugar, como dice el art. 4 de la Ley 18.508, por una parte entre uno o varios organismos públicos, o una o varias organizaciones que los representen y, por otra parte, una o varias organizaciones representativas de funcionarios públicos, con el objetivo de propender a alcanzar acuerdos [...]”.

“[...] Debe tenerse presente que la organización profesional “CIPA” se encuentra dentro del radio de destinatarios del obrar estatal –en su supuesto normativo al igual que los funcionarios comparecientes que son titulares de un derecho subjetivo a la negociación colectiva– ya que la reestructura escalafonaria y salarial se produjo como resultado de las relaciones colectivas del trabajo. Lo que el Sindicato co-demandante objeta, es la exclusiva consideración en ese marco de relacionamiento como interlocutor necesario y/o exclusivo a SUTEL [...]”.

El acto administrativo encausado, era la reestructura específica de los Grupos Ocupacionales de Dirección y Profesionales de ANTEL, proceso en el cual al accionante (“Centro Integral del Personal de ANTEL” “CIPA” y otros)

no se le permitió participar, ni expresar opinión en ninguna instancia de la negociación colectiva que derivó en ella.

“[...] Se concluye que tanto los funcionarios reclamantes como la co-actora CIPA, se hallan plenamente legitimados para contender contra la reestructura con fundamento en la antijuridicidad de su exclusión de los mecanismos participativos previos a la decisión finalmente adoptada (ya que solamente se le habría dado participación a SUTEL) [...]”.

VI. Territorio de conflictos

Ermida Uriarte sostiene que la función principal del Derecho del Trabajo es la protección del trabajador, a tal punto que un Derecho Laboral no protector carecería de razón de ser. En otras palabras, el Derecho laboral protege porque constata una desigualdad. De tal modo, podría sostenerse que la igualdad es el valor o principio básico del Derecho laboral, del cual deriva el tradicional principio protector⁴⁶.

Y se pregunta: ¿cómo protege?, ¿cómo iguala el Derecho del Trabajo? ¿Cómo introduce esa desigualdad compensatoria o desigualdad igualadora? La protección propia del Derecho del Trabajo opera tanto autónoma como heterónomamente⁴⁷.

La autotutela o tutela colectiva fue la primera en el tiempo e históricamente dio origen al Derecho del Trabajo durante el desarrollo de la sobreexplotación de la mano de obra que provocó la revolución industrial. Ante tal situación, los trabajadores se agrupan para oponer la fuerza del número al poder económico del empleador (sindicato), presionando en conjunto (huelga) y acuerdan colectivamente la mejora de alguna de las condiciones de trabajo (negociación colectiva)⁴⁸.

La heterotutela es la protección dispensada por el Estado, a través de sus tres poderes. Desde el legislativo, se aprueba una legislación protectora del trabajador; desde la administración, se controla el cumplimiento de esa normativa (Inspección del trabajo); y desde el judicial, se estructura una Justicia especializada y un proceso autónomo que garantice su rápida aplicación. Está claro que autotutela y heterotutela no son compartimentos estancos, sino que entre ellos se verifica una constante interacción⁴⁹.

Sobre la misma cuestión se pronuncia Delpiazzo⁵⁰. La determinación de la Jerarquía de los Convenios Colectivos como fuente no resulta sencilla en el actual estado de la evolución y articulación entre heteronomía y autonomía,

⁴⁶ ERMIDA URIARTE 2011, 225.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ DELPIAZZO 2011, 186.

pudiendo apreciarse las siguientes relaciones básicas cuando la regulación introducida por los convenios colectivos refiere a los funcionarios públicos⁵¹:

a) relación de suplementariedad, en la que el Estado fija un tratamiento mínimo que es inderogable “*in peius*” por el convenio colectivo;

b) relación de complementariedad, en la que el Estado se limita a establecer las bases o principios de la regulación o remite o reenvía a la negociación colectiva en su concreción y desarrollo;

c) relación de supletoriedad, en la que la norma estatal proporciona una regulación del supuesto de hecho que solo se aplicará si no existe previsión diferente en cualesquiera sentidos en el convenio colectivo;

d) relación de limitación, cuando la norma estatal es insuperable “*in melius*” por la norma convencional.

El conflicto entre una Ley imperativa y un Convenio Colectivo debe resolverse a favor de la Ley atendiendo a su eficacia formal, salvo que el Convenio contenga disposiciones más favorables, en cuyo caso deberá primar por aplicación del principio general de Derecho (con superior valor y fuerza) llamado protector o tutelar del trabajador –sea público o privado– en función del cual debe conservarse la condición más beneficiosa para este⁵².

No obstante, tal afirmación puede resultar relativizada por el régimen estatutario de la función pública, presidido por la “base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario” (Art. 59 de la Constitución) y por el marco regulatorio de los presupuestos (también contenido en la Constitución)⁵³.

A su vez, el conflicto entre un Convenio Colectivo y un acto administrativo debe resolverse en favor del primero, constituyendo un supuesto de ilegitimidad (contrariedad a la regla de Derecho) que este último sea unilateralmente modificativo o extintivo⁵⁴.

Cabe agregar que una dificultad adicional en orden a la ubicación de los Convenios Colectivos en el contexto de las fuentes del derecho es el reconocimiento de distintos tipos de los mismos correspondientes a niveles diferentes. Así, la Ley N° 18.508 establece dos ámbitos de negociación colectiva: uno referido al Poder Ejecutivo y las empresas públicas (Arts. 10 a 13) y otro referido a los demás poderes de gobierno, los órganos constitucionales de control, los Entes Autónomos de Enseñanza y los Gobiernos Departamentales (Art. 14)⁵⁵.

⁵¹ Ídem.

⁵² Ídem.

⁵³ Ídem.

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ Ídem.

En resumen: a) convenio colectivo que sucede a la ley, mejorando lo previsto en ella; b) convenio colectivo que antecede a la ley, que luego viene a generalizar lo que la autonomía colectiva había establecido para determinado sector; y c) ley que delega en el convenio colectivo o que promueve la negociación colectiva. En todo caso, es evidente la esencialidad de la autotutela colectiva, en el origen del Derecho del trabajo, en su funcionamiento como ordenamiento protector y en la prosecución de sus objetivos de igualdad. Por eso, la libertad sindical ha sido tempranísimamente reconocida como un derecho fundamental, lo que lleva a referir su naturaleza jurídica⁵⁶.

Conclusión

La discusión relativa a la consideración de los Convenios Colectivos de la Administración como *fuentes del Derecho Administrativo* está zanjada a nivel doctrinario tanto administrativo como laboral, lo cual se refuerza con su reconocimiento legal y en innumerables convenios internacionales.

Sin perjuicio de lo cual, en la práctica, se siguen vislumbrando dificultades a la hora de ejecutar en los hechos lo acordado entre la Administración y sus funcionarios bajo la forma de Convenio Colectivo.

La definición de Carnelutti, en tanto define al Convenio Colectivo como *un híbrido con cuerpo de contrato y alma de Ley*, es la que más refleja la situación que acontece en la realidad cuando una vez firmado el Convenio Colectivo, es hora de ejecutar lo pactado.

Es, en este punto en particular, donde se generan en los hechos las dificultades prácticas, ya que, en los departamentos de liquidaciones de sueldos y haberes de cada organismo público, surgen los cuestionamientos en relación a si se puede o no pagar una partida por presentismo o una partida de estímulo –cuya fuente es precisamente un Convenio Colectivo– con solo un Convenio Colectivo que lo respalde.

Con la dictación de la Ley N° 18.508 (2009) se regula en forma general la negociación colectiva en el sector público. Se reconoce que el sistema de relaciones laborales en el sector público está inspirado y regido por los principios de participación, consulta, colaboración y por los derechos de negociación colectiva e información, así como los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos a que refieren los arts. 57, 65, 72 y 332 de la Constitución (Art. 1°).

La unilateralidad, como nota característica y significativa de la relación estatutaria del funcionario público con la Administración, sufre un duro golpe con el reconocimiento de la negociación colectiva –y de los convenios colectivos– como creadores de normas que tienen como fuente la negociación entre la propia Administración y sus funcionarios –algo impensado años atrás–.

⁵⁶ ERMIDA URIARTE 2011, 225.

En cuanto al alcance de la negociación colectiva, entendemos que el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Administración, que es irrenunciable de acuerdo al artículo 70 de la Ley N° 19.121, de 20 de agosto de 2013 (que regula el Estatuto del Funcionario Público de la Administración Central), no puede ser, bajo ningún concepto, materia u objeto de negociación colectiva.

En síntesis, y superadas algunas opiniones doctrinarias en contra, ya nadie discute la consideración de los Convenios Colectivos de la Administración como *fuentes del Derecho Administrativo*.

El *Derecho Administrativo de la función pública* adquiere nuevas dimensiones al influjo de los impactos y alcances de la negociación colectiva, que han dado un duro golpe a las concepciones históricas y tradicionales que inspiraban la relación estatutaria en la Administración.

Bibliografía citada

- CASTELLO, Alejandro (2014). *Autonomía en la negociación colectiva: Resultados y desafíos*. 25ª Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo: 5-6 dic. 2014. Ponencia, 141-177.
- DELPIAZZO, Carlos (2011). *Derecho administrativo general*. Montevideo: Amalio M. Fernández, Vol.1, 560.
- ERMIDA URIARTE, Óscar (2010). *Intervención y autonomía en el derecho colectivo del trabajo*. 21ª Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Fundación de Cultura Universitaria, Maldonado: 27-28 nov. 2010. Ponencia, 9-16.
- ERMIDA URIARTE, Óscar (2011). Crítica de la libertad sindical. *Revista Derecho Laboral*, Tomo LIV, N° 242, 225-253.
- LARRAÑAGA ZENI, Nelson (2014). La prevención y solución de los conflictos colectivos laborales. *Revista de Derecho y Tribunales* N° 26, 47-60.
- LARRAÑAGA ZENI, Nelson (2014). *Las relaciones laborales colectivas uruguayas*. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernández, 456.
- LARRAÑAGA ZENI, Nelson (2014). Jerarquía y eficacia del convenio colectivo de trabajo. *Revista de Derecho y Tribunales* N° 24, 33-45.
- LARRAÑAGA ZENI, Nelson (2017). *Revisión y extinción del convenio colectivo de trabajo*. 28ª Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo: 28-29 oct. 2017. Ponencia, 115-126.
- LOUSTAUNAU, Nelson (2017). *Revisión y extinción de los convenios colectivos*. 28ª Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo: 28-29 oct. 2017. Ponencia, 11-34.
- GARMENDIA ARIGÓN, Mario y VÁSQUEZ PEPE, Rodrigo (2015). Incidencia del Derecho Laboral en el Estatuto del Funcionario Público de la Administración Central. *Revista Derecho del Trabajo*. Año III/ N° 6, 77-92.
- GARMENDIA ARIGÓN, Mario (2016). Notas sobre el proceso de construcción jurídica de la negociación y el convenio colectivo. *Revista Derecho del Trabajo*. Año IV/ N° 11, 127-138.
- GOLDSTEIN, Eduardo (2017). *La jurisdicción del poder judicial para resolver conflictos colectivos de Derecho del Trabajo en la República Oriental del Uruguay*. 2º Encuentro Chileno-Peruano-Urugayo de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo: 29-30 jul. 2016. Ponencia, 157-165.
- MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo; BECERRA BARREIRO, Rodolfo y NICOLIELLO RIBEIRO, Ariel (2015). *Derecho sindical*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, T I, 280.

Normativa citada

Convenios Internacionales del Trabajo OIT N° 98, N° 135, N° 151 y N° 154.

Ley N° 19.121, establece Regulación del Estatuto del Funcionario Público de la Administración Central, 28 agosto 2013.

Ley N° 18.508, sobre Negociación Colectiva en el marco de las Relaciones Laborales en el Sector Público, 16 julio 2009.

Ley N° 17.556, sobre Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal Ejercicio 2001, 19 octubre 2002.

Ley N° 16.560, sobre Funcionarios, 2 octubre 1994.

Ley N° 16.462, sobre Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal. Ejercicio 1992, 18 enero 1994.

Decreto N° 112/017, deroga Decreto 119/016 y Modifica el Convenio Colectivo entre COFE y el Poder Ejecutivo relativo a la Instrumentación a la compensación como estímulo a la asiduidad, 09 mayo 2017.

Decreto N° 340/015, Convenio colectivo de trabajo. Dirección Nacional de Trabajo. Asociación de Inspectores de Trabajo. Confederación de Funcionarios de Estado. Inspección general del Trabajo y de la Seguridad Social, 4 enero 2016.

Jurisprudencia citada

SCJ 932/2008

STC 492/2006

STC 491/2006

STC 508/2016

STC 359/2017

Los pequeños medios de generación distribuida ante el derecho de energía. Régimen vigente, interpretaciones y prospectiva

Small Scale Distributed Generation before Energy Law.
Current regime, interpretations and prospective

Marcelo Mardones Osorio*

En el presente trabajo se abordan los fundamentos, regulación y evolución que a la fecha han tenido los Pequeños Medios de Generación Distribuida ("PMGD") en nuestro país, tratando asimismo las interpretaciones existentes en la materia emitidas tanto por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, como por el Panel de Expertos.

Palabras clave: Generación distribuida, pequeños medios de generación, PMGD.

Introducción

No existe certeza en cuanto a qué debe comprenderse por "generación distribuida" (*distributed generation*)¹. Para unos, generación distribuida

This paper analyzes the foundations, regulation and evolution of the Small Scale Distributed Generation in Chile, including the understandings issued by the Electricity and Fuel's Agency and the Expert's Board regarding those topics.

Keywords: Distributed generation, small media generation, PMGD.

RESUMEN / ABSTRACT

* Abogado, Doctor y Magister en Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile), Master en Asesoría Jurídica de Empresas (*IE Law School*, España), Profesor de Derecho Económico, Universidad de los Andes, Fiscal del Ministerio de Energía; Santiago, Chile. Correo electrónico: mmardones@minenergia.cl.

Recibido el 20 de noviembre de 2018 y aceptado el 3 de abril de 2019.

¹ FUNDACIÓN DE LA ENERGÍA DE LA COMUNIDAD DE MADRID 2007, 9. En nuestro país, *vid.* IRARRÁZVAL 2016, 146.

es cualquier tecnología de generación a pequeña escala que proporciona electricidad en puntos más cercanos al consumidor que la generación centralizada, conectándose directamente al consumidor o a la red de transporte o distribución. Para otros, sería únicamente aquella que se conecta a la red de distribución de baja tensión, asociada a tecnologías como motores, miniturbinas, microturbinas, pilas de combustible y energía solar fotovoltaica². También se considera que generación distribuida es la generación o almacenamiento de energía eléctrica a pequeña escala, lo más cercana al centro de carga, con la opción de interactuar (comprar o vender) con la red eléctrica, considerando la máxima eficiencia energética³.

Como se puede apreciar, el concepto tipificante de la generación distribuida radica en las ideas de pequeña escala y de proximidad de los centros de generación a los de consumo. Tales elementos no son nuevos, sino que pueden rastrearse hasta los orígenes históricos de la generación de electricidad, en donde esta se situaba precisamente en los sitios de consumo, dadas las limitaciones tecnológicas existentes, que impedían su transporte a grandes distancias⁴.

En la actualidad y habiéndose impuesto finalmente el denominado *central-station model* de generación masiva de electricidad a grandes distancias de los centros de consumo⁵, diversas circunstancias, entre las cuales cabe incluir destacadamente las alzas constantes en los precios de la energía eléctrica (sin perjuicio de otras consideraciones de índole ambiental o de uso del territorio), han reimpulsado el acercamiento de las fuentes de generación a los centros de consumo. En efecto, se estima⁶ que los beneficios de la generación distribuida guardan relación con la posibilidad de producir, almacenar y administrar la energía en el mismo lugar de consumo, así como permitir que los consumidores puedan convertirse en pequeños generadores –prosumidores–, con los ahorros que ello conlleva, aumento en la competencia, reducciones de pérdidas de energía por transporte, reducción de congestión, prestación de servicios complementarios, seguridad en el suministro, etc.⁷.

En virtud de tales consideraciones es que la generación distribuida está llamada a ocupar un importante lugar en nuestra matriz energética, acercando la generación al ciudadano, haciéndolo partícipe de un esquema de red eléctrica cada vez más participativo. Así, dada la creciente relevancia de esta

² FUNDACIÓN DE LA ENERGÍA DE LA COMUNIDAD DE MADRID 2007, 9.

³ VELÁSQUEZ 2008, 292.

⁴ VELÁSQUEZ 2008, 291.

⁵ FUCCI 2011, 345.

⁶ VELÁSQUEZ 2008, 297; ANAYA y POLLIT 2014, 1.

⁷ En nuestro país, la generación distribuida se vincula con los objetivos de la política energética en materias de seguridad, eficiencia y flexibilidad, de manera de lograr la constitución de un sistema energético completamente bidireccional, en donde se pueda producir y gestionar la energía desde arriba hacia abajo y viceversa, con niveles de generación distribuida y gestión de demanda similar a la de otros países de la OCDE. Así se señala en el documento “Energía 2050, Política Energética de Chile”, 11-12.

forma de generación es que en el presente artículo se ofrece una revisión de sus fundamentos, régimen actual y los retos futuros que ella está llamada a enfrentar.

I. Orígenes y fundamentos de la regulación de los PMGD

En nuestro ordenamiento, la Ley Corta I –Ley N° 19.940, de 2004– introdujo en la Ley General de Servicios Eléctricos (“LGSE”) por primera vez una regulación específica para la generación distribuida en su art. 91, actual art. 149. Dicha disposición estableció que el reglamento fijaría un régimen especial de precios para aquellos medios de generación que se conecten directamente a instalaciones del entonces sistema troncal, de subtransmisión –actuales sistemas nacional y zonal⁸ o de distribución, así como los mecanismos de estabilización de precios aplicables a la energía inyectada por medios de generación cuyos excedentes de potencia suministrables al sistema eléctrico no supere los 9.000 kilowatts (9 MW) y la forma en la que se realizará el despacho y la coordinación de estas centrales por el CDEC respectivo⁹. Asimismo, se estableció que los concesionarios de servicio público de distribución de electricidad, así como aquellas empresas que poseyeran líneas de distribución de energía eléctrica que utilizaren bienes nacionales de uso público, deberían permitir la conexión a sus instalaciones de distribución correspondientes de los medios de generación cuyos excedentes de potencia suministrables al sistema eléctrico no superaren los 9.000 kilowatts, sin perjuicio del cumplimiento de las exigencias de seguridad y calidad de servicio vigentes.

El reglamento al que aludía –y alude actualmente– la referida disposición se dictó por medio del D.S. N° 244, de 2005, de Economía, “Reglamento para medios de generación no convencionales y pequeños medios de generación establecidos en la Ley General de Servicios Eléctricos” (en adelante, “D.S. N° 244/2005” o “reglamento”), el cual desarrolló los regímenes de interconexión, operación y peajes tanto de los “PMGD” como de los Pequeños Medios de Generación (“PMG”), a partir del punto de conexión del medio de generación de que se trate: en instalaciones de distribución en el caso de los PMGD y en instalaciones de transmisión, tratándose de los PMG¹⁰. Sin perjuicio de ello, ambos medios de generación tienen como elemento común

⁸ Cabe recordar que el artículo décimo transitorio de la Ley N° 20.936 señala que las instalaciones del sistema de transmisión troncal, de subtransmisión y adicional existentes a la fecha de publicación de la referida ley pasarán a conformar parte del sistema de transmisión nacional, zonal y dedicado, respectivamente.

⁹ El artículo primero transitorio de la Ley N° 20.936 señala el Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional será el continuador legal de los Centros de Despacho Económico de Carga del Sistema Interconectado Central, CDEC SIC, y del Sistema Interconectado del Norte Grande, CDEC SING, y de las entidades a través de las cuales estos actúan.

¹⁰ Con fecha 2 de julio de 2015 se publicó en el Diario Oficial el D.S. N° 101, de 22 de agosto de 2014, que modificó el D.S. N° 244/2005, en vigencia desde el 30 de septiembre de 2015, con el objeto esencial de simplificar el procedimiento de conexión de los PMGD, disminuir los costos de transacción asociados a su conexión, así como modificar el procedimiento para la determinación de los estudios necesarios y el costo de conexión de los PMGD a las redes de las distribui-

el tratarse de *pequeños* medios de generación, entendiéndose como tales aquellos que poseen excedentes de potencia de hasta 9.000 kW (9 MW)¹¹.

Consta en la historia de la Ley Corta I que se optó por fijar en 9 MW el límite para ser considerado como PMGD (y PMG) atendiendo al límite que originalmente nuestro ordenamiento contemplaba para integrar los CDEC y, por ende, para poder comprar y vender energía en el mercado *spot*. De esta forma, la finalidad de la norma era facilitar a los pequeños medios de generación el acceso al mercado mayorista, pudiendo así vender su producción a precios *spot*, tal y como se desprende de lo señalado por el entonces Ministro Presidente de la CNE durante la tramitación parlamentaria de la ley¹²:

“(...) existen centrales generadoras de menos de 9 MW que no forman parte del CDEC, que no tienen derecho a vender en el mercado ‘spot’ y quedan al arbitrio de quien les quiera comprar. La indicación abre el mercado ‘spot’ para cualquier productor”...

En sentido similar se afirmó que la finalidad de la norma era¹³:

“(...) que los generadores pequeños puedan vender en el mercado ‘spot’ al precio de mercado, cosa que hoy no pueden hacer, porque no forman parte del CDEC. Eso significa que las distribuidoras les compran al precio que ellas imponen...”

Asimismo, se sostuvo que¹⁴:

“(...) La posibilidad asegurada de vender su energía al precio que reciben las demás generadoras facilitará suscribir contratos convenientes con distribuidores o clientes libres, por cuanto tendrán una posición negociadora válida. Esta forma adicional contribuirá a aumentar la competencia en el sector eléctrico, traerá a nuevos actores al juego de la oferta y la demanda, incentivará a usar fuentes limpias no explotadas y reducirá la necesidad de invertir en transmisión al incentivar la generación distribuida...”

doras, a fin de disminuir las asimetrías de información existentes, entregando mayor certeza a los desarrolladores de proyectos respecto de la factibilidad técnica y económica de los mismos.

¹¹ El marco regulatorio expuesto se completa con la norma técnica que aborda la conexión y operación de los PMGD. Originalmente, los arts. 3 y 4 del D.S. N° 244/2005 señalaban que el Ministerio de Economía dictaría normas técnicas previo informe de la CNE, las cuales tendrían por objetivo establecer los procedimientos, exigencias y metodologías necesarias que permitieran especificar las disposiciones contenidas en el citado reglamento. El D.S. N° 101/2014 modificó dichas disposiciones, estableciendo el actual art. 3 que las normas técnicas respectivas serán dictadas por la CNE, las cuales tienen por objetivo establecer los procedimientos, exigencias y metodologías necesarias que permitan especificar las disposiciones contenidas en el reglamento. En la actualidad, la norma técnica vigente en materia de conexión y operación fue aprobada por Resolución Exenta N° 501, de 23 de septiembre de 2015, de la CNE, “Norma Técnica sobre Conexión y Operación de Pequeños Medios de Generación Distribuidos en Instalaciones de Media Tensión”, encontrándose a día de hoy (enero de 2019) en proceso de revisión por la Comisión.

¹² Historia de la Ley N° 19.940, 173.

¹³ Historia de la Ley N° 19.940, 256.

¹⁴ Historia de la Ley N° 19.940, 337.

Junto a lo anterior es relevante considerar que, desde una perspectiva general, en la base del régimen de generación distribuida se encuentra el derecho de toda persona a generar electricidad, sea para *consumo* personal –autoconsumo– o incluso para fines *comerciales* –comercialización–. Dicho derecho, desde luego, goza de protección constitucional, tanto desde la perspectiva del derecho de propiedad, al poder considerarse la energía eléctrica como un bien susceptible de apropiación surgido como consecuencia del uso, goce y disposición de los bienes con los cuales ella se genera (art. 19 N° 24 de la CPR)¹⁵, como desde el derecho para realizar cualquier tipo de actividad económica, cumpliendo con las exigencias que la ley establezca para ello (art. 19 N° 21 de la CPR)¹⁶.

Ahora bien, cabe precisar que las ideas de autoconsumo y comercialización no son extensibles a todos los supuestos de generación distribuida, ya que nuestro legislador ha distinguido dos esquemas normativos diversos con finalidades particulares: (i) el régimen de los PMGD y PMG, en el cual el elemento esencial es la finalidad de comercialización de la energía y potencia producidas, y; (ii) el régimen de la generación distribuida residencial –*net billing*–, el cual ha sido previsto solo con fines esenciales de autoconsumo y no de comercialización –si bien esta última igualmente se permite aunque con carácter residual–. En efecto, durante la tramitación de la Ley N° 20.571 de 2012 se dejó constancia de lo señalado por el entonces Ministro de Energía, en cuanto a que la generación distribuida residencial “(...) no es un negocio, sino que la idea es solo permitir la autogeneración con la red de distribución...”¹⁷, criterio reiterado además por la CGR en su dictamen N° 40.160, de 2017.

A continuación, se ofrece un análisis de la regulación vigente de los PMGD, su evolución a la luz de las interpretaciones administrativas de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (“SEC”) y una visión prospectiva de dicha regulación.

¹⁵ Sobre la naturaleza jurídica de la electricidad, *vid.* en nuestra doctrina: PILÓN 1904 *passim*; CLARO 1979, 100-101; OLIVARES 2014, 37-38. Asimismo, en *Compañía General de Electricidad Industrial con I. Municipalidad de Chillán* (1920), la Corte de Apelaciones de Talca sostuvo que “(...) considerada la electricidad, no en el estado latente en que se encuentra en la naturaleza, sino como el producto industrial de una empresa de alumbrado, o sea como el resultado de los esfuerzos o el trabajo del hombre para desarrollarla y transformarla en energía utilizable, ella no puede menos de ser tenida como *una cosa mueble susceptible de ser apropiada y transferida*”... [las cursivas son nuestras]. En Argentina, el art. 2 de la Ley N° 15.336 sobre Energía Eléctrica, de 1960, señala que “(...) la energía eléctrica, cualquiera que sea su fuente y las personas de carácter público o privado a quienes pertenezca, se considerará una cosa jurídica susceptible de comercio por los medios y formas que autorizan los códigos y leyes comunes en cuanto no se opongan a la presente...”.

¹⁶ En este sentido, *vid.* WELLINGHOFF y WEISSMAN 2015, 309-310.

¹⁷ Historia de la Ley N° 20.571, 8.

II. Elementos determinantes de la calidad de PMGD

1. Excedentes de potencia

La característica de tamaño inherente a los PMGD a que hemos aludido se encuentra doblemente recogida por nuestra legislación: en el art. 72°-2 de la LGSE, en el que, tras la modificación efectuada por la Ley N° 20.936, se incluyó la expresa mención a los “pequeños medios de generación distribuida”; y por referencia a determinada cantidad máxima de excedentes de potencia disponibles para poder ser considerado como PMGD, establecida en el art. 149° de la LGSE, ya referido. A partir de ello, el D.S. N° 244/2005 define los PMGD como todos aquellos medios de generación con excedentes de potencia menores o iguales a 9 MW (9.000 kW), conectados a instalaciones de una empresa concesionaria de distribución, o a instalaciones de una empresa concesionaria de distribución, o a instalaciones de una empresa que posea líneas de distribución de energía eléctrica que utilicen bienes nacionales de uso público¹⁸.

Como se adelantó, el límite de 9 MW para ser considerado como PMGD (y PMG) se estableció considerando el límite originalmente previsto en nuestro ordenamiento para integrar los CDEC y, por ende, para poder comprar y vender energía en el mercado *spot*. En efecto, el art. 1 del D.S. N° 6/1985, primer reglamento de los CDEC, señalaba que él regulaba la coordinación a que debía someterse la operación de centrales generadoras y líneas de transporte pertenecientes a distintos propietarios que funcionaren interconectados entre sí y que cumplieran simultáneamente las siguientes condiciones: (i) operar en sistemas eléctricos de tamaño superior a 100.000 kilowatt en capacidad instalada de generación, en los cuales se generara más de un 10% de electricidad destinada al servicio público de distribución; y (ii) pertenecer a alguna de las siguientes entidades: (a) empresas eléctricas (definidas como empresas cuyo giro principal fuera la comercialización de energía eléctrica) cuya capacidad instalada de generación fuera superior al 2% de la capacidad instalada total que el sistema eléctrico tenía a la fecha de constituirse el respectivo CDEC; o (b) autoprodutores (definidos como entidades cuyo giro principal era distinto de la comercialización de energía eléctrica) cuya capacidad instalada de generación en condiciones normales fuera superior a la suma de su demanda máxima anual y de un 2% de la capacidad total que el sistema eléctrico tenía a la fecha de constituirse el mencionado CDEC. Posteriormente, el D.S. N° 327/1997 dispuso la posibilidad de que las empresas eléctricas con capacidad instalada de generación superior a 9 MW optaren por incorporarse al CDEC (art. 169), pero, como se puede apreciar, se trataba solo de una posibilidad que dejaba fuera precisamente a las pequeñas generadoras con capacidad inferior a 9 MW. Este esquema se mantuvo bajo la

¹⁸ Y, asimismo, define los PMG como aquellos medios de generación cuyos excedentes de potencia suministrable al sistema son menores o iguales a 9 MW, conectados a instalaciones pertenecientes a un sistema troncal, de subtransmisión o adicional, actualmente, sistema nacional, zonal y dedicado.

vigencia del D.S. N° 291/2007, si bien con una operatoria inversa, dado que en él tales empresas no debían informar al CDEC su deseo de formar parte de él, sino que su intención de no integrar el mismo al momento de interconectarse (*vid.* el art. 18 del D.S. N° 291/2007).

Ahora bien, cabe precisar que, en rigor técnico, el límite establecido en el art. 149 de la LGSE no es equivalente al dispuesto originalmente para integrar los CDEC, ya que mientras el primero se refiere a excedentes de potencia suministrables, el segundo se refería a capacidad instalada. Si bien no consta en la historia de la Ley Corta I, lo cierto es que la idea original detrás del límite de potencia (y no de capacidad instalada) era permitir a los medios de cogeneración poder vender en el mercado *spot* los excedentes de capacidad no utilizados en sus procesos.

Aclarado lo anterior, es importante diferenciar los supuestos de PMGD de aquellos incorporados por la Ley N° 20.571, que incluyó un régimen especial para la generación distribuida de carácter residencial bajo el esquema denominado *net billing* (arts. 149 bis y siguientes), y que actualmente abarca los sistemas domiciliarios de generación hasta 300 kW. Así, en nuestro ordenamiento jurídico la generación distribuida posee un doble régimen: el de *net billing* hasta los 300 kW, y el de los PMGD entre los 100 kW y los 9.000 kW.

2. Unidad de propiedad de medios de generación

Junto a los volúmenes de excedentes de potencia, el D.S. N° 244/2005 establece el criterio de la unidad de propiedad como determinante de la aplicación del régimen que él contiene.

Según su art. 1, el D.S. N° 244/2005 se aplica a las “empresas que posean medios de generación” conectados y sincronizados a un sistema eléctrico cuya capacidad instalada de generación sea superior a 200 MW, y que se encuentren en alguna de las categorías que dicha norma señala, entre las cuales se encuentran los PMGD. La letra a) del citado artículo define los PMGD como “aquellos medios de generación” cuyos excedentes de potencia sean menores o iguales a 9.000 kilowatts, conectados a instalaciones de una empresa concesionaria de distribución, o a instalaciones de una empresa que posea líneas de distribución de energía eléctrica que utilicen bienes nacionales de uso público. A su vez, el art. 6 letra a) del mismo texto normativo define “medio de generación” como el conjunto de unidades de generación pertenecientes a un mismo propietario que se conectan al sistema eléctrico a través de un mismo punto de conexión y la letra b) define “unidad de generación” como el equipo generador eléctrico que posee dispositivos de accionamiento o conversión de energía propios, sin elementos en común con otros equipos generadores, entendiéndose que existen elementos en común cuando una falla de algún elemento de una unidad generadora implica la salida de servicio de otra unidad. Asimismo, la letra d) del citado art. 6 define “punto de conexión” como el punto de las instalaciones de transporte o

distribución de energía eléctrica en la que se conecta uno o más medios de generación a un sistema interconectado.

Al tenor de las normas citadas es claro que, para ser considerado PMGD, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) existencia de una empresa, lo cual, por tanto, excluye del ámbito de aplicación de la regulación de PMGD a las personas naturales o jurídicas que carezcan de tal carácter empresarial (fin de lucro)¹⁹;

b) que dicha empresa sea dueña de un conjunto de unidades de generación;

c) que dichas unidades se conecten al sistema a través de un mismo punto de conexión; y,

d) que dichas unidades de generación tengan excedentes de potencia menores o iguales a 9 MW.

Lo anterior ha sido tratado por la SEC en diversas oportunidades. Por medio de su Oficio N° 3537, de 27 de abril de 2011, dicho organismo se pronunció sobre la posibilidad de que dos PMGD evacuaran su energía a través de una misma línea de media tensión. Al respecto, señaló que de acuerdo con las definiciones entregadas por el D.S. N° 244/2005, "(...) son condiciones ineludibles para calificar a un conjunto de unidades de generación como PMGD, que tal conjunto pertenezca a un mismo propietario y que se conecte al sistema eléctrico a través de un mismo punto de conexión...". Por ese motivo, la SEC concluyó que "(...) una línea de media tensión privada no puede evacuar los excedentes de un conjunto de unidades de generación pertenecientes a más de un propietario, que se conectan al sistema eléctrico a través de un mismo punto de conexión...".

Posteriormente, por Oficio N° 13036, de 26 de noviembre de 2014, la SEC se pronunció en relación a si existía algún inconveniente legal o técnico para materializar un escenario de evacuación simultánea de energía de una planta a través de dos PMGD. Al respecto sostuvo que no es posible que un PMGD evacue simultáneamente energía a través de otro alimentador distinto a aquél ya utilizado, ya que "(...) de las definiciones indicadas anteriormente un PMGD debe inyectar su energía en un único punto del SD...". Por tanto –concluye la SEC–, el otro PMGD podrá conectarse a la red de distribución, pero "(...) como una Central totalmente independiente del PMGD [...], para lo cual, el propietario deberá tomar las medidas que permitan separar las instalaciones de uno y otro PMGD...".

Luego, por medio de Resolución Exenta N° 6672, de 14 de enero de 2015, la SEC resolvió que, considerando las disposiciones del D.S. N° 244/2005, los proyectos Chanleufú (de 5,6 MW) y Chanleufú (de 2,75 MW) no

¹⁹ Cabe dudar de la legalidad de esta previsión reglamentaria, al tratarse de una limitación que carece de fundamento en la LGSE.

se ajustaban a las definiciones del art. 6 del citado reglamento, ya que tales proyectos constituían un solo medio de generación compuesto por dos unidades de generación con elementos en común, que inyectaban sus excedentes de potencia a dos puntos de conexión diferentes.

Finalmente –si bien en un caso de PMG–, por medio de Oficio N° 07155, de 16 de abril de 2018, la SEC resolvió que un “Cluster solar” integrado por 11 PMG de 9 MWac cada uno tiene derecho al precio estabilizado, ya que cada medio de generación es independiente del resto, inyecta una potencia menor a 9 MW y la falla de uno de ellos no provoca la falla ni afecta la operación de los otros.

Ahora bien, la aplicación e interpretación estricta de la norma ha generado una distorsión en el mecanismo, al permitir la división de proyectos (fraccionamiento) difícilmente calificables como “pequeños” para acceder a los beneficios inherentes al precio estabilizado. En efecto, el mero tenor literal de la normativa reglamentaria aplicable permite que los desarrolladores de proyectos configuren los mismos de manera tal que pueda darse cumplimiento a lo establecido en las exigencias del D.S. N° 244/2005. Sin embargo, una interpretación adecuada de la normativa aplicable exige considerar no solo el tenor literal del reglamento, sino que además debe abarcar el espíritu de la legislación, a fin de clarificar los espacios oscuros existentes. En dicho contexto, cabe recordar que, como se indicó, los fundamentos de la regulación especial de los PMGD se relacionan con proyectos pequeños que encuentran dificultades para vender su producción. De hecho, el art. 72-2 de la LGSE, tras la modificación realizada por la Ley N° 20.936, al referirse a los medios de generación a que alude su art. 149, consagra expresamente la idea de que se ha de tratar de “pequeños” medios de generación. Es tal aspecto el que justifica el régimen especial de los referidos medios de generación, y el que, por ende, fundamenta el mecanismo excepcional de estabilización de precios previsto a nivel reglamentario.

3. Carácter objetivo de la calidad de PMGD

Por último, cabe precisar que el Panel de Expertos ha aclarado, precisamente en el Dictamen N° 2/2007, que la consideración como PMGD no depende de una decisión del coordinador del sistema –ex CDECs– ni de otra autoridad, ya que son la ley y el reglamento los que, por sí mismos, han procedido a efectuar una clasificación de los diversos medios de generación a partir de elementos objetivos²⁰. Dicha clasificación reglamentaria debe ser aplicada efectuando una constatación de los hechos por el coordinador del sistema sin que medie necesariamente un pronunciamiento especial de alguna entidad premunida de atribuciones.

²⁰ Dictamen N° 2/2007, 35.

III. Régimen de conexión

1. Derecho/deber de conexión

La regla general en esta materia viene establecida por el art. 149 inc. 5° de la LGSE, complementado por el art. 7 del Reglamento. Según dichas disposiciones, las empresas distribuidoras tienen el deber de permitir a los PMGD conectarse a sus instalaciones cuando puedan acceder a estas mediante líneas propias o de terceros, debiendo en todo caso ejecutarse los estudios que sean necesarios para dar cumplimiento a las exigencias de seguridad y calidad de servicio vigentes contenidas en el reglamento y en la "Norma Técnica de Conexión y Operación" ("NTCO")²¹, los cuales pueden realizarse por la propia distribuidora o por el interesado con la aprobación de aquélla, en todo caso, con cargo al interesado. Así, la LGSE otorga a los PMGD un *derecho subjetivo* a conectarse a las líneas de distribución, de acuerdo con las exigencias dispuestas a tal fin por la propia ley y el reglamento y norma técnica respectiva²².

Correlativamente, el art. 11 del D.S. N° 244/2005, señala que las empresas distribuidoras garantizan a los PMGD el acceso a su red, con la misma calidad de servicio aplicable a los clientes finales sometidos a regulación de precios, o la que se hubiere pactado en los contratos de suministro suscritos por empresas que posean líneas de distribución de energía eléctrica que utilicen bienes nacionales de uso público, según corresponda, en la medida que la operación del PMGD se mantenga dentro de los límites establecidos en la NTCO respectiva. Asimismo, y con el afán de permitir la materialización del derecho a la conexión, el art. 14 añade que las distribuidoras no pueden imponer a los propietarios de PMGD condiciones técnicas de conexión u operación diferentes a las dispuestas en la ley y en las normas técnicas que dicte la CNE de acuerdo con el art. 3 del D.S. N° 244/2005.

De las disposiciones citadas cabe desprender que la conexión es un procedimiento que ha de sustanciarse única y exclusivamente entre el PMGD

²¹ La NTCO regula el desarrollo del proyecto de ingeniería de conexión, los estándares técnicos de calidad de suministro y establece un protocolo de pruebas requerido previo a la conexión al sistema de distribución, entregando los formularios necesarios para las distintas fases de desarrollo del proyecto de conexión. Al respecto, *vid.* LEÓN 2014, 64.

²² Así se ha reconocido en *CGE Distribución S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2008) por la Corte de Apelaciones de Santiago, al resolver que "(...) en efecto, los excedentes de energía eléctrica que produce la empresa Chilena de Gas Natural S.A. en su Planta de Cogeneración y que son incorporados a la Subtransmisión en la Subestación Panamericana deben ser de cargo de la recurrente, esto es, de la empresa C.G.E. Distribución S.A., en razón de que conforme lo preceptúa el art. 149 del mencionado D.F.L. N° 4/20.018, los pequeños medios de generación y de distribución, como lo es la planta de cogeneración de propiedad de la Empresa Chilena de Gas Natural S.A., *tienen el derecho de conectarse a las instalaciones de distribución*, como lo es en este caso la situación de C.G.E. Distribución S.A., para ingresar al sistema eléctrico los excedentes de potencia que no superen los 9.000 kilowatts; más aún, tal precepto dispone que, las obras para permitir la inyección de excedentes son de cargo de los propietarios de los medios de distribución" ... [las cursivas son nuestras].

respectivo y el concesionario de distribución, no siendo procedente exigir la participación de terceros en el mismo²³.

En cuanto a quién ha de ejecutar las obras, el art. 8 del D.S. N° 244/2005 establece que las obras adicionales que sean necesarias para permitir la inyección de los excedentes de potencia de los PMGD deberán ser ejecutadas por las empresas distribuidoras correspondientes, si bien sus costos serán de cargo de los propietarios de los PMGD. A su vez, el art. 22 señala que los empalmes necesarios para la conexión a las instalaciones de la empresa distribuidora de un PMGD serán de propiedad de este, quien deberá hacerse cargo de los costos asociados a su construcción y mantenimiento. Dichos empalmes deben ser construidos en conformidad con la NTCO y su construcción puede efectuarse indistintamente por la distribuidora o por el propietario del PMGD respectivo. Sin perjuicio de lo anterior, las maniobras de conexión del PMGD a la red solo pueden ser efectuadas por la distribuidora.

2. Información necesaria

Para permitir la conexión, el reglamento, en su art. 9, establece que las empresas distribuidoras deberán entregar toda la información técnica de sus instalaciones para el adecuado diseño y evaluación de la conexión de un PMGD que les sea solicitada por empresas y particulares interesados para efectos del desarrollo de ese tipo de proyectos de generación. Del mismo modo, los interesados deberán entregar la información técnica que les sea solicitada por la respectiva empresa distribuidora.

La solicitud y entrega de información ha de realizarse de acuerdo con los formatos estándares de solicitud y de entrega de información dispuestos en la NTCO, a fin de facilitar la entrega íntegra y oportuna de esta, de acuerdo con las atribuciones con que cuenta la CNE en el art. 72°-19 de la LGSE (ex art. 150 inc. 2°) para establecer por norma técnica las exigencias de seguridad y calidad de servicio para cada sistema.

²³ Así lo ha resuelto la SEC por medio de su Oficio N° 5586, de 29 de abril de 2015, al señalar que "(...) para la ejecución de su proyecto, un PMGD debe coordinar sus acciones con la empresa distribuidora, lo que quiere decir que no es posible condicionar su conexión a una coordinación que este PMGD deba realizar de manera previa con una empresa transmisora, para entre otras cosas analizar los impactos en las redes de transmisión. Lo anterior, se fundamenta en lo establecido en el inciso sexto del art. 149° del DFL N° 4/20.018, del 2006, Ley General de Servicios Eléctricos, que establece un derecho para los PMGD, cuya obligación correlativa recae en las empresas concesionarias de servicio público de distribución de electricidad, que consiste en «permitir la conexión a sus instalaciones de distribución correspondientes de los medios de generación cuyos excedentes de potencia suministrables al sistema eléctrico no superen los 9.000 kilowatts, sin perjuicio del cumplimiento de las exigencias de seguridad y calidad de servicio vigentes» [...] La misma idea señalada anteriormente se desprende de los arts. 10 al 14 del Reglamento de los PMG y MGNC, en la medida que estos indican obligaciones y derechos tanto por parte del PMGD como de la distribuidora, para la conexión y operación de esos medios de generación a las instalaciones de propiedad de esta última. En ellos no se establece relación ni obligación alguna con las instalaciones de subtransmisión para el PMGD" ... [las cursivas son nuestras].

Junto a ello, el art. 24 del reglamento dispone que antes del 15 de diciembre de cada año el propietario u operador de un PMGD debe informar a la empresa distribuidora: (i) el plan de mantenimiento del respectivo PMGD para el siguiente año calendario, y; (ii) la ejecución de cualquier obra de reparación o modificación de las instalaciones y/o equipamientos que permiten su conexión a la red de distribución.

3. Procedimiento de conexión

El procedimiento de conexión se encuentra establecido en los arts. 15 y siguientes del D.S. N° 244/2005 y se estructura a partir de las siguientes etapas: (i) de comunicación e información con la empresa distribuidora; (ii) de realización de estudios de conexión, de proceder; (iii) de conexión, pruebas y puesta en servicio; y (iv) de operación. Es interesante destacar que la SEC ha calificado el procedimiento de conexión como uno de carácter reglado²⁴, lo que implica la imposibilidad de alterar sus diversas etapas.

El detalle del procedimiento es el siguiente:

a) Los interesados en conectar o modificar un PMGD conectado deben comunicar su intención a la distribuidora –con copia a la SEC dentro de un plazo de 3 días desde su envío, adjuntando la siguiente información: (a) características principales del PMGD, incluyendo vida útil y punto de conexión o características principales de la modificación; (b) identificación del interesado y; (c) solicitud de información de las instalaciones de la distribuidora relevantes para el diseño, conexión y operación del PMGD, o para la modificación solicitada, de acuerdo con las características específicas respecto de la información que se solicite, formatos de información y antecedentes mínimos que deberán ser aportados por la distribuidora dispuestos en la NTCO.

b) Dentro de los 5 días siguientes, la distribuidora debe informar de la solicitud a todos los interesados en conectar o en modificar las condiciones previamente establecidas, ubicados en la zona adyacente al punto de conexión del PMGD, que hubieren efectuado esa misma comunicación durante los últimos 24 meses, o con anterioridad a dicho plazo, pero cuyos Informes de Criterios de Conexión (“ICC”) se encuentren vigentes²⁵.

c) La distribuidora debe responder las solicitudes de información en un plazo máximo de 15 días desde su recepción, incluyendo todos los antecedentes solicitados²⁶, debiendo adjuntar: (a) copia del borrador de contrato de conexión y operación o de la modificación de contrato de conexión y ope-

²⁴ Vid. el Oficio N° 24042, de 1 de junio de 2018.

²⁵ El ICC se define por el art. 6 letra n) del reglamento como el informe emitido por la distribuidora para dar cumplimiento a las exigencias de seguridad y calidad de servicio vigentes y permitir la conexión y operación del PMGD o la modificación de las condiciones previamente establecidas para la conexión y/u operación de uno ya existente.

²⁶ La NTCO debe establecer los antecedentes mínimos que deberán ser aportados por la empresa distribuidora, incluyendo el detalle y origen de las previsiones de inyección y retiro desde las instalaciones afectadas.

ración; (b) nómina de los interesados existentes en conectar o en modificar sus condiciones establecidas, así como de los PMGD ya operando en la zona adyacente al punto de conexión de la solicitud, incluyendo sus puntos de conexión y características principales, y; (c) listado de los Estudios Técnicos ("ET") que se deberán realizar para elaborar el ICC conforme a lo establecido en la norma técnica²⁷.

d) Previo a la conexión o modificación, el interesado debe presentar a la distribuidora una Solicitud de Conexión a la Red ("SCR")²⁸ y un cronograma de la ejecución del proyecto, ambos de acuerdo a lo especificado en la NTCO, y señalar, si lo estima pertinente, una propuesta de etapas para la realización de los ET. Copias de la SCR y del cronograma deben enviarse por la distribuidora a la SEC y al Coordinador –ex CDEC– dentro de los 3 días siguientes a su presentación.

Dicha disposición es relevante ya que sienta un principio de prioridad en el tiempo (*prior tempore, potior iure*) de las SCR presentadas, al establecer que las SCR asociadas a un mismo alimentador de distribución deben ser resueltas en función de la hora y fecha de presentación de las mismas. Es precisamente este derecho el que ha generado algunas dificultades, al surgir ciertas solicitudes especulativas que solo tienen por objeto asegurar una posición en la conexión. En efecto, en la *praxis* se han constatado variados casos de solicitantes que presentan un elevado número de SCR, con el solo fin de obtener una posición en el orden de conexión y eventualmente ofrecerla en venta.

²⁷ Los ET son los siguientes: (i) estudio de flujos de potencia; (ii) estudio de cortocircuitos; y (iii) estudio de coordinación de protecciones (*vid.* el art. 34 bis del D.S. N° 244/2005, en relación con los arts. 2-18 y ss. de la NTCO). Añade el art. 16 letra c) del D.S. N° 244/2005, que el listado de los ET debe incluir el costo detallado de cada uno de ellos, el tiempo de ejecución de estos y la modalidad de pago por el interesado. Por su parte, el art. 17 del reglamento señala que los ET dependerán del impacto que la conexión o modificación pueda causar en la red de la distribuidora y se realizarán considerando las características del PMGD y del punto de conexión. Añade que los ET señalados pueden realizarse en una o más etapas, según lo acuerden las partes, y se realizarán una vez que el interesado hubiese manifestado su conformidad con la realización de los mismos, con sus etapas, plazos y con el costo de estos. Dicha conformidad deberá manifestarse dentro del plazo de 5 días contado desde la entrega de la información por parte de la distribuidora, de acuerdo a lo señalado en el art. 16 quáter. Dentro del mismo plazo, el interesado podrá comunicar a la empresa distribuidora su intención de realizar los ET por cuenta propia. Al concluir cada etapa, la distribuidora comunicará al interesado los resultados de los ET, las eventuales obras adicionales a ejecutar y el costo aproximado de estas. Dentro de los 20 días siguientes a dicha comunicación, el interesado deberá ratificar o no a la distribuidora su interés de continuar con la realización de los estudios de la etapa siguiente, si correspondiere, o con la ejecución de las obras adicionales. En caso que el interesado no manifestare su conformidad, deberá presentar una nueva SCR. En el evento que el interesado opte por realizar los ET por cuenta propia, deberá acordar con la distribuidora las etapas y plazos para su realización y revisión. Sin perjuicio de lo anterior, la distribuidora podrá realizar observaciones a los estudios por una sola vez. En todo caso, la totalidad de los plazos señalados, acordados por el interesado y la empresa distribuidora, no podrá ser superior al plazo establecido para la emisión del ICC, esto es, 4 meses.

²⁸ Definida por el art. 6 letra m) del D.S. N° 244/2005 como la solicitud presentada a la empresa distribuidora por el interesado en conectarse o en modificar las condiciones previamente establecidas para la conexión y/u operación de un PMGD.

e) En un plazo máximo de 10 días contado desde la recepción de la SCR, la distribuidora debe comunicar dicha solicitud a quienes se señalan en la letra b) precedente.

f) Dentro de los mismos 10 días, la distribuidora podrá pedir al interesado, por única vez, que complemente su SCR, debiendo este responder en un plazo no superior a 15 días, presentando una nueva SCR en caso de que no responda dentro de dicho plazo. En todo caso, el reglamento se encarga de aclarar, con el fin de evitar retrasos en el procedimiento de conexión, que las distribuidoras no pueden solicitar antecedentes adicionales a los establecidos en el D.S. N° 244/2005 y demás normativa vigente aplicable.

g) Dentro de los 20 días siguientes a la presentación de la SCR o de la información complementaria o a lo resuelto por la SEC ex art. 70 letra j) del D.S. N° 244/2005²⁹, la distribuidora debe informar al interesado si cumple con lo establecido en los arts. 34 bis y 34 ter del reglamento (esto es, que no producen impactos significativos, de acuerdo con las metodologías establecidas en la NTCO). En el evento que los PMGD cumplan con lo establecido en los citados artículos, se entenderá que estos no producen un impacto significativo en la red de la distribuidora y que no requieren de obras adicionales ni la realización de ET. La distribuidora deberá emitir el ICC y enviarlo al interesado, con copia a la SEC.

h) En caso de que no cumplan con lo establecido en los arts. 34 bis y 34 ter, se entenderá que los PMGD sí producen un impacto significativo en la red y, por lo tanto, deberán realizarse los ET para determinar la necesidad de ejecutar obras adicionales y los costos de conexión, si estos fueren procedentes.

i) Dentro del plazo máximo de 4 meses contado desde la presentación de la SCR, la distribuidora debe emitir el ICC, suspendiéndose dicho plazo: (a) por el lapso de tiempo que medie entre la recepción de la solicitud de complementación y la presentación de la información complementaria realizada por el interesado, y; (b) por el lapso que medie entre la presentación de un reclamo ex art. 70 letra j) del reglamento y la notificación de su resolución por parte de la SEC. El ICC debe contener un informe de costos de conexión de acuerdo con lo dispuesto en el art. 32 del reglamento, si correspondiere, y deberá ser enviado al interesado con copia a la SEC.

²⁹ Los arts. 70 y ss. del D.S. N° 244/2005 contemplan un procedimiento especial de reclamo ante la SEC por controversias originadas por la aplicación de dicho reglamento, adicional a la facultad general de resolución de reclamos que dicha superintendencia posee ex art. 3 N° 17 de la Ley N° 18.410. El reclamo especial ante la SEC debe presentarse por el interesado dentro del plazo de un mes desde que se produzca el desacuerdo entre el propietario de un PMGD y la distribuidora, mediante informe fundado, adjuntando los antecedentes que correspondan. Dentro del plazo de quince días contado desde la presentación del reclamo, la SEC puede declararlo inadmisibles si constata el incumplimiento de alguno de los requisitos señalados previamente. Declarada la admisibilidad del reclamo, la SEC resolverá en el plazo de sesenta días contado desde la referida declaración de admisibilidad.

j) Dentro de los 10 días siguientes al envío del ICC, su emisión debe ser informada por la distribuidora a las personas señaladas en la letra b) precedente, incorporando la información, elementos técnicos y antecedentes actualizados que disponga la distribuidora, debiendo asimismo enviar dicha comunicación a la empresa propietaria de las instalaciones de transmisión a la cual se referencian las inyecciones del PMGD.

k) En cuanto a la vigencia del ICC, el reglamento establece las siguientes disposiciones:

i) El ICC posee una vigencia de 9 meses, desde la comunicación enviada al interesado, prorrogable por una sola vez hasta por 18 meses, siempre que antes del vencimiento del plazo el interesado presente a la distribuidora un informe que acredite el estado de avance de las obras del proyecto e indique las razones que justifican la solicitud de prórroga. Los referidos plazos se han erigido como otra de las dificultades del procedimiento de conexión, por cuanto los mismos se consideran muy estrechos para poder conjugar la construcción de las instalaciones con los demás permisos sectoriales requeridos. Y, asimismo, ya que, pese a que el reglamento contempla la posibilidad de una prórroga, ello requiere de un acto de autoridad que implica un grado de incerteza en cuanto a su otorgamiento.

Al respecto cabe destacar que la SEC ha resuelto que el plazo prorrogado no puede ser objeto de nueva prórroga, de forma que no es factible que un PMGD se conecte a las instalaciones de la distribuidora una vez vencido el plazo de vigencia de su ICC, a menos que acredite fehacientemente que la falta de conexión se debió a causas no imputables al PMGD, que configuren una causal de caso fortuito o fuerza mayor, o bien que se debió a incumplimientos por parte de la empresa distribuidora, mediante el procedimiento de solución de controversias que establece el D.S. N° 244/2005³⁰.

ii. Tratándose de proyectos cuya fuente de energía primaria sea la *solar* o la *eólica*, la vigencia del ICC será prorrogable por una sola vez, hasta por 9 meses, siempre que antes del vencimiento del plazo el interesado presente un informe que acredite el estado de avance de las obras e indique las razones que justifican la solicitud.

iii. En caso de controversia entre el interesado y la distribuidora respecto de la prórroga de la vigencia del ICC, cualquiera de las partes podrá recurrir a la SEC.

iv. En todo caso, el ICC se entenderá plenamente vigente durante el período de tiempo en el que la distribuidora se encuentre ejecutando las obras adicionales necesarias para la conexión o modificación, de forma que el retraso no será imputable al PMGD, sin afectar la vigencia de su ICC³¹.

³⁰ Vid. el Oficio N° 4369, de 21 de marzo de 2017.

³¹ Vid. la Resolución Exenta N° 17239, de 3 de febrero de 2017, de la SEC.

v. Adicionalmente, es importante destacar que el ICC es un prerequisite para que las instalaciones de un PMGD puedan ser declaradas en construcción, de acuerdo con el art. 72°-17 de la LGSE –tras su modificación por la Ley N° 20.936– en relación con el art. 5 de la Resolución Exenta N° 659, de 2016, de la CNE, que fijó los plazos, requisitos y condiciones para declarar en construcción las nuevas instalaciones de generación y transmisión³², norma la cual está siendo reemplazada en el Reglamento de Coordinación de la Operación, actualmente en trámite de toma de razón.

vi. Junto a ello, cabe destacar que la SEC ha resuelto que si bien la normativa vigente no contempla un procedimiento especial para efectuar la transferencia de un PMGD a otro propietario en forma posterior a la emisión del ICC, nada impide que ello pueda ocurrir, por lo que corresponderá que los términos y condiciones para transferir el PMGD se acuerden entre las partes, debiendo mantenerse las condiciones técnicas y presupuestos que permitieron a la distribuidora aceptar la conexión en un principio³³.

vii. Por último, la SEC ha resuelto que una vez emitido el ICC no es posible modificar el punto de conexión, salvo alteraciones menores que no afecten sustancialmente la concreción de otros proyectos³⁴.

viii. En caso de disconformidad respecto del ICC o del Informe de Costos de Conexión, el interesado puede presentar una solicitud de corrección, que incluya los antecedentes que fundamentan su disconformidad. Dicha solicitud debe ser remitida a la distribuidora y a la SEC en un plazo máximo de 20 días contado desde la recepción de los informes emitidos por la distribuidora. Esta deberá responder la solicitud de correcciones en un plazo máximo de 10 días, con copia a la SEC dentro de 5 días contados desde su despacho.

ix. De acuerdo con el art. 72°-17 de la LGSE, el PMGD solo podrá iniciar su puesta en servicio –etapa que comprende la interconexión, energización y terminación de pruebas– si ha sido declarado en construcción por la CNE y cuenta con la respectiva autorización por parte del Coordinador para energizar dichas instalaciones³⁵.

x. Previo a la entrada en operación de un PMGD, su propietario debe informar a la SEC el cumplimiento de los requisitos establecidos en la NTCO, de acuerdo con los procedimientos establecidos en esta.

Para la época de entrada en operación, el propietario del PMGD y la distribuidora deberán haber suscrito un “Contrato de Conexión y Operación”, tipología contractual particular para el ámbito de los PMGD. El re-

³² Vid. en este sentido el Oficio N° 17119, de 6 de diciembre de 2016.

³³ Vid. el Oficio N° 5781, de 29 de mayo de 2014.

³⁴ Vid. el Oficio N° 24042, de 1 de junio de 2018.

³⁵ A este respecto, el D.S. N° 244/2005 establece que la interconexión del PMGD a un sistema eléctrico deberá comunicarse conforme a lo dispuesto en el art. 13 del D.S. N° 291/2007 (reglamento de los CDEC, en desuso), y su puesta en servicio debe comunicarse a la SEC ex art. 123 de la LGSE, actualmente derogado.

glamento lo define como aquel contrato suscrito entre el propietario de un PMGD y la empresa distribuidora propietaria de las instalaciones del punto de conexión de dicho PMGD (art. 6 letra l) del D.S. N° 244/2005).

4. Costos de conexión

a) *Componentes*

El art. 149 de la LGSE dispuso que los costos correspondientes a las *obras adicionales* que sean necesarias para permitir la inyección de los excedentes de potencia serán de cargo de los propietarios de los medios de generación, conforme a las modalidades que establezca el reglamento. A partir de ello es que la SEC ha resuelto que, *a contrario sensu*, queda excluido todo otro costo que conceptualmente no corresponda a la distribución de electricidad³⁶.

Al respecto, el D.S. N° 244/2005 establece que, para el cálculo de los costos de las obras adicionales, esto es, los denominados, *Costos de Conexión*, se considerarán:

i. Los *costos adicionales* en las zonas adyacentes a los puntos de inyección (CAAPC), definidos como los costos de las obras adicionales en la red de distribución en las zonas adyacentes al punto de conexión de un PMGD, necesarias para permitir la inyección de los excedentes de potencia de un PMGD en dicha red (art. 6 letra g) del D.S. N° 244/2005), y;

ii. Los *ahorros* de costos en el resto de la red de distribución producto de la operación de los PMGD (AC).

La relación de ambos elementos es fundamental para determinar la procedencia o no de cobros por conexión por parte de la distribuidora al PMGD. El reglamento (arts. 31 y 32) señala que la distribuidora puede acreditar que los CAAPC de un PMGD y los costos por operación del PMGD correspondiente, son mayores a los ahorros asociados a la operación de este, mediante el *informe de costos de conexión*. En caso contrario, los costos de conexión serán improcedentes y, de haberse verificado el cobro de ellos, la distribuidora deberá efectuar su devolución.

b) *Relación con el VNR*

Es importante destacar que el art. 149 de la LGSE indica que el valor de las instalaciones adicionales no se considera como parte del VNR de la distribuidora correspondiente³⁷. Así, los referidos costos adicionales no son traspasa-

³⁶ Vid. el Oficio N° 5586, de 29 de abril de 2015. Asimismo, vid. las Resoluciones Exentas N° 1312/2007 y N° 113/2008, ambas de la SEC, en las cuales el organismo fiscalizador sostuvo que los costos de las mejoras y adecuaciones de infraestructura de subtransmisión en una subestación para inyectar los excedentes de una instalación de cogeneración, en caso de ser necesarias, no debían ser asumidos por el propietario del PMGD.

³⁷ El art. 193 de la LGSE señala que se entiende por VNR de las instalaciones de distribución de una empresa concesionaria, el costo de renovar todas las obras, instalaciones y bienes físicos destinados a dar el servicio de distribución, en las respectivas concesiones, incluyendo los intereses

dos a los consumidores finales por la vía de integrar la tarifa de distribución, dado que ellos han sido asumidos directamente por el interesado.

c) Determinación: el informe de costos de conexión

En cuanto a la determinación de los costos de conexión, los arts.6 letra f) y 30 del D.S. N° 244/2005 señalan que los mismos resultan de la sumatoria entre los costos de las obras adicionales en la red de distribución en las zonas adyacentes al punto de conexión de un PMGD y los ahorros o costos por la operación del PMGD asociados a la inyección de sus excedentes de potencia en la red de una empresa distribuidora.

Los costos se determinan mediante el denominado "Informe de Costos de Conexión", respecto del cual el art. 32 del D.S. N° 244/2005 establece lo siguiente:

i. Debe contener un estudio del impacto del PMGD en las redes de la distribuidora.

ii. Para determinar el costo de conexión, la distribuidora debe calcular el impacto de las inyecciones provenientes del PMGD, por medio de la estimación del valor presente³⁸ del costo de inversión (a su Valor Nuevo de Reemplazo –VNR–), operación y mantenimiento de sus instalaciones de distribución: (a) sin considerar el PMGD que solicita la conexión o la modificación, lo que se denomina "costo de red sin PMGD", y; (b) considerando la existencia del referido PMGD, en ambos casos para un período de tiempo igual a la vida útil del PMGD, e incorporando el crecimiento esperado de la demanda y las inversiones necesarias para dar cumplimiento a las exigencias de la normativa técnica vigente, y en el caso de (b) considerando la conexión y operación del PMGD conforme los estándares indicados en el art. 9 del reglamento y el perfil de generación del PMGD.

iii. En los análisis indicados, la distribuidora debe considerar no solo los PMGD actualmente conectados a su red, sino que asimismo aquellos que cuenten con un ICC vigente.

iv. La valorización de las inversiones deberá basarse en los valores de componentes, costos de montaje asociados y recargos establecidos en el VNR de las instalaciones de distribución fijado por la SEC o el Panel de Expertos, según corresponda. En caso de que los componentes considerados

intercalarios, los derechos, los gastos y las indemnizaciones pagadas para el establecimiento de las servidumbres utilizadas, los bienes intangibles y el capital de explotación. A su vez, el art. 195 señala que el VNR se calculará cada cuatro años, en el año anterior al cual corresponda efectuar una fijación de fórmulas tarifarias. Para tal efecto, antes del treinta de junio del año respectivo, el concesionario comunicará a la SEC el VNR correspondiente a las instalaciones de distribución de su concesión, acompañado de un informe auditado. La SEC fijará el VNR, para lo cual podrá aceptar o modificar el valor comunicado por la empresa, en el plazo de tres meses. De no existir acuerdo entre el concesionario y la SEC, el VNR será determinado por el panel de expertos.

³⁸ Debiendo ocuparse la tasa de descuento indicada en el art. 182 de la LGSE, según indica el mismo art. 32 del reglamento.

no se encuentren fijados en el VNR, las partes deberán acordar el valor del mismo, homologándolo a otro componente de similares características establecido en el VNR, correspondiendo a la SEC dirimir las discrepancias que surjan entre las partes.

v. Para los efectos de estos cálculos, la distribuidora debe registrarse tanto por los supuestos y metodologías utilizadas para el cálculo de la demanda de planificación con motivo de la fijación de precios de nudo de corto plazo vigente, como por el consumo registrado por los clientes conectados a dicho alimentador durante, a lo menos, los últimos 5 años, debiendo explicitarse en el informe la metodología utilizada para estimar la demanda de energía y los antecedentes que sustentan el cálculo realizado, incluyendo el consumo histórico registrado en el alimentador donde se conectará el PMGD.

vi. Para valorizar los costos y ahorros anuales de operación por concepto de pérdidas de energía y compras de potencia asociadas a la operación del PMGD, deberá ocuparse el precio de nudo promedio de la energía y de la potencia en la subestación primaria correspondiente a la empresa distribuidora a la cual se conecta el PMGD, de acuerdo con el decreto vigente que fija los precios de nudo promedio, sin considerar el ajuste señalado en el art. 157 de la LGSE.

d) *Pago de los costos de conexión*

En la medida que los costos sean mayores a los ahorros, los mismos deberán ser asumidos por el interesado, existiendo por tanto costos positivos. Lo anterior se desprende del art. 30 del reglamento, que indica que la distribuidora podrá acreditar que los costos adicionales en las zonas adyacentes y los costos por operación del PMGD correspondiente son mayores a los ahorros asociados a la operación de este, mediante el Informe de Costos de Conexión, añadiéndose que, en caso contrario, los costos de conexión serán *improcedentes* y, de haberse efectuado su cobro por la distribuidora, esta deberá proceder a su devolución.

Por su parte, el art. 33 del reglamento señala que, si el informe de costos de conexión establece que el costo de red con PMGD supera al costo de red sin PMGD, la distribuidora deberá proponer al propietario del PMGD alternativas para el pago de los costos de conexión. La distribuidora debe incluir las alternativas de pago en el correspondiente informe de costos de conexión, indicando el detalle de estos costos y el plazo de ejecución de las obras adicionales necesarias para la conexión o modificación de las condiciones previamente establecidas. Los plazos de ejecución de estas obras adicionales serán acordados entre las partes, las que en caso de desacuerdo podrán recurrir ante la SEC.

Si las valorizaciones efectuadas en el informe de costos de conexión muestran que la operación del PMGD conlleva mayores costos por concepto de compras de energía y potencia para la distribuidora, el PMGD deberá compensar anualmente a la distribuidora por la anualidad del valor presente que

resulte de dicha valorización conforme la tasa de descuento y vida útil consideradas en su cálculo. Lo anterior, salvo que la barra de la *subestación de distribución primaria*³⁹ asociada a dicho medio de generación considerada por el CDEC para el balance de inyecciones y retiros –actualmente, el Coordinador– ya refleje los mayores costos por concepto de compras de energía y potencia de la distribuidora. En dicho caso no procede la compensación anual.

El art. 34 del reglamento establece la posibilidad de que la distribuidora solicite al propietario del PMGD respectivo *aportes financieros reembolsables* para cubrir los costos adicionales en las zonas adyacentes al punto de conexión de un PMGD que no sean cubiertos por los costos de conexión, los cuales podrán efectuarse de acuerdo a las disposiciones previstas en los arts. 126, 127, 128 y 129 de la LGSE para los aportes financieros reembolsables destinados al financiamiento de las ampliaciones de capacidad que requieran las distribuidoras para dar suministro a los usuarios que soliciten servicio⁴⁰.

5. Consecuencias de la conexión

El art. 10 del reglamento señala que un PMGD conectado a las instalaciones de una distribuidora, sea mediante una línea propia o de un tercero,

³⁹ Recuérdese que el art. 225 letra o) de la LGSE define subestación de distribución primaria como aquella subestación que reduce el voltaje desde el nivel de transporte al de alta tensión en distribución (23 kV). Junto a estas se sitúan las subestaciones de distribución, que son aquellas que reducen el nivel de tensión desde alta tensión (superior a 1 kV hasta 23 kV) a baja tensión en distribución (menos de 1 kV).

⁴⁰ Al respecto, por Oficio N° 9087, de 13 de septiembre de 2012, la SEC señaló que los aportes financieros reembolsables (“AFR”) consisten en una especie de préstamo que efectúan los solicitantes de servicio eléctrico a las empresas distribuidoras de servicio público de distribución de electricidad, a fin de permitir el financiamiento de las obras eléctricas que sea necesario construir en la zona de concesión de la empresa eléctrica, para que se les preste servicio eléctrico. De acuerdo con esta institución, el solicitante financia las obras correspondientes, aprobadas y valorizadas por la empresa eléctrica, y luego esta devuelve ese aporte financiero al solicitante de acuerdo a la forma y plazo plasmados en el contrato que al efecto suscriban las partes. De acuerdo con el art. 128 de la LGSE: (i) los aportes financieros que deban ser reembolsados por la empresa eléctrica, se devolverán a la persona natural o jurídica que haya entregado el aporte, o bien a las personas que esta designe, según la estipulación que acepte la empresa; (ii) la forma y el plazo de las devoluciones se determinarán en un contrato que se firmará entre la empresa y quien deba hacer el aporte reembolsable; (iii) salvo en el caso de las devoluciones mediante acciones, los aportes deben ser reembolsados por su valor inicial reajustado e intereses, aplicando la tasa de actualización del art. 182 LGSE, si bien la Corte Suprema en fallo de 24 de octubre de 1991 (Rol N° 2.622) resolvió que tales intereses no eran debidos si en el contrato pactado entre las partes no se hubieran previsto por haberse pactado la devolución con una obligación que no fuera de dinero (en especie), que, en tanto tal, no devenga intereses; (iv) las devoluciones pueden ser pactadas en dinero, en documentos mercantiles, en suministro eléctrico, en acciones comunes de primera emisión de la propia empresa o mediante aquellas acciones que esta hubiere recibido de otra empresa eléctrica como devolución de aportes por ella efectuados, o mediante cualquier otro mecanismo que acuerden las partes; (v) si la devolución pactada no se hiciera en dinero, los títulos respectivos deberán ser endosables; (vi) si el mecanismo de devolución fuere otro diversos a acciones (en cuyo caso no hay plazo, ex art. 141 c) del reglamento de la LGSE), el plazo máximo de reembolso será de 15 años; (vii) la elección de la forma de devolución corresponderá a la empresa concesionaria, pero el aportante podrá oponerse a ella cuando la devolución propuesta por la empresa no le significare un reembolso real. Si no hubiere acuerdo resolverá la SEC, oyendo a las partes. Un completo análisis en relación con los AFR en la legislación eléctrica puede verse en LEIVA 2004, *passim*.

adquiere la calidad de usuario de la red de distribución a la cual se conecta, siéndoles aplicables los derechos y obligaciones a que se refiere el D.S. N° 244/2005 y demás normativa aplicable. Tras la dictación de la Ley N° 20.936, además los PMGD han sido expresamente calificados por la ley como coordinados (art. 72°-2). Así, entre otros, los PMGD quedan sujeto a los siguientes deberes:

a) Deber de coordinación con las distribuidoras y los CDEC –Coordinador– (art. 11).

b) Deber de acatar en todo momento las instrucciones de la distribuidora, destinadas a resguardar la calidad y seguridad del servicio de la red de distribución, en los tiempos y condiciones establecidas por ella (art. 26 inc. 2°).

c) Deber de mantener en todo momento el buen estado de los empalmes correspondientes a la conexión con las instalaciones de la distribuidora (art. 12)⁴¹.

d) Deber de participar de las transferencias de energía y potencia entre empresas eléctricas que se encuentren sujetas a la coordinación del Coordinador, debiendo solicitarse a este la inclusión en el respectivo balance de inyecciones y retiros (art. 38). La norma señala que, para efectos del balance de inyecciones y retiros, el Coordinador deberá referir las inyecciones de energía y potencia de un PMGD a la barra de la subestación de distribución primaria asociada a dicho medio de generación (que es aquella que determine la normativa vigente) de acuerdo con las metodologías y consideraciones que la norma técnica respectiva establezca para referir las inyecciones señaladas⁴².

e) Deber de informar a la distribuidora y al Coordinador, en la forma y oportunidad que disponga la normativa vigente, su inyección horaria en el punto de conexión.

f) Si bien el reglamento no lo señala, tras la dictación de la Norma Técnica de Calidad de Servicio para Sistemas de Distribución (“NTCSDx”), los PMGD deben igualmente cumplir con las previsiones que al respecto establece esta norma (*vid.* el art. 1-2 de la NTCSDx).

IV. Régimen de operación

1. Autodespacho

El art. 149 de la LGSE entrega al reglamento, entre otras materias, determinar la forma en la que se realizará el despacho y la coordinación de los PMGD por el CDEC respectivo –actual Coordinador–, por lo que no existe

⁴¹ La misma disposición indica que dichos empalmes comprenden el conjunto de instalaciones y equipos eléctricos entre su punto de conexión a la red de distribución y sus unidades de generación, incluyendo el punto de conexión.

⁴² Es importante destacar que en el ámbito eléctrico las denominadas “barras” poseen una relevancia fundamental. La barra principal o barra es un tramo de conductores aislados, donde

una determinación legal en esta materia, por lo que la regulación reglamentaria en la materia puede modificarse por esa misma vía.

En relación con el despacho, el art. 35 del D.S. N° 244/2005 establece que todo PMGD operará con *autodespacho*, es decir, sin sujeción al resultado de la optimización de la operación del sistema efectuada por el Coordinador (art. 6 letra i) del D.S. N° 244/2005). A la luz de las citadas disposiciones, el Panel de Expertos ha resuelto que⁴³:

“(...) un PMGD, cualquiera sea su fuente de energía primaria o su localización geográfica, su tamaño o cualquier otro rasgo diferenciador, debe operar en régimen de autodespacho”....

Según señala el citado art. 35, el autodespacho implica que el propietario u operador del respectivo PMGD es el responsable de determinar la potencia y energía a inyectar en la red de distribución en la cual está conectado, de forma que la responsabilidad del despacho no recae ni en el Coordinador ni en la distribuidora, lo que es concordante con la definición de “despacho” contenida originalmente en el reglamento de la LGSE (art. 183)⁴⁴, luego contenido en términos casi idénticos en el art. 39 del D.S. N° 291/2007, como coordinación de la operación *en tiempo real* del sistema en su conjunto y de cada una de las unidades generadoras y líneas de transporte⁴⁵.

Ahora bien, como ha señalado el Panel de Expertos en el Dictamen N° 4-2007, el autodespacho es un derecho, pero también un deber, en el sentido de que no existe la posibilidad de que un PMGD opere bajo el régimen de coordinación por parte del Coordinador, opción la cual solo se prevé para los PMG⁴⁶.

2. Coordinación

La realidad expuesta, consistente en que el propietario u operador se conecta directamente a redes de distribución, determina que primeramente la coordinación deba realizarse con la empresa de distribución. Ello, dado que, como ha señalado el Panel de Expertos⁴⁷:

“(...) Los PMGD están insertos dentro de la red de una distribuidora, la que tiene obligaciones y responsabilidades de seguridad y calidad de suministro con sus clientes. Por ello, deben coordinarse con esa empresa”....

convergen líneas de transmisión, alimentación a bancos de autotransformadores y transformadores de poder que *retiran o inyectan energía a la barra*, permitiendo el traspaso de flujos de potencias entre las líneas. Es decir, en las barras se realizan los ingresos o retiros de electricidad.

⁴³ Dictamen N° 4-2007, 49.

⁴⁴ D.S. N° 327 de 1997, del Ministerio de Minería, que Fija Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos.

⁴⁵ Como lo ha sostenido el Panel de Expertos en su Dictamen N° 4-2007, 49.

⁴⁶ Dictamen N° 4-2007, 49-50.

⁴⁷ Dictamen N° 4-2007, 50.

Por lo demás, así lo señala claramente el art. 23 del D.S. N° 244/2005, al disponer que todo PMGD deberá coordinar la operación e intervención de sus instalaciones con la distribuidora. En este mismo sentido, el art. 25 del D.S. N° 244/2005 indica que toda maniobra que involucre la conexión o desconexión de un PMGD debe ser coordinada entre la distribuidora y el propietario u operador del PMGD, de acuerdo con los procedimientos que la empresa distribuidora tenga establecidos para dichas operaciones y lo que indique la NTCO, debiendo enviarse copia de las respectivas comunicaciones al CDEC correspondiente –actual Coordinador-. Y en la misma línea, el inc. 2° del art. 26 del D.S. N° 244/2005 señala que el propietario u operador de un PMGD debe en todo momento acatar las instrucciones de la distribuidora destinadas a resguardar la calidad y seguridad del servicio de la red de distribución, en los tiempos y condiciones establecidas por la distribuidora siguiendo los criterios dispuestos por el reglamento y la NTCO.

Sin embargo, es importante destacar que los propietarios y operadores de PMGD también tienen el deber de coordinarse con los CDEC –Coordinador–, si bien para efectos de la programación de la operación global del sistema eléctrico, así como de las correspondientes transferencias entre generadores, como dispone el art. 35 inc. 2° del D.S. N° 244/2005. En virtud de ello es que el Panel de Expertos ha sostenido que⁴⁸:

“(…) para el caso de los PMGD, el DS 244/2005 no optó por la aplicación de las normas generales de coordinación y despacho a cargo de un CDEC, establecidas en el DS 327/1997, sino que impuso un régimen especial mediante el cual radica la decisión de despacho en el propio propietario u operador de PMGD y, en coordinación con la distribuidora respectiva, la seguridad y calidad de servicio de la red a la que se conecta. Asimismo, reserva para el CDEC una coordinación limitada solamente a dos aspectos indelegables: uno, que los aportes esperados de los PMGD serán informados a través de los IOM para efectos de la programación de la operación global del sistema eléctrico, y otro, el derecho que se le reconoce a los PMGD a participar en el balance de inyecciones y retiros de energía y potencia que realiza el CDEC.

Refuerza este análisis el contraste normativo que se aprecia cuando el DS 244/2005 se refiere a las condiciones de despacho de los PMG. Por una parte, para estas centrales, el hecho de su conexión a un sistema troncal, de subtransmisión o adicional, las sitúa automáticamente como entidades sujetas a la coordinación del CDEC respectivo y se les aplica íntegramente las reglas de coordinación previstas en el DS 327/1997 (arts. 47° y 49° del DS 244/2005). Por otra parte, reconociendo la existencia de diferentes fuentes de insumos primarios, autoriza explícitamente que aquellos que sean MGNC “podrán optar por operar con autodespacho”, lo que también podrá hacer cualquier otro PMG que

⁴⁸ Dictamen N° 4-2007, 50.

lo solicite fundadamente a la Dirección de Operación. Se debe agregar, que en este caso el autodespacho es una opción explícita, a diferencia del sentido literal del Art. 35° del DS 244/2005.

Lo anterior reafirma la idea de que aun cuando el despacho CDEC para los PMGD no está explícitamente prohibido, si lo está implícitamente al disponer que "Todo PMGD operará con autodespacho". Si el DS 244/2005 hubiera dejado abierta ambas posibilidades de despacho para los PMGD, lo hubiera hecho en forma explícita, tal como lo hizo para los PMG.

La norma reglamentaria establece así una clara diferencia entre el tratamiento del despacho de los PMGD y el de los PMG, en función del tipo de red a la cual unos y otros se conectan. El autodespacho de los PMGD no supone el establecimiento de una discriminación arbitraria, dada la diferencia que a efectos operacionales tiene la red de distribución con los sistemas de transmisión, especialmente en cuanto a su exclusión del ámbito de coordinación operativa que tiene el CDEC. Tampoco puede invocarse una supuesta discriminación arbitraria a los PMGD térmicos, toda vez que, dada la dada (sic) la generalizada disponibilidad de su insumo primario, pueden instalarse en distintas localizaciones. Por este motivo, los PMGD térmicos siempre pueden optar por conectarse a instalaciones de subtransmisión, quedando así sujetos al despacho del CDEC. En consecuencia, de existir tal discriminación, a los únicos PMGD que podría afectar sería a los no térmicos, pero en su caso, sus características hacen natural utilizar autodespacho"...

Cabe destacar que el art. 4 del D.S. N° 244/2005, en su redacción dada por el D.S. N° 101/2014, clarificó y delimitó de mejor manera los roles coordinadores que le competen a la empresa de distribución y al CDEC –Coordinador–. Al respecto dicho artículo señala que los PMGD (y los PMG) estarán sujetos a la coordinación del Coordinador del sistema de acuerdo a lo establecido en el art. 137 (actual 72°-1) de la LGSE. Pero sin perjuicio de ello, el inc .2° del mismo artículo indica que:

a) la coordinación técnica a efectos de resguardar la seguridad y calidad de servicio en las redes de distribución debe efectuarse entre el PMGD y la empresa distribuidora, y;

b) el Coordinador del sistema (ex CDEC) deberá coordinar con el propietario de la subestación de distribución primaria el adecuado cumplimiento de las disposiciones técnicas señaladas en la normativa correspondiente.

V. Régimen de precios

1. Opciones

Quizás uno de los aspectos más importantes de la regulación de los PMGD es su novedoso régimen de precios. El art. 39 del reglamento establece la

posibilidad de que el propietario u operador de un PMGD opte por vender su energía al sistema a alguno de los siguientes precios:

a) al *costo marginal instantáneo horario*, calculado por el CDEC –actual Coordinador– según indica el art. 40, en la barra de la subestación de distribución primaria que corresponda de acuerdo a lo indicado en el inc. 4° del art. 38 del reglamento o;

b) a un régimen de *precio estabilizado*.

La opción adoptada debe ser comunicada al Coordinador al menos 6 meses antes de la entrada en operación del PMGD y una vez adoptada la decisión, el período mínimo de permanencia en cada régimen es de 4 años, debiendo informar al Coordinador el cambio de opción con una antelación mínima de 12 meses. La SEC ha aclarado que el precio estabilizado solo opera desde la entrada en operación del PMGD, de forma que, en forma previa, durante la etapa de pruebas, el PMGD está sujeto al régimen general de venta de energía, esto es, costo marginal, sin pagos de potencia (*vid.* los arts.72°-17 *in fine* y 149 de la LGSE)⁴⁹.

Considerando el tenor del art. 149 de la LGSE es que cabe considerar que el régimen de precio a costo marginal es el régimen general o común en materia de precios de venta de energía, siendo el régimen de precio estabilizado uno especial al cual se accede solo por medio de una manifestación expresa de voluntad –opción–.

2. Costo marginal instantáneo

Según señala el art. 40 del reglamento, el costo marginal instantáneo con el cual se deberán valorar las inyecciones de energía de un PMGD que no opte por el régimen de precio estabilizado, es el costo marginal horario calculado por el Coordinador en la barra de la subestación de distribución primaria que corresponda.

3. Precio estabilizado

La ley radicó en el reglamento la determinación del mecanismo de estabilización de precios a utilizar para los pequeños medios de generación. Ejerciendo tal delegación, el art. 41 del reglamento dispuso que el precio estabilizado corresponda al “Precio de Nudo de Corto Plazo” (“PNCP”) de energía de la o las barras *troncales* –nacionales– asociadas a la barra de la subestación de distribución primaria correspondiente a la inyección del PMGD, determinado semestralmente por la CNE y plasmado en el correspondiente decreto de PNCP⁵⁰.

⁴⁹ Oficio N° 17997, de 24 de agosto de 2018.

⁵⁰ El art. 160 de la LGSE señala que los PNCP deben fijarse semestralmente en los meses de abril y octubre de cada año. Según indica el art. 159, estos deben reflejar un promedio en el tiempo de los costos marginales de suministro a nivel de generación-transporte para usuarios permanentes de muy bajo riesgo. Por su naturaleza, estos precios están sujetos a fluctuaciones

La aplicación del PNCP implica fijar temporalmente –6 meses– como precio de la energía del PMGD un precio promedio basado en los costos marginales de suministro a nivel de generación-transporte para usuarios permanentes de muy bajo riesgo, tal y como establece el art. 159 de la LGSE, lo cual, por supuesto, puede generar diferencias en los precios de energía que deben pagarse en la totalidad del sistema. Al respecto el citado art. 41 señala que la diferencia entre la valorización de las inyecciones del PMGD a precio estabilizado, y el costo marginal horario correspondiente, será asignado por el CDEC respectivo –actual Coordinador– a prorrata de los retiros de energía del sistema correspondiente, entre todos quienes efectúen retiros. Por ende, en los supuestos en los que el precio estabilizado sea menor al marginal, la referida diferencia debe ser costeadada por todos quienes realizan retiros del sistema.

La aplicación del referido mecanismo de estabilización de precios genera diversas dudas. Así, primeramente, cabe cuestionarse la legalidad de que el reglamento –basado en la remisión legal genérica para la fijación del mecanismo de estabilización de precios– haya establecido una obligación pecuniaria adicional para quienes realizan retiros del sistema cuando existen diferencias entre el precio estabilizado y el costo marginal. Pareciera ser que tal carga debiera haberse previsto legalmente en forma expresa, debiendo el Ejecutivo –ante tal falencia– buscar otros mecanismos de estabilización que no impongan dicha exigencia. Muy relacionado con lo anterior, en la *praxis* se encuentran cuestionamientos respecto a si es adecuado que los demás partícipes del sistema deban sufragar diferencias de precios a favor de pequeños medios de generación⁵¹. Máxime cuando, como se señaló previamente, se presentan casos de medios de generación que se han dividido solo con la finalidad de acceder a dicho precio, dado lo beneficioso que es dicha estabilidad para asegurar el acceso a financiamiento. Los aspectos expuestos permiten al menos cuestionarse la idoneidad del mecanismo de estabilización de precios, tal y como se encuentra actualmente contemplado en la regulación reglamentaria.

4. De los balances de inyecciones y retiros

El art. 38 del reglamento establece en la actualidad el *deber*⁵² de los propietarios u operadores de un PMGD de participar de las transferencias de energía y potencia entre empresas eléctricas que se encuentren sujetas a la coordinación del Coordinador. Para tal efecto, deberán solicitar a este la inclusión en el respectivo balance de inyecciones y retiros.

La misma disposición indica que para efectos del balance de inyecciones y retiros, el Coordinador deberá referir las inyecciones de energía y

que derivan de situaciones coyunturales, como variaciones en la hidrología, en la demanda, en los precios de combustibles y otros.

⁵¹ SYSTEP 2018.

⁵² Antes de la modificación efectuada por el D.S. N° 101/2014, el D.S. N° 244 establecía que la participación en las transferencias de energía y potencia entre empresas eléctricas sujetas a la coordinación de un CDEC era un *derecho* de los propietarios u operadores de un PMGD.

potencia de un PMGD a la barra de la subestación de distribución primaria asociada a dicho medio de generación, de acuerdo con las metodologías y consideraciones que al respecto señala la norma técnica.

Para la determinación del balance de inyecciones y retiros, el propietario u operador del PMGD incluido en dicho balance está obligado a informar a la distribuidora y al Coordinador, en la forma y oportunidad que disponga la normativa vigente, su inyección horaria en el punto de conexión.

Por su parte, el art. 36 del D.S. N° 244/2005 señala que a más tardar el día 25 de cada mes o el día hábil siguiente, el propietario u operador de un PMGD que participe de las transferencias de energía y potencia entre empresas eléctricas que se encuentren sujetas a la coordinación del CDEC, debe enviar un *Informe de Operación Mensual* ("IOM") a la distribuidora y al Coordinador (ex DO del CDEC respectivo), en el cual señale su disponibilidad de excedentes esperados para el mes siguiente. El Coordinador debe incorporar dicha información en la planificación de la operación del sistema para el siguiente mes, refiriendo los aportes del PMGD a la subestación primaria de distribución más cercana al PMGD.

A su vez, el art. 37 dispone que en el evento que durante el mes el propietario u operador advierta que no puede operar conforme a la previsión informada en el IOM, deberá informar de ello a la distribuidora y a la DO respectiva a más tardar 48 horas después de constatada dicha situación, procediendo a actualizar el IOM consecuentemente con su nueva disponibilidad de excedentes para el resto del mes. Una vez finalizado cada mes, el Coordinador o la distribuidora que corresponda, podrán solicitar al propietario u operador del PMGD un informe en el cual se justifiquen las desviaciones producidas entre la operación esperada y la operación real.

5. Medición, liquidación y facturación

Al respecto el art. 45 del reglamento establece que los propietarios de PMGD deberán contar con los equipos de medida y facturación suficientes que permitan registrar las lecturas de energía y potencia suministradas al sistema. No se exigirá que dichos equipos permitan facilidades de monitoreo en línea. El propietario u operador de un PMGD podrá efectuar por sí mismo, o contratar con la empresa distribuidora el servicio de medición y contabilización de la energía evacuada al sistema.

En cuanto a las liquidaciones, el art. 42 del reglamento señala que estas son efectuadas por el Coordinador, considerando el régimen de precios al que haya optado el PMGD y las inyecciones efectuadas a la barra de la subestación de distribución primaria asociada a dicho medio de generación.

Finalmente, en cuanto a la facturación, el art. 44 indica que la emisión de las facturas por parte de un PMGD y el correspondiente pago de estas por parte de las empresas, según lo determine el Coordinador, se llevará a cabo de acuerdo a los procedimientos establecidos en el reglamento interno

que se encuentre vigente en cada CDEC –actuales procedimientos internos del Coordinador–.

6. Peajes

Por último, a este respecto cabe destacar que el art. 43 del reglamento señala que el uso de las instalaciones de las empresas de distribución por las inyecciones de sus excedentes de potencia por un PMGD, no da lugar al pago de peajes, salvo que el referido uso sea para dar suministro a clientes libres ubicados dentro de la zona de concesión del concesionario de distribución, en cuyo caso el PMGD deberá pagar el *peaje de distribución* determinado de acuerdo a lo establecido en el art. 115 de la LGSE –actual art. 120–.

El reglamento dispone que tratándose de los propietarios u operadores de los PMGD que participen en las transferencias de energía y potencia entre empresas eléctricas que se encuentren coordinadas por un CDEC –actual Coordinador–, deberán concurrir al pago de los costos de transmisión asociados al uso que sus medios de generación hagan de los sistemas de transmisión troncal, subtransmisión y de transmisión adicionales, conforme a las reglas generales. Tratándose de PMGD que fueren clasificados como MGNC, estos estaban exceptuados del pago total o de una porción de los peajes por el uso de los sistemas de transmisión troncal, conforme a lo establecido en el Título IV del Reglamento, que regula la exención consagrada en el art. 79 de la LGSE, antes de la Ley N° 20.936.

Sin embargo, como es sabido, el citado régimen de costos de transmisión ha sido sustituido por la Ley N° 20.936 por un régimen de estampillado de cargo íntegro de la demanda, y la aludida exención fue eliminada por las disposiciones transitorias de la Ley N° 20.936.

VI. Breve análisis prospectivo

La regulación de los PMGD actualmente se encuentra en un punto de inflexión desde varias aristas. Desde una perspectiva formal, en el corto plazo se requiere un *aggiornamento* de la regulación reglamentaria, la que se encuentra totalmente desfasada con la LGSE, tras las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.936. En efecto, es preciso aclarar las consecuencias de la nueva regulación de la ley de transmisión en el régimen de la pequeña generación distribuida, como, por ejemplo, en relación con el mecanismo de autodespacho actualmente en vigor y la ahora expresa calidad de los PMGD como coordinados; adecuar los procedimientos de declaración en construcción para los PMGD; aclarar el régimen de precios aplicable a la energía inyectada durante la etapa de puesta en servicio, entre otros.

A mediano y largo plazo, la escasa regulación legal existente en la materia se verá sometida a revisión tanto respecto a sus elementos esenciales (mecanismo de estabilización de precios) como en relación a su encuadre con futuros cambios regulatorios a nivel de distribución. La operatoria actual del

mecanismo de estabilización de precios no parece la más adecuada, dado que en determinadas circunstancias opera como un subsidio, lo que carece de sentido si se considera la posibilidad de que grandes proyectos, fraccionados, se acojan al referido mecanismo de precios. En efecto, la estabilización surgió como una forma de permitir a pequeños proyectos la venta de su energía sin sujetarse a los vaivenes propios del mercado spot, en el entendido de que tales proyectos requerían de este mecanismo especial para poder facilitar su financiamiento. Así, los grandes proyectos quedaban excluidos de este sistema, dado que la dificultad de obtener financiamiento era menor. Lo expuesto requiere, por tanto, una decisión regulatoria en orden a clarificar la posibilidad de que grandes proyectos puedan acceder al mecanismo de estabilización de precios o si, por el contrario, se explicitará tal exclusión, por ejemplo, mediante la prohibición del fraccionamiento, tal y como se ha hecho en otros sectores del ordenamiento (compras públicas o medio ambiente), en la medida que ello fuere estrictamente necesario.

En cuanto a los cambios regulatorios a nivel de distribución, cabe al menos imaginar una nueva regulación en la cual eventualmente la generación distribuida pase a jugar un rol determinante en la matriz eléctrica, ocupando el ciudadano, ya en serio, un rol como prosumidor, el cual requerirá de un estatuto jurídico claro que aporte certeza a quien desee acceder a él. Tal cuestión, por cierto, obliga a repensar totalmente la nueva regulación a nivel de distribución, de forma de permitir una coexistencia sana y eficiente entre dichos prosumidores y los demás suministradores de energía que puedan concurrir en la red, todo ello en un contexto de *smart grid*. En este marco, existen diversos aspectos que se han planteado como retos de la futura regulación de dicho segmento⁵³, tales como las formas a través de las cuales los PMGD aportan a la remuneración de la red; la situación de los servicios complementarios que ellos pueden prestar; o la coordinación de los proyectos –cada más mayores en número– con la expansión de la red, de forma de asegurar que esta se realice de manera eficiente.

Conclusión

La regulación de los PMGD solo en los últimos años ha cobrado mayor relevancia. Si bien los desarrollos reglamentarios se han efectuado en tiempo y forma, incorporando las correcciones que se han estimado necesarias, aún existen espacios de mejora. Es incontestable que la SEC ha jugado un importante rol regulatorio, al resolver las consultas o denuncias efectuadas por los diversos partícipes en los procedimientos de conexión de los PMGD. A partir de las resoluciones evacuadas por dicho organismo, la regulación ha sido objeto de clarificaciones constantes, facilitando su aplicación y otorgando certeza a los interesados.

⁵³ Al respecto, *vid.* PUC–CNE 2017, *passim*.

Sin embargo, lo expuesto no es suficiente. En la actualidad la regulación de los PMGD requiere importantes adecuaciones a fin de clarificar su rol en una nueva ordenación en materia de distribución, cuyos elementos esenciales son aún inciertos, pero que, en todo caso, permita transitar hacia una generación ciudadana que, en definitiva, beneficie a todo el sector.

Bibliografía citada

- ANAYA, Karim y POLLITT, Michael (2014). *Integrating Distributed Generation: Regulation and Trends in Three Leading Countries*. Disponible en: <https://bit.ly/2Hjv50o> [fecha de consulta: 16 enero 2019].
- CLARO SOLAR, LUÍS (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De los bienes*. T. IV. Santiago: Editorial Jurídica.
- FUCCI, Frederick (2011). *Distributed Generation*. GERRARD, Michael [ed.], *The Law of Clean Energy. Efficiency and Renewables*. USA: American Bar Association, 345-358.
- FUNDACIÓN DE LA ENERGÍA DE LA COMUNIDAD DE MADRID (2007). *Guía Básica de la Generación Distribuida*. Disponible en: <https://www.fenercom.com/pdf/publicaciones/guia-basica-de-la-generacion-distribuida-fenercom.pdf>
- LEIVA GÓMEZ, Carolina (2004). *El contrato de aportes financieros reembolsables en la legislación eléctrica*. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2004/leiva_c/html/index-frames.html [fecha de consulta: 23 mayo 2015].
- LEÓN CIFUENTES, Ricardo (2014). *Guía de Conexión de Proyectos ERNC*. Santiago: CORFO, 198.
- MINISTERIO DE ENERGÍA (2015). *Energía 2050, Política Energética de Chile*. Disponible en: http://www.energia.gob.cl/sites/default/files/energia_2050_-_politica_energetica_de_chile.pdf.
- OLIVARES GALLARDO, Alberto (2014). Libre mercado y regulación: la experiencia en el sector eléctrico español, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 1, 205-228.
- PILÓN, Eustaquio (1904). El problema jurídico de la electricidad, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Vol. I, 137-177.
- PUC-CNE (2017). *Diagnóstico de la regulación del sector de distribución eléctrica en Chile. Informe Resumen de Diagnóstico*. Disponible en: <https://www.cne.cl/wp-content/uploads/2016/09/Informe-Resumen-de-Diagnostico-CNE-PUC-dic2017.pdf>
- SYSTEM (2018). *¿Inestabilidad regulatoria del precio estabilizado?*. Disponible en: <https://bit.ly/2T47bri> [fecha consulta: 18 enero 2019].
- VELÁSQUEZ, Sergio (2008). *Generación distribuida. El papel en la ampliación del acceso a la energía*, GARCÍA DELGADO, José Luis, y JIMÉNEZ, Juan Carlos [ed.], *Energía y Regulación en Iberoamérica*. Madrid: Thomson Civitas, 291-304.
- WELLINGHOFF, Jon y WEISSMAN, Steven (2015). The right to self-generate as a grid-connected customer, *Energy Law Journal*, Vol. 36, 305-326.

Normas citadas

- Ley N° 15.336, de 1960, Ley de Energía Eléctrica (Argentina).
- Constitución Política de la República.
- D.S. N° 6 (1985), del Ministerio de Minería, 10 de septiembre de 1985, "Reglamento de Coordinación de la Operación Interconectada de Centrales Generadoras y Líneas de Transporte".
- D.S. N° 327 (1997), del Ministerio de Minería, 12 de diciembre de 1997. "Establece el Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos".
- Ley N° 19.940, regula sistemas de transporte de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la Ley General de Servicios Eléctricos. *Diario Oficial*, 13 marzo 2004.
- D.S. N° 244 (2005), del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, 2 de septiembre de 2005. "Aprueba reglamento para medios de generación no convencionales y pequeños medios de generación establecidos en la Ley General de Servicios Eléctricos".

- D.F.L. N° 4/20.018, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica. *Diario Oficial*, 5 de febrero de 2007.
- Resolución Exenta N° 1312 (2007), de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 11 de septiembre de 2007.
- D.S. N° 291 (2007), del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, 3 de octubre de 2007. "Aprueba reglamento que establece la estructura, funcionamiento y financiamiento de los Centros de Despacho Económico de Carga".
- Resolución Exenta N° 113 (2008), de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 22 de enero de 2008.
- Oficio N° 3537 (2011), de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 27 de abril de 2011.
- Ley N° 20.571, regula el pago de las tarifas eléctricas de las generadoras residenciales. *Diario Oficial*, 22 marzo 2012.
- Oficio N° 9087 (2012), de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 13 de septiembre de 2012.
- Resolución Exenta N° 329 (2013), de la Comisión Nacional de Energía, 14 de junio de 2013. "Modifica y aprueba Texto Refundido de Norma Técnica de Conexión y Operación de PMGD en Instalaciones de Media Tensión".
- Oficio N° 5781 (2014), de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 29 de mayo de 2014.
- Oficio N° 13036 (2014), de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 26 de noviembre de 2014.
- Resolución Exenta N° 6672 (2015), de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 14 de enero de 2015.
- Oficio N° 5586 (2015), de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 29 de abril de 2015.
- Ley N° 20.936, establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional. *Diario Oficial*, 20 julio 2016.
- Resolución Exenta N° 659 (2016), de la Comisión Nacional de Energía, 12 de septiembre de 2016. "Fija los plazos, requisitos y condiciones para declarar en construcción las nuevas instalaciones de generación y transmisión".
- Oficio N° 17119 (2016), de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 6 de diciembre de 2016.
- Resolución Exenta N° 17239 (2017), de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 3 de febrero de 2017.
- Oficio N° 4369 (2017), de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 21 de marzo de 2017.
- Oficio N° 07155 (2018), de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 16 de abril de 2018.
- Oficio N° 24042 (2018), de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 1 de junio de 2018.
- Oficio N° 17997 (2018), de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 24 de agosto de 2018.

Jurisprudencia citada

- Compañía General de Electricidad Industrial con I. Municipalidad de Chillán* (1920): Corte de Apelaciones de Talca, 7 septiembre 1920.
- CGE Distribución S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 2 junio 2009.
- Dictamen N° 40.160 (2017): Contraloría General de la República, 14 noviembre 2017.
- Dictamen N° 2 (2007): Panel de Expertos, 6 de julio de 2007.
- Dictamen N° 4 (2007): Panel de Expertos, 12 de septiembre de 2007.

Regímenes de responsabilidad del Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional

Liability regimes of the Independent Coordinator in Chilean Electric System

Paula Parada Guzmán*

El Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional es una corporación autónoma de derecho público a la que solo se le puede hacer efectiva la responsabilidad civil e infraccional, mientras que, sus integrantes están sujetos a responsabilidad civil, infraccional y penal.

Palabras clave: Coordinador, Consejo Directivo, Responsabilidad.

Independent Coordinator in Chilean Electric System is an autonomous corporation of public law to which only civil and infraccional liability can be enforced, while the members of the Coordinator are subject to the rules of civil, infraccional, and criminal liability.

Keywords: Coordinator, Directive Council, Liability.

Introducción

Los Centros de Despacho Económico de Carga adolecían de un grave problema estructural, pues carecían de personalidad jurídica propia, lo que ocasionaba complicaciones a la hora de hacer efectiva la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones legales, ya que cada una de las empresas que la componían debían responder separada e individualmente.

En este contexto y con el objeto de solucionar tal situación, el Ejecutivo¹ promovió un proyecto de ley que tuvo por finalidad fortalecer la institucionalidad de los antiguos Centros de Despacho Económico de Carga, en adelante los "CDECs", creando mediante la dictación de la

* Abogada de la Universidad de Concepción y Magíster en Derecho con mención Derecho Regulatorio de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente, abogada del Ministerio de Energía, Santiago, Chile. Correo electrónico: puparada@uc.cl

Recibido el 20 de noviembre de 2018 y aceptado el 12 de abril de 2019.

¹ Historia de la Ley N° 20.936, 7.

Ley N° 20.936², una institución dotada de personalidad jurídica propia, denominado “Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional”, en adelante el “Coordinador”, con nuevas funciones y potestades públicas, lo que ha implicado, consecencialmente, mayores atribuciones y responsabilidades en el ejercicio de su gestión.

Pues bien, en forma previa al análisis de los diversos regímenes de responsabilidad del Coordinador, se procederá a realizar una breve referencia a: (i) el antiguo sistema de responsabilidad de los CDECs y los problemas que acarrearba la misma; (ii) la naturaleza jurídica del Coordinador; (iii) los deberes de esta entidad impuestos por el legislador para la satisfacción del interés colectivo para el cual fue creado; y (iv) la extensión de dichos deberes, debido a que la legislación eléctrica le permite al Consejo Directivo delegar parte de sus facultades en los sujetos que indica la Ley General de Servicios Eléctricos, en adelante la “LGSE”, con ciertas limitaciones.

En este sentido y a partir de lo señalado, el presente trabajo tiene por objeto examinar la normativa atingente y definir los tipos de responsabilidad que, en el ejercicio de sus funciones, se encuentran sujetos tanto el Coordinador, como persona jurídica, y los integrantes de este.

I. Breve referencia al régimen de responsabilidad aplicable al antecesor del Coordinador

Con anterioridad a la publicación de la Ley N° 20.936, los organismos encargados de coordinar la operación del sistema eléctrico para el logro de un abastecimiento seguro y de calidad, a un mínimo costo, eran los CDECs, los que estaban integrados por las empresas del sector eléctrico y sus funciones básicas estaban señaladas en el Decreto Supremo N° 291 de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprobó el Reglamento que Establece la Estructura, Funcionamiento y Financiamiento de los CDECs, en adelante el “Reglamento CDECs”.

El reglamento establecía los deberes a los que se encontraban sometidos los integrantes de cada CDEC y las funciones a las que estaban sujetos el directorio, las cuatro direcciones técnicas y el centro de despacho y control de cada CDEC. Luego, las funciones y deberes que debían cumplir los CDECs estaban sujetos a una eventual sanción en caso de infracción, y cada una de las empresas integrantes del respectivo CDEC respondía separada e individualmente.

En efecto, en lo que respecta al régimen de responsabilidad aplicable a los CDECs, cabe señalar que el artículo 138 de la entonces vigente LGSE³

² Ley N° 20.936, de 2016.

³ Vigente con anterioridad a la publicación de la Ley N° 20.936, de 2016, que establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del Sistema Eléctrico Nacional.

y el artículo 83 del citado reglamento, señalaban que cada integrante del CDEC, separadamente, era responsable por el cumplimiento de las obligaciones que emanaban de la ley o del reglamento, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 18.410⁴ y al procedimiento establecido en el Decreto Supremo N° 119 de 1989, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprueba el Reglamento de Sanciones en Materia de Electricidad y Combustibles. Asimismo, el artículo 84 del Reglamento de los CDECs, expresaba, que era obligación del Directorio del respectivo CDEC informar a la Comisión Nacional de Energía, en adelante la "Comisión", y a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en adelante la "Superintendencia", cualquier infracción en que incurriere alguno de los sujetos obligados a su cumplimiento.

Sobre esta materia, resulta relevante indicar que la Corte Suprema, manifestó –a propósito de reclamos de ilegalidad deducidos por empresas eléctricas en contra de la sanción que les aplicó la Superintendencia por incumplimiento del deber de coordinación del sistema eléctrico en la interrupción del suministro de energía eléctrica que afectó al Sistema Interconectado Central, en adelante el "SIC", el día 14 de marzo de 2010–, en lo que interesa, lo siguiente:

1. El CDEC-SIC no es más que un centro o ente de coordinación del sistema eléctrico y no una persona jurídica que actúa en la toma de decisiones sin participación de las empresas que lo integran. Formalmente no hay ninguna norma legal ni reglamentaria que lo consagre como persona jurídica, y que, en tal sentido, son valederas las conclusiones a las que se ha arribado en pronunciamientos jurisprudenciales anteriores, en cuanto a que se ha calificado al CDEC como un organismo sui generis sin patrimonio propio ni personalidad jurídica, en que cada decisión, sea de acción u omisión que se toma, le empece a cada una de las empresas que integran cada segmento del organismo y, consecuentemente, son ellas las que responden por sí mismas de lo actuado u omitido, no el ente del que forman parte, el que solo tiene por misión facilitar la interacción entre ellas, promoviendo una instancia de reunión, que de no existir los CDECs sería muy difícil de lograr, siendo su objetivo el bien común, como es el suministro eléctrico seguro y continuo para el país⁵.

2. Incurren en responsabilidad las empresas cuando el Director elegido por el respectivo segmento al interior del CDEC no realiza actos en forma metódica y de manera anticipada para evitar el corte o suspensión de suministro, así como una recuperación oportuna y eficiente del mismo. Ello expresa un criterio de responsabilidad individual en virtud del cual la sanción a las empresas se aplica no por el hecho de integrar el CDEC sino por no acreditar el haber actuado el Director designado por

⁴ Ley N° 18.410, de 1985, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

⁵ *ENAP con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2012): Corte Suprema, 20 de noviembre de 2013. Considerando trigésimo tercero.

segmento con la debida diligencia en el cumplimiento de su deber de coordinación⁶.

3. En virtud del principio de la continuidad del servicio público eléctrico, la prestación del mismo debe realizarse sin *blackout*, salvo que se trate de una interrupción aceptada y prevista en la regulación por motivos de seguridad o instalación. Por ello –agrega– que verificado el *blackout*, el cual, si bien es un hecho poco común en cuanto a su magnitud, no por ello imprevisible o fortuito, ni atribuible a fuerza mayor, las empresas debieron tener previsto con antelación un protocolo de actuación para antes, durante y después de producirse una situación de ese tipo y, no lo tenían⁷. De esta manera, la responsabilidad que le cabe a los reclamantes obedece a una conducta culposa suya, exteriorizada en la inobservancia de la exigencia legal de coordinación y que apuntaba a precaver el peligro que la generación y circulación de energía eléctrica lleva consigo y que, en el presente caso, se concretó en una falla generalizada del suministro⁸.

En el mismo sentido, la Contraloría General de la República en el Dictamen N° 1.771 de 2005 –que desestimó una presentación de la empresa Cencilca S.A. relativa a una formulación de cargos que realizó la Superintendencia, debido a una falla ocurrida en el año 2003–, expresa, en lo que nos concierne, que “el aspecto esencial en esta materia incide en que cada empresa integrante del respectivo CDEC es responsable, separadamente, del cumplimiento de cada una de las obligaciones que imponen la ley y el reglamento mencionados, de manera que las sanciones que deban aplicarse por infracciones a dichas disposiciones, afectan individualmente y son de responsabilidad de cada una de las entidades que conforman el CDEC. Así lo disponen, en lo pertinente, los artículos 81 bis, inciso segundo, de la Ley General de Servicios Eléctricos y 202 de su reglamento”, y que “sin perjuicio de las otras responsabilidades que pudiesen existir, cada una de las empresas integrantes del CDEC-SIC que tiene a su cargo la coordinación del servicio en el territorio afectado por la aludida falla, producida el día 7 de noviembre de 2003, es responsable del cumplimiento de toda la normativa legal y reglamentaria existente para esa precisa e imprevista contingencia”.

De igual manera, los Dictámenes N° 63.697 de 2011 y N° 40.413 de 2012, ambos del órgano Contralor, confirmaron el criterio contenido en el dictamen individualizado en el párrafo anterior en cuanto a que las sanciones que deban aplicarse a las entidades que conforman el respectivo CDEC por infracciones a la LGSE y a su reglamento –aprobado mediante el Decreto Supremo N° 327 de 1997, del Ministerio de Minería–, les afectan individual-

⁶ *Ibidem*, considerando trigésimo cuarto.

⁷ *Ibidem*, considerando trigésimo séptimo.

⁸ *Ibidem*, considerando trigésimo sexto.

mente y son de responsabilidad de cada una de las empresas integrantes del mismo.

Pues bien, en virtud de lo expuesto, se aprecia que, debido a la conformación de los CDECs, estaban lejos de constituirse como entes independientes de los intereses de empresas particulares del mercado eléctrico, y por otro lado, que el régimen de responsabilidad aplicable a los integrantes del respectivo CDEC originaba un factor de incertidumbre para la industria chilena y un desincentivo para nuevas inversiones en generación de energía eléctrica.

En este contexto, el profesor Rudnick hace algunos años ya había planteado la necesidad de avanzar hacia la creación de un nuevo operador para el mercado chileno, que evitara que agentes del mercado con intereses comerciales de por medio tengan responsabilidades en la operación del sistema⁹.

Frente a este escenario y para efectos de solucionar tal situación, el Ejecutivo¹⁰ promovió un proyecto de ley que tuvo por finalidad fortalecer la institucionalidad de los CDECs, creando una institución que asumiera las tareas de coordinación de la operación del sistema eléctrico, así como otras nuevas funciones, bajo un nuevo esquema de organización: (i) dotado de un grado de independencia en relación con las empresas de los distintos segmentos de la industria eléctrica, lo cual no significa autonomía, toda vez que debe someterse al mandato legal y del regulador; (ii) con nuevas y perfeccionadas funciones; y, (iii) que vele por el interés general en el ejercicio de sus deberes, de acuerdo con los mandatos de política pública contenidos en la ley.

En virtud de lo expuesto, la Ley N° 20.936 creó un organismo único, técnico e independiente respecto de los actores del mercado, dotado de personalidad jurídica propia, con nuevas funciones y sometido al mandato legal, denominado "Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional".

II. Naturaleza jurídica del Coordinador

El Coordinador corresponde a una corporación autónoma de derecho público, sin fines de lucro, con patrimonio propio, que no forma parte de la Administración del Estado, no siéndole aplicable, por consiguiente, las disposiciones generales o especiales, dictadas para el sector público, salvo expresa mención de la LGSE, según se desprende de su artículo 212°-1.

El citado precepto legal define al Coordinador como el organismo técnico e independiente encargado de la coordinación de la operación del conjunto de instalaciones del sistema eléctrico nacional que operen interconectadas entre sí, de conformidad a lo establecido en la Ley, los reglamentos y la normativa técnica correspondiente.

⁹ RUDNICK VAN DE WYGDARD 2006, 213 y ss.

¹⁰ Historia de la Ley N° 20.936, 7.

Ahora bien, cabe señalar que de diversas disposiciones de la LGSE, se desprende que el Coordinador es un órgano que se caracteriza por los siguientes elementos esenciales¹¹:

i. Ostenta una serie de potestades públicas para el adecuado cumplimiento de sus funciones;

ii. No forma parte de la Administración del Estado, lo que implica que no está sometido a la supervigilancia o tutela del Presidente de la República, sin perjuicio de que se encuentre al menos indirectamente vinculado con él a través de la Comisión y de la Superintendencia¹²;

iii. Goza de autonomía organizativa, por cuanto su organización básica proviene de la LGSE;

vi. Está dotado de sus propios estatutos, que regulan la organización interna y aseguran el adecuado funcionamiento de la institución;

v. La dirección y administración del Coordinador está a cargo de un Consejo Directivo, compuesto por cinco consejeros, los que son elegidos de conformidad al artículo 212°-5 de la LGSE; y

vi. Su financiamiento no proviene de sus miembros, sino que es asumido por terceros¹³, esto es, por los usuarios finales por medio del denominado "cargo por servicio público".

III. Deberes a los que se encuentra sujeto el Coordinador

Tal como se mencionó anteriormente, uno de los objetivos de la Ley N° 20.936 fue crear una institución independiente que ejerciera las tareas de coordinación de la operación del sistema eléctrico, así como otras funciones como monitorear la competencia del mercado eléctrico y garantizar, de mejor manera, el ejercicio del derecho al acceso abierto a las instalaciones de transmisión.

En este contexto, resulta relevante precisar que si bien el Coordinador no forma parte de la Administración del Estado su creación por ley obedece a una necesidad pública, lo que trae aparejado el deber legal de cumplir todas las funciones y atribuciones públicas que el ordenamiento jurídico le ha

¹¹ MARDONES OSORIO 2017, 1-28.

¹² A través de la Comisión, que conserva a su respecto la atribución de fijar las normas técnicas para efectuar la coordinación, definir los servicios complementarios, aprobar el presupuesto del ente y velar por el uso eficiente de los recursos consignados en dicho presupuesto del ente y velar por el uso eficiente de los recursos consignados en dicho presupuesto, y fijar el cargo por servicio público; y de la SEC, en cuanto esta puede solicitar la remoción de los miembros del Consejo Directivo y sancionar a los consejeros.

¹³ De acuerdo al artículo 212°-13, parte pertinente, de la LGSE, el presupuesto del Coordinador es financiado por la totalidad de usuarios finales, libres y sujetos a fijación de precios, a través de un cargo por servicio público, el que es fijado anualmente por la Comisión.

encomendado con plena observancia al interés colectivo y general, constituido, en la especie, por la totalidad de usuarios finales de energía eléctrica.

A continuación, se efectuará una breve referencia a las funciones del Coordinador cuyo incumplimiento puede originar diversos tipos de responsabilidad, como se apreciará más adelante.

1. Función de coordinación u operativa

El Coordinador en el ejercicio de sus funciones formula programas de operación y mantenimiento, y emite las instrucciones necesarias para el cumplimiento de los fines de la operación coordinada.

2. Función normativa

Esta función implica que el Coordinador para su funcionamiento puede definir procedimientos internos, los que están destinados a determinar las normas internas que rigen su actuar, las comunicaciones con las autoridades competentes, los coordinados y con el público en general, y/o las metodologías de trabajo y requerimientos de detalle que sean necesarios para el adecuado cumplimiento y ejecución de sus funciones y obligaciones.

Asimismo, la referida entidad para el cumplimiento de sus deberes elabora los estatutos a través de los cuales regula la organización interna de la institución y asegura su adecuado funcionamiento. "Los Estatutos Internos Coordinador Eléctrico Nacional" fueron publicados con fecha 22 de diciembre de 2016 en su sitio web¹⁴.

3. Función de control

Esta atribución se encuentra relacionada con los siguientes deberes del Coordinador:

a) Atribuciones relativas al acceso abierto: Para el cumplimiento del fin señalado en el N° 3 del artículo 72°-1 de la LGSE, es decir, garantizar el acceso abierto a todos los sistemas de transmisión en conformidad a la ley, el Coordinador debe autorizar la conexión a los sistemas de transmisión por parte de terceros verificando el cumplimiento de los requisitos y exigencias a la que esta se encuentra sujeta, instruyendo las medidas necesarias para asegurarla dentro de los plazos definidos en la respectiva autorización.

b) Seguridad del Sistema Eléctrico: Según lo establecido en el artículo 72°-6 de la LGSE, el Coordinador debe exigir a los coordinados el cumplimiento de la normativa técnica, en particular, de los estándares contenidos en ella y los requerimientos técnicos que este instruya, incluyendo la provisión de los servicios complementarios a que hace referencia el artículo 72°-7 de la LGSE, a toda instalación interconectada al sistema eléctrico.

¹⁴ Disponibles en <https://www.coordinador.cl/wp-content/uploads/docs/politicas/ESTATUTOS-INTERNOS-COORDINADOR-ELECTRICO-NACIONAL.pdf>

c) Desempeño del Sistema Eléctrico y de los niveles de seguridad del servicio: El Coordinador debe elaborar reportes periódicos del desempeño del sistema eléctrico, con indicadores de corto, mediano y largo plazo, tales como, costo marginal, costo de suministro, niveles de congestión del sistema de transmisión, niveles óptimos de despacho, identificación, cantidad y duración de fallas y generación renovable no convencional, entre otros.

d) Monitoreo de la competencia: El artículo 72°-10 de la LGSE, expresa que el Coordinador debe monitorear permanentemente las condiciones de competencia existentes en el mercado eléctrico, y en caso de detectar indicios de actuaciones que podrían llegar a ser constitutivas de atentados contra la libre competencia, conforme a la normativa pertinente, debe ponerlas en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica o de las autoridades que correspondan.

e) Monitoreo de la cadena de pagos: Asimismo, el artículo 72°-11 de la LGSE, señala que le corresponde al Coordinador adoptar las medidas pertinentes que tiendan a garantizar la continuidad en la cadena de pagos de las transferencias económicas sujetas a su coordinación, de conformidad a lo dispuesto en el reglamento (el que se encuentra en trámite en Contraloría), e informar a la Superintendencia, en tiempo y forma, cualquier conducta que ponga en riesgo la continuidad de dicha cadena.

f) Verificación de las infracciones a la normativa eléctrica: De acuerdo al artículo 212°-4 de la LGSE, le corresponde al Consejo Directivo del Coordinador velar por el cumplimiento de las funciones que la normativa vigente asigna al Coordinador y adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar dicho cumplimiento, en el ámbito de sus atribuciones. Asimismo, es deber del Consejo Directivo informar a la Superintendencia y a la Comisión cualquier hecho o circunstancia que pueda constituir una infracción a la normativa eléctrica vigente por parte de las empresas sujetas a su coordinación, identificando al propietario de las instalaciones pertinentes cuando corresponda.

4. Función auditora

En virtud de los artículos 72°-2 y 72°-9 de la LGSE, el Coordinador puede instruir la realización de auditorías con objeto de resguardar el cumplimiento de los principios de la coordinación de la operación a que se refiere el artículo 72°-1 de la LGSE, verificando la integridad y veracidad de la información técnica y económica proporcionada por los coordinados, así como también para verificar el funcionamiento de las instalaciones sujetas a su coordinación y el cumplimiento de la normativa eléctrica vigente.

5. Función de información

Se refiere a la obligación del Coordinador de poner a disposición del público la información sobre las características técnicas y económicas de las instalaciones sujetas a la coordinación, así como al cumplimiento del principio de transparencia aplicable al Coordinador.

i. Sistemas de información pública del Coordinador: el Coordinador debe implementar sistemas de información pública que contengan las principales características de las instalaciones sujetas a coordinación, los que deberán contener, al menos, la información a la que aluden el artículo 72°-8 de la LGSE, el Decreto Supremo N° 52, de 2017, del Ministerio de Energía –en adelante “Reglamento del CISEN”–, y la normativa técnica respectiva. Es responsabilidad del Coordinador verificar la completitud, calidad, exactitud y oportunidad de la información publicada en los respectivos sistemas de información.

ii. Transparencia y publicidad de la información: los artículos 72°-8 y 212°-2 de la LGSE establecen reglas especiales de transparencia activa y pasiva, y radican en el Director Ejecutivo la responsabilidad de velar por el cumplimiento de la obligación de publicación de la información a que se refiere el artículo 212°-2 de la LGSE y de responder las solicitudes de información presentadas al Coordinador.

Pues bien, en virtud de los deberes expuestos del Coordinador, es dable concluir que este detenta una serie de potestades públicas para el cumplimiento de sus funciones, lo que implica que debe sujetarse al mandato legal y del regulador en el ejercicio de sus atribuciones. En este contexto, y dada la importancia de tales deberes, el artículo 212°-12 de la LGSE ha declarado que los bienes que conforman el patrimonio del Coordinador destinados al cumplimiento su objeto y atribuciones son “inembargables”. Dicha protección normativa obedece a la naturaleza “pública” de las funciones que ejerce este organismo, prerrogativa asimilable a otras disposiciones del ordenamiento jurídico que regulan otros servicios básicos¹⁵.

IV. Extensión de los deberes del Coordinador

Este acápite trata acerca del alcance de los deberes del Coordinador en los órganos que lo conforman, para efectos de determinar, más adelante, si el incumplimiento de sus obligaciones genera algún tipo de responsabilidad.

En este contexto, y para un mejor entendimiento del tema, antes de entrar al análisis de la extensión de los deberes del Coordinador, se efectuará una breve referencia a la estructura interna del mismo.

1. Estructura organizacional del Coordinador

Al respecto, cabe señalar que conforme al artículo 212°-3 de la LGSE, la dirección y administración del Coordinador está a cargo de un “Consejo Directivo”, compuesto por cinco consejeros, los que son elegidos separadamente en procesos públicos y abiertos por el Comité Especial de Nominaciones. A este consejo le corresponde la representación judicial y extrajudicial del organismo, y para el cumplimiento de sus funciones, lo que no es necesario

¹⁵ EVANS y YAÑEZ 2017, 309.

acreditar frente a terceros, está investido de todas las facultades de administración y disposición de toda clase de bienes. Asimismo, este órgano está facultado por la LGSE para delegar parte de sus atribuciones en los ejecutivos principales, gerentes, subgerentes o abogados del Coordinador, en un consejero o en una comisión de consejeros y, para objetos especialmente determinados, en otras personas.

Seguidamente, corresponde señalar que, por disposición legal, uno de los miembros del Consejo Directivo debe ejercer como "Presidente del Consejo Directivo", a quien le corresponde ejercer las siguientes funciones: a) Presidir y convocar las sesiones del Consejo; b) Comunicar al Director Ejecutivo y demás funcionarios del Coordinador, los acuerdos del consejo; y c) Velar por la ejecución de los acuerdos del consejo y cumplir con toda otra función que este le encomiende.

Adicionalmente, el Coordinador cuenta con un "Director Ejecutivo", que es designado y/o removido por el Consejo Directivo en la forma y con el quórum establecido en el artículo 212°-8 de la LGSE. Las funciones del Director Ejecutivo son: a) Ejecutar los acuerdos y directrices adoptados por el Consejo Directivo; b) Gestionar el funcionamiento técnico y administrativo del organismo; c) Proponer al Consejo Directivo la estructura organizacional del Coordinador, debiendo considerar la opinión de los trabajadores en la definición de su organización interna; y d) Las demás materias que le delegue el consejo.

Luego, el artículo 64 de los Estatutos del Coordinador, señala que el Consejo Directivo debe contar con un "Abogado del Consejo" que desempeñará las funciones de apoyo y asesor jurídico del mismo y Secretario Abogado del consejo.

Seguidamente, los aludidos estatutos, establecen, que el Coordinador para el cumplimiento de las funciones, además del Consejo Directivo y del Director Ejecutivo cuenta con "Unidades Técnicas" y "Unidades de Apoyo" que ejercen las funciones que, en cada caso se le definan, debiendo desarrollarlas en conformidad a la LGSE y la demás normativa que resulte aplicable, según lo dispuesto en los artículos 71° y 73° de los Estatutos del Coordinador.

En este contexto, se aprecia que forman parte del personal del Coordinador los miembros del Consejo Directivo y el Abogado del mismo, el Director Ejecutivo y el personal de las Unidades Técnicas y de Apoyo.

Finalmente, es pertinente anotar que, por disposición legal, los integrantes del Coordinador no tienen el carácter de personal de la Administración del Estado y se rigen exclusivamente por las normas del Código del Trabajo. No obstante lo anterior, a estos se les extiende la calificación de empleado público solo para efectos de la aplicación del artículo 260° del Código Penal, lo que será analizado más adelante en el acápite de la responsabilidad penal del Coordinador.

2. Deber del Consejo Directivo de velar por el cumplimiento de las funciones del Coordinador y normativa

El cumplimiento de los deberes a los que está sujeto el Coordinador también alcanza a los miembros del Consejo Directivo, pues así expresamente lo establece el artículo 212º-4 de la LGSE al señalar que le corresponde a dicho consejo velar por el cumplimiento de las funciones que la normativa vigente le asigna al Coordinador y adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el referido cumplimiento en el ámbito de sus atribuciones. De este modo, el Consejo Directivo debe informar a la Superintendencia y a la Comisión cualquier hecho o circunstancia que pueda constituir una infracción a la normativa eléctrica vigente por parte de las empresas sujetas a su coordinación, identificando al propietario de las instalaciones pertinentes, cuando corresponda.

En el mismo sentido, el artículo 32º denominado “deber de vigilancia”, de los Estatutos del Coordinador, expresa que los consejeros tienen el Deber de Vigilancia sobre las acciones del Coordinador, y que dicho deber los obliga, con el esfuerzo y atención que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios, a adoptar las medidas que sean necesarias para controlar que el Coordinador y todos quienes cumplen funciones en él, las desarrollen de manera adecuada en conformidad con la LGSE, las instrucciones y demás normativa eléctrica aplicable.

En este contexto, se procederá a analizar el referido deber de vigilancia en cuanto a su contenido, el grado de diligencia que la LGSE exige en el ejercicio del mismo y la posibilidad de delegarlo por parte del Consejo Directivo.

a) *Deber de vigilancia*

Este deber implica que los consejeros están obligados, por un lado, a velar para que el Coordinador en el ejercicio de sus funciones se someta a la normativa que lo regula, pues es un órgano que pese a su carácter legal de “independiente” no es libre para decidir si cumple o no los fines que la ley le encomendó, y por otro, a adoptar las medidas para controlar que el Coordinador y todos los que cumplan funciones con él actúen de acuerdo a las disposiciones de la normativa eléctrica.

El artículo 212º-9 de la LGSE y el artículo 58 del Reglamento del CISEN, establecen que la infracción de los consejeros al deber de vigilancia sobre las acciones del Coordinador podrá ser sancionada por la Superintendencia mediante la aplicación de multas.

b) *Nivel de diligencia o cuidado*

Según el artículo 212º-9 de la LGSE, los consejeros deben actuar en el ejercicio de sus funciones con el cuidado y diligencia que las personas emplean ordinariamente en sus propios negocios. En el mismo sentido, los Estatutos del Coordinador establecen que los consejeros deben desempeñar el deber de vigilancia con el mismo nivel de diligencia o cuidado.

En este contexto, corresponde determinar qué implica que el aludido deber deba ejercerse con el cuidado y diligencia que las personas emplean ordinariamente en sus propios negocios.

Al respecto, y considerando la gradación de la culpa establecida en el artículo 44 del Código Civil, la infracción al nivel diligencia a que se refiere la LGSE y los referidos estatutos respecto de los consejeros es constitutiva de culpa leve. Lo anterior, por cuanto el citado precepto define la culpa leve como aquella falta “de diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa”. De esta manera, los miembros del Consejo Directivo por la omisión o infracción del cumplimiento de sus obligaciones legales –incluido el deber de vigilancia– establecidas en la LGSE, responden por culpa leve, la que, como se verá, constituye un elemento de la responsabilidad civil extracontractual.

Ahora bien, lo anterior implica, considerando que la apreciación de la culpa en doctrina es en abstracto, que se deberá comparar la actitud del consejero que ocasiona un daño a consecuencia del incumplimiento de alguna de sus funciones con la de un consejero prudente expuesto a la misma situación, en otras palabras, se adopta un tipo ideal y se determina cómo este habría reaccionado¹⁶.

Finalmente, resulta interesante mencionar que, en materia extracontractual, cuando el Código Civil alude a la culpa en ningún momento señala la especie de culpa que genera la obligación de indemnizar¹⁷, sin embargo, en

¹⁶ FIGUEROA 2012, 101.

¹⁷ *Ibidem*, 100. Sobre la materia, si bien existe la idea clásica que en materia delictual o cuasi-delictual civil toda culpa, cualquiera que sea su gravedad aun la más leve o levisima, impone a su autor la obligación de reparar, no es menos cierto que también goza de adeptos la idea que para que este tipo responsabilidad surja se requiere a lo menos la concurrencia de culpa leve. Por la tesis clásica (toda culpa, incluso la levisima): Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno* (Santiago, Editorial Universitaria, 1943), p. 196; en el mismo sentido: Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), pp. 213 y 214; y en la jurisprudencia, Corte Apelaciones de Santiago, 21 de agosto de 1940, *RDJ.* 39 (Santiago, 1942), 2ª parte, sección 2ª, p. 55; Corte Suprema, 20 de octubre de 1954, *RDJ.* 51 (Santiago, 1954), 2ª parte, sección 1ª, p. 509; Corte Suprema, 7 de abril de 1958, *RDJ.* 55 (Santiago, 1958), 2ª parte, sección 1ª, p. 35 e, implícitamente, Corte Suprema, 23 de enero de 1975, en *FM.* 194 (Santiago 1975), p. 292. Por el segundo planteamiento (exigencia de, al menos, culpa leve), en doctrina: Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit. (n. 6), pp. 81 y 82; Díez Schwerter, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), p. 162, nota 55; Larroucau Torres, Jorge, *La culpa y el dolo en la responsabilidad extracontractual. Análisis jurisprudencial*, (Concepción, Memoria de Prueba, Fondo de Publicaciones, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2005), pp. 129 a 133; Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, Tomo II, 9ª edición, actualizada por Pedro Pablo Vergara (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), p. 263. Y en la jurisprudencia: Corte Suprema, 21 de junio de 1941, en *RDJ.* 39 (Santiago, 1942), 2ª parte, sección

la regulación eléctrica el legislador previó esa situación y exigió aquel grado de diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, esto es, culpa leve.

c) *Delegación de facultades del consejo directivo y del deber de vigilancia*

Del inciso primero del artículo 212°-3 de la LGSE, denominado de la "Administración y Dirección del Coordinador", de la LGSE, se desprende que la dirección, administración y representación judicial y extrajudicial del Coordinador está a cargo de un Consejo Directivo, el que para el cumplimiento de sus funciones, lo que no es necesario acreditar frente a terceros, está investido de todas las facultades de administración y disposición de toda clase de bienes, pudiendo delegar parte de sus facultades en los ejecutivos principales, gerentes, subgerentes o abogados del Coordinador, en un consejero o en una comisión de consejeros y, para objetos especialmente determinados, en otras personas.

En este contexto, en los siguientes apartados se analizarán qué facultades del Consejo Directivo son delegables en los individuos que indica la LGSE y si esta delegación alcanza el deber de vigilancia.

i. *Delegación de facultades del Consejo Directivo*

Como cuestión previa, es útil señalar que de la Historia de la Ley N° 20.936¹⁸, aparece que el contenido del citado inciso primero del artículo 212°-3 de la LGSE fue recogido textualmente de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas. Así pues, en lo que interesa, el inciso segundo del artículo 40 de la dicha ley expresa en cuanto a la delegación de atribuciones del Directorio que, "El directorio podrá delegar parte de sus facultades de administración y en los ejecutivos principales, gerentes, subgerentes o abogados de la sociedad, en un director o en una comisión de directores y, para objetos especialmente determinados, en otras personas".

Pues bien, se observa, entonces, que la disposición de la Ley N° 18.046 referida a las atribuciones del directorio es igual a la posibilidad que tiene el Consejo Directivo de delegar parte de sus facultades en los ejecutivos principales, gerentes, subgerentes o abogados del Coordinador, en un consejero o en una comisión de consejeros y, para objetos especialmente determinados, en otras personas.

Precisado lo anterior, debido a que la historia de la Ley N° 20.936 no nos proporciona ningún otro antecedente que permita definir el alcance de la delegación de atribuciones del Consejo Directivo, y que no le es aplicable al Coordinador la regulación de la institución de la delegación contenida en la Ley N° 18.575¹⁹, se procederá a hacer referencia a la interpretación que ha

1ª, p. 79, considerando octavo; y Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de octubre de 1956, en RDJ. 53 (Santiago, 1956), 2ª parte, sección 4ª, p. 138, considerando quinto.

¹⁸ Segundo Informe de Comisión de Minería y Energía, 319.

¹⁹ Ley N° 18.575, 1986.

realizado la doctrina de la facultad de representación contemplada en el inciso segundo del artículo 40 de la Ley N° 18.046, para efectos de determinar su contenido y, más adelante, la posibilidad del consejo de delegar el deber de vigilancia del cumplimiento de las funciones del Coordinador.

En este orden de ideas, la doctrina considera que el artículo aludido en el párrafo anterior solo se refiere a las facultades de representación de la compañía y no a la administración interna de ella respecto de la cual el Directorio tiene amplias atribuciones para organizarla en la forma que estime conveniente, aun contratando los servicios de personas naturales o jurídicas que se hagan cargo de ella, con la sola limitación de que siempre conserva la dirección superior en la administración y la responsabilidad en la gestión, que le impone la ley. Luego, añade que "Del precepto recién transcrito (artículo 40) en relación con lo prescrito en los arts. 1°, 31, inc. 1° de la L.S.A. y art. 2061 del Código Civil, puede colegirse que no obstante las delegaciones o poderes que el directorio pueda otorgar, por regla general conserva la dirección de la compañía, pudiendo entonces, dar las instrucciones que estime del caso a sus apoderados y dejar sin efecto o modificar en cualesquier tiempo las delegaciones o poderes otorgados. En efecto, no puede el directorio hacerse sustituir en la administración de la compañía que la ley le impone en forma privativa"²⁰.

Siendo ello así, se concluye, que la delegación parcial que efectúa el Consejo Directivo alcanza solo la facultad de representación del mismo, pero no la dirección ni la determinación de su administración interna del Coordinador, las que se mantienen en el Consejo Directivo por estar especialmente reguladas y establecidas en la LGSE, el Reglamento del CISEN y sus estatutos.

Por consiguiente, solo son delegables parcialmente en alguno de los sujetos que indica la LGSE de las atribuciones del consejo: i) La facultad para representar judicial y extrajudicialmente al Coordinador, y ii) El poder para administrar y disponer de toda clase de bienes de este organismo para el cumplimiento de sus funciones. Lo anterior, por cuanto la figura de la delegación ubicada en el inciso primero del artículo 212°-3 de la LGSE hace alusión a esas dos facultades.

En este contexto y aplicando lo dispuesto en el artículo 1.448 del C.C.²¹, si el Consejo Directivo delega en parte para una gestión determinada el poder para representar extrajudicialmente al Coordinador, los efectos directos e inmediatos del acto celebrado por el representante recaen en el representado (el Coordinador), como si lo hubiese celebrado el mismo. Sobre este punto, resulta útil mencionar que, para efectos de una eventual exención de responsabilidad de los consejeros, debe dejarse constancia de los votos disi-

²⁰ PUELMA 2011, 600.

²¹ Art. 1448. Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.

dentes en las actas de las sesiones del Consejo Directivo en la cual se acordó la respectiva delegación²².

A continuación, se revisará la responsabilidad civil, penal y administrativa de la que puede ser objeto el representante o delegado en el ejercicio de la facultad delegada.

a) Responsabilidad civil: Para determinar el régimen de responsabilidad aplicable al delegante y delegado por los daños y perjuicios ocasionados en el ejercicio de la facultad delegada, se debe distinguir entre el poder de representación y el mandato con poder de representación²³⁻²⁴.

1) Poder de representación: Las delegaciones parciales de las facultades de representación del Consejo Directivo, en términos generales, si no se

²² Artículos 7° y 11 del Reglamento del CISEN.

²³ PUELMA 2011, 601, señala "ayuda a la interpretación de esta la distinción que efectúa la doctrina civil entre poder y mandato, permitiendo que exista mandato sin poder de representación y representación sin mandato o encargo. En el mandato propiamente tal, distinto del poder, debe existir siempre un encargo de realizar uno o más negocios por cuenta del mandante. El poder otorga facultades de representación que deben ejercerse siguiendo instrucciones del poderdante pudiendo el apoderado actuar según su propio criterio, en el caso que se le den tales facultades que pueden ser más o menos amplias. En el mandato con poder, confluyen ambas situaciones, hay un encargo y la facultad de representar. El poder puro es un acto unilateral en que el apoderado no tiene interés, pues es un mero ejecutor, mientras que en el mandato propiamente tal es un acto bilateral, en que el mandatario debe aceptar cumplir el encargo".

²⁴ DUCCI 2010, 381 y ss. expresa "Del artículo 1.448 del Código Civil se desprende que la representación puede tener su origen en la voluntad del representado o en la ley. La representación voluntaria puede tener su origen en el mandato, en la representación o en la ratificación.

El mandato, de acuerdo con el inciso primero del artículo 2.116 el Código Civil "es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera".

Los autores distinguen entre mandato y representación. Al efecto, señalan que el mandato es un acto jurídico bilateral, un contrato, que engendra obligaciones específicas entre las partes que lo acuerdan y determina las relaciones jurídicas que se producen entre mandato y mandatario. La representación no es un elemento esencial del contrato sino un elemento de la naturaleza del mismo, lo que se demuestra en el hecho de que el mandatario pueda actuar a nombre propio.

La representación, en cambio, cuando no emana de la ley, es un acto unilateral que no requiere de la aceptación y ni siquiera el conocimiento del apoderado, que determina las relaciones jurídicas entre el poderdante y los terceros, que no impone al apoderado la obligación jurídica de hacer uso de ese poder, pero sí la de actuar siempre a nombre del poderdante, pues, en caso contrario, no opera la representación.

El artículo 2.151 del Código Civil autoriza al mandatario para que, en el ejercicio de su cargo contrate a su propio nombre o al del mandante. Por lo tanto, aunque constituye un elemento esencial del mandato que el mandatario se haga cargo del negocio, siempre por cuenta y riesgo del mandante, es decir, bajo su responsabilidad tal situación se produce aun cuando el mandatario haya actuado a nombre propio, no obstante la ausencia de representación en tales casos. Por ello se ha fallado que cuando el mandatario ha actuado a su nombre en la compra de materiales objeto del mandato, no hay impedimento legal para que, cumplidos y ejecutados los contratos de compraventa, el mandatario reciba las cosas adquiridas no para sí, sino para su comitente. La transferencia de las cosas que el mandatario compró para el mandante no necesita como título de contrato alguno; se justifica por el mandato mismo.

La ratificación consiste en que una persona acepta ser afectada por un acto jurídico que le era inoponible. La ratificación, que es un acto jurídico unilateral, equivale a un mandato otorgado a posteriori y está contemplada en diversas disposiciones del Código Civil...".

encarga un negocio o gestión determinado, son actos jurídicos unilaterales, pues la ley faculta al referido consejo para otorgarlas sin que se requiera la voluntad del apoderado para su perfeccionamiento. En este sentido, y dado que se trata solamente un acto unilateral del poderdante (Consejo Directivo) que atribuye una competencia para actuar en su representación, el apoderado, en principio, no adquiere obligación alguna, pues solo tiene la potestad de actuar en representación del poderdante y, en consecuencia, jurídicamente solo estará obligado a actuar en la medida que el poder haya sido otorgado en ejecución de un contrato de mandato entre ambos.

De esta manera, se ha sostenido que “los abusos que el apoderado pueda cometer en el ejercicio del poder de representación deben ser calificados, en su relación con el representado, desde el punto de vista de la responsabilidad civil extracontractual. De ello se sigue que el apoderado no tiene el deber sino la potestad de actuar en representación del poderdante. Jurídicamente solo está obligado a actuar en la medida que el poder haya sido otorgado en ejecución de un contrato de mandato entre ambos. Surge la cuestión de si el poder de representación deviene en mandato cuando el apoderado lo ejerce. En verdad, cuando alguien ejecuta un poder de representación acepta el encargo que el poder lleva implícito, de modo que debe aplicarlo con la diligencia exigida de un mandatario. En el derecho chileno, el poder de representación no está regulado como un acto jurídico autónomo (sí lo está en códigos más modernos). En consecuencia, por frecuente que sea, el poder de representación es un acto unilateral innominado que faculta al apoderado y que deviene mandato en razón de la aceptación tácita que supone su ejecución. En consecuencia las facultades del apoderado y la oponibilidad de sus actos al poderdante se rigen por las normas del mandato”²⁵.

2) Poder de representación y mandato²⁶: En la delegación, además de otorgarse facultades de representación, puede efectuarse el encargo de una gestión de negocios para el cumplimiento de las funciones del Coordinador, en tal caso estaríamos frente a un mandato, esto es, un acto jurídico bilateral que requiere de la aceptación del mandatario. En tal sentido, si el mandatario incumple sus obligaciones contractuales son aplicables las reglas de la responsabilidad contractual en su relación con el mandante, disponiendo el Consejo Directivo (mandante) de las acciones que el artículo 1.553 del C.C. le otorga al acreedor de una obligación de hacer.

²⁵ Apunte Profesor Francisco González Hoch: “Materiales IV Mandato. Disponible en: https://www.u-cursos.cl/derecho/2012/1/D122A0627/2/material_docente/bajar?id_material=600894 [fecha de consulta: 20 abril 2019].

²⁶ TRONCOSO LARRONDE y ÁLVAREZ CID 2010, 223-224, expresa que “Como por regla general el mandatario es representante del mandante, los efectos del contrato que aquél celebra se producen para el mandante y no para el mandatario. Sin embargo, esta característica del mandato, –el que lleva envuelta la representación–, no es esencial, porque un mandatario puede contratar a nombre propio y no a nombre del mandante, conforme lo autoriza el artículo 2.151 y, en este caso, quedará obligado para con el tercero el mandatario y no el mandante. La representación no es un elemento de la esencia del mandato, sino de la naturaleza de este...”.

Así, en el evento de que en el ejercicio del poder de representación o en la representación con mandato, el representante o delegado ocasionare culpablemente algún perjuicio patrimonial al Coordinador, este último deberá responder frente a los terceros, ya que, por un lado, “la persona jurídica se constituye en nuestro derecho como un ente que, aún ficticio, es capaz de actuar conforme a una voluntad debidamente manifestada a través de sus órganos, y de la cual puede, por cierto, emanar responsabilidad civil”²⁷, y por otro, lo que una persona ejecuta a nombre de otra estando facultada por ella para representarla produce respecto del representado iguales efectos de que si hubiese contratado el Coordinador a través del Consejo Directivo. Lo anterior, en todo caso es, sin perjuicio del derecho a repetir que tiene el organismo en contra de los consejeros que consintieron en tal delegación –quedando exentos de responsabilidad civil solo los votos disidentes que consten en el acta de sesión respectiva–, y del Director Ejecutivo del Coordinador, pues este responde personalmente de la ejecución de los acuerdos del consejo.

b) Respecto de la responsabilidad penal: En el caso de que en el ejercicio de la facultad de representación el delegado cometa un delito, este responde personalmente de él, dado que las penas privativas y restrictivas de libertad y las medidas de seguridad solo se impondrán a quien incurrió personalmente en la comisión del delito. Asimismo, las penas pecuniarias afectan al patrimonio del sentenciado²⁸.

c) Responsabilidad administrativa: Esta responsabilidad corresponde a la que tiene el empleado público, por el hecho de ser tal, y que surge por infracción a sus obligaciones y deberes funcionarios²⁹. Como se analizará en el siguiente acápite, los miembros del Consejo Directivo, el Director Ejecutivo y cualquier integrante del personal del Coordinador que actúe como delegante o delegado, no se encuentran afectos a este tipo de responsabilidad, pues estos sujetos no forman parte del personal de la Administración del Estado, y les son exclusivamente aplicables las normas del Código del Trabajo, según lo dispone el artículo 212°-3 de la LGSE.

d) Responsabilidad infraccional: Se trata de la responsabilidad por la infracción de normas administrativas o contravencionales que las leyes suelen sancionar³⁰. En el caso de que el delegado que incurre en la contravención a la normativa sectorial fuese un consejero, el artículo 212°-9 de la LGSE faculta a la Superintendencia para aplicarle sanciones administrativas consistentes en la aplicación de multas.

ii. Delegación del deber de vigilancia de las funciones del Coordinador

Tal como se expuso, el Consejo Directivo puede delegaren parte y en determinados sujetos, las facultades de representación y de administración y

²⁷ N.C.M.D. con Corporación Municipal de Salud de San Bernardo (2017).

²⁸ GARRIDO MONTT 2010, 308.

²⁹ BERMÚDEZ SOTO 2011, 363.

³⁰ CORRAL TALCIANI 2011, 20.

disposición de toda clase de bienes del Coordinador. Sin embargo, el deber de vigilancia es, a nuestro juicio, indelegable, puesto que:

a) Se impone por ley al Consejo Directivo, como órgano legalmente encargado de la representación extrajudicial y judicial del Coordinador, y no a los miembros individualmente considerados.

b) Se trata de una obligación legal cuya fuente es la LGSE, la cual constituye su antecedente único, directo e inmediato³¹. Tal característica acarrea una serie de consecuencias que se expondrán a continuación:

1. Las obligaciones legales son por lo general irrenunciables: En estas siempre va envuelta la idea del orden público, de interés general, por eso que aplicando el artículo 12 del Código Civil, son irrenunciables³². En este contexto, el deber de vigilancia del consejo cautela el fin interés general que debe cumplir el Coordinador, por lo que es irrenunciable, y por ello, la autonomía de la voluntad se encuentra limitada.

2. Las obligaciones legales tienen un carácter excepcional: Requieren del texto expreso de la ley que las establezca³³. Así, fue el artículo 212°-4 de la LGSE que consagró el deber de vigilancia del consejo.

c) El artículo 212°-3, inciso primero, de la LGSE, solo faculta a delegar las funciones que allí se señalan, y el deber de vigilancia no se encuentra dentro de esas.

Considerando lo expuesto y dado que la incorporación de este deber por parte del legislador obedeció a la necesidad de custodiar el cumplimiento de las funciones del Coordinador atendida la relevancia de las actividades que este desempeña, el Consejo Directivo no está habilitado para delegar esta función.

Finalmente, resulta pertinente anotar que la Superintendencia está facultada para aplicar sanciones por la infracción del deber de vigilancia sobre las acciones del Coordinador. Asimismo, los consejeros pueden ser removidos de su cargo por el Comité Especial de Nominaciones por el abandono o negligencia manifiesta en el ejercicio de este deber, siempre a solicitud de la Superintendencia, por causa justificada y conforme al procedimiento establecido en el artículo 23 del Reglamento del CISEN (artículos 212°-3 y 212°-5 de la LGSE).

V. Regímenes de responsabilidad del Coordinador

Tal como se señaló, la Ley N° 20.936 dotó al Coordinador de personalidad jurídica y patrimonio propio, creándolo como una corporación de derecho

³¹ MEZA BARROS 2010, 349.

³² ALESSANDRI y SOMARRIVA 1942, 803.

³³ Este carácter aparece manifiesto en el artículo 2.284 del C.C., al señalar que "Las obligaciones no convencionales nacen de un hecho voluntario o de la ley. Las que nacen de la ley se expresan en ella".

público. Lo anterior, resulta relevante dado que este organismo en caso que incumpla sus funciones genera responsabilidades por las que debe responder directamente, a diferencia de lo que ocurría con los antiguos CDECs, a quienes nunca se les reconoció personalidad jurídica, y por consiguiente, en caso de incumplimiento respondían las empresas coordinadas del CDEC respectivo.

Asimismo, las personas que desempeñan cargos en los órganos que componen esta entidad también se encuentran sujetos a diversos tipos de responsabilidad por el incumplimiento de sus funciones.

1. Responsabilidad civil

En términos generales podemos decir que una persona es responsable civilmente siempre que debe reparar un daño. En este contexto, Pablo Rodríguez define la responsabilidad civil diciendo que "consiste en el deber jurídico de reparar los daños o perjuicios que se producen con ocasión del incumplimiento de una obligación", entendiendo por obligación "un deber de conducta tipificado en la ley: Si dicha conducta no se despliega, quien la infringe debe indemnizar los perjuicios que de ella le siguen"³⁴. Lo que caracteriza a la responsabilidad civil es el daño, si este falta no hay responsabilidad civil³⁵.

La responsabilidad civil básicamente se divide en dos ramas: contractual y extracontractual. En el caso que el daño provenga de no haberse cumplido una obligación contractual o de haberse cumplido imperfecta o tardíamente, estamos frente a la responsabilidad contractual que se manifiesta en la obligación de indemnizar los perjuicios (1.556 C.C.)³⁶. Mientras que, la responsabilidad será extracontractual cuando con dolo o culpa se causa un daño a otro, que no importe incumplimiento de un contrato, en otras palabras, "proviene de la comisión de hecho ilícito cometido con intención de dañar que causa daño (delito civil, art. 2284 inc. 3° del Código civil) o de un hecho ilícito culpable, cometido sin intención de dañar, que causa daño (cuasidelito civil, art. 2284 inc. 4°)"³⁷.

La distinción anterior tiene especial importancia en materia de culpa, ya que en la responsabilidad contractual la culpa admite grados: grave, leve y levísima (art. 44 C.C.), pues la ley les exige diversos grados de cuidado, según sea la naturaleza del contrato. En cambio, como en la responsabilidad extracontractual no existe un vínculo jurídico previo, no puede haber diversos grados de cuidado, por lo que cualquier falta de diligencia, cualquier descuido o negligencia que cause perjuicios a otro, genera la obligación de indemnizar³⁸.

³⁴ RODRÍGUEZ GREZ 1999, 11.

³⁵ RAMOS PAZOS 2009, 4.

³⁶ *Ibíd*em, 5.

³⁷ *Ibíd*em, 6.

³⁸ *Ibíd*em, 15.

A continuación, esta materia será abordada considerando la responsabilidad legal del Coordinador; la naturaleza del vínculo entre los consejeros, el Presidente del Consejo y el Director Ejecutivo con el Coordinador; la excepción del deber de responder civilmente del Coordinador; la responsabilidad de los integrantes del Consejo Directivo; la responsabilidad por hecho ajeno; la responsabilidad civil contractual; y la responsabilidad del Director Ejecutivo.

a) *La responsabilidad legal del Coordinador*

Tal como lo tratamos anteriormente, el Coordinador está sujeto a una serie de obligaciones que tienen su fuente única, directa e inmediata en la LGSE. En este sentido, si incumple alguna de sus obligaciones legales incurre en este tipo de responsabilidad. Así lo expresa el artículo 212º-9, inciso primero, de la LGSE, al disponer que "Las infracciones a la normativa vigente en que incurra el Coordinador en el ejercicio de sus funciones darán lugar a las indemnizaciones de perjuicios correspondientes, según las reglas generales".

Sobre este punto, se plantean las siguientes interrogantes: (i) ¿Por qué reglas se rige la responsabilidad legal derivada por el incumplimiento de este tipo de obligaciones? ¿Contractual o extracontractual?, y (ii) ¿A qué se refiere el citado artículo con "según reglas generales". Al respecto, la doctrina está dividida, pues autores como Alessandri y Claro Solar afirman que el derecho común en materia de responsabilidad está constituido por las normas de responsabilidad contractual, mientras que, una opinión distinta la encontramos en Pablo Rodríguez, Carlos Ducci y Orlando Tapia, para quienes, en términos generales, la comisión de un hecho prohibido por la ley como lo sería el no cumplimiento de una obligación legal, sancionada expresamente o no con indemnización, constituye precisamente la comisión de un hecho ilícito de aquellos a que se refiere el artículo 2.284 del C.C. y que sirven de base para la responsabilidad extracontractual³⁹.

Considerando lo señalado por estos últimos autores y lo manifestado por el profesor Ramón Meza Barros en cuanto estatuto general de responsabilidad de las obligaciones legales, en estricto y lato sensu, es el de la responsabilidad civil extracontractual, que como lo indica su nombre, se aplica a todas las hipótesis de obligaciones no contractuales, no cabe sino concluir que estas reglas son las aplicables a la responsabilidad legal. De esta manera, la concurrencia de todos los requisitos de la responsabilidad extracontractual generará la obligación de indemnizar por parte del Coordinador. Dichos requisitos son:

i. Capacidad del autor del hecho ilícito: El Coordinador, al ser una corporación autónoma de derecho público, no le son aplicables las reglas de las personas jurídicas a las que se refiere el Título XXXIII del Libro I del C.C. (art. 547, inc. 2º), rigiéndose, por ende, por su propia ley.

³⁹ *Ibíd*em, 27.

Siendo ello así, se aprecia que los artículos 212º-9 de la LGSE y 58 del Reglamento del CISEN, expresamente disponen que el Coordinador debe responder civilmente de los hechos de los miembros del Consejo Directivo, incurridos en el ejercicio de su cargo, salvo que aquellos sean constitutivos de crímenes o simples delitos.

ii. Imputabilidad (dolo o culpa del autor): Es necesario que el acto o hecho que produce el daño sea el resultado de una conducta dolosa o culpable.

En cuanto a la culpa, aquí tiene aplicación la denominada “culpa contra la legalidad”⁴⁰, que surge del incumplimiento del Coordinador de una norma legal o reglamentaria⁴¹. De esta manera, el Coordinador incurrirá en culpa por el solo hecho de ejecutar el acto prohibido o por no realizar lo ordenado por la ley o la reglamentación respectiva.

Ahora bien, quien demande indemnización por responsabilidad extracontractual deberá probar que el Coordinador (autor del daño) actuó con dolo o culpa. Por otro lado, resulta pertinente recordar que la distinción entre cuasidelito y delito civil no tiene mayor importancia, dado que ambos son hechos ilícitos que causan daño y son castigados con una pena única: la indemnización de perjuicios proporcional al daño causado⁴².

iii. Nexo causal: Esto significa que el hecho culposo o doloso debe ser la causa directa del daño.

iv. Existencia de un daño: Para que haya daño basta un menoscabo, detrimento, lesión, molestia o perturbación de un simple interés del que sea titular una persona o la situación de hecho en que se encuentre⁴³.

En el caso de que se configuren todos los elementos señalados, el Coordinador debe responder por todo daño sufrido por la víctima, incluyendo la indemnización por daño moral.

b) Naturaleza del vínculo entre los Consejeros, el Presidente del Consejo y el Director Ejecutivo con el Coordinador y régimen de responsabilidad aplicable

Los consejeros y el presidente del consejo son elegidos a partir de un concurso público que efectúa el Comité de Nominaciones, en el cual las personas interesadas manifiestan su voluntad de participar en algunos de esos cargos. Luego, el comité de los participantes elige el presidente del consejo y los consejeros, quienes son notificados de la designación y deben remitir,

⁴⁰ *Ibíd*em, 54.

⁴¹ En tal sentido se ha fallado que “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” [Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de abril de 2002, en *G.J.* 262 (Santiago, 2002), 81 ss. considerando vigésimo, con cita a Planiol y Ripert, redacción del ministro Sergio Muñoz Gajardo].

⁴² TRONCOSO LARRONDE 2009, 17.

⁴³ DÍEZ SCHWERTER 2002, 23-24.

dentro del plazo que indica el reglamento, ciertos documentos, los cuales si no son entregados en el plazo previsto, dejará sin efecto la designación. Por su parte, el Director Ejecutivo, de acuerdo a lo señalado en el artículo 212°-8 de la LGSE, es elegido y removido por el voto favorable de cuatro de los consejeros del Consejo Directivo de una terna de candidatos confeccionada por una empresa especializada.

Dado el proceso por el cual se designan dichos cargos surge la pregunta ¿Cuál es el vínculo que une a esas personas con el Coordinador? ¿Contractual o legal? La distinción tiene importancia para efectos de determinar las reglas de responsabilidad civil que les son aplicables en caso de incumplimiento de los deberes que les impone la ley.

Al respecto, soy de la opinión de que el vínculo que une a los consejeros, al presidente y al director con el Coordinador, es la ley, no obstante se requiera de la concurrencia de la voluntad para aceptar el cargo. La razón fundamental se debe a que los deberes de tales cargos están establecidos en forma directa en la ley y la infracción de las normas legales acarrea responsabilidad legal. De lo anterior, se desprende que:

i. La responsabilidad es personal: Cada uno de los consejeros, el presidente y el Director Ejecutivo, responden personalmente por sus acciones u omisiones, de su falta de diligencia o de su culpa o dolo (art. 212°-8 y 212°-9 de la LGSE).

ii. La responsabilidad que puede haber incurrido alguno de dichos sujetos origina el deber de indemnizar todo perjuicio a quien sufrió el daño: Al respecto, la LGSE dispone que es el Coordinador quien responde civilmente por los hechos en que hubiesen incurrido los consejeros en el ejercicio de sus cargos. Tratándose del Director Ejecutivo, el Coordinador también responde por él, pero no por vía de la LGSE, sino de la responsabilidad por hecho ajeno, como se verá más adelante.

iii. Tiene aplicación la culpa contra la legalidad como requisito de imputabilidad.

Si bien el legislador fue escueto en cuanto a la regulación de la responsabilidad de los singularizados sujetos y del Coordinador, su intención fue establecer un régimen de responsabilidad legal, pues se observa de diversas disposiciones de la LGSE la concurrencia de los elementos que la configuran.

c) Responsabilidad de los miembros del Consejo Directivo y de su Presidente, y el derecho a repetir del Coordinador

Las obligaciones que los miembros del Consejo Directivo deben ser desempeñadas con el cuidado y diligencia que las personas emplean ordinariamente en sus propios negocios, ya que en caso contrario pueden generar responsabilidad civil al Coordinador, debiendo responder este último frente a terceros de los hechos de los miembros del Consejo Directivo, incurridos en el ejercicio de sus cargos, salvo que aquellos sean constitutivos de crímenes o simples delitos.

Lo anterior, no implica la improcedencia de la acción de responsabilidad civil del Coordinador en contra a los miembros del Consejo Directivo, dado que la propia LGSE (art. 212º-9) le otorgó a esta corporación el "derecho a repetir" en contra de él o los consejeros que en el ejercicio de sus funciones no hayan actuado con el estándar exigido. Sobre este último punto, cabe preguntarse si en el caso de que fuesen dos o más los consejeros los obligados a la reparación del daño ¿puede el Coordinador dirigirse en contra de uno de ellos por el monto total de la indemnización? No obstante que el Código Civil establece la responsabilidad solidaria en caso de pluralidad de autores (art. 2.317), debe aplicarse, en virtud del criterio de la especialidad, el inciso cuarto del artículo 212º-9 de la LGSE, según la cual los consejeros y el presidente son personalmente responsables por las acciones que realicen y de las decisiones que adopten en el ejercicio de su cargo y de su ejecución..

Ahora bien, esta facultad del Coordinador se justifica como una medida para evitar que los consejeros y su presidente puedan acordar y ejecutar actos ilícitos manteniendo incólume su patrimonio personal y afectando el del Coordinador.

Sin perjuicio de lo anterior, la LGSE contempla como causal de exención de responsabilidad la del consejero disidente del acuerdo o deliberación del consejo que provocó responsabilidad civil al Coordinador, siempre que se haya dejado constancia de su voto en el acta de la sesión respectiva.

d) Excepción al deber del Coordinador de responder civilmente por los Consejeros

La excepción está contemplada en el artículo 212º-9 de la LGSE, que dispone que el Coordinador responderá civilmente de los hechos de los consejeros incurridos en el ejercicio de su cargo, salvo que aquellos sean constitutivos de crímenes o simples delitos. Lo anterior significa que el Coordinador no responde de la responsabilidad civil derivada de ilícitos penales cometidos por los consejeros.

e) Responsabilidad por hecho ajeno

Para generar responsabilidad personal en las personas jurídicas, se ha sostenido por los autores franceses y por Alessandri que el delito o cuasidelito civil debe haber sido cometido por los "órganos" de la persona jurídica, esto es, por las personas naturales o asamblea en que reside la voluntad de la persona jurídica y, además, obrando en el ejercicio de sus funciones. Pues bien, nuestra legislación eléctrica, en el mismo sentido, ha señalado que el Coordinador responde civilmente de los hechos de los miembros del Consejo Directivo, incurridos en el ejercicio de su cargo, salvo que aquellos sean constitutivos de crímenes o simples delitos. Lo anterior, debido a que en ellos reside la voluntad del Coordinador y les corresponde la representación judicial y extrajudicial del mismo (art. 212º-9 de la LGSE). Se trata, por consiguiente, de una responsabilidad directa respecto de la cual el Coordinador está obli-

gado a responder civilmente si se acredita que la causa del daño está en la organización humana que lo titulariza⁴⁴. Sin perjuicio, de su derecho a repetir en contra de él o los consejeros responsables.

Lo que se viene diciendo es diferente a lo que ocurre en el caso de la responsabilidad por hecho ajeno, en la cual una persona pasa a responder por el hecho ilícito cometido por otra que está bajo su cuidado, dependencia o vigilancia, debido a la falta de vigilancia que sobre ella debía ejercer. En este contexto, el artículo 2.320 del C.C. expresa que "toda persona es responsable no solo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado". Este tema resulta de especial importancia, pues ¿qué sucede con el personal que forma parte del Coordinador y que no le corresponde su representación? A nuestro juicio, debe responder el Coordinador si se configura el cumplimiento de los siguientes requisitos para que se genere este tipo de responsabilidad⁴⁵:

i. Que exista un vínculo de subordinación y dependencia entre dos personas: Según el artículo 212º-3 de la LGSE, el Coordinador debe contar con el personal necesario e idóneo para el cumplimiento de sus funciones, este personal no forma parte de la Administración del Estado y se rige por las normas del Código del Trabajo.

ii. Que este vínculo sea de derecho privado: Si el vínculo fuera de derecho público las reglas de responsabilidad son distintas⁴⁶.

iii. Que ambas personas sean capaces de delito y cuasidelito: Según la LGSE, el Coordinador puede cometer infracciones a la normativa vigente en el ejercicio de sus funciones, las que darán lugar a las indemnizaciones de perjuicios correspondientes, según las reglas generales.

iv. Que el subordinado o dependiente haya cometido un hecho ilícito: Esto es, un delito o cuasidelito civil.

v. Que la víctima pruebe la responsabilidad del subordinado o dependiente: Lo que presume la ley es la responsabilidad del principal (Coordinador), no la de su personal, por lo que la de este último debe probarse por la víctima del daño.

En el evento de que concurriesen tales requisitos, la víctima igual podría ejercer su acción solo en contra del autor del hecho ilícito, o bien, en contra de él y del Coordinador, pero en este último caso no hay solidaridad.

En el caso de que la víctima se dirija solo en contra del Coordinador y este haya pagado la indemnización por el daño causado por su dependiente o subordinado, el Coordinador tiene acción de reembolso en contra del subordinado en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.325 del C.C.

⁴⁴ RAMOS PAZOS 2009, 47.

⁴⁵ *Ibidem*, 60-64.

⁴⁶ En tal caso habrá responsabilidad del Estado que se rige por reglas diferentes.

f) *La responsabilidad civil contractual*

En virtud del artículo 212º-3 de la LGSE, el Coordinador como persona jurídica es capaz de contraer obligaciones a través del Consejo Directivo que, además de representarlo extrajudicialmente, está investido de las facultades de administración y disposición de toda clase de bienes para el cumplimiento de sus funciones, lo que no es necesario acreditar frente a terceros.

El precepto implica que el Consejo Directivo tiene plena responsabilidad frente al Coordinador por las consecuencias de actos o negocios que realice ajenos al cumplimiento de las funciones de esta corporación. En este orden de ideas, dichos actos no son nulos ni inoponibles al Coordinador frente a terceros, pues la disposición señala que no es necesario acreditar frente a terceros que la actuación queda comprendida dentro del ámbito de las funciones del Coordinador. Sin embargo, debe realizarse una prevención en este punto, dado que las funciones del Coordinador están establecidas por ley, de manera que respecto de aquellos actos o contratos en que el tercero no puede ignorar razonablemente que exceden las facultades del Coordinador, por ejemplo, juegos o apuestas u otros casos de evidente desconexión con las operaciones propias del mismo, no cabría aplicar la excepción de presunción de oponibilidad.

Por otro lado, el referido precepto implica que el Coordinador está obligado a respetar las obligaciones contraídas en su nombre por el Consejo Directivo en el ejercicio de su cargo, en caso contrario, incurrirá en responsabilidad civil contractual y estará constreñido a pagar las indemnizaciones de perjuicios, compensatorias y/o moratorias, que procedan. En este punto, hay que realizar la siguiente prevención en el evento de que se demande ejecutivamente al Coordinador, debido a que no obstante que este organismo cuenta con patrimonio propio, la LGSE estableció que los bienes del Coordinador destinados al cumplimiento de su objeto y funciones tienen el carácter de inembargables en atención a la naturaleza pública de las funciones que realiza.

Pues bien, para que haya lugar a la responsabilidad contractual es menester que se verifique un conjunto de presupuestos que deben concurrir copulativamente⁴⁷. Respecto del requisito de la imputabilidad del deudor, corresponde señalar que dado que toda obligación conlleva un determinado grado de diligencia que está dado por la culpa de la cual se responde, basta que el Consejo Directivo incurra en culpa leve en el incumplimiento de la obligación contractual para que se genere la obligación de indemnizar por parte del Coordinador. Lo anterior, por cuanto este organismo responde civilmente de los hechos de los consejeros ejecutados en el ejercicio de sus

⁴⁷ Estos presupuestos son: (i) El incumplimiento de una obligación contractual; (ii) La imputabilidad del deudor; (iii) Los daños o perjuicios experimentados por el acreedor; (iv) Una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño que se ha ocasionado, y (v) La mora del deudor, y (iv) No debe concurrir una causal de exención de responsabilidad.

funciones y estos últimos están obligados a actuar con el cuidado y diligencia que las personas emplean ordinariamente en sus propios negocios.

g) *La responsabilidad del Director Ejecutivo*

Según el artículo 212°-13 de la LGSE, el Coordinador cuenta con un Director Ejecutivo, que será designado y/o removido por el Consejo Directivo en la forma y con el quórum establecido en el artículo 212°-8.

El Director Ejecutivo responde personalmente de la ejecución de los acuerdos del Consejo. Con todo, si el Director Ejecutivo estimare que un acuerdo, cuya ejecución le corresponde, es contrario a la normativa vigente, deberá representarlo por escrito y si el Consejo Directivo lo reitera en igual forma, deberá ejecutarlo, quedando, en este caso, exento de toda responsabilidad (artículo 212°-8 de la LGSE).

2. Responsabilidad infraccional

Los miembros del Consejo Directivo, el Director Ejecutivo y su personal, no tienen el carácter de funcionarios de la Administración del Estado, por lo que no corresponde hablar responsabilidad administrativa. Sin embargo, tales sujetos sí se encuentran afectos a otro tipo de responsabilidad de naturaleza sancionatoria: "la infraccional" por la contravención al cumplimiento de normas administrativas⁴⁸ cuyo conocimiento le corresponde a la autoridad administrativa. Sobre la materia, el artículo 72°-16 de la LGSE señala que le corresponde a la Superintendencia la fiscalización del cumplimiento de las funciones y obligaciones que la LGSE le asigna al Coordinador y a los consejeros de dicho organismo, pudiendo ordenarle las modificaciones y rectificaciones que correspondan y/o aplicar las sanciones que procedan.

Por su parte, el inciso sexto del artículo 212°-9 de la LGSE y el artículo 58 del Reglamento del CISEN, indican que la Superintendencia puede aplicar sanciones consistentes en multas a los consejeros por su concurrencia a los acuerdos del Consejo Directivo que tengan como consecuencia la infracción de la normativa vigente. Asimismo, estos pueden ser sancionados por:

- a) La infracción a su deber de vigilancia sobre las acciones del Coordinador.
- b) La infracción a lo dispuesto en el artículo 212°-6 de la Ley y en el artículo 12 del Reglamento del CISEN, relativos a las incompatibilidades.
- c) No concurrir, sin causa justificada, a más del 5% de las sesiones del Consejo Directivo en un año calendario.

Las multas de la Superintendencia tendrán como tope máximo, para cada infracción, treinta unidades tributarias anuales por consejero. El consejero sancionado tendrá derecho, mientras posea la calidad de miembro del Consejo Directivo, a pagar la correspondiente multa mediante un descuento

⁴⁸ CORRAL TALCIANI 2011, 20.

mensual máximo de un 30% de su remuneración bruta mensual hasta enterar su monto total.

Adicionalmente, el Director Ejecutivo por infracción a su deber legal de velar por el cumplimiento de la transparencia y publicidad de la información del Coordinador, respecto de la cual se le considera Jefe Superior del órgano, puede ser objeto de sanciones por parte del Consejo para la Transparencia consistente en la aplicación de multas que van desde el 20% al 50% de las remuneraciones del infractor. Es pertinente indicar que lo que este consejo sanciona es el incumplimiento del deber de control del Director Ejecutivo sobre el personal encargado del cumplimiento de la obligación de Transparencia.

3. Responsabilidad penal

En materia penal, lo que caracteriza al delito y cuasidelito es la circunstancia de estar penado por la ley. Cada delito está definido y sancionado, siendo el Código Penal un verdadero catálogo de delitos y penas que les son aplicables⁴⁹. A continuación, distinguiremos entre la responsabilidad penal del Coordinador y la de los miembros del Consejo Directivo, el Director Ejecutivo y de su personal.

a) *Responsabilidad penal del Coordinador*

El Coordinador si bien es una persona jurídica no le resulta aplicable la Ley N° 20.393, que Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que indica, ya que el alcance de este cuerpo legal no abarca a las corporaciones autónomas de derecho público.

En este contexto, resulta pertinente recordar lo dispuesto en el artículo 58 del Código Procesal Penal que dispone que "La responsabilidad penal solo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare". De esta disposición, se desprende, que los sujetos activos de los delitos y cuasidelitos penales solo podrían ser las personas naturales que conforman el Coordinador, y que de conformidad al principio de culpabilidad y de personalidad de las penas el castigo recaerá solo en los que hubiesen concurrido en su comisión y no sobre todos los miembros del Coordinador.

Sin perjuicio de lo anterior y tal como se indicó en su oportunidad, a diferencia del Código Procesal Penal, en adelante el "CPP", la LGSE señaló expresamente que el Coordinador no responde civilmente por los hechos de los consejeros ejecutados en el ejercicio de su cargo cuando estos sean constitutivos de crímenes o simples delitos.

⁴⁹ TRONCOSO LARRONDE 2009, 17.

b) *Responsabilidad penal de los miembros del Consejo Directivo, el Director Ejecutivo y el personal del Coordinador*

El artículo 212°-3 de la LGSE introduce una novedad en esta materia, dado que a pesar de que estas personas no tienen el carácter de personal de la Administración del Estado se les extiende la calificación de empleados públicos para efectos de la aplicación de los delitos a los que se refiere el artículo 260 del Código Penal. De tal modo que, pueden ser sujetos activos de los delitos especialmente establecidos en el Título V y en el Título III, párrafo IV, ambos del Libro II de dicho cuerpo normativo, para los empleados públicos.

Al respecto, Título V del Libro II del Código Penal regula los crímenes y simples delitos cometidos por los empleados públicos en el desempeño de sus cargos, mientras que párrafo IV del Título III del Libro II del mismo código, regula la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y de otros agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Constitución.

VI. Críticas al precepto que establece la proporción de defensa por parte del Coordinador en favor de los Consejeros

El artículo 212°-9 de la LGSE, señala que en el caso de ejercerse acciones judiciales en contra de los miembros del Consejo Directivo por actos u omisiones en el ejercicio de su cargo, el Coordinador deberá proporcionarles defensa, la que se extenderá para todas aquellas acciones que se inicien en su contra por los motivos señalados, incluso después de haber cesado en el cargo.

Sobre el particular, surge la pregunta relativa a ¿qué acciones podrían entablarse en contra de los consejeros para que el Coordinador les proporcionara defensa? pues la LGSE no distinguió la naturaleza de la acción, siendo el único requisito que se trate de actos u omisiones efectuados en el ejercicio de sus funciones. Al respecto, dado que la norma habla de “acciones judiciales” se entiende excluida la defensa del consejero en el procedimiento infraccional iniciado por la Superintendencia en su contra. En este orden de ideas, es posible distinguir entre la acción civil y penal, según se indica a continuación:

1. Acción civil: Resulta cuestionable que el Coordinador pueda proporcionarles defensa a los consejeros en contra de una acción civil intentada en contra de ellos, dado que, como vimos, el Coordinador responde civilmente por los hechos de los consejeros incurridos en el ejercicio de su cargo, teniendo derecho a repetir en contra de él o los consejeros responsables (212°-9 LGSE). De tal modo, en el evento de que los consejeros causaran un daño producto de la comisión de un delito o cuasidelito civil, los terceros deben dirigirse directamente en contra del Coordinador y no de los consejeros, de conformidad al tenor literal de la LGSE, por lo que en este caso no sería factible en este tipo de acción el otorgamiento de defensa por parte del Coordinador.

2. Acción penal: Es discutible que el Coordinador le confiera defensa al consejero en contra de quien se entabla una acción penal, dado que la LGSE

ya previó que el Coordinador no responde civilmente por los hechos de los consejeros ejecutados en el ejercicio de sus cargos que configuren ilícitos penales, de manera que, a mi juicio, no sería consecuente que frente a una acción penal se les otorgue defensa.

En virtud de lo anterior, cabe concluir que la norma en comento podría resultar inaplicable jurídicamente pese a ser válida y haber entrado en vigor, por no producirse las condiciones o los supuestos para su aplicación.

Conclusiones

Como se señaló, los CDECs no contaban con personalidad jurídica propia de manera que la infracción de sus deberes legales producía que todas las empresas que lo integraban debían responder separada e individualmente. Lo anterior, hacía necesario una nueva institucionalidad dotada de personalidad jurídica propia, creándose mediante la Ley N° 20.936 un Coordinador único con nuevas potestades públicas, orgánicamente independiente de las empresas sujetas a su coordinación y con nuevo régimen de responsabilidad.

En este contexto, se evidencia que el Coordinador como corporación autónoma de derecho público se encuentra solo afecto a responsabilidad civil e infraccional. Respecto de la primera, debe indemnizar todo daño que cause por la infracción a la normativa vigente en el ejercicio de sus funciones y responder civilmente de los hechos cometidos por los consejeros en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de su derecho a repetir. Tratándose de la responsabilidad infraccional, la Superintendencia puede ordenarle al Coordinador las modificaciones y rectificaciones que correspondan y aplicarle las sanciones que procedan cuando este o los miembros del Consejo Directivo incurran en el incumplimiento de las funciones y obligaciones que LGSE y la demás normativa vigente establecen. En cuanto a la responsabilidad penal del Coordinador, dado, por un lado, que no le es aplicable la Ley N° 20.393 por ser una corporación autónoma de derecho público, y por otro, que cuenta con personalidad jurídica, no se le puede hacer efectiva este tipo de responsabilidad.

Por su parte, los consejeros, el Director Ejecutivo y el personal del Coordinador están afectos a responsabilidad civil en el ejercicio de sus funciones. En cuanto a la responsabilidad infraccional, esta se materializa mediante la aplicación de multas, por un lado, por parte de la Superintendencia a los consejeros por el incumplimiento de las funciones y obligaciones que la ley le asigna a estos, y por otro, por parte del Consejo para la Transparencia por la infracción del Director Ejecutivo de su deber de velar por la transparencia activa o pasiva del Coordinador. En lo que concierne a la responsabilidad penal, cabe señalar, que la novedad introducida por la LGSE consiste en que los consejeros, el Director Ejecutivo y el personal del Coordinador pueden ser sujetos activos de los delitos especialmente establecidos en el Código Penal para los empleados públicos, ello por la extensión de tal carácter que, solo para tales efectos, realizó la LGSE.

Por otro lado, y sobre el análisis efectuado en el trabajo, no deja de llamar la atención que el legislador haya recurrido prácticamente a copiar artículos que rigen la responsabilidad de las sociedades anónimas para luego aplicarlos a la responsabilidad del Coordinador, siendo esta entidad de una naturaleza totalmente distinta a las primeras.

Asimismo, se observan ciertas inconsistencias en la LGSE, respecto del derecho a repetir en contra de los consejeros que tiene el Coordinador, ya que se plantean las siguientes interrogantes ¿cómo se determinará a los consejeros que incurrieron en el delito o cuasidelito civil si son ellos mismos los que representan judicial y extrajudicialmente al Coordinador? y ¿con qué mayoría se adoptará el acuerdo si se requiere para sesionar de 4 de los 5 consejeros si el acuerdo se adopta con el voto de la mayoría de ellos? Lo anterior, no es sino un problema, pues podrían darse casos en que no obstante ser responsable alguno o algunos de los consejeros no hagan efectivo el derecho a repetir del Coordinador.

Finalmente, la proporción de defensa del Coordinador respecto de los consejeros por las acciones judiciales entabladas en contra de estos es inaplicable jurídicamente si se efectúa previamente un análisis de las disposiciones de responsabilidad de la LGSE. Sin embargo, al parecer esta situación no la tuvo a la vista el legislador.

Bibliografía citada

- ALESSANDRI, Arturo, y SOMARRIVA, Manuel (1942). *Derecho Civil, Fuentes de las Obligaciones*. Santiago: Editorial Nascimento, T IV, 803.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011). *Derecho Administrativo General*. Santiago: Thomson Reuters, 603.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2011). *De la Responsabilidad en General a la Responsabilidad Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 401.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2011). *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 413.
- DÍEZ SCHWERTER, José Luis (2002). *El daño extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 291.
- DUCCI CLARO, Carlos (2010). *Derecho Civil. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 437.
- EVANS ESPINERA, Eugenio y YÁÑEZ REBOLLEDO, Eduardo (2017). *Derecho y Regulación Económica de la Energía Eléctrica*. Santiago: Thomson Reuters, Tomo I, 309.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (2012). *Curso de Derecho Civil. Requisitos de la responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, T IV, 86-146.
- GARRIDO MONTT, Mario (2010). *Derecho Penal. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, T. I, 313.
- MARDONES OSORIO, Marcelo (2017). Naturaleza Jurídica del coordinador independiente del sistema eléctrico nacional, *Revista Jurídica Digital UANDES* 1, N° 1, 1-28.
- MEZA BARROS, Ramón (2010). *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, T II, 350.
- RAMOS PAZOS, René (2009). *De La Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: LegalPublishing, 149.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (2011). *Sociedades Anónimas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, T II, 600.
- PUIG PENA, Federico (1958). *Tratado de Derecho Civil Español (2)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, primera edición, 576.

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1999). *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 505.
- RUDNICK VAN DE WYGDARD, Hugo (2006). Un Nuevo Operador Independiente de los Mercados Eléctricos Chilenos, *Estudios Públicos* N° 101, 213 y ss.
- TRONCOSO LARRONDE, Hernán (2009). *De las Obligaciones*. Santiago: Legal Publishing, 318.
- TRONCOSO LARRONDE, Hernán, y ÁLVAREZ CID, Carlos (2010). *Contratos*: Santiago: Legal Publishing, tercera edición, 261.

Normas citadas

- Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20018, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de Energía Eléctrica. Diario Oficial, 5 febrero 2007.
- Ley N° 20.936, establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del Sistema Eléctrico Nacional. Diario Oficial, 20 julio 2016.
- Ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. Diario Oficial, 2 diciembre 2009.
- Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública. Diario Oficial, 20 agosto 2008.
- Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Diario Oficial, 05 diciembre 1986.
- Ley N° 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Diario Oficial, 25 mayo 1985.
- Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas. Diario Oficial, 22 octubre 1981.
- Decreto Supremo N° 52, del Ministerio de Energía, que establece el Reglamento del Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional. Diario Oficial, 3 abril 2018.
- Decreto Supremo N° 291, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprueba el reglamento que establece la estructura, funcionamiento y financiamiento de los Centros de Despacho Económico de Carga. Diario Oficial, 4 agosto 2008.
- Decreto Supremo N° 119, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprueba el reglamento de sanciones en materia de electricidad y combustibles. Diario Oficial, 25 agosto 1989.
- Decreto Supremo N° 327, del Ministerio de Minería, que Fija el reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos. Diario Oficial, 10 septiembre 1998.
- Estatutos Internos Coordinador Eléctrico Nacional: <https://www.coordinador.cl/wp-content/uploads/docs/politicas/ESTATUTOS-INTERNOS-COORDINADOR-ELECTRICO-NACIONAL.pdf>

Jurisprudencia citada

- ENAP con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2012): Corte Suprema, 20 de noviembre de 2013.
- N.C.M.D. con de la Corporación Municipal de Salud de San Bernardo (2017): Corte Suprema, 29 de junio de 2018.
- Dictamen N° 1.771 (2005): Contraloría General de la República, 13 de enero de 2005.
- Dictamen N° 63.697 (2011): Contraloría General de la República, 7 de octubre de 2011.
- Dictamen N° 40.413 (2012): Contraloría General de la República, 9 de julio de 2012.

Abreviaciones

- CDECs: Centros de Despacho Económico de Carga
- Comisión: Comisión Nacional de Energía
- C.C.: Código Civil
- CPP: Código Procesal Penal
- LGSE: Ley General de Servicios Eléctricos
- Superintendencia: Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

Regulación de la sequía en Chile: análisis normativo de la declaración de escasez

Drought regulation in Chile: analysis of the scarcity declaration

Felipe Tapia Valencia*

El presente artículo tiene por objeto analizar la facultad presidencial de declarar zonas de escasez ante períodos extraordinarios de sequía. Para ello, se presenta la disposición caracterizando las atribuciones de los usuarios, de la autoridad y la posibilidad de indemnizaciones a quienes se sientan afectados. Posteriormente, se presentan los criterios de la norma para configurar una época extraordinaria de sequía, que obedecen a consideraciones hidrometeorológicas; dejando de lado factores antrópicos. Se propone distinguir entre los conceptos de sequía y escasez hídrica, así como también se plantea entender la escasez como un fenómeno cada vez más frecuente y prolongado. Por último, en base a estas consideraciones, se analizan las propuestas de reforma a la norma en comento.

Palabras clave: Escasez Hídrica, Sequía, Facultades presidenciales en materia de aguas, Declaración de Escasez.

The purpose of this paper is to analyze the presidential power to declare scarcity areas to face of extraordinary periods of drought. In this order, the disposition is presented, characterizing the attributions of the water users, the authority and the chance of indemnification to those who were affected. Subsequently, the criteria of the norm are presented to configure an extraordinary period of drought, which are related to hydrometeorological considerations; leaving aside anthropic factors. It seeks to distinguish between the concepts of drought and water scarcity, as well as the approach to the situation, as an increasingly frequent and prolonged phenomenon. Finally, based on those considerations, it is analysed ideas of amendments to this norm.

Keywords: Water Scarcity, Drought, Presidential Powers in Water Issues, Scarcity Declaration.

RESUMEN / ABSTRACT

* Abogado, Universidad Alberto Hurtado. Msc. en Gobernanza de Riesgos y Recursos Naturales, Universidad de Heidelberg. Profesor de Derecho de Aguas, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile. Correo electrónico: felipetapiav@gmail.com

Recibido el 12 de diciembre de 2018 y aceptado el 3 de abril de 2019.

Introducción

En materia de gestión de recursos hídricos, uno de los temas que se torna más relevante en la actualidad es el tratamiento regulatorio de los períodos de sequía o escasez hídrica, considerados generalmente como episodios de emergencia o extraordinarios por las legislaciones nacionales. En el caso de Chile, el tema es de especial preocupación si tenemos presente cifras como las del verano de 2018. La Dirección General de Aguas (DGA), estimaba que, en esta fecha, 61 comunas de Santiago estaban afectadas por escasez de agua, ascendiendo a un número de 2.617.934 habitantes, equivalente al 14,89% de la población del país; o que, según un catastro realizado el año 2014 por la Dirección de Obras Hidráulicas (DOH), se detectó que existen 534 localidades del país con problemas de abastecimiento de agua potable, en donde residen alrededor de 400.000 personas.

En la legislación nacional, el artículo 314 del Código de Aguas (CA) contempla, como facultad presidencial, la prerrogativa de que el Presidente de la República pueda decretar zonas de escasez hídrica en algunos puntos del país en *épocas extraordinarias de sequías* por 6 meses no prorrogables. Para ello, la DGA podría suspender las atribuciones de las Juntas de Vigilancias respectivas y tomar el control de la cuenca, pudiendo redistribuir las aguas; así como también podrá autorizar extracciones extraordinarias, sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas (DAA), durante el período decretado. Todas medidas que tienen como fin reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía.

Debido a la creciente recurrencia que los episodios de sequía, y la consecuente falta de agua, es que la atribución extraordinaria de decretar la escasez en puntos del territorio nacional se ha vuelto más frecuente. En este sentido, a agosto de 2018, el Ministerio de Obras Públicas (MOP) cuenta con seis decretos de escasez vigentes dictados en épocas de lluvia.

Ello lleva a dos reflexiones: a. ¿Qué entender por sequía?; b. ¿Qué períodos de sequía pueden considerarse extraordinarios?

El objetivo de la presente investigación es analizar el contenido normativo del artículo 314 del CA, para luego reflexionar sobre los criterios que permiten configurar una época de extraordinaria sequía, tomando como objeto de análisis las interrogantes precedentemente planteadas.

Con este fin, la presente investigación se estructura en base a los siguientes temas los siguientes temas: I. Las disposiciones del CA referentes a la falta de agua; II. La declaración de escasez del artículo 314 del CA; III. Los criterios que permiten configurar una época de extraordinaria sequía; IV. Propuestas de modificaciones a la disposición. Por último, se presentarán las respectivas conclusiones.

I. Disposiciones del CA referentes a la falta de agua

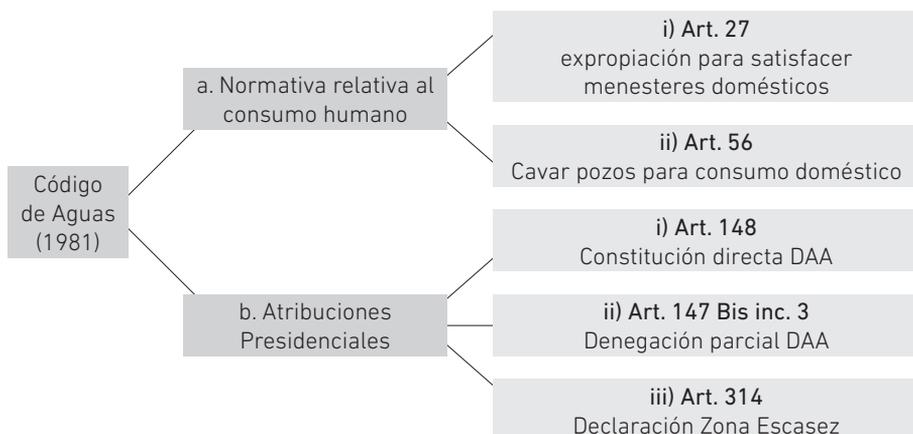
El CA busca dotar de reglas para el aprovechamiento del agua en Chile, a fin de gestionar una correcta distribución del recurso. En este sentido, sus disposiciones se enfocan en generar reglas que permitan un uso reglado, a través del derecho de aprovechamiento, de manera individual y por medio de las organizaciones de usuarios, en caso de gestión comunitaria. De este modo, podría decirse que el CA desarrolla sus normas en base a la disponibilidad de aguas.

Excepción de lo anterior, son las disposiciones referentes a la falta de agua. Estas pueden ser categorizadas en dos grupos: a) Normativa relativa al consumo humano; y b) Atribuciones presidenciales ante la falta de agua.

En el grupo a. Normativa relativa al consumo humano, se identifican dos disposiciones en miras a gestionar el agua para satisfacer el uso doméstico: i) el artículo 27 CA, referente a la expropiación de derechos de aprovechamiento por no existir otros medios para obtener agua; y ii) El artículo 56, inciso primero, sobre la facultad de cavar en suelo propio pozos para las bebidas y usos domésticos, aunque este menoscabe el agua del que se alimente algún otro pozo. Ambas están directamente referidas a los mecanismos de priorización que regula en CA ante la carestía de agua para el consumo humano.

En el grupo b) son clasificadas ciertas atribuciones exclusivas que entrega la ley al Presidente de la República frente a la falta de agua: i) el artículo 148 que le permite la constitución directa de un DAA en el caso que procediese la causal para un remate de aguas señalada en el inciso primer del artículo 142, cuando así lo determinase "por circunstancias excepcionales y de interés general"; ii) El artículo 147 bis, en su inciso tercero que otorga la atribución de la denegación parcial de un DAA "cuando sea necesario reservar el recurso para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener el agua", mediante decreto fundado; y iii) El artículo 314 que permite declarar zonas de escasez, que es el tema principal de la presente investigación.

Tabla 1: Disposiciones del CA relativas a la falta de agua.



II. La declaración de escasez del artículo 314 del CA

El artículo 314 CA permite que el Presidente de la República, ya sea petición o con informe de la DGA, pueda declarar zonas de escasez dentro del territorio nacional por períodos máximos de seis meses, no prorrogables, en épocas de extraordinaria sequía. Este es un artículo complejo que, en complemento con el artículo 315 del mismo CA y la Resolución DGA N° 1674 de 12 de junio de 2012, fija parámetros hidrológicos que sirven de base para determinar las condiciones necesarias para calificar épocas de extraordinaria sequía, crean un marco de normativo de respuesta administrativa frente a un escenario de escasez hídrica.

La disposición en comento regula una serie de temas relativas al procedimiento, el actuar del organismo público y los efectos de la declaración que se pueden ser sistematizados del siguiente modo:

1. Forma de declarar escasez

La escasez es declarada por el Presidente de la República quién, previo informe de la DGA o incluso ante directa petición del organismo, podrá declarar alguna zona del país como de escasez en “épocas de extraordinaria sequía” (EES)¹. En cuanto a la duración de la declaración de la zona de escasez, esta se extenderá por un período máximo de seis meses no prorrogables. Por ello, para extender un decreto de escasez de alguna zona afectada por la escasez hídrica, solo quedaría la dictación de un nuevo decreto aplicable al mismo sector afectado.

2. Rol de titulares de derechos (organizaciones de usuarios)

El inciso tercero del artículo 314, señala que existe un rol preponderante de los usuarios de las aguas en la distribución del recurso, en caso de que el Presidente de la República decreta zona de escasez. Al involucrar directamente a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, Muñoz señala que es tal vez el inciso más importante de la disposición, pues la aplicación de esta norma es una fuente permanente de conflictos².

Tal como explica Figueroa “el objeto de esta norma es la de entregar las aguas a quienes tienen derechos de aprovechamiento en condiciones distintas a las que indican sus respectivos títulos”³, es decir, una redistribución, en atención a la situación excepcional de escasez hídrica. Solo en caso de que no exista acuerdo la DGA podrá hacerse cargo de la distribución, entregándole un rol subsidiario.

En este sentido, es posible vincular esta disposición, con el artículo 274 del CA, que indica las atribuciones y deberes de los directorios de las Juntas de Vigilancia (JdV). Dispone el numeral segundo:

¹ Inc. 1 del Art. 314 CA.

² MUÑOZ 2011, 1142.

³ FIGUEROA 1995, en MUÑOZ 2011, 1142-1143.

“Distribuir las aguas de los cauces naturales que administre, declarar su escasez y en este caso, fijar las medidas de distribución extraordinarias con arreglo a los derechos establecidos y suspenderlas. La declaración de escasez de las aguas, como también la suspensión de las medidas de distribución extraordinarias, deberá hacerse por el directorio en sesión convocada especialmente para ese efecto;”

De este modo, no son solo una atribución, sino deberes de la JdV respectiva (en caso de que exista en el cauce natural objeto de sequía): a) declarar la escasez del río; b) fijar medidas extraordinarias de distribución. Como bien previene Muñoz, la potestad de las JdV de declarar la escasez del cauce natural no se refiere a la atribución presidencial de declaración de escasez hídrica⁴. En este caso, se está en presencia de una redistribución. Como señala Rojas, “la redistribución supone la existencia de una declaración previa y por la autoridad de Zona de Escasez como consecuencia de una extraordinaria sequía”⁵.

3. Rol de la Administración del Estado

La declaración de escasez hídrica, tal como se ha señalado, es una atribución exclusiva del Presidente de la República. Sin embargo, en la práctica, esta facultad se encuentra delegada, mediante el Decreto N° 19 de 2001 de la Secretaría General de la Presidencia, al Ministro de Obras Públicas para que suscribir estas declaraciones bajo la fórmula “Por Orden del Presidente de la República”⁶.

Sin embargo, el rol preponderante de la Administración lo posee la DGA. Dicho servicio, tiene participación en los informes técnicos que justifiquen la declaración de escasez, como señala el inciso primero del art. 314; en la calificación previa de las épocas de sequía, en virtud del inciso segundo de la disposición en comento; y en el ejercicio de ciertas atribuciones una vez declarada la escasez.

En relación al ejercicio de ciertas atribuciones una vez declarada la escasez, estas pueden ser sistematizadas del siguiente modo:

a) *Redistribución de las aguas en cauces naturales (incs. 3°, 4° art. 314)*

En caso de que los titulares de derechos de aprovechamiento no lleguen a acuerdo para redistribuir las aguas, la DGA podrá hacerlo respecto de las disponibles en las fuentes naturales con el fin de reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía. En este punto, señala el inc. 4° del 314 CA, la DGA podrá “suspender las atribuciones de las Juntas de Vigilancia, como

⁴ MUÑOZ 2011, 1031.

⁵ ROJAS 2003, 325.

⁶ El artículo 1 del Decreto N° 19 de 2001 de SEGPRES dispone: Delégase en los Ministros de Estado la facultad de suscribir, bajo la fórmula “Por Orden del Presidente de la República”, los decretos supremos relativos a las materias que a continuación se indican: (...) IV. MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (...) 9. Declaración de zonas de escasez en casos de sequía, de acuerdo al artículo 314 del Código de Aguas.

también los seccionamientos de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez". Tal como sostienen Obando y Allesch, el modo de proceder de la redistribución administrativa se realiza "por medio de una resolución administrativa que declare suspendidas las atribuciones de las juntas de vigilancia y designe un interventor(...)"⁷. En relación con la suspensión de los seccionamientos, busca que el interventor o delegado gestione la cuenca en observancia del principio de unidad de la corriente, considerando, para ello la totalidad del caudal disponible en el río comprendido en la zona de escasez⁸.

En caso de que no existan organizaciones de usuarios de aguas (OUA) conformadas por los titulares de derechos de aprovechamiento en las aguas objeto la declaración, es aplicable el artículo 315 del CA posibilitando que, a petición de parte, la DGA pueda hacerse cargo de la distribución en zonas declaradas de escasez. Para ello, las personas designadas por la DGA para distribuir las aguas, contarán con las atribuciones que la ley confiere a los directores o administradores de OUAs.

b) Autorizaciones excepcionales de extracción (incs. 5, 6, 7 art. 314 CA)

Una vez declarada la zona de escasez, la DGA podrá autorizar extracciones de aguas, ya sean superficiales o subterráneas, desde cualquier punto: i) sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas y; ii) sin la limitación del caudal ecológico mínimo. Incluso la DGA podría dar curso a autorizaciones propias de los procedimientos administrativos en materia de aguas (arts. 130 y ss.)⁹. Todas estas autorizaciones, tienen validez únicamente para el período de vigencia del decreto.

Además, los decretos supremos y las resoluciones de la DGA que se dicten en virtud de las facultades conferidas en los incisos anteriores, se cumplirán de inmediato, sin perjuicio de la posterior toma de razón por la Contraloría General de la República.

4. Posibilidad de Indemnizar a afectados. (inc. 7, art. 314 CA)

Una interrogante interesante de plantear es ¿quién asume perjuicios generados a consecuencia de la dictación de un decreto de escasez? El inc. 7 del artículo 314 CA señala que "Todo aquel titular de derechos que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco". De este modo, a pesar de que la norma entiende que es de aplicación en un período de extraordinaria sequía, el titular de derechos de aprovechamiento de aguas que haya recibido menor proporción del agua que le correspondía

⁷ OBANDO y ALLESCH 2014, 69.

⁸ *Ibidem*, 70.

⁹ Autorizaciones relativas a constituciones de derechos de aprovechamiento, cambio fuente de abastecimiento, traslado del ejercicio de un derecho de aprovechamiento, modificaciones en cauces naturales y temas de fiscalización y sanción.

durante el período de vigencia de la declaración de escasez, tendrá derecho a ser indemnizado.

En cuanto a los alcances de la disposición y el tipo de responsabilidad el Estado, el tema ha sido desarrollado por la doctrina nacional a la luz de posibles vulneraciones al derecho constitucional a la propiedad¹⁰. Al respecto señala Vergara:

“El solo hecho de la redistribución administrativa de aguas no origina pago de indemnizaciones, pues lo único que realiza la autoridad es redistribuir el agua existente, a prorrata o turnalmente, entre los propios regantes, de un modo igualitario. En estos casos no se priva a un usuario de todo o parte de su derecho para entregárselo a otro, sino que existe una prorrata que afecta a todos por igual, del mismo modo que, en tiempos de escasez moderada, las juntas de vigilancia acuerdan turnos o prorratas” (...) ¹¹.

De este modo, no procedería indemnización cuando se realice una redistribución a prorrata de los derechos de los titulares en virtud de la disponibilidad sino, como señala Vergara “hay lugar a indemnización en el caso ilegal en que la autoridad privilegie a un tipo de uso respecto de otros, como ocurre en aquellos casos en que se privilegia, por ejemplo, el abastecimiento de agua potable de una población en desmedro de derechos de los regantes” ¹². En este orden de ideas, si se privilegia un uso por sobre otro para la redistribución, según Muñoz “podría cuestionarse la constitucionalidad de esta norma” ¹³ en el sentido que:

“(...) El acto de privar a una persona de una parte del caudal de aguas que le correspondería según las disponibilidades existentes, representa un acto expropiatorio que, por lo tanto, requeriría de una ley, de conformidad con las reglas generales establecidas en el art. 19 N° 24 CPR. Sin embargo, en el caso en estudio tal privación proviene de un acto de una autoridad administrativa” ¹⁴.

En cuanto al régimen de responsabilidad de la administración del Estado, Obando y Allesch señalan que “parece ser que una alternativa factible consistiría en aplicar el art. 314 inc. 7 CA en consonancia con el art. 42 de la Ley de Bases Generales la Administración del Estado (LOCBGAE)¹⁵ y hacer responsable al Estado de los daños causados por falta de servicio, en conformidad a las reglas generales¹⁶. Para determinar si existe o no una falta de

¹⁰ Artículo 19 N° 24 de la CPR.

¹¹ VERGARA 1999, 370.

¹² Ídem.

¹³ MUÑOZ 2011, 1145.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Art. 42 LOCBAE: 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.

¹⁶ OBANDO y ALLESCH 2014, 76.

servicio que justifique una responsabilidad extracontractual del Estado, debe observar si la DGA dictó o no normas jurídicas administrativas necesarias para aplicar o fiscalizar a redistribución de aguas¹⁷ en virtud de la declaración del escasez del art. 314, pudiendo ser responsable en caso que: a) “la DGA haya dictado normas jurídica administrativas para fiscalizar la redistribución de las aguas, cualquiera sea el agente redistribuidor y su incumplimiento ocasiona daño a particulares”¹⁸; o b) “si la DGA no ha dictado las normas jurídico administrativas aludidas y se ocasiona un daño a particulares”¹⁹.

En suma, la indemnización del inc. 7 del art. 314 CA procederá alegarse en caso de que los perjuicios sufridos a causa de la redistribución de agua afecten a titulares de derechos de aprovechamiento a causa de una negligencia o falta de servicio de la administración, al privilegiar un uso por sobre otro. Tal como señala Rojas, la declaración de escasez busca actuar “favoreciendo a todos los usuarios y no solo a algunos de ellos –no pudiendo establecerse *preferencias*–, con el fin de reducir de esta forma los efectos de la extraordinaria sequía”²⁰. Una redistribución de agua a prorrata de los derechos de los titulares no podrá ser considerada como indemnizable, pues se genera en base a las “disponibilidades existentes”.

III. Criterios que permiten configurar una época de extraordinaria sequía

1. Época extraordinaria de sequía en base a lo establecido por la DGA

La relevancia de la interrogante ¿qué entender por el término “época de extraordinaria sequía” (EES)? Hace necesario que dichos criterios sean tratados de manera aparte. En primer término, la respuesta puede ser extraída del inc. 2 del artículo 314 CA al corresponderle a la DGA calificar las épocas de sequía que revistan el carácter de extraordinarias.

La Resolución (Res.) de la DGA N° 1674 de junio de 2012 se encarga de establecer los criterios para calificar las EES²¹. Los criterios utilizados por la Res. DGA N° 1674/2012 “son netamente físicos, basados en condiciones hidrometeorológicas, como precipitaciones, caudales de los ríos, volúmenes de embalses y las condiciones de los acuíferos”²².

De este modo, en el caso de aguas superficiales, las EES serán dadas en base a Índices de Precipitación Estandarizada (IPE) e Índices de Caudales Estandarizados (ICE). El artículo 4 de la Res. DGA N° 1674/2012 se encarga de

¹⁷ *Ibidem*, 77.

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ ROJAS 2012, 238.

²¹ La normativa en comento dejó sin efecto la Resolución N° 39 de la DGA de 1984 que fijaba criterios para calificar épocas de extraordinaria sequía.

²² TAPIA 2018, 57.

fijar, en base a una división territorial por microzonas, los indicadores de IPE e ICE bajo los cuales una zona será considerada de extraordinaria sequía.

Por otra parte, para el caso de las aguas subterráneas, se considerará la disminución ostensible de las fuentes de captación de aguas para abastecimiento²³. El artículo 10 de la Res. DGA N° 1674/2012 señala que la verificación de sequía se verificará si la capacidad del acuífero: a) en el caso de las empresas sanitarias dicha capacidad sea menor al 50% del informado a la SISS en el último proceso tarifario. En los casos de los sistemas de agua potable rural, cuando sea menor al 50% de los derechos de aprovechamiento de agua subterránea otorgados.

Así, se observa que los criterios para la declaración de escasez, según el CA, dicen relación con criterios físicos meteorológicos, dependiendo la disponibilidad de agua de los cauces naturales en base a IPE y/o ICE; o cuando haya una disminución ostensible de las fuentes de abastecimiento para consumo humano, en caso de las aguas subterráneas.

2. Construcción de los conceptos sequía y escasez

Es menester destacar que la disposición en comento utiliza indistintamente los términos *sequía* ("épocas de extraordinaria sequía") y *escasez* (al poder el Presidente de la República "declarar zonas de escasez"). En el derecho nacional, ambos términos no han sido objeto de discusión, pero es relevante tener presente que no necesariamente son considerados sinónimos; y, a su vez, el concepto de escasez no es unívoco. Por ejemplo, "la escasez puede ser meteorológica, hidrológica, pero desde el punto de vista antropocéntrico, la escasez es siempre económica y social, relativa a determinado contexto de uso y distribución"²⁴; donde incluso –desde una perspectiva de ecología política– el concepto de escasez se entiende no como una ausencia física de agua, sino más bien como un efecto correlativo de falta de recursos monetarios y de influencia política-económica²⁵.

El término *sequía*, es definido por la Real Academia de la Lengua Española como un "tiempo seco de larga duración" que, ya de manera más técnica puede ser generalizada como "deficiencia de precipitaciones por un periodo relativamente prolongado"²⁶. Por su parte, la Organización Meteorológica Mundial (OMM) la define como "un período de condiciones meteorológicas anormalmente secas, suficientemente prolongado como para que la falta de precipitaciones cause un grave desequilibrio hidrológico"²⁷. A su vez, la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por la sequía grave o la desertificación, en particular

²³ Ídem.

²⁴ MARTIN Y PINTO 2015, 148.

²⁵ SWYNGEDOUW 2009, 58.

²⁶ Definición consultada en el diccionario online de la RAE.

²⁷ OMM 1990, 745.

en África (CNULD) la entiende como un “fenómeno que se produce naturalmente cuando las lluvias han sido considerablemente inferiores a los niveles normales registrados, causando un agudo desequilibrio hídrico que perjudica los sistemas de producción de recursos de tierras”²⁸. Incluso, el concepto de sequía es categorizado por la comunidad científica en diversas acepciones en razón a la disciplina de análisis²⁹.

De este modo, se observa que, si bien es complejo esbozar un concepto unitario de sequía, esta se caracteriza por contemplar, para su medición, parámetros climatológicos e hidrológicos³⁰; siendo así un fenómeno natural³¹. La DGA al definir los criterios para definir una EES, toma en consideración índices medibles y comparables con años anteriores, como el ICE e IPE o las condiciones hidrológicas de los acuíferos. Se podría señalar, por tanto, que los criterios para definir una EES en la Res. DGA N° 1674/2012, se ajustan a las definiciones de sequía desarrolladas por la comunidad científica y política internacional.

Algo más complejo es la construcción del concepto de escasez hídrica, pues es entendido más bien como un fenómeno creado por el hombre. Este surge a partir de un uso excesivo de los recursos hídricos, traducida en una sobreexplotación. La escasez de agua puede verse agravada, además, por factores como la contaminación del agua y, por supuesto, durante los episodios de sequía³². Por lo precedentemente señalado, la escasez hídrica no podría entenderse como un fenómeno natural.

Desde la Ecología Política, se plantea que la escasez hídrica es una construcción social que tiene su base “en el desenvolvimiento de relaciones sociales de confrontación”³³, de directa vinculación con problemáticas de justicia socioambiental. Este enfoque analiza cómo las instituciones sociales y políticas, las normas culturales, e incluso los derechos de propiedad sobre

²⁸ CNULD 1996. Art. 1, letra c.

²⁹ Sin ser objetivo de esta investigación profundizar en las clasificaciones de la sequía, sí es pertinente señalar sus generalidades acorde a la sistematización diseñada por VALIENTE 2001, 59-64: a. Sequía meteorológica: referente a la desviación de precipitación respecto a la media durante un período de tiempo prolongado; b. Sequía agrícola: relativa la afectación que produce la falta de agua en la agricultura. Esta es producida “cuando no hay suficiente humedad en el suelo para permitir el desarrollo de un determinado cultivo en cualquiera de sus fases de crecimiento”. c. Sequía hidrológica: referida a la deficiencia en el caudal o volumen de aguas superficiales o subterráneas, en base a lo informado por mediciones hidrológicas. d. Sequía socioeconómica: Es producida cuando la disponibilidad de agua disminuye hasta el punto de producir daños (económicos o personales) a la población de la zona afectada por la escasez de lluvias.

³⁰ MISHRA & SINGH 2010, 211.

³¹ Ver artículo “How to distinguish water scarcity and drought in EU water policy?” de SCHMIDT & BENÍTEZ-SANZ 2013. Disponible en: <http://www.globalwaterforum.org/2013/08/26/how-to-distinguish-water-scarcity-and-drought-in-eu-water-policy/> [fecha de consulta: 14 de enero de 2019].

³² Ídem.

³³ PADILLA 2012, 92.

el aprovechamiento, son parte de factores que influyen en el acceso (o en la privación) al agua³⁴.

El tema del concepto de escasez ha sido también trabajado por la doctrina nacional. Al respecto, Costa señala que la regulación de aguas posee un dilema material, circunscrito a la escasez física de agua, de origen tanto natural como antrópico (sobreexplotación) “problema que está muy relacionado con la geografía del país y tiene una distribución irregular, pues mientras en algunas zonas de Chile hay abundantes cantidades de agua, en otras la realidad es la contraria”³⁵, pero, que a su vez, la escasez está relacionada con problemas distributivos reflejados en conflictos de acceso al agua entre comunidades y empresas³⁶. Por su parte, Recabarren señala que el agotamiento del agua tiene relación directa con el crecimiento económico y la sobreexplotación del recurso por parte de sectores económicos como el minero, agropecuario e industrial; hecho que, sumado al escenario de sequía, se generen situaciones de escasez en relación a la disponibilidad concentrada en las zonas norte y centro de Chile³⁷.

De este modo, tal como señalan Martín & Pinto³⁸, “la escasez no puede presentarse como un hecho de la naturaleza vinculado a la falta de precipitaciones o escurrimiento de caudales exclusivamente, sino que constituye, a la vez, el resultado de un determinado esquema de distribución de las aguas que privilegia unos usos o usuarios a favor de otros”. Por tanto, normativa que apunte a regular medidas extraordinarias o de emergencia para hacer frente a la escasez hídrica, debe también contemplar los factores antropológicos que afectan a la carestía de agua

IV. Propuestas de modificaciones a la disposición

1. Redefinir el carácter extraordinario de la sequía

Habiendo desarrollado ya la diferencia entre los conceptos de “sequía” y “escasez hídrica”, corresponde analizar la pertinencia del presupuesto de aplicabilidad de la declaración de escasez, es decir, para EES o sequía extraordinaria por “períodos máximos de seis meses no prorrogables”.

La disposición en comento entiende, por tanto, que existen períodos de sequía tanto ordinarios como extraordinarios, aplicándose solo para estos últimos la declaración de escasez. Sin embargo, es necesario recalcar que el Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR2) catalogó el período entre los años 2010-2015 como un período de mega sequía³⁹, ya que los efectos

³⁴ FRAKGOU & MCEVOY 2016, 2.

³⁵ COSTA 2016, 343.

³⁶ AGUA QUE HAS DE BEBER 2014 en COSTA 2016, 343.

³⁷ RECABARREN 2016, 124.

³⁸ MARTÍN & PINTO 2015, 149.

³⁹ Ver informe CR2 de 2015.

de esta, al menos de la zona central de país, fue de extraordinaria en su duración y extensión y que, si bien más de la mitad del régimen pluviométrico fue producto de alteraciones climáticas, también el cambio climático antrópico es responsable de al menos un cuarto del déficit observado durante el período de estudio; fracción que prevén aumentará en el futuro⁴⁰. Si tenemos presente que en el verano de 2018 la DGA, estimaba que 61 comunas de Santiago estaban afectadas por escasez de agua, traducibles a 2.617.934 habitantes, equivalente al 14,89% de la población del país⁴¹, no es una solución seguir planteado a la sequía como un período extraordinario.

En este sentido, es necesario plantear las hoy consideradas sequías extraordinarias o ESS, más bien como períodos recurrentes y prolongados⁴², que están teniendo una afectación directa en abastecimiento de agua para consumo humano. Según un catastro realizado el año 2014 por la DOH⁴³, se detectó que existían 534 localidades del país con problemas de abastecimiento de agua potable, en donde residen alrededor de 400.000 personas. Dichas cifras distan de ser extraordinarias, ya que, en un nuevo catastro del año 2017, la misma DOH estimó que más de 500 mil personas de zonas rurales tienen problemas de abastecimiento de agua⁴⁴.

La respuesta administrativa para satisfacer estos problemas de falta de agua para consumo humano, de manera improvisada y sin poseer regulación preventiva atingente al tema, ha sido el arriendo de camiones aljibe. Solo al año 2015 la administración del Estado a través de la Oficina Nacional de Emergencias (ONEMI) invirtió más de 34 mil millones de pesos para abastecer de agua potable a zonas con déficit hídrico⁴⁵, sin que haya existido “una correlación entre las zonas objeto de decretos de escasez hídrica y aquellas con mayor gasto público en el arriendo de camiones aljibes”⁴⁶⁻⁴⁷. Esta información puede complementarse con la obtenida mediante la investigación periodística de Arellano, quién observó que “entre 2010 y agosto de 2016, el Estado – ONEMI, Intendencias Regionales y Gobernaciones Provinciales– ha desembol-

⁴⁰ CR2 2015, 22.

⁴¹ COOPERATIVA 2018. Disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/serviciosbasicos/agua/escasez-de-agua-afecta-a-61-comunas-del-pais/2018-02-02/070846.html> [fecha de consulta: 10 de enero de 2019].

⁴² CR2 2015, 21.

⁴³ LA TERCERA 2014. Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/vivir-sin-agua-potable-en-chile-la-realidad-de-mas-de-400-mil-personas/>[fecha de consulta: 10 de enero de 2019].

⁴⁴ EL MERCURIO ONLINE 2017. Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/05/29/860377/Revelan-que-15-millones-de-chilenos-viven-sin-tratar-sus-aguas-servidas-y-500-mil-sin-agua-potable.html> [fecha de consulta: 10 de enero de 2019].

⁴⁵ Datos entregados por Oficio N° 1833 de 4 de noviembre de 2016 por ONEMI, en TAPIA 2018, 64.

⁴⁶ TAPIA 2018, 63.

⁴⁷ En un desglose por región, en la investigación señalada, se observó que el mayor gasto fue dirigido para cubrir el déficit hídrico de las regiones de la Araucanía (\$ 8.283.335.390 pesos chilenos) y el Bío-Bío (\$ 8.238.976.364 pesos chilenos), habiéndose declarado, en ambas regiones, solo un decreto de escasez en las fechas estudiadas: en la Cuenca del Río Laja (Decreto de Escasez N° 18, 2014).

sado más de \$92 mil millones en el arriendo de camiones aljibe con el objetivo de suministrar agua a más de 400 mil habitantes de 175 comunas del país⁴⁸.

A mayor abundamiento, Costa señala que la escasez hídrica debe dejar de verse como un problema coyuntural, pasando a uno de carácter estructural “[e]ste reconocimiento de la escasez como cuestión estructural es muy relevante, pues se prevé que vaya acrecentándose en el futuro en lugar de alivianarse”⁴⁹. Incluso el Banco Mundial ha señalado que “[e]n el futuro la escasez de agua ya restrictiva en las partes norte y central del país, se acentuará debido a los nuevos requerimientos”⁵⁰. En el mismo sentido, Martín señala “cada vez es más frecuente en el ámbito del derecho de aguas el recurso a declaraciones de emergencia hídrica o sequía suspendiendo la aplicación de la ley y habilitando competencias extraordinarias para la autoridad, cuya reiteración o prórroga extiende o perpetúa el período de excepción acentuando el fenómeno e invirtiendo el orden entre norma de principio y excepción”⁵¹, esto no por un tema antojadizo, sino por el aumento de la frecuencia de situaciones de sequía, tradicionalmente declaradas como extraordinarias. Sin embargo, los mecanismos regulatorios clásicos para lidiar con la escasez son débiles, mostrando signos “evidentes de obsolescencia, ineficacia y por lo tanto crisis”⁵².

Es por esto, que se propone repensar el carácter extraordinario de la sequía o escasez hídrica, aceptando sus episodios cada vez más frecuentes, implementando medidas que escapen de las respuestas tradicionales del derecho, para trabajar en nuevos principios que puedan dar soluciones a dichas problemáticas⁵³. Si bien no es objeto de este trabajo proponer nuevos principios en la materia, sí se busca iniciar una reflexión referente al tema, donde tal vez el derecho ambiental pueda ser de gran ayuda⁵⁴.

2. Propuesta contenida en Indicación Sustitutiva de 2014 al Boletín N° 7543-12

El año 2011, un grupo transversal de diputados presentó una moción para reformar el Código de Aguas, con el objetivo de corregir los problemas de equidad en el acceso al agua y sustentabilidad ambiental (Boletín N° 7543-12)⁵⁵. Dicho proyecto no tuvo mayor tramitación hasta que, en octubre de

⁴⁸ Ver ARELLANO 2017. Disponible en: <https://ciperchile.cl/2017/03/21/el-negocio-de-la-sequia-el-punado-de-empresas-de-camiones-aljibe-que-se-reparte-92-mil-millones/> [fecha de consulta: 10 de enero de 2019].

⁴⁹ COSTA 2016, 343.

⁵⁰ BANCO MUNDIAL en COSTA 2016, 343.

⁵¹ MARTÍN 2018, 143.

⁵² *Ibidem*, 126.

⁵³ *Ibidem*, 143.

⁵⁴ Al respecto se recomienda la lectura de EMBID 2018.

⁵⁵ Las menciones realizadas al presente proyecto de ley durante este trabajo se esbozan en relación al estado de tramitación al 1 de marzo de 2018. A esta fecha, el PL se encuentra en su segundo trámite constitucional en la Comisión de Agricultura del Serenado, luego de haberse discutido por la Comisión de Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía de la Cámara Alta.

2014, el ejecutivo ingresó al Congreso Nacional una indicación sustitutiva a dicho proyecto de ley (PL), con el fin de fortalecer la calidad de bien público del agua. Los ejes de dicha indicación fueron, en su momento, los siguientes: a) Modificación del régimen concesional, incorporando disposiciones que buscaban transformar al derecho de aprovechamiento de aguas, en una concesión limitada (solo para los nuevos derechos, máximo treinta años prorrogables), estableciendo la caducidad por no uso del agua y por su no regularización, y la limitación de su ejercicio en función del interés público; b) Reconocimiento del derecho humano de acceso al agua y el saneamiento y sus consideraciones ecosistémicas: esto por medio de la consagración legal de priorización de usos en el otorgamiento de los nuevos derechos, constitución de reservas de aguas y fortalecimiento de las normas en materia de caudal ecológico mínimo.

Dentro de las disposiciones propuestas de modificación, se encuentran el artículo 314 del CA. Estas pueden agruparse en base a tres ideas, que se describen a continuación:

a) Presupuesto de aplicabilidad de la norma: la indicación sustitutiva de 2014 (IS 2014), propuso modificar la duración de la declaración de escasez de seis meses no prorrogables “por un período máximo de un año, prorrogable por un período igual o menor”. Posteriormente, la Comisión de RRHH, Desertificación y Sequía del Senado (en adelante Comisión RRHH Senado), aprobó el cambio de presupuesto de aplicabilidad, eliminando la EES por “una situación de severa sequía”, manteniendo el período máximo de un año prorrogable. Para ello, se propone también la modificación del inc. 2° del artículo 314, debiendo la DGA redefinir qué entender por una situación de severa sequía.

b) Reglas sobre redistribución: La propuesta original de la IS 2014, pretendía modificar el inc. 3° del art. 314 CA, en el sentido de poder redistribuir las aguas, pudiendo para ello suspender las atribuciones de las JdV y los seccionamientos, sin importar la existencia de un acuerdo previo que tuvieran los usuarios. En la discusión parlamentaria, esta disposición fue modificada por la Cámara de Diputados posteriormente aprobada por la Comisión RRHH Senado en el siguiente sentido:

“Declarada la zona de escasez hídrica, con el objeto de reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía, especialmente para garantizar la función de subsistencia de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° bis⁵⁶, la Dirección General de Aguas podrá exigir, para estos efectos, a la o las Juntas de Vigilancia respectivas, la presentación de un acuerdo de redistribución, dentro del plazo de 15 días corridos contados

⁵⁶ El PL propone garantizar uso del agua para consumo y el saneamiento en un art. 5 bis. Al respecto el inc. 2° del art. Propuesto señala: Siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, de subsistencia y saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento.

desde la declaratoria de escasez. Este acuerdo, deberá contener las condiciones técnicas mínimas y las obligaciones y limitaciones que aseguren que en la redistribución de las aguas, entre todos los usuarios de la cuenca, prevalezcan los usos para el consumo humano, de subsistencia y el saneamiento, precavando la comisión de faltas graves o abusos”.

De este modo, la propuesta aprobada por la Comisión RRHH Senado, retoma la idea de respetar los acuerdos de redistribución de los usuarios si es que estos existiesen. Sin embargo, este acuerdo deberá ser presentado en un plazo de 15 días y contener una serie de condiciones en donde se priorice los usos para el consumo humano, de subsistencia y saneamiento. Luego, se agregan nuevos incisos cuarto y quinto, que fijan: i) reglas de aprobación del acuerdo por parte de la DGA, obligando a respetar acuerdos aprobados por anterioridad por el Servicio⁵⁷; y ii) reglas de priorización de redistribución del agua para consumo humano, en caso de que existan prestadores de servicios sanitarios en la cuenca⁵⁸.

Solo en caso de que no hubiese acuerdo por parte de la JdV, o no se diese cumplimiento, la DGA podrá suspender las atribuciones de la JdV y redistribuir las aguas⁵⁹. De todos modos, la DGA, con el fin de dar preferencia a los usos en función de la subsistencia y la ejecución de las obras en los cauces necesarias para ello, podrá autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas destinadas con la ejecución de las obras en los cauces necesarias para ello desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas y sin limitación de caudal ecológico; todo ello mientras se mantenga en vigencia el decreto de escasez⁶⁰.

⁵⁷ El nuevo inc. 4° propuesto señala: “De aprobarse el acuerdo por la Dirección General de Aguas, las Juntas de Vigilancia deberán darle cumplimiento dentro del plazo de cinco días corridos contado desde su aprobación y su ejecución será oponible a todos los usuarios de la respectiva cuenca. En caso que exista un acuerdo previo de las Juntas de Vigilancia que cumpla con todos estos requisitos y que haya sido aprobado por el Servicio con anterioridad a la declaratoria de escasez, se procederá conforme a este, debiendo ser puesto en marcha dentro del plazo de 5 días corridos contado desde la declaratoria”..

⁵⁸ El nuevo inc. 5° propuesto señala: “Con todo, aquellas asociaciones de canalistas o comunidades de aguas que, al interior de sus redes de distribución, abastezcan a prestadores de servicios sanitarios, deberán adoptar las medidas necesarias para que, con la dotación que le corresponda por la aplicación del acuerdo de distribución, dichos prestadores reciban el caudal o los volúmenes requeridos para garantizar la función de subsistencia”.

⁵⁹ El nuevo inc 5° propuesto señala: En caso que las Juntas de Vigilancia no presentaren el acuerdo de redistribución dentro del plazo contemplado en el inciso tercero o no diesen cumplimiento a lo indicado precedentemente, el Servicio podrá ordenar el cumplimiento de esas medidas o podrá disponer la suspensión de sus atribuciones, como también los seccionamientos de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez, para realizar directamente la redistribución de las aguas superficiales y/o subterráneas disponibles en la fuente, con cargo a las Juntas de Vigilancia respectivas.

⁶⁰ El nuevo inc. 6° propuesto señala: “Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección General de Aguas podrá autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas destinadas con preferencia a los usos de la función de subsistencia y la ejecución de las obras en los cauces necesarias para ello desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas, sin sujeción a las normas establecidas en el título I del libro segundo y sin la limitación del caudal

c) Eliminación de indemnización a los afectados: Una propuesta interesante de la reforma, es el eliminar la posibilidad de indemnizaciones por quienes recibieren una menor proporción de agua a consecuencia de la redistribución para satisfacer los usos de subsistencia, realizadas por la JdV respectiva o la DGA⁶¹.

Las propuestas discutidas en relación al artículo 314 de la IS 2014, van el sentido correcto, ya que:

i. Acaban con la noción de EES, para reemplazarla por el concepto de severa sequía. Ello se acerca a la evidencia fáctica, donde los episodios de sequía están siendo cada vez más frecuentes y prolongados. Sin embargo, sería relevante avanzar en incluir tanto los conceptos de sequía como el de escasez hídrica, para poder permitir tomar mayores medidas preventivas en caso de falta de agua.

ii. Permite un mayor diálogo entre la autoridad y las JdV a la hora de redistribuir las aguas. De este modo, se respeta la gestión de las organizaciones de usuarios, quiénes deben proponer acuerdos de redistribución. Solo en caso de que ello no se lograra, corresponde las atribuciones de la DGA.

iii. Al eliminar las indemnizaciones en caso recibir una menor proporción que pueda sufrir un titular en miras a satisfacer los usos de subsistencia, se abre una posibilidad para dar solución a un problema complejo tanto jurídica como socialmente: el alto gasto público en materia de abastecimiento de agua en camiones aljibe. Si entendemos al agua efectivamente como un bien nacional de uso público⁶², en virtud del interés nacional deben tomarse medidas de reducción temporal de derechos (como en este caso es el derecho propiedad), tal como procede en casos de excepción constitucional, cuando existan severos problemas de acceso al agua. Una interpretación en contrario incluso sería contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado chileno⁶³.

3. Propuesta contenida en Indicación Sustitutiva del 31 de enero de 2019 al Boletín N° 7543-12 (IS 2019)

El 31 de enero de 2019, el gobierno de Sebastián Piñera presentó una nueva indicación sustitutiva al proyecto comentado en el punto de ley, con una

ecológico mínimo establecido en el artículo 129 bis 1. Las autorizaciones que se otorguen en virtud de este inciso estarán vigentes mientras esté en vigor el decreto de escasez respectivo”.

⁶¹ Al respecto, la propuesta señala: “No tendrán derecho a esta indemnización quienes recibieren una menor proporción de agua a consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el inciso cuarto de este artículo”..

⁶² Art. 5 Código de Aguas.

⁶³ El año 2010, el Estado chileno suscribió la resolución ONU 64/292 que reconoce “que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”. El tema de la vinculación de los tratados internacionales sobre derechos humanos y el derecho al agua, ha sido tratado por trabajos como los de RECARBARRÉN 2016, COSTA 2016, y/o TAPIA 2014.

serie de cambios en relación con lo discutido entre los años 2014-2018. La justificación de la IS 2019 es el de proveer de herramientas “para enfrentar la creciente escasez hídrica que afecta al país, y así dar mayor seguridad y equidad en el acceso al agua”⁶⁴⁻⁶⁵. En este sentido, la IS presenta una nueva propuesta de texto del CA, tomando como referencia el texto de 1981 y no lo discutido en el período del gobierno de Michelle Bachelet.

En materia de escasez, la IS 2019 presenta indicaciones para modificar el artículo 314 que pueden ser sistematizadas del siguiente modo:

a) Presupuesto de aplicabilidad de la norma: En el inciso primero, la IS 2019 propone que la declaración de escasez cuente de manera copulativa con los requisitos de la petición y del informe técnico de la para ser solicitada al Presidente de la República. En cuanto al período de duración, se reemplaza el período máximo de seis meses no prorrogables por una fórmula más flexible determinando su vigencia en el mismo texto del Decreto, así como la revisión de la mantención del mismo⁶⁶. La IS 2019, eso sí, mantiene si el concepto de EES, eliminando el aquel acordado en la discusión del proyecto de “severa sequía”.

b) Calificación de épocas de sequía: La IS propone la creación de un Panel de Expertos en Recursos Hídricos⁶⁷ que tendrá por objetivo la recomendación de políticas y criterios técnicos a la DGA para la gestión del agua, con el fin de asegurar su sustentabilidad. Dicho Panel, propone el ejecutivo, deberá revisar las calificaciones de EES que proponga la DGA, quedando del siguiente modo la redacción del inciso 2° del artículo 314: “[I]a Dirección General de Aguas someterá a la revisión del Panel de Expertos en Recursos Hídricos, previamente, los criterios objetivos para determinar mediante resolución, las épocas de sequía que revistan el carácter de extraordinarias”.

⁶⁴ Mensaje N° 369-366 que “Formula indicación sustitutiva al proyecto de ley que reforma el código de aguas (Boletín N° 7.543-12). 31 de enero de 2019, 5.

⁶⁵ La IS 2019 contempla más de 130 indicaciones, que tienen su respaldo en 9 objetivos: i. Otorgar seguridad hídrica para los distintos usos del agua; ii. Gestionar las aguas subterráneas en forma sustentable; iii. Dar prioridad al consumo humano por sobre otros usos; iv. Promover los usos no extractivos del agua y la conservación; v. Mantener la certeza jurídica para los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas; vi. Desincentivar la especulación de los derechos de agua; vii. Agilizar y simplificar la gestión de expedientes; viii. Fortalecer las organizaciones de usuarios de aguas; y ix. Fortalecer la toma de decisiones y la coordinación interministerial.

⁶⁶ En particular se reemplaza en el inciso 1° del artículo 314 la frase “por períodos máximos de seis meses, no prorrogables” por la siguiente: “. En dicho Decreto se establecerán las condiciones para la vigencia de la medida, incluido el plazo en que se revisará la mantención de la misma”.

⁶⁷ La IS propone la incorporación de unos 6 y 7 al Título III del Libro II del Código de Aguas, con el fin de dotar nueva institucionalidad en materia de aguas. En concreto, se proponen 10 artículos (293 bis al 293 undecies), que crean el Panel de Expertos en recursos hídricos, organismo asesor y consultivo de la Dirección General de Aguas; así como también una Comisión Interministerial de Recursos Hídricos, integrada por el Ministros de Obras Públicas (quien la presidirá), Agricultura, Desarrollo Social, Medio Ambiente, Minería, Energía; y Economía, Fomento y Turismo. El secretario ejecutivo de la Comisión Interministerial será el Director General de Aguas.

c) Reglas sobre redistribución: en esta materia, la IS 2019 mantiene el texto vigente en materia de redistribución por parte de la DGA a falta de acuerdo de la JdV, pero agregando que, en caso que decida decretar la redistribución y se suspendan las atribuciones de la JdV, dicha decisión deberá ser revisada por el Panel de Expertos, mediante informe técnico de la DGA que deberá contemplar análisis sobre: el modo en que se efectuará la redistribución de las aguas disponibles y los costos de ejecución de la medida; tema que será de cargo de las Juntas de Vigilancia beneficiadas con la medida⁶⁸. La disposición mantiene también la facultad extraordinaria de suspender los seccionamientos.

A su vez, un nuevo artículo 314 bis propuesto, viene a regular el contenido de los acuerdos de gestión con el que deben contar las organizaciones de usuarios que administren fuentes de aguas superficiales y/o subterráneas en caso de que sea decretada la EES, con el de reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía. Dicho acuerdo, señala la propuesta, Dicho acuerdo deberá ser remitido a la DGA, para archivo y publicación en sitio web institucional para público conocimiento.

En este mismo punto es interesante agregar que en el inciso 3° se reorganiza la atribución de autorización extracción de aguas superficiales o subterráneas desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas y sin la limitación del caudal ecológico mínimo del inciso 4°. Sin embargo, la propuesta agrega que deben privilegiarse las aguas para el consumo humano.

d) Indemnizaciones: la IS 2019, mantiene la idea de indemnizar a los titulares que reciban una menor proporción de agua a consecuencia de la redistribución que realice la DGA, a pesar de los severos problemas de acceso al agua y de la necesidad de tomar medidas urgentes para abastecer de agua potable en zonas rurales. La redacción sí se acota a los daños y perjuicios que sean consecuencia directa de la menor proporción de aguas recibida.

En suma, la IS 2019 propone actualizaciones al decreto de escasez, pero mantiene la esencia de la disposición vigente. Se destaca la flexibilidad del período de duración del Decreto, dejando de lado los seis meses no prorrogables.

Sin embargo, la IS 2019 deja lado toda la discusión que se dio en la discusión de la IS 2014 relativa a modificar la aplicación de los decretos de escasez en casos de EES, reemplazando el concepto por épocas de severa sequía. Mantener la idea de una sequía como algo extraordinario; así como la eliminación de las indemnizaciones en caso de que se reciba menos proporción de agua que la que en derecho corresponda. Ello implica desconocer la recurrencia de estos períodos fruto del cambio climático, e incluso genera una incoherencia con las mismas premisas que justifican la IS donde, se

⁶⁸ Numeral 2 del nuevo inciso 3° del artículo 314 propuesto por la IS 2019.

preocupa el ejecutivo por la persistencia de dichos episodios al señalar que: “[a]ctualmente, esta situación de escasez hídrica se evidencia, por ejemplo, en la existencia de casi 60 comunas bajo decreto de escasez -algunas desde hace varios años”⁶⁹.

Conclusión

El CA busca dotar de reglas para el aprovechamiento del agua en Chile, a fin de gestionar una correcta distribución del recurso. Con este fin, desarrolla sus normas en base a una regla general de disponibilidad. De manera excepcional, posee disposiciones aplicables ante escenario de escasez de agua: a. Normativa relativa al consumo humano; y b. Atribuciones presidenciales ante la falta de agua. Dentro de este último grupo, se enmarca el artículo 314 del CA que permite declarar zonas de escasez en épocas de extraordinaria sequía.

Dicha disposición regula una serie de temas relativos al procedimiento, el actuar del organismo público y los efectos de la declaración. En cuanto a la forma de declarar la escasez, esta es realizada por el Presidente de la República, previo informe de la DGA, que podrá declarar alguna zona del país como de escasez en “épocas de extraordinaria sequía” (EES) por un período máximo de seis meses no prorrogables. Por su parte, los usuarios tienen las atribuciones preferentes para fijar medidas extraordinarias de redistribución. Solo en caso de que no exista acuerdo entre los usuarios, podría la DGA proceder a actuar suspendiendo las atribuciones de la JdV y los seccionamientos, así como también podrá redistribuir las aguas; podrá también autorizar extracciones sin necesidad de constituir derechos y sin las limitaciones de caudal ecológico, por el período de vigencia del decreto. A pesar de que la norma entiende que es de aplicación en un período de extraordinaria sequía, el titular de derechos de aprovechamiento de aguas, que haya recibido menor proporción del agua que le correspondía durante el período de vigencia de la declaración de escasez, tiene derecho a ser indemnizado, cuando se hayan establecidos preferencias hacia algunos usuarios por sobre otros.

La Res. DGA N° 1674/2012, se encarga de establecer las EES, en base a criterios físicos, basados en condiciones hidrometeorológicas, que dependen de la disponibilidad de aguas en los cauces naturales o en caso de que exista una disminución ostensible de las fuentes de abastecimiento para consumo humano, en caso de las aguas subterráneas. El CA utiliza indistintamente los conceptos de sequía y escasez, empero no pueden ser considerados como sinónimos, siendo que los términos evocan a supuestos distintos. Mientras que la sequía, puede entenderse como un fenómeno de carácter natural, la escasez hídrica puede ser entendida como un fenómeno antrópico originado por factores como la sobreexplotación o la contaminación. Por tanto, normativa que apunte a regular medidas extraordinarias o de emergencia para

⁶⁹ Mensaje N° 369-366 que “Formula indicación sustitutiva al proyecto de ley que reforma el código de aguas (boletín N° 7.543-12). 31 de enero de 2019, 3.

hacer frente a la escasez hídrica, debe también contemplar los factores antropológicos que afectan a la carestía de agua.

En relación con el concepto de EES, el artículo 314 entiende que existen períodos de sequía tanto ordinarios como extraordinarios, aplicándose solo para estos últimos la declaración de escasez. Sin embargo, la forma en que se ha presentado y efectos derivados de la sequía, durante los últimos años, en nuestro país, no permiten seguir entendiendo dichos episodios como extraordinarios. En este sentido, es necesario plantear las hoy consideradas sequías extraordinarias o ESS, más bien como períodos recurrentes y prolongados, que están teniendo una afectación directa en abastecimiento de agua para consumo humano, que se ha traducido en efectos nocivos, como un alto gasto público en el arriendo de camiones aljibe. De este modo, la escasez hídrica debe dejar de ver como un problema coyuntural, pasando a uno de carácter estructural.

El PL Boletín N° 7543-12, que busca reformar el CA, presenta indicaciones que buscan reformar el artículo 314. En el presente trabajo, se analizaron las propuestas de la IS 2014 y la IS 2019, las que tienen visiones contrapuestas sobre cómo tratar la escasez hídrica en los aspectos del presupuesto de aplicabilidad y las indemnizaciones. Por una parte, la IS 2014, propone cambios sustanciales al precepto como reemplazar la condición de EES a una "situación de sequía severa", así como terminar con las indemnizaciones en caso de que se reciba menor proporción de agua; mientras la IS propone mantener el concepto de EES y no alterar mayormente el aspecto indemnizatorio vigente, a pesar que el escenario hídrico actual no puede medirse bajo los mismo parámetros que el del año 1981.

Independiente que visión termine primando en la reforma al CA, es menester que la propuesta que apruebe el Congreso contemple la mayor recurrencia y prolongación de los períodos de escasez en nuestro país; así como que se pueda avanzar en distinguir los conceptos de escasez hídrica y sequía, en miras de generar una regulación avanzada, que contemple tanto consideraciones hidrometeorológicas como factores antrópicos.

Bibliografía citada

- ARELLANO, Alberto (2017). *El negocio de la sequía: el puñado de empresas de camiones, aljibe que se reparte \$92 mil millones*. Disponible en: <https://ciperchile.cl/2017/03/21/el-negocio-de-la-sequia-el-punado-de-empresas-de-camiones-aljibe-que-se-reparte-92-mil-millones/> [fecha de consulta: 10 de enero de 2019].
- CENTRO DE CIENCIA DEL CLIMA Y LA RESILIENCIA (CR)2 (2015). *La megasequía 2010-2015: Una lección para el futuro*. Disponible en: <http://www.forestal.uach.cl/manejador/recursos/2015informe-a-la-nacinla-megasequia-2010-2015una-leccion-para-el-futuro-1.pdf> [fecha de consulta: 10 de enero de 2019].
- COSTA CORDELLA, Ezio (2016). Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación de las aguas en Chile. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 N° 1, 335-354.
- COOPERATIVA (2018). *Escasez de Agua afecta a 61 comunas del país*. Disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/servicios-basicos/agua/escasez-de-agua-afecta-a-61-comunas-del-pais/2018-02-02/070846.html> [fecha de consulta: 10 de enero de 2019].

- LA TERCERA (2014). *Vivir sin agua potable en Chile, la realidad de más de 400 mil personas*. Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/vivir-sin-agua-potable-en-chile-la-realidad-de-mas-de-400-mil-personas/> [fecha de consulta: 10 de enero de 2019].
- EL MERCURIO ONLINE (2017). *Revelan que 1,5 millones de chilenos viven sin tratamiento de aguas servidas y 500 mil sin agua potable*. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/05/29/860377/Revelan-que-15-millones-de-chilenos-viven-sin-tratar-sus-aguas-servidas-y-500-mil-sin-agua-potable.html>.
- FRAGKOU, María Cristina y McEVOY, Jamie (2016). Trust matters: Why argumenting water supplies via desalination may not overcome perceptual water scarcity. *Desalination*, N° 397, 1-8.
- MARTIN, Liber (2018). La emergencia en el derecho de aguas. *Actas de las I Jornadas del Régimen Jurídico de las Aguas*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 125-146.
- MARTIN, Liber y PINTO, Mauricio (2015). Escasez extraordinaria y derecho de aguas. *Revista de Derecho Administrativo Económico N° 20*, 147-164.
- METHA, Lyla (2007). Whose scarcity? Whose property? The case of water in western India. *Land Use Policy N° 24*, 654-663.
- MISHRA, Ashok K. y SINGH, Vijay P. (2010). A review of drought concepts. *Journal of Hydrology N° 391*, 202-216.
- MUÑOZ ESCUDERO, Gonzalo (2011). *Declaración de Zona de Escasez y sus efectos*. VERGARA BLANCO, Alejandro [director], Código de Aguas Comentado. Santiago: AbeledoPerrot. T.I, 1139-1147.
- OBANDO CAMINO, Iván y ALLESCH PEÑAILLO, Johann (2014). La responsabilidad civil extracontractual del Estado administrador por la redistribución de las aguas en caso de extraordinaria escasez o sequía. *Actas de Derecho de Aguas N° 4*, 65-79.
- ORGANIZACIÓN METEOROLÓGICA MUNDIAL (1990). *Función de la Organización Meteorológica Mundial en el Decenio Internacional para la Reducción de los Desastres Naturales*. Ginebra, OMM, 32.
- PADILLA CALDERÓN, Esther (2012). La construcción social de la escasez de agua. Una perspectiva teórica anclada en la construcción territorial. *Revista Región y sociedad N° 3 especial*, 91-116.
- RECARBARREN SANTIBAÑEZ, Oscar (2016). El Derecho de Aguas Chileno desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente. *Revista Justicia Ambiental Año VIII N° 8*, 109-138.
- ROJAS CALDERÓN, Christian (2003). La distribución de las aguas por las Juntas de Vigilancia. *Revista de Derecho Administrativo N° 2*, 317-326.
- ROJAS CALDERÓN, Christian (2012). La distribución y redistribución de las aguas en épocas de escasez: Actividad interventora de la Dirección General de Aguas. Conflictividad administrativa y judicial. *Actas de Derecho de Aguas N° 2*, 223-240.
- SCHMIDT, Guido y BENÍTEZ-SANZ, Carlos (2013). *How to distinguish water scarcity and drought in EU water policy?*. Disponible en: <http://www.globalwaterforum.org/2013/08/26/how-to-distinguish-water-scarcity-and-drought-in-eu-water-policy/> [fecha de consulta: 14 de enero de 2019].
- SWYNGEDOUW, Erik (2009). The Political Economy and Political Ecology of the Hydro-Social Cycle. *UCOWR Journal of Contemporary Water Research & Education*, N° 142, 56-90.
- TAPIA VALENCIA, Felipe (2014). Tratamiento del Derecho Humano de Acceso al agua en el ordenamiento jurídico e institucional chileno. *Actas de las VII Jornadas de Derecho ambiental*. Santiago: Universidad de Chile - Thompson Reuters Santiago, 305-332.
- TAPIA VALENCIA, Felipe (2018). Situación del acceso al agua en zonas rurales y principales conflictos derivados. *Actas de las I Jornadas del Régimen Jurídico de las Aguas*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 49-67.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1999). El derecho de la sequía: la redistribución de las aguas. *Revista de Derecho Administrativo Vol. I, N° 2*, 361-370.

Normativa citada

- D.F.L. N° 1.122, fija texto de Código de Aguas. Diario Oficial, 29 octubre 1981.
- D.F.L. N° 1-19653, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de bases generales de la administración del Estado. Diario Oficial, 10 febrero 2001.
- Decreto N° 100, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial, 22 septiembre 2005.
- Decreto N° 19, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que Faculta a los ministros de Estado para firmar "por orden del Presidente de la República". Diario Oficial, 10 febrero 2001.
- Decreto N° 18, del Ministerio de Obras Públicas que Declara zona de escasez hídrica a la cuenca del Río Laja. Región del Bío-Bío. 8 enero 2018.
- Decreto N° 89, del Ministerio de Obras Públicas, que Declara zona de escasez hídrica a las comunas de La Higuera, La Serena, Coquimbo, Paihuano, Vicuña, Río Hurtado, Monte Patria, Ovalle, Punitaqui, entre otras. Región de Coquimbo. 3 mayo 2018.
- Decreto N° 95, del Ministerio de Obras Públicas que Declara zona de escasez hídrica a la provincia de Curicó, y a las comunas de Curepto, Constitución, Maule, Pelarco, entre otras. Región del Maule. 5 junio 2018.
- Decreto N° 112, del Ministerio de Obras Públicas que Declara zona de escasez hídrica a la comuna de Tiltill, provincia de Chacabuco, Región Metropolitana. 5 julio 2018.
- Decreto N° 114, del Ministerio de Obras Públicas que Declara zona de escasez hídrica a las comunas de Petorca, Cabildo, La Ligua, Zapallar y Papudo, provincia de Petorca, Región Valparaíso. 6 julio 2018.
- Decreto N° 125, del Ministerio de Obras Públicas que Declara zona de escasez hídrica a la comuna de Colina, Provincia de Chacabuco. 14 agosto 2018.
- Decreto N° 126, del Ministerio de Obras Públicas que Declara zona de escasez hídrica a las provincias de Los Andes, San Felipe, Quillota y Marga-Marga. Región de Valparaíso. 29 agosto 2018.
- Resolución N° 1674, de la Dirección General de Aguas, deja sin efecto resolución DGA N° 39, de 1984, y establece nuevos criterios para calificar épocas de extraordinaria sequía. 12 de junio de 2012.
- Resolución A/RES/64/292, de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el derecho humano al agua y el saneamiento. 28 julio 2010.

Restauración de ríos y cuencas en Chile: diagnóstico y desafíos

River and watersheds restoration in Chile: diagnosis and challenges

Jorge Ignacio García Nielsen*

La restauración de ríos y cuencas pareciera haber quedado en el olvido en la literatura nacional. Prácticamente son inexistentes los artículos especializados en la materia, tanto desde un punto de vista técnico como legal. Mediante el presente trabajo, queremos mostrar un diagnóstico general del estado del arte en cuanto a restauración de ríos y cuencas se refiere, explicando para ello una serie de conceptos básicos necesarios para el adecuado entendimiento de dicha disciplina y su relevancia. Luego, mostraremos brevemente el marco europeo, para utilizarlo como punto de partida y de comparación del análisis que posteriormente realizaremos de la situación nacional actual. Para ello, nos enfocaremos en las principales políticas y legislación aplicable a la restauración de ríos, especialmente en cuanto a caudales ecológicos y normas de calidad se refiere, fijando así algunas de sus principales deficiencias

River restoration seems to have been forgotten in the national literature. Practically nonexistent articles specialized in the matter, both from a technical and legal point of view. Through this work, we want to show a general diagnosis of the state of the art regarding river restoration, explaining a series of basic concepts necessary for the proper understanding of such discipline and its relevance. Then, we will briefly show the European framework, to use it as a starting and comparative point to the analysis that we will subsequently make of the current national situation. For this, we will focus on the main policies and legislation applicable to the restoration of rivers, especially in terms of ecological flows and quality standards, setting out some of its main deficiencies and challenges. To deal with them, we will show the need to have a new restorative perspective, which allows us to move towards a real

RESUMEN / ABSTRACT

* Abogado. Candidato a Máster en Ciencias Ambientales, Universität zu Köln, Alemania. Máster en Derecho de los Sectores Regulados, Universidad Carlos III de Madrid, España. Postítulo en Evaluación Ambiental de Proyectos y Derecho Ambiental, Universidad Finis Terrae. Diplomado en Derecho de los Recursos Naturales y Energía, Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Derecho, Minors en Ecología y Psicología Social, de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Socio en Oyarzún García Abogados, Santiago de Chile. Correo electrónico: jgarcian@smail.uni-koeln.de o jngarcia@uc.cl.

Recibido el 12 de diciembre de 2018 y aprobado el 16 de abril de 2019.

y desafíos. Para hacer frente a ellos, plantearemos la necesidad de contar con una nueva perspectiva, que permita avanzar hacia una real gestión sustentable e integrada del recurso hídrico, protegiendo adecuadamente nuestras fuentes de agua y, en particular, nuestros ríos.

Palabras clave: Restauración, protección, ríos, ecosistemas fluviales, cuerpos de agua, perspectiva ecológica.

sustainable and integrated management of water resources, adequately protecting our water bodies, and in particular, our river ecosystems.

Keywords: Restoration, protection, rivers, fluvial ecosystems, water bodies, ecological perspective.

Introducción

La restauración de ríos es una rama neurálgica de la restauración ecológica, siendo especialmente desarrollada en EE.UU., Australia y Europa. Sin embargo, a nivel latinoamericano, son muy pocos los casos y proyectos que se conocen cuyo objetivo principal sea la restauración de ríos¹. Chile no es la excepción. Lo anterior, a pesar del alto grado de degradación de ríos a nivel nacional.

En la literatura científica nacional, no hay (podemos aventurar) ningún artículo o proyecto referido directamente a la restauración de ríos y/o cuencas. Si solo consideramos elementos o componentes parciales y/o relacionados al mismo, podemos encontrar artículos referidos a la restauración de vegetación ribereña², o proyectos de restauración de humedales (Ej.: Humedal Río Cruces, Angachilla, y Cahuil)³. Sin embargo, como veremos, dichos aspectos son más bien una parte de la restauración de ríos y cuencas en general. Dado ello, y puesto que sobre dichas formas de restauración, el desarrollo a nivel nacional es mayor, no ahondaremos mayormente sobre los mismos.

Dentro del escenario nacional e internacional antes comentado, en Chile no han existido mayores esfuerzos privados o públicos, dirigidos directamente a restaurar ríos en mal estado ecológico. Adicionalmente, no hay una

¹ Por ejemplo, en el European Centre for River Restoration (www.ecrr.org), solo se encuentran disponibles 2 proyectos de restauración de ríos a nivel latinoamericano. Uno en Argentina, y otro en Brasil. Lo anterior puede visualizarse en https://restorerivers.eu/wiki/index.php?title=Main_Page.

² Un buen ejemplo, bastante completo, en ROMERO SOTO F., COZANO M., GANGAS FUENTEALBA R, y NAULIN GYSLING P. (2014): Zonas ribereñas: protección, restauración, y contexto legal en Chile. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/120247>

³ Es clara la relevancia a nivel nacional de este tipo de cuerpos de aguas. En efecto, el mismo Ministerio de Medio Ambiente cuenta con una página web dedica a ellos, dentro de la cual, si bien también se mencionan los ríos y lagos, los únicos cuerpos de agua respecto de los cuales se mencionan acciones de restauración, son justamente los humedales. Lo anterior es de tal envergadura, que la definición que se entrega en dicha web para la restauración ecológica, se refiere única y exclusivamente a los humedales, cuando en realidad, contiene elementos aplicables a la restauración de cualquier tipo de cuerpo de agua. Para todo, ver <https://humedaleschile.mma.gob.cl/restauracion/>.

regulación especial que englobe y aborde de manera holística y coherente, las distintas cuestiones necesarias a la hora de diseñar e implementar planes, programas o proyectos de restauración de ríos y cuencas.

Por su parte, el marco jurídico actual adolece de serias falencias bajo la perspectiva ecológica de restauración de ríos. Ni la regulación de caudales ecológicos hoy vigentes, ni las pocas normas de calidad publicadas, con la aún menor cantidad de Planes de Vigilancia implementados y la completa inexistencia de Planes de Descontaminación, permiten sentar las bases adecuadas para promover y fomentar la restauración (y protección) de ecosistemas fluviales.

A continuación, expondremos algunos conceptos claves necesarios para entender el alcance y principios de la restauración de ríos, así como la relevancia y utilidad de la misma. Luego, mostraremos brevemente como punto de comparación el marco regulatorio europeo. Terminaremos analizando someramente el marco jurídico chileno actual, detectando algunos de sus principales problemas y desafíos. Pretendemos concluir con algunas reflexiones sobre la dirección que debiesen tomar los esfuerzos técnicos y regulatorios para lograr un mejor estado ecológico de nuestros ríos y cuencas.

I. Restauración de ríos

1. Contexto y definiciones

La restauración de ríos se ha convertido en una creciente industria principalmente en EEUU, Europa y Australia durante el siglo XXI, con un estimado de \$1 billón de dólares gastados anualmente solo en EEUU⁴.

El contexto antes señalado, ha llevado a la necesidad de generar nuevas técnicas y guías que permitan determinar de mejor manera las condiciones naturales dinámicas de ríos y cuencas. Algunos han denominado a lo anterior, "pensamiento fluvial"⁵.

Como primera aproximación, vale la pena aclarar que cualquier definición de restauración de ríos, debiese considerar al menos los siguientes elementos: (i) Restaurar procesos ecológicos y condiciones naturales; (ii) Mejorar los hábitats acuáticos y la resiliencia de los sistemas fluviales; (iii) Proveer un marco para un uso multifuncional sustentable de los ríos; y (iv) Contribuir a una gestión sustentable del agua.

Dicho lo anterior, debemos aclarar desde ya que, para los efectos de este artículo, entendemos restauración como toda aquella gama de actividades que va desde la creación de nuevos hábitats, a la mitigación de pérdida de los mismos, hasta la completa reparación de procesos y funciones ecosistémicas. Por ende, el concepto de restauración lo usamos indistintamente

⁴ RONI y BECCHIE 2013, 4.

⁵ GARCÍA 2015, 10.

para los términos de remediación, rehabilitación, mejoramiento, renovación, creación, restauración total o parcial, o restauración activa o pasiva⁶. Hay, en la base de todos los conceptos anteriormente mencionados, el objetivo general de mejorar el estado (ecológico) de un determinado ecosistema, en este caso, fluvial.

Por último, cabría precisar que la protección de hábitats, si bien no es típicamente incluido dentro de la definición de restauración, es una estrategia crítica de conservación y restauración de cuencas⁷. Ello, ya que la protección de hábitats se configura en muchos casos como un tipo de restauración pasiva, que permite a los ecosistemas recuperarse con posterioridad a una perturbación.

2. Relevancia y necesidad

Los impactos antrópicos a cuencas hidrográficas empezaron bien antes de la historia registrada (incluso con anterioridad a 1000 A.C.)⁸. Lo anterior ha cobrado tal relevancia, que ya se ha comenzado a usar la terminología de "Ríos del Antropoceno"⁹, de modo de recalcar el rol de las actividades humanas, en la reconfiguración de los ecosistemas fluviales, a través, por ejemplo, de décadas de alteración mediante la construcción de represas.

Lo anterior, constituye uno de los principales desafíos para la restauración ecológica, principalmente para la de ríos, al tratarse ya de ecosistemas profundamente alterados, configurándose así, como verdaderos "ecosistemas novedosos"¹⁰.

Dicho concepto queda bien expuesto de la siguiente manera. El World Water Council, estimó el año 2000, que más de la mitad de los ríos del mundo estaban contaminados o en riesgo de secarse por completo, y menos del 20% de las aguas frescas del mundo podían ser consideradas prístinas. Adicionalmente, 80% del abastecimiento de agua para consumo humano está amenazado por perturbaciones de cuencas, contaminación, y otros factores.

⁶ La restauración activa se refiere a esfuerzos realizados en terreno para restaurar o mejorar las condiciones de un determinado ecosistema. La pasiva en cambio, consiste en regulaciones, leyes, prácticas de uso de suelo, y otras formas de eliminación o prevención de perturbaciones o impactos, permitiendo así la recuperación del medio ambiente (RONI Y BECCHIE 2013, 2). Un buen ejemplo de este último tipo de restauración lo constituye, en nuestra opinión, el Plan de Saneamiento de Aguas Andinas contenido en el proyecto "Mapocho Urbano Limpio" del año 2006, el cual puede encontrarse en la plataforma digital del Servicio de Evaluación Ambiental (www.sea.gob.cl), y cuyos buenos resultados se han reportado ampliamente durante el año 2018 en distintos artículos de prensa.

⁷ RONI Y BECCHIE 2013, 2.

⁸ WILLIAMS 2001, 31

⁹ A propósito del término "Antropoceno", acuñado por Paul Crutzen y Eugene Stoermer, en su artículo denominado "Antropoceno", publicado el año 2000 en el newsletter de la International Geosphere-Biosphere Programme. Sobre el concepto "Ríos del Antropoceno" y sus implicancias, ver libro "*Rivers of the Anthropocene*" disponible en: <https://www.ucpress.edu/book/9780520295025/rivers-of-the-anthropocene>.

¹⁰ HOBBS 2011, 442.

La tasa de extinción de especies al 2004, se estimó en más de 100-1000 veces que la tasa prehistórica. Es más, la tasa de extinción de fauna de agua dulce, se piensa que sería 4 o 5 veces mayor a la de especies terrestres, y la pérdida y degradación de hábitat sería la causa primaria de tales extinciones¹¹. Por ende, la degradación de ríos y cuencas por actividades humanas, han vuelto la restauración de las mismas, un elemento crítico y central alrededor del mundo.

La situación en Chile no es diferente. Al respecto, la Estrategia Nacional de Biodiversidad 2017-2030 (o ENB), realiza un descarnado análisis de los ecosistemas acuáticos continentales e insulares. Es así como, destacando la fragilidad y alta vulnerabilidad, indica que a nivel país, las categorías de peor condición trófica (eutrofia e hipertrofia) está presente en la mayoría de las regiones, con cierta tendencia a concentrarse en la zona central (especialmente Coquimbo y el Maule), lo que es de suma relevancia dado que los procesos de eutrofización son unidireccionales e irreversibles. Asimismo, destaca que se han secado gran cantidad de vegas, bofedales, turberas y secciones de cauces, principalmente desde el Maule hacia el norte. Por último, destaca la contaminación de ríos y lagos, especialmente, a través, de la introducción masiva realizada durante el siglo XIX, de especies exóticas, comprometiendo seriamente la existencia de las especies acuáticas nativas.

Visto de otra manera, la relevancia de presiones e impactos de la actividad humana sobre los ecosistemas, en este caso fluviales, ha llevado a algunos a reclamar una nueva aproximación hacia la restauración ecológica, denominada "ecología de la intervención"¹², justamente debido a magnitud de las alteraciones y a la falta de una línea de base ecológica clara y previamente conocida, hacia la cual dirigir los objetivos de restauración.

Dicho lo anterior, debemos destacar también la relación de la restauración de ríos (y cuencas), en cuanto técnica o solución basada en la naturaleza, con algunos efectos positivos sobre otras cuestiones distintas a las ya anotadas, como son¹³: (a) Reducción del riesgo y consecuencias de inundaciones; y (b) Mejora de servicios ecosistémicos, tales como: (i) Biodiversidad; (ii) Mejoría de calidad de agua y restauración de procesos sedimentarios naturales; (iii) Restauración de morfología de cauces; (iv) Instrumento para la adaptación al cambio climático a través de ecosistemas más resilientes y secuestro de carbón; (v) Beneficios económicos y sociales (a través de la entrega de oportunidades recreacionales y valores estéticos, o incluso mediante la creación de nuevos puestos de trabajo); (vi) Beneficios para la producción agrícola (mediante medidas que mejoren la estructura del suelo).

¹¹ RONI Y BEECHIE 2013, 4.

¹² HOBBS 2009, 599.

¹³ FORBES 2016, 63.

3. Conceptos claves

A continuación, pretendemos explicar sucintamente, algunos conceptos claves a la hora de entender adecuadamente el alcance de la restauración de ríos.

a) *Ecosistemas degradados*

En las ciencias de la restauración ecológica, no se habla tanto de daño ambiental, sino más bien de ecosistemas degradados, indicando siempre algún grado de desviación del estado normal o deseado de un ecosistema que se presume intacto. En tal sentido, el concepto de degradación se refiere a cambios sutiles o graduales que reducen la integridad ecológica y salud de un ecosistema¹⁴.

En consecuencia, la degradación de ecosistemas podría definirse como cualquier proceso o actividad que remueve o disminuye la viabilidad de procesos ecosistémicos y servicios ambientales.

En cualquier caso, la degradación de ecosistemas particulares debe ser evaluada considerando sus características específicas, como son: (i) composición (especies presentes y abundancia relativa); (ii) estructura (ordenación vertical de la vegetación y suelo), patrones (arreglo horizontal de los componentes del sistema); (iii) heterogeneidad (que implica variables complejas de la composición y patrones); (iv) funciones (rendimiento de los procesos ecológicos básicos como transferencias de agua, energía, y nutrientes); (v) interacciones entre especies, y dinámicas y resiliencia (procesos de sucesión y transición, y recuperación de perturbaciones)¹⁵.

Dado lo anterior, pareciera que el término ecosistema degradado no es exactamente lo mismo que medio ambiente dañado, ya que el primero pareciera ser más amplio que el segundo. En efecto, y en estricto rigor, la definición otorgada en el art. 2 letra e) de la Ley N° 19.300, solo se refiere a la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, pero no a la funcionalidad del ecosistema, renovabilidad de sus recursos, o servicios ambientales.

Sin embargo, al definirse el concepto de medio ambiente por el artículo 2 letra II) de la Ley N° 19.300, se utilizan dos conceptos claves que nos pueden servir para extender la definición de daño ambiental, equiparándose en gran medida al concepto de ecosistema degradado aquí utilizado. Dichos conceptos son "sistema global" y "sus interacciones". En efecto, con base en dichos términos, podemos entender incluidos no solo los procesos ecológicos esenciales¹⁶, sino que también los servicios ambientales que dicho medio o componente ambiental prestaba¹⁷. Lo anterior, constituiría una inter-

¹⁴ PLESNIK 2011, 3.

¹⁵ PLESNIK 2011, 5.

¹⁶ FERNÁNDEZ 2013, 27-28.

¹⁷ FEMENÍAS 2017, 270.

pretación amplia y extensiva, constituyendo para efectos de restauración, una ventaja más que un problema¹⁸.

Sin embargo, un importante obstáculo para lograr lo anteriormente señalado, es el requisito de significancia que requieren el daño ambiental en el marco jurídico actual. Ello, por cuanto la degradación de un ecosistema puede, o no, coincidir con dicha significancia. A lo anterior, se agrega que el daño ambiental en su configuración actual, requiere de una serie de otros requisitos, que para efectos de la regulación de ecosistemas degradados, son inconvenientes, al reducirse tremendamente su ámbito de acción. Sobre ello, profundizaremos más adelante.

b) Restauración a nivel de cuencas hidrográficas y restauración basada en procesos

Una segunda aclaración, para entender adecuadamente los alcances de una regulación de restauración de ríos, es que para su efectivo diseño e implementación, se requiere entender previamente cómo los procesos a nivel de cuenca hidrográfica dirigen la estructura y funciones de ecosistemas fluviales, y como esos procesos sustentan una variedad de servicios ecosistémicos.

Entendemos el concepto de “procesos a nivel de cuencas”, como aquellos movimientos de componentes del paisaje hacia (o a través) de ecosistemas fluviales. Por ende, no debe restringirse el concepto a solo procesos geomorfológicos o hidrológicos, sino que implica un amplio abanico que incluye la erosión o transporte de sedimentos, acumulaciones (y canales) de agua (por ejemplo, lagos o lagunas y humedales), crecimiento de plantas y procesos de sucesión, entrega de nutrientes y materia orgánica, entradas de energía térmica, interacciones tróficas, interacciones entre especies, y dinámicas poblaciones¹⁹.

Lo que pretende la restauración de ríos basada en procesos, es restablecer las tasas y magnitudes normales de los procesos físicos, químicos y biológicos que crean y sustentan el ecosistema fluvial. Para ello, debe enfocarse en corregir las disrupciones antropogénicas que conducen los procesos, permitiendo así la recuperación de los hábitats y la biota.

Además, cabe aclarar que, al utilizar el concepto de ecosistema fluvial, estamos incluyendo elementos adicionales al mero río y su cauce, como es la zona de ribera (vegetación ribereña) y llanura de inundación, así como un componente subterráneo inmediato (zona hiporreica)²⁰, y posibles conexiones con aguas subterráneas más profundas. Lo anterior, ya que actualmente para entender los ecosistemas fluviales, se utiliza la aproximación denomi-

¹⁸ Como pareciera querer indicar Hernán Corral Talciani en su trabajo denominado “El sistema de evaluación de impacto ambiental y la responsabilidad civil por daño al medio ambiente”, en Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol I, N° 1 (1999), 81.

¹⁹ RONI Y BEECHIE 2013, 11.

²⁰ ELOSEGI Y SABATER 2009, 27.

nada “Hidrosistema Fluvial”, la que los conceptualiza como sistemas de 4 dimensiones: longitudinal, lateral, vertical y temporal²¹.

Ahora bien, mientras la restauración de hábitats y procesos es crítica para la recuperación de ecosistemas, la corrección de ecosistemas degradados que resultan por la falta de especies clave, introducción de especies no nativas, o la mala calidad del agua, también son muy importantes para la recuperación del ecosistema fluvial²².

Por último, cabe hacer mencionar brevemente otros dos conceptos básicos. El primero se refiere a la estructura jerárquica de las cuencas hidrográficas y ecosistemas fluviales, es decir, la jerarquización de los procesos que controlan la respuesta de poblaciones y comunidades de la biota fluvial. Los “controladores” de los niveles más altos, fijan límites a los tipos de hábitat y sus características o atributos de los ecosistemas que puedan expresarse en niveles más bajos, y los procesos de estos últimos a su vez, controlan la expresión de atributos dentro de sus límites²³.

El segundo se refiere al concepto o teoría del río continuo (RCC, por sus siglas en inglés), que señala que las variables físicas en los sistemas de ríos, desde su cabecera hasta la boca, presentan una gradiente continua de sus condiciones físicas, que impulsan las estrategias biológicas y dinámica de los ríos²⁴. Distintas críticas surgieron al concepto anterior, pese a su muy extendida utilización en la actualidad, dado que, por ejemplo, no considera la relación del río con sus zonas de inundación, presiones antrópicas como embalses, o el transporte de materiales a lo largo del mismo²⁵.

c) *Técnicas típicas de restauración de ríos*²⁶

La selección de las técnicas adecuadas para restaurar un río requiere tener muy claras las metas de restauración con objetivos específicos, y como hemos dicho, un entendimiento adecuado de los procesos a nivel de cuenca y disruptivos de las condiciones de hábitats deseadas. A continuación, se presenta una pequeña Tabla con algunas técnicas de restauración de ríos según el objetivo buscado.

²¹ FRIEMER 2004, 11.

²² RONI Y BEECHIE 2013, 11.

²³ RONI Y BEECHIE 2013, 14.

²⁴ FRIEMER 2004, 2.

²⁵ Surgiendo así nuevos conceptos como “pulso de inundación”, “discontinuidad serial”, y “espiral de nutrientes”, entre otros.

²⁶ Dado que nuestro artículo no tiene por objeto realizar un tratamiento global de la restauración de todos los tipos de cuerpos de agua existentes, no ahondaremos mayormente sobre las técnicas de restauración de, por ejemplo, lagos y acuíferos.

Tabla 1: Ejemplos de objetivos y técnicas de restauración de ríos.

Proceso o hábitat restaurado y objetivos típicos	Ejemplo de técnicas
Conectividad: reconectar corredores migratorios; permitir el transporte natural de sedimentos y nutrientes; permitir migración natural de canales.	<ul style="list-style-type: none"> • Remoción o desmantelamiento de represas o embalses. • Pasajes para peces. • Remoción o retraída de diques. • Reconexión de lagos y lagunas.
Sedimentos e hidrología: reducir o restaurar abastecimiento de sedimentos; restaurar escurrientías e hidrología; mejorar calidad de las aguas; proveer adecuados caudales para biota acuática y hábitat; reducir sedimentos y descarga desde parcelas agrícolas o ganaderas.	<ul style="list-style-type: none"> • Remoción de caminos. • Mejora de caminos urbanos (ej.: reducción de superficies impermeables). • Incremento de caudales de los ríos y/o de flujos de crecidas.
Ribera: restaurar zona de ribera, vegetación, y procesos; mejorar bancos de estabilización y condiciones en los ríos; aumento o disminución de sombra.	<ul style="list-style-type: none"> • Plantaciones de árboles y vegetación. • Disminución o remoción de especies invasivas. • Cercamiento. • Buffers ribereños y zonas de protección.

Fuente externa: Adaptado de RONI Y BEECHIE²⁷

II. Referencia al marco europeo

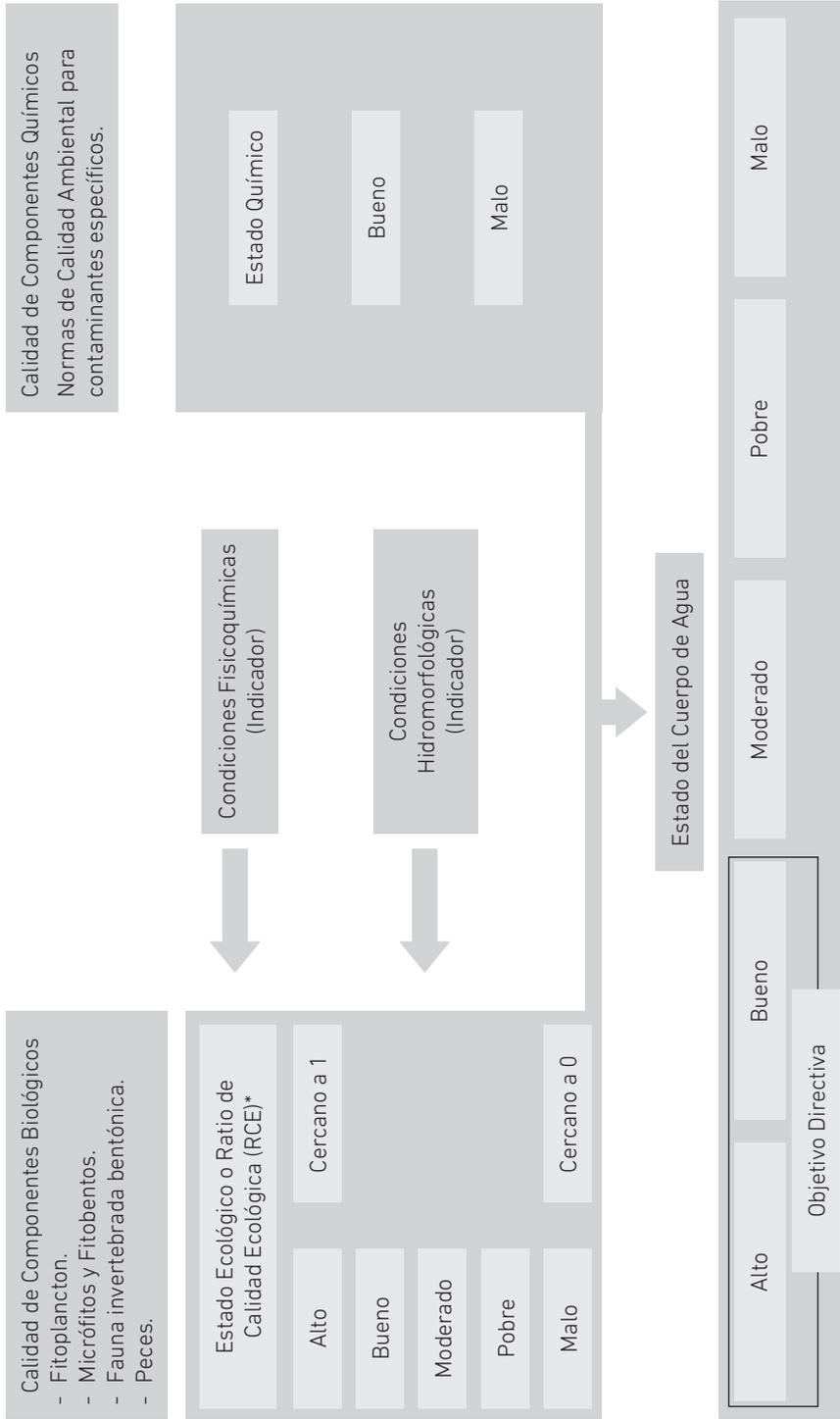
Otro elemento central a la hora de diseñar un plan de restauración de ríos es la determinación tanto de su estado actual, como de su "condición natural". Para su explicación, utilizaremos uno de los marcos regulatorios más desarrollados a la fecha, como lo es, el europeo.

No pretendemos explicar dicho marco regulatorio en profundidad, pero sí resumir esquemáticamente sus principales características, enfocándonos en aquellos que nos interesa para el objetivo del presente artículo.

A continuación, presentamos dos esquemas a modo de resumen de la Directiva Marco del Agua de la Unión Europea. En la Figura N° 1, identificamos los principales componentes de la Directiva, en cuanto a estado de cuerpos de aguas se refiere. En la Figura N° 2, hemos querido mostrar más claramente, los pasos que se deberían seguir para determinar el estado de los cuerpos de agua.

²⁷ RONI Y BEECHIE 2013, 145.

Figura 1: Elementos para determinar el estado de cuerpos de aguas según la Directiva Marco.



*RCE: Valor Biológico Observado / Valor Biológico de Referencia.

Fuente: Elaboración Propia.

La Directiva Marco del Agua, a partir de la cual se elaboró la Figura N° 1, fija diversos objetivos ambientales en su artículo cuarto, los que pueden resumirse en dos finalidades complementarias: por un lado, el “evitar todo deterioro adicional en los ríos”, y por otro, la de “mejorar y recuperar gradualmente su buen estado ecológico”. Así las cosas, la calidad ecológica de un río será mejor, cuanto más próximo se encuentre a su “estado natural”.

Para determinar dicha proximidad, se generaron dos conceptos pilares: (i) Las Condiciones de Referencia, las que no son definidas por la Directiva en su artículo 1, pero sí son mencionadas en su Anexo II, art. 1.3; (ii) Los Indicadores de Calidad, que pueden ser 1) biológicos, 2) hidromorfológicos y/o 3) fisicoquímicos. Entre los primeros, están, por ejemplo, la composición y abundancia de flora acuática, o fauna bentónica de invertebrados. Entre los segundos, encontramos que uno de los principales elementos que configuran dicho indicador es el régimen hidrológico, dentro del cual encontramos los caudales (ecológicos) e hidrodinámica del flujo de las aguas, y la conexión con masas de agua subterránea, o la continuidad del río. Entre los últimos, se encuentran las condiciones térmicas, de oxigenación, o condiciones en cuanto a nutrientes, o contaminantes específicos, respecto de los cuales se fijan estándares de calidad ambiental (*Environmental Quality Standards*, o EQS por sus siglas en inglés).

Dicho lo anterior, debemos detenernos en un concepto central en esta materia. En efecto, las “condiciones de referencia” son ampliamente usadas para determinar la calidad ecológica de un río. Son muy variados los criterios y métodos que se han propuesto y aplicado para la determinación de las condiciones de referencia, existiendo hoy en día en Europa, una priorización de métodos según tipo de información disponible²⁸:

1. Condiciones de referencia basado en espacios prístinos o con intervenciones mínimas, usando información de estaciones de monitoreo que considere la variabilidad espacio-temporal natural.

2. Condiciones de referencia basadas en modelos predictivos, que usa la “data” existente dentro de un mismo tipo de región/tipo o tomando prestada información de regiones/tipo similares, que puedan ser usados en la construcción de modelos y calibraciones. Aquí cobran importancia herramientas estadísticas, como el promedio, media, y errores. Además, estos modelos pueden ser “invertidos” para examinar probables efectos de medidas de mitigación. Sin embargo, cobra mayor relevancia el manejo de los espacios de incertidumbre que toda herramienta estadística conlleva.

3. Condiciones de referencia basadas en escalas de tiempo, usando información histórica o paleo-construcciones, o una mezcla de ambos.

4. Una combinación de los 3 métodos señalados.

²⁸ REFCOND EU 2003, 31.

5. Cuando ninguno de los mecanismos anteriores es posible, las condiciones de referencia se fijan, a través de un juicio de experto, buscando siempre evitar la subjetividad y vicios o sesgos, mediante el desarrollo, siquiera básico, de alguno de los mecanismos anteriormente señalados.

Cabe destacar, por último, que las condiciones referidas vienen a facilitar la asesoría necesaria para determinar el estado ecológico de un cuerpo de agua y, consecuentemente, de su clasificación, pero no otorgan una base con la cual aplicar medidas de restauración específicas o concretas.

La Directiva del Agua en Europa trajo muchas expectativas. Sin embargo, poco más de 15 años después de su publicación, los problemas para su adecuada implementación no son pocos. Es más, después de su primer ciclo (2009-2015), el número de cuerpos de agua que han pasado a tener un estado ecológico bueno es de solo un 10%²⁹.

Las dificultades específicas y particulares para cada país miembro a la hora de conseguir los objetivos de la Directiva son muy diversas, yendo desde la necesidad de modificar sus redes de monitoreo, mejorar la caracterización adecuada de sus cuencas, o desarrollar de manera correcta los análisis de presiones e impactos validada por un buen plan de seguimiento y vigilancia, y en la conexión de dicho análisis con un adecuado plan de medidas. A lo anterior, se suman las dificultades a la hora de entender nuevos conceptos de la Directiva como, por ejemplo, el buen estado ecológico de los cuerpos de agua, que implican ir más allá de los tradicionales parámetros fisicoquímicos³⁰. La situación descrita, no ha sido un obstáculo para continuar con los esfuerzos de restauración, sino que más bien todo lo contrario, un motivo de aprendizaje y de mejoramiento.

III. Marco legal y político chileno: algunos comentarios críticos desde la perspectiva ecológica de restauración de ríos

1. Marco legal vigente y en desarrollo

La primera pregunta que debemos realizarnos para los objetivos fijados en este artículo, es dónde podemos ubicar la restauración ecológica, en particular, la de ríos o ecosistemas fluviales dentro de nuestro marco jurídico.

Para lo anterior, debemos considerar desde ya tres características obtenidas del marco jurídico a analizar, esto es, la Ley N° 19.300, D.S. N° 40/2012 MMA, y la Ley N° 20.417:

a) Como concepto general y básico, el marco jurídico mencionado utiliza al menos dos conceptos que se vinculan con la restauración, estos son: la protección del medio ambiente, y la conservación del patrimonio ambiental. En efecto, el art. 2 letra q) de la Ley N° 19.300, al definir el concepto de

²⁹ VOULVOULIS 2017, 359.

³⁰ VOULVOULIS 2017, 361-363.

protección del medio ambiente, fija como uno de sus objetos, la mejora del medio ambiente³¹, lo que, conforme a lo expuesto, coincide con el objeto general de la restauración ecológica. Adicionalmente, el art. 2 letra b) del mismo cuerpo legal, al establecer las acciones que definen la conservación del patrimonio ambiental, incluye la reparación de este.

b) Los mencionados cuerpos legales, utilizan dos conceptos cercanos al de restauración, que son los de reparación y descontaminación.

i. En efecto, el concepto de reparación, es definido en el art. 2 letra s) de la Ley N° 19.300, circunscribiéndolo a la reposición del medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas.

Los verbos rectores de la definición legal otorgada para el concepto de reparación, descansan sobre la base de la existencia de un daño ambiental previamente ocurrido y probado. La única excepción a lo anterior, lo constituiría la causal de ingreso al SEIA establecida en el art. 3 letra o.11 del D.S N° 40/2012, ya que se diferencia claramente entre la reparación y recuperación de un área con contaminantes igual a superior a 10.000 m² y los planes de reparación a que se refiere el art. 23 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (y cuyo supuesto es la ocurrencia de un daño ambiental).

Si bien, como ya hemos visto, una interpretación amplia permitiría equiparar a nivel nacional los conceptos de ecosistema degradado y medio ambiente dañado, creemos recomendable incluir el primero expresa y claramente en el marco regulatorio actual, pues con ello, se ganará no solo en precisión y claridad, sino que también en flexibilidad y alcance, ya que en la configuración actual, pareciera quedar atada una posible restauración ecológica de un determinado ecosistema, como el fluvial, a la concurrencia de una serie de requisitos necesarios para aplicar un daño ambiental (como son, el existir un hecho dañoso preciso, un sujeto responsable en particular, y un titular legítimo para interponer la respectiva acción), limitándose de esa manera, tremendamente su ámbito de acción³², o bien, para constituir una causal de ingreso al SEIA (cuya base pareciera referirse únicamente a parámetros fisicoquímicos, al solo hablar de contaminantes).

Adicionalmente, desde el punto de vista de la restauración aquí expuesta, no procede confundirla con la denominada reparación por compensación, pues prácticamente nunca será imposible mejorar un determinado ecosistema degradado. Por ende, el descarte de objetivos de restauración dependerá de la finalidad previamente fijada. Del mismo modo, no constituye una

³¹ BERMÚDEZ 2014, 80.

³² Un ejemplo de lo anterior lo anterior sería que, el alcance de la restauración defendida aquí, podría considerar perfectamente la contaminación histórica, tal y como se define en FEMENÍAS 2017, 90.

limitación externa a la restauración la motivación económica, sino que más bien interna, pues el costo de reparación deberá ser ponderado desde un comienzo para fijar los objetivos de restauración.

ii. El término descontaminación, por otro lado, no se define, pues surge exclusivamente a propósito de la superación de normas de calidad que se hayan fijado, y de la necesidad de implementar un plan de descontaminación, el cual tiene por finalidad, justamente, recuperar los niveles señalados en las normas primarias o secundarias de calidad ambiental en una zona saturada. Adicionalmente, ellos se refieren solo a parámetros fisicoquímicos, por lo que no pueden configurarse como instrumentos restauradores globales.

Conforme lo expuesto, creemos claro que el actual marco jurídico no contiene una regulación íntegra, específica, independiente, y suficiente de la restauración ecológica de los ecosistemas fluviales y acuáticos continentales. Si bien existe una regulación más o menos ad-hoc aplicable a la restauración ecológica forestal³³, hemos visto la complejidad y particularidad que tiene la restauración de ríos y cuencas, por lo que no pueden confundirse ni asimilarse.

c) Para ejemplificar lo anterior, nos referiremos a dos instrumentos que, si bien no están configurados actualmente con objetivos directos, precisos y claros de restauración, si pueden entenderse como mecanismos de protección de ecosistemas fluviales y, por ende, servir al menos pasivamente a objetivos generales de restauración. Dichos instrumentos son los caudales ecológicos y las normas de calidad de aguas. Realizaremos, además, un breve comentario al Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas³⁴.

i. Caudal Ecológico

Tal y como ha señalado Francisco Riestra, Chile no ha sido capaz de revertir el deterioro o degradación de sus ecosistemas acuáticos de sus principales cuencas³⁵.

Una de las herramientas que se cuenta para ello, son los Caudales Ecológicos, instrumentos de protección de ríos, evitando que se sequen, disminuyan sus caudales mínimos o degrade su estado ecológico.

Sin embargo, a la fecha en Chile, dicho instrumento solo cubre algunos ámbitos de aplicación: 1) en la constitución de nuevos derechos de aprove-

³³ Con base en la Ley N° 20.283 y sus diversos reglamentos, entre ellos, el Decreto N° 82/2011 del Ministerio de Agricultura.

³⁴ Cabe mencionar, que no nos adentraremos en el ámbito e implicancias de la geomorfología fluvial (o georestauración), ya que, por su complejidad e importancia, se escapa del humilde objetivo del presente artículo. Solo quisiéramos adelantar que, pareciera no ser en lo absoluto suficiente, la actual regulación de, por ejemplo, la extracción de áridos, intervención de cauces o embalses y tranques.

³⁵ RIESTRA 2018, 114.

chamamiento de aguas y traslado de los mismos³⁶; 2) en procesos de evaluación ambiental que lo requieran; y 3) a propósito de planes de manejo del art. 42 de la Ley N° 19.300.

Como primer elemento a considerar para un adecuado entendimiento de los alcances que puede tener este instrumento, se encuentra el hecho de que el término “caudal mínimo” ha sido siendo paulatinamente reemplazado por caudal ecológico o natural, lo que implica un nuevo Paradigma denominado “del Régimen de Caudal Natural”, cobrando mayor importancia conceptos como la teoría del río continuo comentado anteriormente³⁷.

Este nuevo paradigma, que busca replicar de mejor manera la variabilidad natural de un río, coincide en alta medida con la definición de caudal ambiental, utilizada en la “Guía Metodológica para Determinar el Caudal Ambiental para Centrales Hidroeléctricas en el SEIA” del Servicio de Evaluación Ambiental (2016, 15) que expresamente diferencia el concepto de caudal ambiental del de caudal ecológico mínimo utilizado en el Código de Aguas, y del mismo modo, hace suya la definición que de caudal ambiental otorgada por la Declaración de Brisbane.

Ahora bien, independientemente de la denominación que se le entregue, lo relevante es flexibilizar al máximo posible los instrumentos que regulen los caudales ambientales o ecológicos, considerando, por ejemplo, no solo la variabilidad intra-anual sino que también inter-anual, cuyo horizonte temporal podrá determinarse caso a caso.

De otro lado, tal y como indica la Declaración Brisbane de 2007, los caudales ecológicos se debiesen establecer no solo para el otorgamiento de derechos o licencias de aguas, o procesos de evaluación de impacto ambiental, sino que también en evaluaciones ambientales estratégicas, desarrollo y certificación de infraestructuras e industrias, estrategias u ordenación de uso del suelo, uso del agua, y producción de energía. A ello se suma, la necesidad de propender a una mayor uniformidad³⁸ en el tratamiento que se realice de este tipo de instrumento en el ordenamiento jurídico considerado globalmente.

Ahora bien, los caudales ecológicos desde una perspectiva ecológica restauradora³⁹ implican una visión global del ecosistema fluvial considerando

³⁶ Sobre esto último, cabe precisar que, en nuestra opinión, si bien el traslado no constituye un nuevo derecho, y por ende, no cabe dentro del art. 129 bis 1 del Código de Aguas, la solicitud de traslado se configura como una modificación del título habilitante o concesión, ya que la posición georreferenciada del derecho de aprovechamiento, para el traslado y caudal ecológico mínimo, es un elemento de la esencia del mismo. Lo anterior, se vincula estrechamente con el concepto y requisito de disponibilidad de aguas exigido en el inciso segundo del art. 163 del Código de Aguas. Dicha postura puede entenderse ratificada por nuestra Excm. Corte Suprema, en fallos como los dictados en causa ROL: 9654/2009, sentencia de fecha 24 de mayo de 2012, o en causa ROL: 21.325/2014, sentencia de fecha 31 de marzo de 2015.

³⁷ ARTHINGTON 2012, 65 y 175.

³⁸ BOETTIGER 2013, 10.

³⁹ ARTHINGTON 2012, 176.

la jerarquía de los procesos existentes a nivel de cuencas, debiendo entonces considerarse elementos como la fragmentación de ríos y regulación de caudales por represas, para lo que el principal objetivo es el de reducir el rango o alcance de presiones antrópicas, de modo de que los hábitats fluviales y riberaños, normalmente interconectados por caudales, puedan continuar soportando tramas o redes tróficas diversas y productivas, mientras otras medidas se hacen cargo de la contaminación (calidad), y sobreexplotación de recursos⁴⁰.

En tal sentido, los caudales ecológicos imponen en ciertas ocasiones, la remoción completa de represas o embalses. Por ende, tanto el desmantelamiento de embalses existentes como la construcción de los mismos, debiese ser cuidadosamente analizada y decidida, considerando principios y técnicas de restauración de ríos. Luego así, por ejemplo, cuando la remoción de represas se torna inviable o muy difícil, la re-operación y manejo adaptativo de las mismas puede constituir una buena opción. Un ejemplo de esto último fue el caso del río Brisbane, en Australia, y a nivel nacional, el Plan Hidroeléctrico de San Pedro del año 2007⁴¹.

Una base para el mejor desarrollo de las alternativas antes mencionadas, es la confección y mejora de verdaderos planes de manejo de ríos, prácticamente inexistentes a la fecha, con base en la mantención de caudales establecido en el art. 42 letra a) de la Ley N° 19.300.

Sin embargo, a lo anteriormente indicado se agrega que, las condiciones extremas de algunas sequías que se están viviendo a nivel internacional y nacional, así como los efectos actuales y futuros del cambio climático, han hecho prácticamente imposible la aplicación de caudales ecológicos que realmente protejan los diversos cuerpos de agua, en especial, de los ríos. Es más, ya se ha comenzado a hablar de “sequía ecológica”, como un nuevo estado o nivel dentro de los tipos tradicionales de sequía hasta la fecha reconocidos (ej.: hidrológica o agrícola)⁴².

Dado lo anterior, y la envergadura de los desafíos que se avecinan, los instrumentos de determinación de caudales ecológicos debiesen conectarse con otros mecanismos que permitan proteger y recuperar ríos en mal estado ecológico. Los trasvases no debiesen ser descartados. En efecto, iniciativas basadas en motivaciones eminentemente económicas como “Reguemos Chile” (o también denominada Carretera Hídrica), podría considerar objetivos de protección y restauración ambiental. Lo mismo ocurre con el fomento y desarrollo de Plantas Desalinizadoras (Ej.: Boletín N° 9863-33 de Proyecto de Ley que empodera al Estado en materia de desalinización, o una posible Política Nacional de Plantas Desalinizadoras), que podría ser utilizado para impulsar objetivos de restauración ambiental. También se podrían crear Derechos de

⁴⁰ ARTHINGTON 2012, 178-179.

⁴¹ Riestra 2018, 113.

⁴² Crausbay 2017, 2544-2545.

Conservación de Caudales, ampliando el ámbito de aplicación del más o menos reciente Derecho Real de Conservación (Ley N° 20.930/2016). Incluso, se podría fomentar el desarrollo de medidas de eficiencia hídrica, como sería el cambio del sistema tarifario sanitario actual (volumétrico uniforme), a uno de bloques crecientes (o TBC), que refleje de mejor manera la situación de sequía o escasez hídrica⁴³. Del mismo modo, se podría seguir avanzando en el reúso de aguas residuales (no solo grises, cuya regulación quedó fijada en la Ley N° 21.075), mediante la implementación de tratamiento terciario o cuaternario, según se requiera.

En definitiva, la mantención y recuperación de caudales naturales en los ríos requiere no solo flexibilizar y conectar la regulación de los caudales ecológicos con la totalidad de la regulación existente, sino que requiere de un esfuerzo económico, técnico y regulatorio mayor y global, que permita un real manejo integrado y sustentable del recurso hídrico. Para ello, creemos que los planes de manejo de ríos se podrían erigir como buenos instrumentos para hacer frente a dichos objetivos y desafíos, cuestión ya adelantada, de algún modo, hace casi dos décadas⁴⁴.

ii. Normas de Calidad Ambiental

En el estudio confeccionado por Alejandra Vega y otros⁴⁵, se muestran muy claramente los desafíos del actual estado de calidad de aguas de nuestros ríos, entre los que se encuentran la alta salinidad y concentración de metales y metaloides en el Norte y Centro de Chile. Además, el estudio realizado por Científicos de la Basura, indica que nuestros ríos son verdaderos basureros encontrándose, por ejemplo, en el Río Loa un total de 60 unidades de basura por hora y 309 unidades de microplásticos por hora⁴⁶.

En cuanto a la regulación global de la calidad de aguas en nuestro país, se ha indicado a modo general, que la misma no cubre todos los tipos de contaminantes y solo se han fijado para ciertas actividades⁴⁷. A lo anterior, se suma (i) la necesidad de adoptar el "enfoque combinado" europeo, donde tanto las normas de emisión como las de calidad son directamente aplicables y exigibles⁴⁸; y (ii) la muy escasa producción regulatoria de la Administración Pública de normas de calidad ambiental en cuanto a cuerpos de agua se refiere, dentro de las cuales solo tres contienen objetivos de mejora de calidad de aguas, que son las de los ríos Biobío⁴⁹ y Maipo⁵⁰ (que destaca por la "no-

⁴³ DONOSO y MOLINOS-SANETA 2016, 179.

⁴⁴ DOUGNAC 2001, 390.

⁴⁵ VEGA 2018, 25-51.

⁴⁶ HONORATO-ZIMMER 2017, 17-18.

⁴⁷ MELO y PÉREZ 2018, 90.

⁴⁸ CEPAL-OCDE 2016, 117.

⁴⁹ Decreto N° 9 de 27 de noviembre de 2015, que establece normas secundarias de calidad ambiental para la protección de las aguas continentales superficiales de la cuenca del Río Biobío.

⁵⁰ Decreto N° 53 de 4 de julio de 2014, que establece normas secundarias de calidad ambiental para la protección de las aguas continentales superficiales de la cuenca del Río Maipo.

vedosa" introducción del concepto de servicios ecosistémicos), y la de los lagos Villarrica⁵¹ y Llanquihue⁵².

En cuanto a los Planes de Vigilancia Ambiental⁵³ que las Normas de Calidad necesariamente implican, su inexistencia no debiese impedir la implementación de acciones de monitoreo y vigilancia (siguiendo para ello un criterio similar al aplicado por Contraloría General de la República en Dictámenes N° 78.815/2010 y N° 41.275/2011), buscando con ello agilizar el aparato burocrático estatal, para la consecución de objetivos de prevención de impactos y sustentabilidad.

Por último, vale la pena comentar la "Guía para la Elaboración de Normas Secundarias de Calidad Ambientales en Aguas Continentales y Marinas" del Ministerio del Medio Ambiente (2017). Muy resumidamente, dicha guía nos parece un muy buen esfuerzo por mejorar la calidad regulatoria existente en cuanto a protección de ecosistemas acuáticos continentales. Sin embargo, desde la perspectiva restauradora, no contiene una metodología para determinar cuándo un cuerpo de agua se encuentra en buen o mal estado, ni cómo recuperarlo. Lo anterior es obvio, ya que dicha guía no pretende fijar bases para una restauración de aguas continentales o marinas, sino solo los pasos necesarios para determinar estándares de calidad fisicoquímicos. Sin embargo, la Guía de Programas de Vigilancia (CONAMA, 2010) incluía ya conceptos como bio-monitoreo.

Por otro lado, la misma Guía de Normas de Calidad, utiliza conceptos como área de vigilancia y área natural, pero lamentablemente no realiza un esfuerzo por fijar métodos para su determinación, más allá de las referencias espaciales, y no utiliza términos aceptados internacionalmente, como el de condiciones de referencia ya analizado.

Así las cosas, creemos que se necesita una aproximación más comprensiva e integradora. Dicha mirada la podría aportar la ciencia de la restauración ecológica de ecosistemas fluviales, incluyendo más contaminantes, más actividades, empujando hacia un mejor desarrollo regulatorio, integrando elementos biológicos, fisicoquímicos e hidromorfológicos. A lo anterior, lo podemos denominar "perspectiva ecológica restauradora".

d) Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas

El proyecto en su versión original e inicial solo establece los denominados "Planes de Restauración de Ecosistemas Degradados".

⁵¹ Decreto N° 19 de 16 de octubre de 2013, establece normas secundarias de calidad ambiental para la protección de las aguas continentales superficiales de la cuenca del Lago Villarrica.

⁵² Decreto N° 122 de 4 de junio de 2010, establece normas secundarias de calidad ambiental para la protección de las aguas continentales superficiales de la cuenca del Lago Llanquihue.

⁵³ Hoy los "Programas de Medición y Control de la Calidad Ambiental del Agua" según el art. 3 letra ñ) de la Ley N° 20.417. Ej.: Res. Ex. N° 271/2018 MMA/SMA.

Creemos necesario que el tratamiento de la restauración ecológica y, en particular, de la restauración de cuerpos de aguas, cuente con un tratamiento más particular y pormenorizado en la futura ley, pues si bien puede confeccionarse una Estrategia, nuestro marco jurídico actual contiene múltiples deficiencias, como las ya advertidas. Se debe contar con mayor claridad a nivel regulatorio, en cuanto a la institucionalidad, objetivos, criterios y estándares, procedimientos, financiamiento, monitoreo y seguimiento, técnicas e instrumentos de restauración y protección de cuerpos de agua y ecosistema acuáticos continentales, especialmente de ríos y ecosistemas fluviales. El proyecto de ley en cuestión, constituiría una buena oportunidad para ello.

2. Marco político vigente y en desarrollo

a) *Estrategia Nacional de Biodiversidad 2017-2030*

Establece como plan de acción N° 10 para el ámbito de actividades transversales, la de "restaurar ecosistemas degradados o amenazados como mecanismo de adaptación basada en servicios ecosistémicos, para atenuar los riesgos y amenazas por desastres naturales ocasionados por el cambio climático y recuperar infraestructura ecológica y sus servicios ecosistémicos". Para ello, fija 3 metas, siendo la segunda de ellas fijar, al 2020, un plan nacional de restauración de ecosistemas.

Lo anterior, viene a calzar bastante bien con los conceptos y diagnóstico introducidos en este artículo. Sin embargo, creemos imprescindible dos cosas: (i) Recalcar la muy modesta envergadura de las metas expuestas; (ii) La necesidad de una mayor diferenciación entre los tipos de ecosistemas a restaurar, debiéndose generar estrategias de restauración independientes y más específicas, ya que como hemos podido notar de los antecedentes expuestos hasta ahora, la restauración de ríos (y de cuerpos de agua en general) es por sí misma lo suficientemente compleja, como para requerir una política y regulación propia e independiente; y (iii) La necesidad de contar con acciones y metas específicas para ecosistemas acuáticos, cuestión que la ENB no contiene.

En definitiva, podemos concluir que de la ENB 2017-2030, existen antecedentes importantes como para darse cuenta de la relevancia y estado de los ecosistemas acuáticos continentales. Sin embargo, la ENB tiene importantes deficiencias cuanto a planes de acción y metas particulares de restauración de ecosistemas fluviales (y acuáticos continentales en general) se refiere.

b) *Plan de adaptación al cambio climático 2014*

Sienta las bases de lo que debería ser un futuro Plan de Adaptación al Cambio Climático de los Recursos Hídricos, inexistente hasta la fecha. Dentro de dichas bases, si bien no se utiliza expresa y claramente el concepto de restauración de ecosistemas acuáticos continentales, si se considera de modo incipiente, como línea de acción número uno, al buscar "la gestión sustentable de los recursos hídricos, que permita una adecuada protección de la cantidad y calidad de las aguas". Es dentro de dicha línea, que entendemos

que el Plan de Adaptación en cuestión, debiese considerar objetivos de restauración y protección de ríos (y cuerpos de agua en general), ya que como hemos visto, la restauración de ríos constituye un buen ejemplo y medida de adaptación al cambio climático. Sin perjuicio de lo anterior, el enfoque deberá cambiar, de considerar solo algunos elementos (cantidad y calidad), a los procesos ecosistémicos a nivel de cuenca.

IV. Breve referencia al derecho de los ríos desde la perspectiva restauradora

Frente a todo lo expuesto, podemos realizarnos algunas preguntas que permitan seguir desarrollando y reflexionando sobre esta área de las ciencias y derecho ambiental. ¿Será una mejor base para la protección y restauración de ecosistemas acuáticos continentales, en particular de los ríos, el reconocimiento de derechos propios y particulares a los mismos? ¿Podrían tener los ríos el derecho a ser restaurados? ¿Qué implicancias tendría tal reconocimiento en la práctica?

El otorgamiento de derechos a la naturaleza ha sido objeto de amplia discusión desde hace ya un buen tiempo, pero últimamente ha cobrado fuerza, por la decisión tomada en algunos países de reconocer y/u otorgar derechos a determinados ríos como, por ejemplo, en Colombia (ríos Atrato y Amazonas), Nueva Zelanda (río Whanganui), e India (río Ganges y Yamuuna).

Pareciera que aún es muy temprano como para evaluar las consecuencias prácticas de tales decisiones. La designación de guardianes de los ríos en cuestión ha sido solo el primer paso. Luego, deberá conectarse con los sistemas de manejo del río en particular, dentro del marco regulatorio de cada país, lo que ya ha planteado grandes desafíos⁵⁴.

Un puntapié inicial a nivel nacional, para comenzar la discusión al respecto, creemos que puede encontrarse en lo fallado por nuestra Excm. Corte Suprema, en Sentencia de fecha 27 de Agosto de 2018, dictada en causa Rol N° 118-2018, ya que en sus Considerandos Octavo, Noveno y Décimo, la Corte reconoce la importancia y valor ambiental del Humedal Artificial de Llantén, a pesar de no encontrarse reconocido como Humedal RAMSAR ni encontrarse en un área colocada bajo protección oficial, mediante la prohibición de drenar sus aguas al propietario del terreno en el que se encuentra emplazado, basándose para ello en la garantía del art. 19 N° 8 de la Constitución, y en el deber del Estado de proteger dichos ecosistemas.

En dicho fallo, si bien no se reconoce explícitamente derecho alguno de la naturaleza (en este caso, de los humedales), la solución acogida por la Corte se configura en la práctica, como una especie de reconocimiento implícito de derechos al Humedal Llantén, ya que termina por evitar su alteración,

⁵⁴ EVANS 2018.

a pesar de no contar con una protección jurídica formal mediante alguno de los instrumentos con que cuenta nuestro actual ordenamiento jurídico.

Conclusiones

A través del presente artículo, hemos intentado explicar algunos conceptos básicos de restauración de ríos y cuencas.

Las conclusiones son claras. Existen importantes desafíos para avanzar en la gestión integrada y sustentable de recursos hídricos, que efectivamente proteja y restaure ecosistemas fluviales y cuerpos de agua en general.

Para lograr lo anterior, hemos intentado diagnosticar el estado técnico, legal y político actual en cuanto a la restauración de ríos se refiere, planteando algunos conceptos básicos, marco de comparación, y posibles mejoras regulatorias. Esperamos en tal sentido, haber aportado con al menos un planteamiento inicial que permita enriquecer la discusión que en la actualidad existe en materia de aguas.

La degradación de nuestros cuerpos de agua y/o ecosistemas acuáticos continentales, especialmente fluviales, puede y deber ser abordada de manera específica e integral. La perspectiva ecológica aquí descrita, creemos que constituye un pilar esencial para ello. Implica fijarse como sociedad, las metas más altas de compromiso con los principios ambientales más básicos (como son los principios de prevención y contaminador-pagador) y, a partir de ahí, diseñar un marco normativo adecuado.

Lo que importa, en cualquier caso, será el resultado final. Si se siguen secando ríos o lagos, y degradando ecosistemas acuáticos continentales e insulares, de algún u otro modo, la decisión que como sociedad habremos tomado, será justamente esa. Vale entonces la pena preguntarnos, real y sinceramente, si ese es el camino que deseamos seguir y, con base en dicha respuesta, comenzar a trabajar rápidamente en soluciones concretas basadas en evidencias científicas y obtenidas de manera participativa. Un instrumento que podría servir para ello, creemos que podría encontrarse en los actuales planes de manejo de ríos Sin embargo, entendemos indispensable una regulación específica y robusta, que al menos sienta un marco jurídico especial con objetivos, instrumentos, técnicas, y criterios mínimos y claros al respecto.

Bibliografía citada

- ARTINGTON, A. (2012). *Environmental Flows, Saving Rivers in the Third Millennium*. Londres: University of California Press Ltd., 417.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2015). *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 2ª Edición. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso PUCV, 549.
- BBOETTIGER, C. (2013). Caudal ecológico o mínimo: Regulación, crítica, y desafíos. *Actas de Derecho de Aguas* N° 3 UC, 297.
- CEPAL-OCDE (2016). *Evaluaciones de desempeño ambiental: Chile*. Santiago: Naciones Unidas, 274.

- S.D. CRAUSBAY, A.R. RAMIREZ, S.L. CARTER, M.S. CROSS, K.R. HALL, D.J. BATHKE, J.L. BETANCOURT, S. COLT, A.E. CRAVENS, M.S. DALTON, J.B. DUNHAM, L.E. HAY, M.J. HAYES, J. MCEVOY, C.A. MCNUTT, M.A. MORITZ, K.H. NISLOW, N. RAHEEM, y T. SANFORD, (2017). *Defining Ecological Drought for the Twenty First Century*. Bull. Amer. Meteor. Soc., 98, 25432550, <https://doi.org/10.1175/BAMS-D-16-0292.1>.
- DONOSO, G. y MOLINOS-SENANTE, M. (2017). *Sistema tarifario de agua potable en Chile: una propuesta para mejorar su sostenibilidad en Propuestas para Chile Concurso Políticas Públicas 2016*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 157-182.
- DOUGNAC, F. (2001). El aprovechamiento ambiental del recurso agua en relación con los planes de manejo que establece el artículo 42 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. III, N° 2, 389-394.
- EVANS, M. (2018). *What does it mean to grant a natural feature the rights of legal personhood?* *Landscape news*. Disponible en: <https://news.globallandscapesforum.org/30175/what-does-it-mean-to-grant-a-natural-feature-the-rights-of-legal-personhood/> [fecha de consulta: 7 octubre 2018].
- FEMENÍAS, J. (2017). *La responsabilidad por daño ambiental*. Santiago: Ediciones UC, 472.
- FERNÁNDEZ BITTERLICH, P. (2013). *Manual de Derecho Ambiental Chileno*. 3ª Edición. Santiago: Legal Publishing-Thomson, 551.
- FORBES H., BALL K. y MCLAY F. (2016). *Natural Flood Management Handbook*. Stirling: Scottish Environment Protection Agency, 137.
- FREMIER, A. (2004). *Stream ecology: concepts and case study of macroinvertebrates in the Skeena River Watershed, British Columbia*. Disponible en: <https://watershed.ucdavis.edu/education/classes/skeena-river/flogs/stream-ecology-concepts-and-case-study-macroinvertebrates-skeena-river-watershed> [fecha de consulta: 2 septiembre 2018].
- GARCÍA, J.H. (2015). *Reflexiones y enfoques en la conservación y restauración de ríos: geo-restauración y pensamiento fluvial*, Biblio3W, N° XX, 1-22.
- HONORATO-ZIMMER, D. y THIEL, M. (2017). *Informe Segundo Muestreo Nacional de la Basura en los Ríos Red Nacional de Investigación Escolar Científicos de la Basura*. Coquimbo: Universidad Católica del Norte, 29.
- MELO, O. y PÉREZ, J. (2018). *Water Quality Policy*. DONOSO, G. [ed.], *Water Policy in Chile, Global Issues in Water Policy*. Cham, Springer International Publishing AG, 87-102.
- MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE (2017). *Guía/Informe para la Elaboración de Normas Secundarias de Calidad Ambientales en Aguas Continentales y Marinas*.
- REFCOND EU (2003). *Guidance Document N° 10: River and lakes - Typology, reference conditions, and classification systems*. Disponible en: http://ec.europa.eu/environment/water/waterframework/facts_figures/guidance_docs_en.html [fecha de consulta: 2 septiembre 2018].
- RIESTRA, F. (2018). *Environmental Flow Policy*. DONOSO, G. [ed.], *Water Policy in Chile, Global Issues in Water Policy*. Cham, Springer International Publishing AG, 103-115.
- RONI, P. y BECCHIE, T. (2013). *Stream and Watershed Restoration: A Guide to Restoring Riverine Processes and Habitats*. Chichester: Editorial John Wiley & Sons Ltd, 300.
- PLESNIK, J., HOSEK, M. y CONDÉ, S. (2011). *A concept of a degraded ecosystem in theory and practice - a review*. *ETC/BD report to the EEA*. Disponible en: https://bd.eionet.europa.eu/Reports/ETCBDTechnicalWorkingpapers/PDF/Concept_degraded_ecosystem_in_theory_and_practice.pdf [fecha de consulta: 2 septiembre 2018].
- VEGA, A., LIZAMA, K. y PASTÉN P. (2018). *Water Quality: Trends and Challenges*. DONOSO, G. [ed.], *Water Policy in Chile, Global Issues in Water Policy*. Cham, Springer International Publishing AG, 25-51.
- VOULVOULIS, N., ARPON, K. y GIAKOUMIS, T. (2017). *EU Water Framework Directive: From great expectations to problems with implementation*. Disponible en: <https://www.science-direct.com/science/article/pii/S004896971632157X?via%3Dihub> [fecha de consulta: 2 septiembre 2018].
- WILLIAMS, M. (2001). *The history of deforestation*. Disponible en: <https://www.historytoday.com/michael-williams/history-deforestation> [fecha de consulta: 2 septiembre 2018].

Normativa citada

- Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. Diario Oficial, 22 diciembre 2000.
- Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Diario Oficial, 9 marzo 1994.
- Decreto N° 40 Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Diario Oficial, 12 agosto 2013.
- Ley N° 20.417, que fija la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Diario Oficial, 26 enero 2010.
- Estrategia Nacional de Biodiversidad 2017-2030.
- Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático. Aprobado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático el 1 de diciembre de 2014.
- Proyecto Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. Boletín N° 9404-12.
- Proyecto de Ley que otorga al Estado facultades para fomentar y desarrollar Plantas de Desalinización. Boletín N° 9863-33.

Jurisprudencia citada

- Dictamen N° 78.815 (2010): Contraloría General de la República, fecha 28 de diciembre de 2010.
- Dictamen N° 41.275 (2011): Contraloría General de la República, fecha 1 de julio de 2011.
- Sociedad Educacional Winkler Contreras Ltda./Servicio de Vivienda y Urbanización Región de los Lagos (2018): Corte Suprema, Sentencia de fecha 27 de agosto de 2018.
- Sergio Menichetti Cuevas contra Dirección General de Aguas (2009): Corte Suprema, Sentencia de fecha 24 de mayo de 2012.
- Agrícola Ganadera y Forestal Las Cruces S.A. contra Dirección General de Aguas (2014): Corte Suprema, Sentencia de fecha 31 de marzo de 2015.

Función pública: entre la *laboralización* y la *deslaborización*. Comentario sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.853

Public function: between the *laborization* and the *dislaborization*. Commentary on the sentence of the Constitutional Court N° 3.853

Cristian Román Cordero*

Este artículo analiza críticamente la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.853.

This article critically analyzes the sentence of the Constitutional Court N° 3.853.

Palabras clave: Función pública, *laboralización*, Tribunal Constitucional, recurso de unificación de jurisprudencia, recurso de inaplicabilidad.

Keywords: Public function, *laborization*, Constitutional Court, appeal of unification of jurisprudence, appeal of inapplicability.

Introducción

Durante la década de los años 80, mediante la Constitución (de 1980), la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado (de 1986) y la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo (de 1989), se estableció en Chile un régimen cerrado de la función pública¹, vale decir, regido por normas especiales, de Derecho Público². Con

* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Correo electrónico: croman@derecho.uchile.cl.

Una versión previa de este comentario fue publicado en Diario Constitucional (18/1/2019). Véase: ROMÁN CORDERO 2019.

Recibido el 9 de febrero y aceptado el 19 de abril de 2019.

¹ Esto puede verse en la sentencia en comento, en sus considerandos 3° a 8°.

² Hacemos esta prevención pues, tal como destaca Eliana Carrasco, durante la vigencia de la Constitución de 1925, no obstante su referencia expresa al Estatuto Administrativo, el Legislador optó ampliamente por someter la función pública al Código del Trabajo. El

todo, en los últimos decenios hemos experimentado la aplicación a su respecto, en mayor o menor grado, de normas del Código del Trabajo, esto es, lo que se ha venido en denominar *laboralización* de la función pública³.

Dicha *laboralización* de la función pública ha tenido lugar: (a).- a través de la ley, cuando se ha verificado por disposición legal expresa, ya sea respecto de algunas materias específicas (por ejemplo, las normas de protección a la maternidad⁴) o respecto del personal de algunos órganos de la Administración (por ejemplo, el Consejo para la Transparencia⁵); y (b).- a través de la jurisprudencia, cuando se ha verificado por sentencia judicial, muy especialmente a partir de lo dispuesto en el artículo 1º, inciso 3º, del Código del Trabajo, que precisa que los funcionarios de la Administración del Estado “se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos”.

Esta última forma de *laboralización* de la función pública ha favorecido muy especialmente a los servidores públicos a contrata y a honorarios, y en particular a quienes hallándose aparentemente en tales categorías, exceden lo previsto al efecto por la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo⁷ (por ejemplo, los servidores públicos a honorarios que realizan funciones permanentes del Servicio, bajo subordinación y dependencia, y durante un extenso período de tiempo -en razón de sucesivas renovaciones-); los cuales, paradójicamente, constituyen la regla general de los servidores públicos de la Administración, en tanto que los funcionarios de carrera, la excepción⁸. Por todo ello los efectos de esta forma de *laboralización* de la función pública son particularmente relevantes tanto para la organización administrativa como para el erario público (piénsese, por ejemplo, que de esta manera judicialmente pueden ordenarse reincorporaciones o bien condenar a la Administración al pago de indemnizaciones).

En este contexto, el pasado 6 de diciembre de 2018, el Tribunal Constitucional dictó la sentencia Rol N° 3.853, que declaró inaplicable los artículos 1º, inciso 3º, y 485¹⁰ del Código del Trabajo (referidos, respectivamente, a la

caso más paradigmático al respecto fue, sin duda, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, pues en la década de los 60 su personal se rigió íntegramente por el Código del Trabajo. Véase: CARRASCO CARRASCO 1968.

³ Al respecto véanse, entre otros: GUERRERO PÉREZ, 2015, NAVARRO PÉREZ y HERNÁNDEZ CÁCERES 2016,

⁴ Artículo 89, inciso 2º, de la Ley N° 18.834, de 1989.

⁵ Artículo 43 de la Ley N° 20.285, de 2008.

⁶ Al respecto cabe agregar, igualmente, a las empresas públicas creadas por ley y a las corporaciones y fundaciones creadas a instancia pública (la *Administración invisible*), por ejemplo, a la Corporación Nacional Forestal.

⁷ Respectivamente, artículos 10 y 11 de la Ley N° 18.834, de 1989.

⁸ En este sentido, entre otros, véase: RAJEVIC MOSLER 2018, 408-413.

⁹ Este artículo en lo medular dispone que los funcionarios de la Administración del Estado “se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos”.

¹⁰ Este artículo en lo medular dispone (incisos 1º a 3º): “Artículo 485.- El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por

aplicación supletoria del Código del Trabajo respecto de los funcionarios públicos y a la acción de tutela de derechos fundamentales de los trabajadores), en relación al recurso de unificación de jurisprudencia seguido ante la Corte Suprema bajo el Rol N° 37.905-2017 (gestión pendiente). Y dado que en este último se discutía en lo medular si el Código del Trabajo, en lo que concierne a la tutela de derechos fundamentales de los trabajadores, rige o no respecto a los funcionarios públicos, y como tales preceptos legales inaplicados constituyen el fundamento de la tesis afirmativa (en lo sucesivo interpretación *positiva*), bien podría pensarse, a la luz de la *autorictas* con la que están dotadas las sentencias de dicha Magistratura, que con ello comenzaría un retroceso en la señalada *laboralización* de la función pública –que ha tenido lugar a través de la jurisprudencia–, restableciendo así su carácter de régimen cerrado (regido por normas especiales, de Derecho Público), esto es, su *deslaborización*. ¿Es correcta esta lectura de la señalada sentencia? ¿Viene a establecer una *deslaborización* de la función pública? Pues bien, ésta es la cuestión que a continuación analizaremos.

I. La sentencia

1. El contexto fáctico

Para entender de mejor modo los alcances de esta sentencia del Tribunal Constitucional, cabe consignar su contexto fáctico; a saber:

i. Una funcionaria a contrata de la I. Municipalidad de San Miguel, que fue desvinculada, dedujo en su contra una acción de tutela de derechos fundamentales de los trabajadores (la desvinculación habría obedecido a motivaciones políticas), que fue conocida y finalmente acogida por el Tribunal del Trabajo de San Miguel, condenando a la señalada municipalidad al pago de una indemnización¹¹. Cabe destacar que el señalado tribunal fundó su com-

aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador. (l) También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto. (l) Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigo o haber sido ofrecidos en tal calidad, o bien como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo”.

¹¹ En específico, la indemnización especial del artículo 489, inciso 3°, del Código del Trabajo, que dispone: “En caso de acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, a una

petencia para conocer y resolver esta acción en los artículos 1º, inciso 3º, y 485 del Código del Trabajo¹²;

ii. Luego la I. Municipalidad de San Miguel interpuso recurso de nulidad laboral en contra de dicha sentencia ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, alegando la incompetencia del señalado Tribunal del Trabajo, la que lo rechazó¹³;

iii. Luego la I. Municipalidad de San Miguel dedujo un recurso de unificación de jurisprudencia, del que actualmente conoce la Corte Suprema¹⁴. Ello por cuanto sobre la aplicación del Código del Trabajo a esta clase de funcionarios y el ejercicio por éstos de la acción de tutela de derechos fundamentales de los trabajadores y, consecuentemente, sobre la competencia de los tribunales del trabajo para conocer y resolverla, existen distintas interpretaciones sostenidas en sentencias firmes emanadas de tribunales superiores de justicia (cabe destacar que la interpretación *positiva* se funda en los referidos artículos 1º, inciso 3º, y 485 del Código del Trabajo); y

iv. Luego, la I. Municipalidad de San Miguel, teniendo por gestión pendiente el señalado recurso de unificación de jurisprudencia, dedujo requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional impugnando los artículos 1º, inciso 3º, y 485 del Código del Trabajo, el cual fue acogido por la sentencia que es objeto del presente comentario.

2. La sentencia

Esta sentencia del Tribunal Constitucional (que fue dividida: cinco votos a favor y cuatro en contra¹⁵) en lo medular sostuvo que la aplicación de dichos preceptos legales, en el caso concreto (el señalado recurso de unificación de jurisprudencia), producía efectos contrarios a la Constitución, por infracción a lo previsto en sus artículos 6º, 7º y 38, inciso 1º¹⁶. Ello por cuanto la función pública, cuyo régimen jurídico por mandato constitucional y legal es estatutario, así como las acciones que los funcionarios pueden ejercer en contra de la Administración, debían ser reguladas por la ley en forma expresa e inequívoca; no teniendo cabida a su respecto una interpretación extensiva del juez.

indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual”.

¹² Sentencia del Juzgado de Letras de San Miguel RIT T-17-2017, en autos caratulados “Navarrete Jaque, Marvy, con Ilustre Municipalidad de San Miguel”.

¹³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel Rol N° 236-2017.

¹⁴ Causa seguida ante la Corte Suprema bajo el Rol N° 37.905-2017.

¹⁵ Con el voto a favor de los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado, señor Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril, señor Cristian Letelier Aguilar y señor José Ignacio Vásquez Márquez. Y con el voto en contra de los Ministros señora Marisol Peña Torres, señor Gonzalo García Pino, señor Domingo Hernández Emparanza y señor Nelson Pozo Silva.

¹⁶ Recordemos que este último precepto constitucional sostiene que “Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes”.

En este sentido observó que *“hacer extensiva al sector público una norma del régimen laboral común que ha sido concebida para operar dentro del sector privado, exige una ponderación más estricta por parte del legislador. A fin de hacerla compatible con el carácter estatutario y de derecho público del vínculo que media entre los empleados públicos y el Estado, así como para modular el gasto público comprometido, ello amerita un pronunciamiento inequívoco y específico, en que el legislador no puede ser sustituido por el sentenciador”*¹⁷, y concluyó que *“la aplicación expansiva del Código del Trabajo, hecha al amparo de ese indeterminado inciso 3° del artículo 1°, hasta llegar a comprender a funcionarios públicos regidos por su respectivo estatuto, a los efectos de hacerlos sujetos activos del procedimiento de tutela laboral, desvirtúa el régimen constitucional y legal que les es propio, amén de abrir la intervención de los juzgados de letras del trabajo respecto de una materia en que no han recibido expresa competencia legal”*¹⁸.

3. El voto disidente

Por su parte, el voto disidente (recordemos, de cuatro ministros) en lo medular precisó que el conflicto que se ha planteado ante el Tribunal Constitucional, mediante este requerimiento de inaplicabilidad (que identificó con determinar si los tribunales laborales son o no competentes para conocer la acción de tutela de derechos fundamentales de los trabajadores deducida por funcionarios públicos en contra de la Administración): (a).- es de mera legalidad; (b).- impropio de un requerimiento de inaplicabilidad; (c).- su resolución corresponde exclusivamente a la Corte Suprema; y (d).- la competencia de ésta al respecto no puede ser desconocida sino sólo mediante una contienda de competencia (y no mediante dicho requerimiento).

En este sentido sostuvo que *“ha dicho que su competencia –de la Corte Suprema– para conocer de estas materias, lo cual no puede ser desconocido sino es mediante la vía de una contienda de competencia y no utilizando como pretende la actora el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad consagrado en el artículo 93, N° 6, de la Constitución Política”* (–sic.–)¹⁹, precisando que *“no siendo esta vía –la inaplicabilidad del artículo 93 N° 6 constitucional– para resolver un tema de competencia determinada por la Excm. Corte Suprema, en ejercicio del legítimo derecho que le otorga la Constitución y la ley para resolver criterios de unificación de su propia jurisprudencia”*²⁰.

II. Comentario

No compartimos lo resuelto por esta sentencia del Tribunal Constitucional, ya que, a nuestro entender, dicha Magistratura, al acoger este requerimiento

¹⁷ Sentencia TC Rol N° 3.853 (2018), considerando 11°.

¹⁸ Sentencia TC Rol N° 3.853 (2018), considerando 21°.

¹⁹ Sentencia TC Rol N° 3.853 (2018), voto disidente, considerando 17°.

²⁰ Sentencia TC Rol N° 3.853 (2018), voto disidente, considerando 20°.

de inaplicabilidad, ha excedido los límites que la Constitución le precisa para el ejercicio de la atribución en cuya virtud puede declarar la inaplicabilidad de preceptos legales, conforme a lo previsto en su artículo 93, N° 6²¹. Ello por al menos dos razones: (a).- El recurso de unificación de jurisprudencia, dadas sus singularidades, no puede ser gestión pendiente para los efectos del requerimiento de inaplicabilidad; y (b).- Sin perjuicio de lo anterior, las particularidades del específico recurso de unificación de jurisprudencia que constituyó la gestión pendiente invocada en este requerimiento de inaplicabilidad, imponía al Tribunal Constitucional un deber de abstención por *deferencia al juzgador*.

1. El recurso de unificación de jurisprudencia, dadas sus singularidades, no puede ser gestión pendiente para los efectos del requerimiento de inaplicabilidad.

a) *Recurso de unificación de jurisprudencia*

El recurso de unificación de jurisprudencia es un recurso de derecho estricto con el cual se pretende, en lo sustancial, que la Corte Suprema, frente a la existencia de distintas interpretaciones de la ley laboral sostenidas en una o más sentencias firmes emanadas de tribunales superiores de justicia, establezca la interpretación correcta. Así, la respectiva sentencia tiene un efecto uniformador *blando*, que deviene no de una obligatoriedad general de ella –pues tiene efectos singulares²²– sino más bien de la persuasión de sus argumentos (esto es, la *ratio decidendi*). Asimismo, dicho efecto será mayor en la medida que tal interpretación sea reiterada en sentencias que la Corte Suprema dicte en esta sede, conformando así lo que podríamos denominar una *línea jurisprudencial*, en cuyo caso incluso ésta quedará a ella “vinculada”, al menos por aplicación de los principios de igualdad y seguridad jurídica. Esto último, en todo caso, no le impide cambiar su interpretación de la ley laboral respectiva, más si lo hace, le impone el deber de fundar expresa y suficientemente las razones de ese cambio –lo que habitualmente se conoce como “cambio de criterio”–.

Conforme se aprecia, se trata de un recurso único en nuestro sistema recursivo²³. No en vano, durante su tramitación legislativa, se observó que “es muy similar a otros consagrados en el derecho comparado, como la casación francesa o el recurso que se interpone ante la Suprema Corte de Estados

²¹ Este precepto constitucional dispone: “Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6°.- 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”. Y está complementado por los artículos 93, inciso 11°, de la Constitución, y 79 a 92 de la Ley N° 17.997, de 1981.

²² Artículo 483-C, inciso 2°, del Código del Trabajo.

²³ En este sentido se ha observado que “Es un recurso ajeno, totalmente, a nuestra legislación anterior y prácticamente desconocido en nuestro entorno cultural.” DELGADO CASTRO 2011, 479.

Unidos de América para uniformar los fallos de los tribunales estatales"²⁴, en tanto que para algunos autores, es muy similar al recurso de casación para unificación de doctrina del proceso laboral español²⁵.

A la luz de lo señalado precedentemente, estimamos que este recurso (singularísimo en nuestro medio, conforme se ha observado), versa sobre la legalidad abstracta, esto es, desvinculado de un caso concreto, característica esta que es precisamente la que permite a la sentencia que la Corte Suprema dicte en esta sede produzca el efecto unificador *blando* al que nos hemos referido previamente. No en vano, conforme precisa el Código del Trabajo, "*El escrito que lo contenga (...) incluirá una relación precisa y circunstanciada de las distintas interpretaciones respecto de las materias de derecho objeto de la sentencia, sostenidas en diversos fallos emanados de los Tribunales Superiores de Justicia. Asimismo, deberá acompañarse copia del o los fallos que se invocan como fundamento*"²⁶.

Por último, en relación a este punto, y con los "*anteojos del administrativista*", estimamos que la atribución de la Corte Suprema para conocer y resolver el recurso de unificación de jurisprudencia, si bien se halla dentro de la jurisdicción, se asemeja en muchos aspectos a la potestad dictaminante con la que cuentan algunos órganos de la Administración (como por ejemplo la Contraloría General de la República²⁷), la que les permite interpretar la ley con fuerza vinculante (en el plano administrativo)²⁸. Esta semejanza no es en lo absoluto extraña si se advierte que, tal como acontece en los ámbitos en los cuales el Legislador ha conferido a órganos de la Administración tal potestad, en el ámbito laboral se precisa igualmente, en atención a la relevancia del bien jurídico resguardado, de una interpretación de la ley clara, general y vinculante (que facilite su aplicación y fiscalización), en armonía con los principios de igualdad y seguridad jurídica. Así, en este ámbito, entendemos, ello corresponde, por una parte, en el plano jurisdiccional, a la Corte Suprema, mediante las sentencias de unificación de jurisprudencia (que reiteradas conforman una *línea jurisprudencial*), y por otra parte, en el plano administrativo, a la Dirección del Trabajo, mediante sus dictámenes (a través de los cuales se concreta su potestad para interpretar administrativamente la ley laboral²⁹), que conforman su *jurisprudencia administrativa*.

b) *Requerimiento de inaplicabilidad*

Por su parte, el requerimiento de inaplicabilidad importa un control de constitucionalidad de la ley represivo y concreto, que corresponde conocer y

²⁴ Historia de la Ley N° 20.260, 272.

²⁵ DELGADO CASTRO 2011, 479.

²⁶ Artículo 483-A, inciso 2°, del Código del Trabajo.

²⁷ Artículo 6° de la Ley N° 10.336, de 1952.

²⁸ Sobre la potestad de interpretación administrativa de la ley de los órganos de la Administración, y en especial de la Contraloría General de la República, véase: ROMÁN CORDERO 2018.

²⁹ Por todos, véase: LIZAMA PORTAL 1998.

resolver al Tribunal Constitucional, conforme a lo previsto en el artículo 93, N° 6, de la Constitución. El carácter concreto, que lo singulariza y que lo diferencia del requerimiento de inaplicabilidad del que conocía la Corte Suprema con anterioridad a la Reforma Constitucional del año 2005³⁰, importa que dicha Magistratura, en esta sede, deberá pronunciarse sobre si la aplicación de un determinado precepto legal, en un preciso sentido, en el caso concreto de la gestión pendiente invocada, produce o no efectos contrarios a la Constitución.

Este carácter concreto del requerimiento de inaplicabilidad ha sido ampliamente destacado por la doctrina, en tanto ha señalado que aquél está *"ligado a los extremos fácticos del caso en que la aplicación del precepto legal resulte contraria a la Constitución"*³¹ y que *"obliga a prestar atención a la particularidad del caso concreto en que la acción se interpone, en lugar de prescindir de la especialidad del caso y de los efectos lesivos de la aplicación de la norma"*³²; y asimismo por el propio Tribunal Constitucional, en tanto ha observado que, *"al pronunciarse sobre la inaplicabilidad de un precepto legal, esta Magistratura decide si su aplicación en una determinada gestión judicial resulta contraria a los fines previstos en la Constitución –estimando la relación jurídico-procesal en que incide– y, por ende, su examen es particular, no se dirige a calificar la legitimidad constitucional del enunciado normativo en abstracto"*³³; que *"exige examinar si la concreta aplicación de un precepto legal a un caso determinado –que constituye la gestión pendiente– es capaz de producir en él un resultado contrario a la Constitución, mismo que la sentencia debe evitar, declarando inaplicable la norma para ese solo caso"*³⁴; y que *"En la inaplicabilidad, por el contrario, la decisión jurisdiccional ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación de la norma impugnada puede tener en el caso concreto y no, necesariamente, en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional, por lo que los efectos de la resolución son relativos y conciernen a las partes del juicio o gestión en que inciden"*³⁵.

³⁰ Introducida por la Ley N° 20.050.

³¹ ZÚÑIGA URBINA 2010, 297.

³² RÍOS ÁLVAREZ 2005a, 639. Y en este mismo sentido se ha afirmado que *"El procedimiento de la inaplicabilidad exige siempre el examen del caso particular –sin intervenir en los hechos y probanzas que son materia reservada a los jueces del fondo– y de la manera en que la aplicación a ese caso de la norma legal cuestionada, puede vulnerar la Constitución. De allí que, en la tramitación de este asunto, pueda pedirse y decretarse la suspensión del procedimiento de la causa en que incide mientras pende el pronunciamiento acerca de la inaplicabilidad y tenerse a la vista los antecedentes del caso"* (RÍOS ÁLVAREZ 2005b, 78); y que *"El nuevo requerimiento de inaplicabilidad del que conoce actualmente el Tribunal Constitucional –desde el año 2005–, difiere sustancialmente del antiguo pues no constituye un control abstracto (contraste de la norma legal impugnado con la Constitución), sino concreto, ya que exige determinar si la aplicación de un precepto legal en un preciso caso produce o no efectos contrarios a la Constitución, tal como expresamente lo dispone el artículo 93 N° 6"* (ROMÁN CORDERO 2010, 360).

³³ Sentencia TC Rol N° 590 (2007), considerando 8°.

³⁴ Sentencia TC Rol N° 1.345 (2009), considerando 2°.

³⁵ Sentencia TC Rol N° 1.254 (2009), considerando 27°.

Precisado lo anterior, cabe concluir que el caso concreto es un requisito *sine qua non* del requerimiento de inaplicabilidad, de suerte tal que si aquél no se verifica, aun cuando exista gestión pendiente, impedirá al Tribunal Constitucional conocer y resolverlo. De lo contrario se corre el riesgo de que la eventual sentencia estimatoria de inaplicabilidad importe, en definitiva, una declaración de inconstitucionalidad de la ley en abstracto, excediendo la atribución consultada en el artículo 93, N° 6, de la Constitución, al estar desconectada de un caso concreto y éste –y no a la gestión pendiente– delimita los efectos de tales sentencias.

O sea, a nuestro juicio, bien pueden existir gestiones pendientes carentes de caso concreto, lo que acontecerá cuando el tribunal de la instancia deba pronunciarse sobre un conflicto de legalidad abstracto; en cuyo caso, conforme se ha explicado, al no haber caso concreto, no tendría cabida el requerimiento de inaplicabilidad. En otras palabras, estimamos que no es posible que el Tribunal Constitucional efectúe el control de constitucionalidad represivo y concreto de la ley, que importa el requerimiento de inaplicabilidad, cuando la gestión pendiente invocada versa sobre un conflicto de legalidad abstracto.

¿Tiene cabida el requerimiento de inaplicabilidad respecto de un recurso de unificación de jurisprudencia (como gestión pendiente)? A nuestro juicio, no. Ello por al menos dos razones:

i. En el recurso de unificación de jurisprudencia, la Corte Suprema resuelve en función de las interpretaciones contradictorias de la ley laboral sostenidas en una o más sentencias firmes emanadas de tribunales superiores de justicia, o sea, se pronuncia sobre un conflicto de legalidad abstracto. Por tanto, en él no se advierte un caso concreto cuyas singularidades puedan incidir en que los preceptos legales impugnados, en tanto sean aplicados a él, en determinado sentido, produzcan o no efectos contrarios a la Constitución. En consecuencia, conforme ya se ha señalado, este recurso no puede ser gestión pendiente para los efectos del requerimiento de inaplicabilidad.

Esto explicaría el hecho que en la sentencia en comento no hayan mayores referencias a un caso concreto (a lo más al caso concreto de la tutela de derechos fundamentales de los trabajadores deducida por la funcionaria municipal desvinculada, pero que, en rigor estricto, no es la gestión pendiente invocada por el requerimiento) y, consecuentemente, que esta sentencia razone tal como si se tratara de un control abstracto de constitucionalidad o bien como un informe jurídico sobre aspectos varios de la función pública, a la luz de la Constitución y las leyes, sino incluso como una verdadera sentencia de unificación de jurisprudencia (o mejor dicho, de *des-unificación de jurisprudencia*, conforme veremos más adelante).

En este orden de cosas, cabe observar que el Tribunal Constitucional, en relación a un requerimiento de inaplicabilidad anterior idéntico al que ha dado lugar a la sentencia en comento, destacando las singularidades

del recurso de unificación de jurisprudencia, lo declaró, por unanimidad, improcedente. Así sostuvo que *"a este respecto, la Municipalidad de La Cautín –demandada en aquel proceso– requiere un pronunciamiento de este Tribunal Constitucional, para producir efectos en el recurso de unificación de jurisprudencia que dicha entidad comunal dedujo ante la Corte Suprema, con fecha diecisiete de septiembre de 2015, bajo el Rol N° 15.148-2015. (f) En estas condiciones, atendido el objeto propio del presente requerimiento de inaplicabilidad y la naturaleza de la señalada gestión judicial pendiente, donde se trata de alcanzar un criterio uniforme frente a una disparidad de interpretaciones judiciales, el Tribunal Constitucional ha estimado necesario –en esta oportunidad– formular las siguientes precisiones y alcances"*³⁶; luego de las cuales concluyó que tal requerimiento era improcedente, *"dado que la gestión judicial pendiente, que sirve de base al presente requerimiento, consiste en un nuevo recurso de unificación de jurisprudencia sobre el que debe pronunciarse la Corte Suprema, donde debería dar una interpretación uniforme sobre la materia, entonces la causa no se encuentra en un estado tal que permita al Tribunal Constitucional resolver acerca de una hipotética aplicación inconstitucional de la norma cuestionada"*³⁷.

ii. A mayor abundamiento, si el recurso de unificación de jurisprudencia fuera la gestión pendiente de un requerimiento de inaplicabilidad, la eventual sentencia estimatoria de éste que al efecto dictara el Tribunal Constitucional no produciría efectos singulares, circunscrito al caso concreto de la gestión pendiente, como es propio de aquél (pues, como se ha señalado, dicho recurso versa sobre un conflicto de legalidad abstracto, carente de caso concreto), sino que efectos más amplios, mismos que se "acoplarían" al menos indirectamente al efecto de unificación *blanda* de la sentencia de la Corte Suprema que resuelva finalmente el señalado recurso. Esto último se advertirá muy especialmente cuando el recurso de unificación de jurisprudencia verse en relación a dos distintas interpretaciones de la ley laboral sostenidas en una o más sentencias firmes emanadas de tribunales superiores de justicia, y los preceptos legales inaplicados sean el fundamento de una de esas interpretaciones; y más aún si previamente existe una serie de sentencias de la Corte Suprema, en esta sede, sobre la misma materia (las que en conjunto conforman una *línea jurisprudencial*), y que están fundadas en los

³⁶ Sentencia TC Rol N° 2.926 (2017), considerando 3°.

³⁷ Sentencia TC Rol N° 2.926 (2017), considerando 16°. Con mayor claridad, su considerando 15° sostuvo: *"Que, en este estado de cosas, cumple recordar la doctrina constante y reiterada que deslinda las potestades del Tribunal Constitucional y de los tribunales del fondo. En el sentido de separar la inconstitucionalidad que resulta de cumplir la ley, cuestión que atañe al Tribunal Constitucional conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad, de la inconstitucionalidad que deriva de infringir la ley, asunto que compete corregir a los tribunales del fondo (STC roles N°s 794-07; 2292-13; 2784-15, entre varias). (f) Siendo de observar, en este caso, que la norma del artículo 1°, inciso tercero, del Código del Trabajo todavía suscita conflictos de exégesis legal, toda vez que la jurisprudencia judicial aún no consolida una sola interpretación que se tenga por correctamente colegida de su texto, y que, aplicada a un caso, pueda poseer efectos inconstitucionales subsanables a través de una sentencia de inaplicabilidad;"*

preceptos legales inaplicados, ya que, en principio, la Corte Suprema en este caso debería dictar sentencia en un sentido contrario, *des-unificando* así la jurisprudencia, tal como veremos más adelante.

2. Sin perjuicio de lo anterior, las particularidades del específico recurso de unificación de jurisprudencia que constituyó la gestión pendiente invocada en este requerimiento de inaplicabilidad, imponía al Tribunal Constitucional un deber de abstención por *deferencia al juzgador*.

Ahora bien, obsérvese que en el específico recurso de unificación de jurisprudencia que constituye la gestión pendiente invocada, las interpretaciones contradictorias de los tribunales superiores de justicia se refieren a si el Código del Trabajo aplica o no supletoriamente respecto de los funcionarios públicos, de suerte tal que éstos puedan ejercer la acción de tutela de derechos fundamentales de los trabajadores en contra de la Administración y, consecuentemente, si los tribunales laborales son o no competentes para conocer y resolverla. Y tales interpretaciones son dos: la interpretación *positiva* (sí) y la interpretación *negativa* (no)³⁸. Asimismo, cabe destacar que el fundamento normativo de la interpretación *positiva* se halla en los artículos 1°, inciso 3°, y 485 del Código del Trabajo.

De esta forma, cuando la sentencia del Tribunal Constitucional en comentario declara inaplicables tales preceptos legales respecto del recurso de unificación de jurisprudencia que constituye la gestión pendiente (preceptos legales que son el fundamento normativo de una de las dos interpretaciones contradictorias, la interpretación *positiva*), produce como efecto el excluirlos del *plexo normativo* conforme al cual la Corte Suprema deberá resolver este recurso, razón por la cual ésta, en principio, no podrá hacerlo a favor de la interpretación *positiva*, sino que, por descarte, y teniendo el deber de resolver conforme al principio de inexcusabilidad, a favor de la interpretación *negativa*. De ello se sigue que:

³⁸ En efecto, el escrito del recurso de unificación de jurisprudencia que constituye la gestión pendiente invocada, expuso que en relación a este punto existen dos interpretaciones distintas sostenidas en una o más sentencias firmes emanadas por tribunales superiores de justicia: la *negativa* y la *positiva*. En relación a la interpretación *negativa*, indica las siguientes sentencias: sentencia de la Corte Suprema Rol N° 12.712-2011 –unificación de jurisprudencia–, en autos caratulados “Gasca con Zúñiga”, de 3/10/2012; sentencia de la Corte Suprema Rol N° 1.972-2011 –recurso de unificación de jurisprudencia–, en autos caratulados “Castillo con Intendencia Regional de la Araucanía”, de 5/10/2011; sentencia de la Corte Suprema Rol N° 9074-2010 –recurso de queja–, en autos caratulados “Gajardo con Intendencia Regional de la Araucanía”, de 5/1/2011; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco Rol N° 121-2011 –recurso de nulidad–, en autos caratulados “Quiroz con Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”, de 5/9/2011; sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción Rol N° 137-2011 –recurso de nulidad–, en autos caratulados “Smith con Secretaria Regional Ministerial de Salud de la Octava Región del Bío Bío”, de 22/6/2011; y sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 296-2011 –recurso de nulidad–, caratulados “Rojas con Junta Nacional de Jardines Infantiles”, de fecha 22/6/2011; y en relación a la interpretación *positiva*, indica la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 399-2011 –recurso de nulidad–, en autos caratulados “Gasca con Zúñiga”.

i. El Tribunal Constitucional, a través de esta sentencia estimatoria de inaplicabilidad, resuelve indirectamente el recurso de unificación de jurisprudencia (lo cual es de la mayor gravedad si se consideran las singularidades de este recurso, muy especialmente en cuanto a la unificación *blanda* de jurisprudencia);

ii. Invade las competencias de la Corte Suprema (puesto que a ésta corresponde resolver dicho recurso³⁹), conformándose así una contienda de competencia entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema que carece de solución institucional;

iii. El requerimiento de inaplicabilidad resulta desnaturalizado, pues mediante este mecanismo de control represivo de constitucionalidad de la ley, se resuelve indirectamente un conflicto de mera legalidad, lo cual es completamente ajeno de su competencia;

iv. Dado el objeto del específico recurso de unificación de jurisprudencia que ha servido de gestión pendiente, el Tribunal Constitucional zanja la competencia de los tribunales del trabajo en relación a la tutela de derechos fundamentales de los trabajadores que los funcionarios públicos deduzcan contra la Administración, cuestión que es claramente un asunto de mera legalidad; y

v. A todo lo anterior cabe agregar, lo que agrava aún más el asunto, la existencia a la sazón de una interpretación consolidada por parte de la Corte Suprema, en sede de unificación de jurisprudencia, sobre la materia discutida en el recurso homónimo que sirvió de gestión pendiente al requerimiento de inaplicabilidad sobre cuya sentencia trata el presente comentario. En efecto, ésta se contiene en una serie de sentencias, desde el año 2014 a la fecha, que conforman lo que hemos denominado *línea jurisprudencial*, y que se fundamentan en los mismos preceptos legales inaplicados por esta sentencia del Tribunal Constitucional⁴⁰. En este contexto, es patente que ésta viene a introducir desigualdad e inseguridad jurídica, pues de proceder la Corte Suprema conforme parece a *prima facie* correcto, conforme ya se ha indicado, esto es, dictar sentencia de unificación de jurisprudencia, a favor de la interpretación *negativa*, importaría lisa y llanamente *des-unificar la jurisprudencia*. Así el requerimiento de inaplicabilidad operaría incorrecta e indebidamente como una suerte de *recurso de des-unificación de jurisprudencia*⁴¹.

³⁹ Artículo 483-A, inciso 1°, del Código del Trabajo.

⁴⁰ *Bussenius con Central Nacional de Abastecimiento* (2014), *Medina con I. Municipalidad de San Antonio* (2015), *Román con Subsecretaría de Salud Pública* (2016) y *Zelaya con Hospital Eduardo Pereira* (2017).

⁴¹ No podemos dejar de observar que esta situación guarda cierta analogía con la causa Rol N° 3.283, en la que el Tribunal Constitucional dirimió a favor de la Contraloría General de la República la contienda de competencia que esta trabó respecto del 29° Juzgado Civil de Santiago, en tanto éste entró a conocer de una acción declarativa de mera certeza deducida por un particular sobre una materia respecto de la cual existían ya siete dictámenes de la primera que interpretaban administrativamente la respectiva ley, vale decir, *jurisprudencia administrativa*. Al efecto, dicha Magistratura sostuvo que el sólo hecho de que el 29° Juzgado Civil de Santiago haya

Por todo lo anterior era de esperar que el Tribunal Constitucional, al menos a la luz de las particularidades de este específico recurso de unificación de jurisprudencia que sirvió de gestión pendiente para este requerimiento de inaplicabilidad, se hubiese autolimitado en el ejercicio de su atribución para resolver sobre la inaplicabilidad de preceptos legales (*judicial self restraint*), entre otras razones, por *deferencia al juzgador*. Y así, ya lo había hecho previamente en relación a un requerimiento de inaplicabilidad anterior idéntico al que da lugar a la sentencia en comento, pues en esa oportunidad esta Magistratura observó, por unanimidad, que era inadmisibile, pues “no somete a esta Magistratura un verdadero conflicto constitucional (...), sino que plantea un asunto de mera legalidad en relación con el estatuto legal laboral aplicable a la resolución de la gestión pendiente, asunto de resorte exclusivo de los jueces del fondo”⁴².

Conclusiones

¿Abre esta sentencia del Tribunal Constitucional las puertas a una *deslaboralización* de la función pública? A nuestro juicio, es aún muy temprano para aventurarse a dar una respuesta al respecto. Con todo, tal respuesta la otorgarán conjuntamente el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y los Órganos Co-legisladores.

1. El Tribunal Constitucional: Según cómo resuelva los próximos requerimientos de inaplicabilidad análogos en tramitación y los que se presenten en lo sucesivo (que muy probablemente conformarán una verdadera “avalancha”⁴³). En todo caso, desde ya, cabe observar que el acuerdo de la sentencia en comento fue adoptado por nueve miembros (no contó con la integración completa), con la diferencia de tan solo un voto (cinco votos a favor y cuatro en contra) y que hoy el Tribunal Constitucional cuenta con dos nuevos ministros⁴⁴.

2. La Corte Suprema: Según cómo resuelva el recurso de unificación de jurisprudencia que constituyó la gestión pendiente del requerimiento de inaplicabilidad cuya sentencia comentamos.

entrado a conocer esa acción, introducía incertidumbre jurídica al respecto. En efecto, planteó que “la acción de mera certeza, tiene por propósito conferir seguridad jurídica a una situación incierta. Cuyo no sería el caso, pues la situación previsional de los funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil se encuentra consolidada desde 1985. De suerte que, al pedirse la reversión de este régimen, no se hace más que producir un estado de evidente incertidumbre jurídica” (Sentencia TC Rol N° 3.283 (2017), considerando 20°).

⁴² Sentencia TC Rol N° 3.230 (2016), considerando 5°.

⁴³ Entre ellos, a la fecha de cierre de este trabajo, podemos mencionar las causas roles: 4.801, 4.995, 5.030, 5.057, 5.128, 5.324, 5.426, 5.539, 5.808, 5.809, 5.810, 5.834, 5.853, 5.854, 5.860, 5.873, 5.883, 5.890, 5.891, 5.894, 5.903, 5.914, 5.920, 5.921, 5.922, 5.933, 5.947, 5.948, 5.956, 5.971, 5.973, 5.976, 5.982, 5.983, 5.990, 5.990, 6.017, 6.022, 6.025, 6.027, 6.035, 6.042, 6.046, 6.047, 6.059, 6.069, 6.071, 6.075 y 6.076.

⁴⁴ Nos referidos a los Ministros señora María Pía Silva Gallinato y señor Miguel Ángel Fernández González.

Conforme hemos señalado, estimamos que, en principio, la Corte Suprema debiera resolverlo a favor de la interpretación *negativa*, pues los preceptos legales que constituyen el fundamento de la interpretación *positiva* fueron declarados inaplicables por la sentencia del Tribunal Constitucional (y, por tanto, han sido excluidos del *plexo normativo* conforme al cual ésta ha de resolver). Con todo, siendo muy relevante en la sentencia de unificación de jurisprudencia sus argumentos (por su efecto de unificación *blanda*), la Corte Suprema al respecto bien podría adoptar diversas posiciones, desde reiterar en la parte considerativa los fundamentos contenidos en la sentencia del Tribunal Constitucional, haciéndolos suyos (en cuyo caso la *deslaboralización* sería patente), hasta criticar derechamente los fundamentos de dicha sentencia y, a la vez, exponer sus fundamentos a favor de la interpretación *positiva*, si fuera el caso (aun cuando deba resolver a favor de la interpretación *negativa*, conforme se ha indicado), existiendo entremedio muchas posibles variantes.

Lo anterior, por cierto, es sin perjuicio de que la Corte Suprema bien puede dictar sentencia a favor de la interpretación *positiva*, no obstante la sentencia del Tribunal Constitucional, siempre y cuando pueda fundarla en preceptos legales distintos a los que fueron inaplicados por aquélla y/o en principios generales del Derecho (como, por ejemplo, los de igualdad y seguridad jurídica, pues proceder de esa forma importaría *des-unificar la jurisprudencia*, contraviniéndolos), y especialmente del Derecho del Trabajo (como, por ejemplo, el *in dubio pro operario*). Esto importaría, en los hechos, una reedición del indiano aforismo “*se obedece, pero no se cumple*”.

3. Los Órganos Co-legisladores: Finalmente, cabe agregar que esta sentencia del Tribunal Constitucional, sin duda alguna, constituye un potente llamado de atención a los órganos co-legisladores a fin de que definan, por ley, clara e inequívocamente qué normas del Código del Trabajo son aplicables a los funcionarios públicos, y en especial si lo es la tutela de derechos fundamentales de los trabajadores. En correspondencia con ello, y como consecuencia directa de esta sentencia –en efecto, la citan como su motivación– ya se han presentado al menos dos proyectos de ley –por moción⁴⁵– en este sentido⁴⁶. De prosperar tales iniciativas, esta sentencia del Tribunal Constitu-

⁴⁵ Nos parece que un proyecto sobre esta materia, conforme a lo previsto por el artículo 65, inciso 4°, N° 4, de la Constitución, es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

⁴⁶ Nos referimos a los proyectos de ley: (a).- Boletín 12364-13, “Modifica el Código del Trabajo para garantizar la aplicación del procedimiento de tutela laboral a los funcionarios públicos”, moción de los diputados Bernardo Berger Fett, Sergio Bobadilla Muñoz, Eduardo Durán Salinas, Camila Flores Oporto, Karin Luck Urban, Miguel Mellado Suazo, Jorge Rathgeb Schifferli, Leonidas Romero Sáez y Frank Sauerbaum Muñoz. En lo medular sostiene que “1.- El Tribunal Constitucional, en causa rol N° 3853-2017, de fecha 06.dic.2018, declaró inaplicable, por inconstitucional, los preceptos del artículo 1, inciso 3° y 485, ambos del Código del Trabajo respecto de las acciones de Tutela Laboral incoadas por funcionarios públicos, por vulnerar los principios de juridicidad de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política. (l) 2.- Este fallo constituye un retroceso en la defensa de los derechos laborales de aquellos que en precaria situación legal se encontraban frente al Estado de Chile, contrariando el significativo avance que constituyó la

cional, en vez de propiciar una *deslaboralización* de la función pública, como parece en principio, bien podría propiciar, en forma indirecta, a través de la ley, su correcta y definitiva *laboralización*.

Bibliografía citada

- CARRASCO CARRASCO, Eliana (1968). *Aplicación del Código del Trabajo en la Administración del Estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DELGADO CASTRO, Jordi (2011). Examen crítico del recurso de unificación de jurisprudencia. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXVI, 473-494.
- DÍAZ GARCÍA, L. Iván (2015). Objetivo del recurso de unificación de jurisprudencia laboral, *Revista Ius et Praxis*, Año 21, N° 1, 423-488.
- GUERRERO PÉREZ, Gabriel (2015). *Función pública y laboralización: teoría y praxis*. Santiago: memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.
- LIZAMA PORTAL, Luis (1998). *La Dirección del Trabajo: una explicación de su facultad de interpretar la legislación laboral chilena*. Santiago: memoria de prueba para optar al grado de Magíster en Derecho, Universidad de Chile.
- NAVARRO PÉREZ, Fernanda y HERNÁNDEZ CÁCERES, Alejandra (2016). *La contratación a honorarios en el sector público*. Santiago: memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.
- RAJEVIC MOSLER, Enrique (2018). *La crisis de la regulación del empleo público en Chile. Ideas para un nuevo modelo*. ANINAT S. Isabel y RAZMILIC B., Slaven [coord.], Un Estado para la ciudadanía. Estudios para su modernización. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 403-432.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (2005a). *El nuevo Tribunal Constitucional*. ZÚÑIGA URBINA, Francisco [coord.], Reforma Constitucional. Santiago: Editorial LexisNexis, 627-650.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (2005b). Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales*, N° 1, 73-95.
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2010). El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como mecanismo de control de la arbitrariedad del legislador. *Revista de Derecho Público*, N° 72, 347-382.
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2017). La inconstitucionalidad de la ley, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho Público*, N° 87, 157-184.
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2018). *Dictámenes de la Contraloría General de la República y acción declarativa de mera certeza*. FERNANDOIS V., Arturo y LÓPEZ D., Francisco [edit.], Sentencias Destacadas 2017. Santiago: Libertad y Desarrollo, 389-434.
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2019). Sentencia del TC Rol N° 3.853: ¿Hacia una *deslaboralización de la función pública*?. Disponible en: <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/>

tesis jurisprudencial de la Excm. Corte Suprema de Justicia, en diversos fallos de unificación de jurisprudencia, en orden a aplicar, en forma supletoria, a todas aquellas personas que perdieran su fuente laboral, con infracción de normas que, más que laborales, son de índole constitucionales, que garantizan derechos fundamentales en un área especialmente sensible y esencial para la mayoría de los chilenos: su trabajo asalariado"; y (b).- Boletín N° 12365-13, "Interpreta el Código del Trabajo en lo que respecta al ámbito de aplicación del procedimiento de tutela laboral", de los diputados Gabriel Boric Font, Félix González Gatica, Pamela Jiles Moreno, Vlado Mirosevic Verdugo, Claudia Mix Jiménez, Maite Orsini Pascal, Gonzalo Winter Etcheberry y Gael Yeomans Araya. En lo medular sostiene que "Nos vemos motivados a presentar esta moción en virtud de la sentencia dictada con fecha 6 de diciembre del año 2018, en la cual el Tribunal Constitucional acogió un requerimiento de declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, a propósito de la posibilidad de comprender dentro de la esfera de competencia de los Juzgados del Trabajo a aquellas solicitudes de tutela de derechos fundamentales que sean incoadas por funcionarios públicos".

sentencia-del-tc-rol-n-3853-hacia-la-deslaborizacion-de-la-funcion-publica [fecha de consulta: 6 febrero 2019].

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2010). Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: requerimiento de jueces entre legalidad y constitucionalidad. *Revista de Derecho Público*, N° 72, 294-339.

Normativa citada

Código del Trabajo.

Constitución Política de la República.

Ley N° 10.336, Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República. Diario Oficial, 29 mayo 1952.

Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Diario Oficial, 19 mayo 1981.

Ley N° 18.834, aprueba Estatuto Administrativo. Diario Oficial, 23 septiembre 1989.

Ley N° 20.050, reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República. Diario Oficial, 26 agosto 2005.

Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública. Diario Oficial, 20 agosto 2008.

Jurisprudencia citada

Sentencia Rol N° 590 (2007): Tribunal Constitucional, 5 junio 2007.

Sentencia Rol N° 1.345 (2009): Tribunal Constitucional, 25 mayo 2009.

Sentencia Rol N° 1.254 (2009): Tribunal Constitucional, 29 julio 2009.

Sentencia Rol N° 3.230 (2016): Tribunal Constitucional 30 octubre 2016.

Sentencia Rol N° 3.283 (2017): Tribunal Constitucional, 18 enero 2017.

Sentencia Rol N° 2.926 (2017): Tribunal Constitucional, 25 julio 2017.

Sentencia Rol N° 3.853 (2018): Tribunal Constitucional, 6 diciembre 2018.

Bussenius con Central Nacional de Abastecimiento (2014): Corte Suprema, 30 abril 2014 (Rol N° 10.972-2013).

Medina con I. Municipalidad de San Antonio (2015): Corte Suprema, 9 julio 2015 (Rol N° 24.388-2014).

Román con Subsecretaría de Salud Pública (2016): Corte Suprema, 2 noviembre 2016 (Rol N° 36.491-2015).

Zelaya con Hospital Eduardo Pereira (2017): Corte Suprema, 5 junio 2017 (Rol N° 52.918 - 2016).

Fiscalización y sanción administrativa en materia de aguas. Comentarios a la reforma de la Ley N° 21.064 de 2018

Inspection and administrative sanction in water matters.
Comments to the reform of Act Num. 21,064 of 2018

Iván Mauricio Obando Camino*

Este trabajo consiste en un comentario sobre algunas de las nuevas normas sobre fiscalización y sanción administrativa en el CA, a la luz de la reciente reforma de la Ley N° 21.064. Luego de describir algunas de las principales innovaciones introducidas por esta ley, este artículo analiza críticamente los cambios efectuados en materia de fiscalización y sanción administrativa, identificando algunas de las dificultades que pueden afectar la implementación de esta reforma legal.

Palabras clave: Fiscalización, sanción, agua.

This paper consists of a comment on some of the new legal regulations about administrative inspection and sanction in the Chilean Water Law Code, after the recent reform that went into effect through Act Num. 21,064. After describing some of the main innovations introduced by this reform, this article analyzes critically the amendments that deal with administrative inspection and sanction, identifying thus some difficulties that may impair the implementation of this legal reform.

Keywords: Inspection, sanction, water.

RESUMEN / ABSTRACT

* Profesor Asociado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile. Abogado y Doctor en Ciencia Política por la Universidad Estatal de Nueva York en Albany. Talca, Chile. Correo electrónico: iobandoc@utalca.cl

El presente texto corresponde a una versión corregida y resumida de una ponencia presentada por el autor en las XX Jornadas de Derecho y Gestión de Aguas, celebradas el 5 de septiembre de 2018, en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Recibido el 10 de octubre de 2018 y aprobado el 11 de abril de 2019.

Introducción*

El 17 de enero de 2018, S.E. la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, promulgó la ley que “Introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones”, tras prácticamente seis años de tramitación legislativa, luego de haber sido propuesto por su antecesor en el cargo, el Presidente Sebastián Piñera¹.

Esta ley fue publicada con el N° 21.064 en el Diario Oficial N° 41.968, de 27 de enero de 2018 y reconoció expresa y ampliamente la potestad sancionadora de la DGA, en otras palabras, su potestad para imponer una sanción en sede administrativa a uno o más administrados como consecuencia del ejercicio de su actividad de policía.

Al respecto, debemos recordar que la sanción se define en general como “*el proceder impuesto por la autoridad pública al autor de una infracción a un deber jurídico*”², mientras que la sanción administrativa se define, al decir de Parejo, como “*la corrección impuesta a un administrado en ejercicio de la correspondiente potestad administrativa por un hecho o una conducta constitutivos de infracción asimismo administrativa, es decir, tipificado legal y previamente como tal*”³. Como bien indica este autor, ella puede consistir, entre otros, “*en la obligación de satisfacer una cantidad de dinero, como en la pérdida, total o parcial, temporal o definitiva, de una situación jurídica subjetiva favorable constituida por el Derecho Administrativo [...]*”⁴.

Cabe agregar que el proyecto de ley respectivo fue objeto de un control preventivo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, el que dictó la sentencia de 26 de diciembre de 2017, Rol N° 3958-17-CPR, cuyo tenor ha generado diversos comentarios estimulados, además, por el contenido de la sentencia dictada por el mismo Tribunal en el expediente Rol N° 4012-17-CPR (el denominado *fallo SERNAC*)⁵.

Tampoco puede soslayarse el impacto normativo de esta reforma legal, lo que puede apreciarse mediante el examen del texto del CA, tanto antes como después de la reforma, desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo.

Cuantitativamente, el CA mencionaba el sustantivo “*multa*”, en singular y plural, en veintiocho (28) oportunidades antes de la reforma⁶ y ahora lo

* Tabla de abreviaturas: CPR: Constitución Política de la República; CA: Código de Aguas; CADH: Convención Americana de Derechos Humanos; art.: artículo; arts.: artículos; inc.: inciso; N°: número; N°s.: números; DGA: Dirección General de Aguas; OUA: organizaciones de usuarios de aguas; UTA: Unidades Tributarias Anuales; UTM: Unidades Tributarias Mensuales.

¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL 2018a.

² GARRONE 2000, 674.

³ PAREJO 2016, 855. Ennegrecido en el texto original.

⁴ IDEM.

⁵ GARCÍA 2018; LETELIER 2018; VERGARA 2018 a; VERGARA 2018 b; SOTO 2018, entre otros.

⁶ Arts. 91, 122 bis, 172, 173, 174, 175, 176, 201, 207, 212, 213, 216, 217, 241, 242, 245, 248, 260, 281, 306 y 307 CA.

hace en cuarenta y seis (46) oportunidades⁷. Algo similar sucede con el empleo del sustantivo “sanción”, en singular y plural, y de los adjetivos “sancionatorio” y “sancionado” o “sancionada”, que ahora se mencionan en veintiocho (28) oportunidades⁸, en circunstancias que antes sólo se mencionaban diez (10) veces⁹, debiendo destacarse que el adjetivo “sancionatorio” estaba ausente del texto vigente del CA.

Cualitativamente, la mayoría de los preceptos que decían relación con el ejercicio de potestades sancionatorias se ubicaban en el Título III –“De las Organizaciones de Usuarios”– del Libro Segundo del CA, lo que era consonante con el autogobierno de las aguas por sus usuarios y el empleo de la heterotutela judicial, tanto para fines sancionatorios, como para el cumplimiento forzado de los actos administrativos dictados por la DGA¹⁰, con un discreto efecto disuasivo de su actividad de policía¹¹; en cambio, ellos ahora se dividen casi por igual entre las normas sobre las OUA, las del nuevo procedimiento administrativo fiscalizadorio y aquellas pertinentes al ejercicio de la potestad sancionatoria de la DGA.

Estos hallazgos sugieren que esta reforma legal tuvo un impacto importante en el CA, al punto de reforzar el ejercicio de las atribuciones fiscalizadoras de la DGA y reconocer expresa y ampliamente la potestad sancionatoria de esta última, como indicado *infra*.

Las reflexiones precedentes no constituyen algo baladí, a la luz de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el Considerando Trigésimocuarto del denominado *fallo SERNAC*, de cuya redacción se deduce un campo no menor, aunque indeterminado, para el ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria¹², lo que fue confirmado aparentemente por la publicación posterior de la Ley N° 21.091, sobre Educación Superior¹³. Lo anterior cobra

⁷ Arts. 91, 122 bis, 138, 172, 173, 173 bis, 173 ter, 174, 175, 176, 201, 207, 212, 213, 216, 217, 241, 242, 245, 248, 260, 281, 303, 306 y 307.

⁸ Arts. 41, 92, 122, 122 bis, 129 bis 2, 143, 172 bis, 172 ter, 172 sexies, 173, 173 bis, 173 ter, 216, 226, 248, 299, 303, 306 y 316.

⁹ Arts. 92, 122, 122 bis, 143, 173, 216, 226, 248, 306, 316 CA.

¹⁰ OBANDO 2016, 196.

¹¹ SEEGER 2014, 95.

¹² Al respecto, no huelga recordar que el Considerando referido expresó, en lo pertinente, lo siguiente: “Que, atendida la naturaleza de los contratos que median entre los proveedores comerciantes y los consumidores [...] se encuentra arraigada la concepción de que la investigación y fiscalización de los ilícitos pertinentes se debe encomendar a una entidad administrativa, en tanto que su sanción y corrección ha de confiarse a los tribunales de Justicia./ [...] Y como no ocurre en otros ámbitos del orden público económico, donde se trata de cautelar la observancia de alguna legislación especializada y distinta a la contratación general regida por los códigos (SIC) Civil y de Comercio, a objeto de asegurar la regularidad y continuidad de determinados servicios de utilidad pública, y que –por eso– podrían ameritar una regulación diferenciada;/ [...]” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2018a, 29. Espaciado agregado por el autor.

¹³ Cfr. la potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Superintendencia de Educación Superior prevista en los arts. 18 a 62 de la ley N° 21.091 y lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el fallo Rol N° 4317-18-CPR. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2018b, 40 ss.

relevancia a la luz del debate generado tras la dictación de las sentencias Roles N° 3958-17-CPR (*fallo DGA*) y 4012-17-CPR (*fallo SERNAC*) por el citado Tribunal¹⁴.

En las páginas siguientes comentaremos y analizaremos críticamente algunas de las nuevas normas introducidas por esta reforma legal, para lo cual pasaremos revista a las principales innovaciones efectuadas por ella, poniendo de relevancia aquellas que nos parecen novedosas, criticables u oscuras. Por lo expuesto, la estructura de este trabajo tendrá la forma de un comentario jurídico sobre legislación, el que se organizará en forma temática.

Para estos efectos, este trabajo consta de siete secciones, incluidas esta Introducción y las Conclusiones, las que discurren sobre las siguientes materias: la sección I. alude a algunas de las nuevas atribuciones fiscalizatorias de la DGA. La sección II. discurre sobre las nuevas normas relativas al cumplimiento de las resoluciones de la DGA. La sección III. efectúa algunas precisiones sobre el nuevo procedimiento fiscalizatorio y sancionatorio, atendido el tenor de diversos preceptos. La sección IV. se refiere a problemas que se advierten en materia de tipicidad y reiteración de infracciones tras la reforma. Finalmente, la sección V. expone algunos cuestionamientos adicionales que surgen con motivo de la determinación de infracciones y sanciones.

I. Algunas nuevas atribuciones fiscalizatorias de la DGA

La Ley N° 21.064 introdujo diversas modificaciones a las atribuciones de la DGA en materia fiscalizatoria, reforzando esta faz de la actividad de policía de este servicio público.

Así, el nuevo art. 299 letra a) CA indica que la planificación del desarrollo del recurso en fuentes naturales podrá realizarse no sólo con la finalidad de formular recomendaciones para su aprovechamiento, como sucedía hasta ahora, sino también para “arbitrar las medidas necesarias para prevenir y evitar el agotamiento de los acuíferos”.

Igualmente, el art. 299 b) CA precisa ahora que la investigación, medición y monitoreo del recurso, tanto en su cantidad como en su calidad, se realiza “en atención a la protección y conservación de las aguas”.

Una expresión de lo anterior son las nuevas obligaciones de medición e información que se imponen a las OUA, a los propietarios exclusivos de acueductos, a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, definitivos o provisionales, concedidos en zonas de prohibición y en áreas de restricción, y a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, conforme a los arts. 38, 67 y 68 CA, cuya infracción es sancionable por la DGA¹⁵.

¹⁴ GARCÍA 2018; LETELIER 2018; VERGARA 2018 a; VERGARA 2018 b; SOTO 2018, entre otros.

¹⁵ Según el caso, debiera sancionarse con la multa del art. 173 N°s. 1 y 2 CA, sin perjuicio de la multa del art. 173 N° 3 CA, aplicable eventualmente a las hipótesis del art. 173 N° 2 CA.

También lo es la atribución conferida a la DGA en el art. 122 bis inc. 3° CA, con el objeto de sancionar de oficio a las OUA que incumplan la obligación de remitir la información actualizada sobre usuarios que conste en el registro de comuneros, antes del 31 de diciembre de cada año¹⁶.

La reforma clarifica, asimismo, que la actividad de policía administrativa, en relación con las aguas terrestres, se ejerce también respecto de las aguas en los acuíferos e involucra “impedir, denunciar o sancionar la afectación a la cantidad y la calidad de estas aguas [de los cauces naturales de uso público y de los acuíferos], de conformidad al inciso primero del artículo 129 bis 2 y los artículos 171 y siguientes; e impedir que en estos se construyan, modifiquen o destruyen obras sin la autorización previa del servicio o autoridad a quien corresponda aprobar su construcción o autorizar su demolición o modificación;”, como indica el art. 299 letra c) CA, reconociendo de paso –en términos generales y expresos– la potestad sancionatoria consecuencial de la DGA, lo que anteriormente constituía algo excepcional.

Corresponde, igualmente, a la DGA “impedir que se extraigan aguas de los mismos cauces y en los acuíferos sin título o en mayor cantidad de lo que corresponda”, independientemente de la presencia en los mismos de juntas de vigilancia, como lo sugiere ahora el art. 299 letra d) CA, además de la tradicional supervigilancia del funcionamiento de las OUA prevista en el art. 299 letra e) CA.

Cabe agregar, además, que una de las nuevas atribuciones de la DGA se encuentra en el nuevo art. 299 ter CA. Este indica que la DGA puede ordenar, por resolución fundada, la paralización de obras en caso de acreditarse “*fehacientemente*” la extracción de aguas en un punto no reconocido o constituido de conformidad a la ley. Asimismo, puede ordenar el cegamiento de un pozo, una vez que la resolución se encuentre ejecutoriada, bajo las mismas hipótesis legales, como se desprende del empleo del adverbio “*asimismo*” por el legislador¹⁷. En cualquier caso, el standard probatorio que parece exigirse a la DGA no es menor, pues deben acreditarse “*fehacientemente*” los hechos constitutivos de la infracción, teniendo presente que el sentido natural y obvio del adjetivo “*fehaciente*” es “que hace fe, fidedigno”, según el Diccionario de la Lengua Española¹⁸.

Otra manifestación de la reforma se advierte en el art. 303 CA, el que atribuía una función de resolución de conflictos a la DGA respecto de dueños

¹⁶ En este caso, la sanción consiste en la imposición de la multa “a que se refieren los artículos 173 y siguientes” del CA; específicamente, de la multa del art. 173 N° 1 CA. Con todo, la determinación de la autoridad encargada de aplicar esta sanción no está bien determinada, dado el tenor literal del art. 175 CA, que exige que la norma legal “indique” dicha autoridad, y el silencio al respecto del art. 122 bis inc. 3° CA, lo que sugiere una técnica legislativa imperfecta.

¹⁷ Según el diccionario electrónico de la lengua española de la RAE, el adverbio “*asimismo*” significa también como indicación de igualdad, semejanza, conformidad o relación. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA s.d.

¹⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA s.d.

de derechos de aprovechamiento, si con motivo de la construcción de obras hidráulicas se alteraban los caudales en cauces naturales o artificiales y ella debiera realizar el aforo de sus corrientes. Ahora la DGA puede realizar no sólo lo anterior, sino que además puede solicitar antecedentes y establecer las medidas que deberán observar aquéllos para el adecuado ejercicio de sus derechos, las que de ser incumplidas acarrearán para el infractor una multa administrativa sancionatoria de segundo al cuarto grado¹⁹.

II. El cumplimiento de las resoluciones de la DGA en la reforma

Para efectos del cumplimiento de las resoluciones de la DGA, dictadas en los procedimientos del Título I, "De los procedimientos", Libro Segundo del CA, el art. 138 CA reconoce ahora una práctica regular, consistente en el cumplimiento voluntario de las resoluciones del servicio, como se desprende del art. 138 inc. 1° CA, al tiempo que mantiene la norma sobre auxilio de la fuerza pública –con facultades de allanamiento y descerrajamiento– para el cumplimiento forzado de dichas resoluciones, previo requerimiento al Intendente o Gobernador correspondiente²⁰.

No está demás decirlo, pero este precepto no fue objeto de cuestionamiento de parte del Tribunal Constitucional, como lo hizo constar la disidencia estampada por los Ministros Carmona, García y Hernández en el fallo Rol N° 3958-17-CPR²¹.

Relacionado con lo anterior, el art. 300 inc. 2° CA autoriza al Director General de Aguas para solicitar, en los términos del art. 138 CA, el auxilio de la fuerza pública cuando exista oposición para ingresar a lugares cerrados, con facultades de descerrajamiento, si fuere necesario.

Además, este precepto contempla una multa para el caso de incumplimiento, total o parcial, la que debería ser en la mayoría de los casos la del art. 173 N° 6 CA, sin perjuicio de la ejecución subsidiaria prevista en el art. 138 inc. 3° parte final CA.

En cuanto al incremento de multa previsto en el art. 173 bis CA, resulta en principio plausible su procedencia desde un punto de vista dogmático, aunque resulta difícil visualizar una hipótesis concreta para su aplicación.

¹⁹ La reforma de la ley N° 21.064 adecuó las multas previstas en los arts. 306 y 307 CA a la tipología de multas del art. 173 ter CA.

²⁰ Tras la reforma, el art. 138 CA brinda las siguientes posibilidades al servicio: cumplimiento voluntario del administrado; cumplimiento forzado mediante el auxilio de la fuerza pública, si procediere fácticamente, mediante requerimiento dirigido al Intendente o Gobernador respectivo; multa (probablemente, la del art. 172 bis N° 4 o 6 CA, según el caso), en caso de incumplimiento, total o parcial, del administrado, la que admite la posibilidad eventual de incremento; ejecución subsidiaria por el propio servicio, por la Dirección de Obras Hidráulicas o por cualquier otro servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas.

²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2018c, 20.

Según el art. 138 CA, el empleo de la fuerza pública no requiere de autorización judicial, sino que se impetra por la vía administrativa a través de las autoridades de gobierno interior mencionadas. Esto constituye una diferencia respecto de la hipótesis del art. 129 bis 2 CA, en que el empleo de la fuerza pública requiere de intervención judicial previa, sin que se divise la razón para la diferencia de tratamiento legislativo entre ambos preceptos legales, ya que en todos ellos estamos en presencia de la actividad fiscalizadora de la administración, en relación con bienes del dominio público.

Con todo, el nuevo art. 299 letra e) CA señala que el director regional puede requerir “directamente” el auxilio de la fuerza pública, con facultades de allanamiento y descerrajamiento, para el ejercicio de tres atribuciones, a saber: la mantención y operación del servicio hidrométrico nacional, acorde al art. 299 b) N° 1 CA²²; el ejercicio de la policía y vigilancia de las aguas en cauces naturales y acuíferos, en los términos que indica el art. 299 letra c) CA, según el caso²³; e impedir que se extraigan aguas de los cauces naturales de uso público y de los acuíferos sin título o en mayor cantidad que la correspondiente.

El empleo del adverbio “directamente”, el que apareció recién en el Segundo Informe de la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía del Senado²⁴, sugiere que el requerimiento no requeriría ser efectuado por intermedio de las autoridades de gobierno interior, como sucede en el art. 138 CA, sino que se puede efectuar sin su intermediación por el director regional correspondiente.

Aún más, la diferente redacción empleada en el nuevo art. 299 letra e) CA, comparada con la del art. 90 inc. 3° CA, que habla de “solicitar directamente a la autoridad”, parece confirmar el aserto anterior²⁵.

De esta manera, se advierte la existencia de una yuxtaposición de preceptos legales frente a una misma hipótesis, como consecuencia de la técnica legislativa empleada, dada la ubicación del art. 138 CA y el tenor del art. 299 letra e) CA, por lo que surge la interrogante sobre cuál deberá ser el procedimiento que deberá observar la autoridad administrativa para requerir el auxilio de la fuerza pública en tales supuestos.

Dada la ambigüedad u obscuridad de los antecedentes que surgen de la historia de la ley, nos inclinamos por sostener que debería aplicarse en

²² El art. 299 inc. 2° CA establece que en esta hipótesis legal el auxilio de la fuerza pública sólo podrá requerirse cuando se acredite la negativa a la solicitud de acceso formulada previamente por el personal de la DGA, con el objeto de realizar trabajos de mantención y operación del servicio hidrométrico nacional.

²³ No sería este el caso previsto en el art. 129 bis 2 CA, en que el requerimiento de auxilio de la fuerza pública requiere de autorización judicial previa.

²⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL 2018c, 10.

²⁵ El art. 90 inc. 3° CA prescribe que “[e]l inspector o cuidador podrá solicitar directamente a la autoridad el auxilio de la fuerza pública para ejercitar este derecho, exhibiendo el título de su representación”.

todo momento la regla del art. 138 CA, con el objeto de resguardar las competencias asignadas por el ordenamiento jurídico a las diversas autoridades de gobierno interior, por lo que la redacción del art. 299 letra e) CA sólo puede obedecer a una omisión del legislador.

III. Precisiones sobre algunos aspectos del nuevo procedimiento fiscalizador y sancionatorio

El Libro Segundo, Título I, N° 2, letra g. CA se refiere extensamente al procedimiento que debe seguir la DGA para efectos de fiscalizar y, eventualmente, absolver o sancionar al presunto infractor de las normas del CA. Debe destacarse, al respecto, la preocupación del legislador por dotar a la DGA y a los usuarios de un procedimiento administrativo en la materia en los arts. 172 bis ss. CA, el que en general discurre sobre la base de los principios jurídicos que inspiran usualmente este tipo de procedimientos administrativos, especialmente los de inocencia, defensa, contradicción e impugnación de los actos terminales dictados en el mismo, más allá de algunos cuestionamientos puntuales. Pese a lo expuesto, existen algunos aspectos del mismo cuyas implicancias aconsejan mayores precisiones interpretativas.

Así, el art. 172 ter inc. 1° CA prescribe que el presunto infractor no podrá negarse injustificadamente a proporcionar la información que le sea requerida por el servicio. Con todo, esta obligación de colaboración no puede llegar al punto de desconocer la observancia del principio de no auto-incriminación recogido en el art. 19 N° 7 letra f) CPR y en el art. 8.2. letra g) CADH; en otras palabras, el fiscalizado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo y/o a declararse culpable, precisamente para el debido resguardo de sus derechos fundamentales, a pesar de lo sostenido hace un tiempo por el Tribunal Constitucional en el fallo Rol N° 2381-12²⁶.

Del mismo modo, no dudamos que la autorización judicial para el empleo de la fuerza pública, en el caso del art. 172 ter inc. 1° parte final CA, puede efectuarse con conocimiento de causa por el Tribunal, como lo sugiere la redacción del precepto, toda vez que es meramente facultativo que ella se otorgue inmediatamente y sin forma de juicio, resultando aconsejable lo primero por la afectación de derechos fundamentales, como el derecho a la inviolabilidad del hogar asegurado en el art. 19 N° 5 CPR, y debido el ejercicio de las atribuciones conservadoras de los tribunales integrantes del Poder Judicial, acorde al art. 76 CPR.

Igualmente, el art. 172 ter inc. 4° CA establece que el personal fiscalizador de la DGA tendrá el carácter de ministro de fe respecto de los hechos que consigne en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de inspección, agregándose que los hechos establecidos por dicho personal

²⁶ CORDERO 2014, 206-209.

constituirán presunción legal²⁷, lo que tiene importancia para fines probatorios en el procedimiento administrativo.

No obstante, esta presunción de veracidad es de carácter simplemente legal y admite prueba en contrario, sin perjuicio que debe basarse en los hechos constatados y consignados previamente en el acta de fiscalización por los fiscalizadores. Por lo anterior, no puede darse el carácter de tal a las meras apreciaciones e interpretaciones *ad hoc* vertidas en el acta de fiscalización por los fiscalizadores.

Por otra parte, debe realizarse que la reforma estableció un plazo máximo para la conclusión y finalización del procedimiento administrativo sancionatorio, que es de 6 meses, contados desde la apertura del expediente respectivo, como se indica en el art. 172 bis inc. 5° CA. No obstante, constituye una interrogante determinar si la DGA podrá dar cumplimiento a este plazo, atendida la forma como se comportan los plazos en el procedimiento administrativo.

Finalmente, la reforma estableció un plazo de prescripción extintiva para el ejercicio de la acción administrativa sancionatoria, que es de tres años, contados desde la comisión de la infracción, según el art. 173 quáter. Este plazo viene a resolver para este ramo una vieja disputa jurídica existente sobre la materia, en que se debatía sobre la aplicabilidad de los plazos de prescripción de las faltas penales y de las acciones ordinarias civiles, ante la falta de reglas jurídicas, aunque no existe claridad meridiana sobre la razón para la extensión del plazo establecido por la reforma. En cualquier caso, la consagración de este plazo constituye un avance en la materia.

IV. Algunos problemas en materia de tipicidad y reiteración de infracciones administrativas

Estimamos que constituye un avance la pretensión de describir algunas conductas típicas como constitutivas de infracción administrativa en el art. 173 CA, a diferencia de lo que sucedía en el antiguo art. 173 CA.

El nuevo precepto legal dispone que la DGA aplicará una multa a beneficio fiscal y fijará plazo para su pago, a quienes incurran en las infracciones que se "*describen*" en el mismo, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 172 y 307 CA.

Con todo, una revisión de distintos numerales de este precepto sugiere que la intención del legislador se cumplió imperfectamente, debiendo preguntarnos en algunos casos si la descripción legal de las conductas infractoras cumple con el principio constitucional de tipicidad, acorde a lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

²⁷ Art. 299 bis CA.

Así, a vía de ejemplo, el art. 173 N° 1 CA contiene una descripción aproximada de la conducta sancionada, ya que se refiere a infracciones "*relativas*" a la obligación de entregar cierta información, aunque puede sostenerse con buenos argumentos que el "*núcleo esencial*" de la conducta sancionada está presente en este precepto, en los términos señalados por el Tribunal Constitucional.

Con todo, no puede sostenerse lo mismo respecto del art. 173 N° 6 CA, el que vino a sustituir el antiguo art. 173 CA y en el cual no se advierte descripción alguna de la conducta infractora que se pretende sancionar, contrariamente a lo señalado en el enunciado inicial del mismo precepto.

En efecto, resulta difícil determinar con precisión alguna conducta que sea sancionable bajo el art. 173 N° 6 CA, a menos que, por vía interpretativa, se pretenda sostener que este precepto dice relación con las hipótesis legales en que el CA ha hecho punible ciertas conductas infractoras "en conformidad al art. 173 CA" y dichas conductas no resultaren comprendidas en los numerales precedentes del mismo, lo que difícilmente puede estimarse que constituya una "descripción" de conducta punible.

En definitiva, el precepto analizado constituye una verdadera ley en blanco que contraría el principio de legalidad de las sanciones administrativas resguardado por el derecho de igualdad ante la justicia asegurado en el art. 19 N° 3 CPR.

Un tema álgido lo constituye el de la reiteración de la infracción administrativa, dado el tenor del precepto respectivo y la técnica legislativa empleada para su configuración.

Al respecto, debe tenerse presente que el art. 173 bis inc. 2° CA se refiere a la "*reiteración de la infracción*" y no a la "*reincidencia*" en la infracción, como asimismo que ambos institutos se vinculan con el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas. Esto último obedece a que una y otra constituyen agravantes que incidirán, en definitiva, en la graduación de la penalidad que será aplicada al infractor.

A pesar que el tema no es pacífico, en el derecho administrativo sancionador se suele distinguir la reiteración de la reincidencia, según si el infractor ha cometido nuevas infracciones de naturaleza diversa o de naturaleza igual a la infracción original; en el primer caso, estaremos en presencia de la reiteración de infracciones (por no ser de la misma naturaleza) y en el segundo caso de reincidencia en la infracción (por ser todas de la misma naturaleza), aun cuando no se trate del mismo tipo infraccional, debiendo en todo caso encontrarse a firme la infracción original en vía administrativa²⁸⁻²⁹. No obstan-

²⁸ NUÑO 2016, 18; HERRÁEZ 2016.

²⁹ Es dable advertir una tendencia a reemplazar la reiteración por formas más definidas de reincidencia, las que consideran la comisión de más de una infracción de la misma naturaleza en un corto periodo de tiempo, como asimismo la "*continuidad o persistencia en la conducta infractora*". NUÑO 2016, 19.

te, el art. 173 bis inc. 2° CA se refiere a la “reiteración de la infracción”, empleando el artículo definido “la” y el sustantivo singular “infracción”, lo que constituye una impropiedad a la luz de lo expuesto *supra*.

La lectura de los antecedentes que rodearon la aprobación del precepto sugiere que se incurrió en un error de redacción durante el proceso legislativo. Efectivamente, el proyecto despachado en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados hacía alusión correctamente a la posibilidad de duplicar las multas en presencia de “*infracciones reiteradas y que afecten el caudal ecológico o la sustentabilidad del acuífero*”³⁰. A su turno, del Primer Informe de la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía del Senado, durante el segundo trámite constitucional, se desprende que tanto las indicaciones promovidas por el Gobierno, por intermedio del Director General de Aguas, como el debate habido al interior de este órgano legislativo, dijeron relación con la duplicación de multas “*en caso de reiteración de infracciones*”³¹. Sin embargo, la comisión despachó inexplicablemente el precepto en los términos que conocemos actualmente³², cuyo tenor sugiere más bien una suerte de reincidencia (bastante *sui generis*, dicho sea de paso), sin constituir estrictamente este último instituto. La situación descrita sólo puede generar problemas interpretativos para el servicio sancionador, como también para el tribunal ordinario encargado de su control en virtud del art. 137 CA, el que deberá esforzarse por dar al precepto un sentido cercano al establecido por la doctrina, citada *supra*.

Un problema conexo está constituido por la consecuencia que se deriva de la reiteración “*de la infracción*”, que no es otra que la elevación de la multa al duplo del “*monto original*”, según el art. 173 bis inc. 2° CA. Surge la duda, entonces, sobre cuál es el denominado “*monto original*”, esto es, incluye o no el incremento del art. 173 bis inc. 1° CA, en el caso que se hubiere decretado por la DGA en el primer procedimiento sancionatorio, dada la poco feliz oración inicial de este inciso que reza “[*s*]in perjuicio de los dispuesto en el inciso anterior, [...]”.

Desde luego, debe advertirse que la expresión “*monto original*” no figura en el resto del Libro Segundo, Título I, N° 3 CA, el que sólo alude al “*monto*” en los arts. 173, 173 bis inc. 1°, 173 bis inc. 3° y 173 ter inc. 2° CA, sin perjuicio de otras disposiciones dispersas a lo largo del CA³³. Igualmente, que el adjetivo calificativo “*original*” figura en una serie de otros preceptos del CA, cuya lectura sugiere que se alude a aquello que existía o se presentó primero en el tiempo, como sucede en los arts. 41 inc. 4°, 129 bis 4 N° 4, 129 bis 5 inc. 4°, 129 bis 6 incs. 2° y 3°, 129 bis 16 inc. 4° y 138 inc. 4° CA. Finalmente, que lo anterior coincide con el significado natural y obvio de esta

³⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL 2018b, 4.

³¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL 2018c, 12.

³² *IBID*, 57.

³³ Arts. 71 inc. 1°, 129 bis 5 inc. 2°, 129 bis 12, 129 bis 15 inc. 4°, 129 bis 16 inc. 10, 129 bis 19 inc. 2°, 129 bis 20 y 241 N°s. 10 y 13 CA.

palabra, que en una de sus acepciones significa “*perteneciente o relativo al origen*”³⁴, mientras que origen significa “*principio, motivo o causa moral de algo*”³⁵.

De lo expuesto, deducimos que el “*monto original*” a que alude el art. 173 bis inc. 2° CA corresponde a la cuantía de la multa determinada por los arts. 173 y 173 ter CA, esto es, sin el incremento legal del art. 173 bis inc. 1°CA, la que una vez duplicada tampoco podría elevarse por aplicación del incremento legal del inc. 1° de este precepto.

Finalmente, debe hacerse presente que la aplicación práctica del incremento legal referido, comoquiera que se interprete la expresión “*la reiteración de la infracción*”, puede resultar problemático para el propio servicio, si en definitiva se estima que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad de la sanción administrativa, resguardado mediante el derecho de igualdad ante la justicia, previsto en el art. 19 N° 3 CPR, lo que va a depender del grado y monto de las multas con que se sancionen las infracciones sucesivas cometidas por el presunto infractor, acorde al art. 173 ter CA.

V. Cuestionamientos adicionales derivados de la determinación de ciertas infracciones y sanciones

La lectura de la reforma genera otras interrogantes para el intérprete. Así, llama la atención la modificación introducida al art. 41 inc. 3° CA, el que preceptúa que la omisión de la autorización de la DGA, respecto de modificaciones que sea necesario efectuar en cauces naturales o artificiales que puedan causar daño a la vida, salud o bienes de la población o que de alguna manera alteren el régimen de escurrimiento de las aguas, será sancionada “de conformidad a lo establecido en los artículos 173 y siguientes” del mismo cuerpo legal. Esta remisión conduce a aplicar –con probabilidad– las multas del art. 173 N° 4 o 6 CA, según el caso.

Con todo, la misma infracción parece ser sancionada en el nuevo art. 172 inc. 1° CA y en términos ligeramente diferentes. En efecto, este precepto discurre sobre la base de las modificaciones que se desearan efectuar en cauces naturales o artificiales, en los términos del art. 41 CA (dada la remisión que efectúa al art. 171 CA) y preceptúa que la realización de tales obras, sin contar con las autorizaciones administrativas pertinentes, será sancionada con una multa del primer al segundo grado, conforme al art. 173 ter CA, pudiendo apercibirse al infractor y fijársele un plazo perentorio para que modifique o destruya, total o parcialmente, las obras. En caso de incumplimiento, el precepto señala que se impondrá al infractor una multa del tercer grado, aunque debe entenderse que estas multas deben aplicarse previo proceso administrativo sancionatorio legalmente tramitado, según los arts. 172 bis ss. CA.

³⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA s.d.

³⁵ IBID.

En resumen, las multas previstas para el incumplimiento del art. 41 CA en el art. 171 inc. 1° CA son distintas a aquellas a que puede conducir la remisión del art. 41 inc. 3° CA, por lo que es dable advertir la existencia de un nuevo error de técnica legislativa que infringiría nuevamente el derecho a la igualdad ante la justicia, asegurado en el art. 19 N° 3 CPR, pero esta vez en lo tocante al principio de legalidad aplicable a las sanciones administrativas.

Por otra parte, resulta francamente curioso el tenor del art. 172 inc. 2° CA, porque alude prácticamente a las mismas obras mencionadas por el art. 41 CA, pero establece una multa del segundo al tercer grado, para el caso de la realización de obras sin contar con la autorización administrativa pertinente, la que puede dar origen a una segunda multa de 100 a 1.000 UTA, en caso de mantenerse el incumplimiento por el administrado, pudiendo el servicio adoptar inclusive las medidas para su cumplimiento prevista en el art. 138 CA.

En este orden de ideas, una comparación de la redacción de los arts. 41 y 172 CA sugiere más de una interrogante sobre el alcance real de este último precepto legal, la que proviene en gran medida de la redacción de este último. Así, el art. 172 inc. 1° CA dice relación con la infracción del art. 41 CA, esto es, modificaciones que "*puedan*" causar daño a la vida, salud o bienes de la población o que de alguna manera alteren el régimen de escurrimiento de las aguas; en cambio, el art. 172 inc. 2° CA iría supuestamente un paso más allá porque diría relación con modificaciones que "*entorpecen*" el libre escurrimiento de las aguas o "*signifiquen*" peligro para la vida o salud de los habitantes.

En definitiva, el art. 172 CA se refiere a una suerte de infracciones administrativas de peligro abstracto –de dudosa constitucionalidad– y de peligro concreto en sus distintos incisos, por lo que será la DGA la que determinará cuando se esté en presencia de cada tipo de infracción administrativa, lo que implica un amplio campo para la discrecionalidad administrativa, la que puede terminar conculcando el derecho a la igualdad ante la justicia previsto en el art. 19 N° 3 CPR, en lo concerniente al principio de legalidad y tipicidad aplicable a las sanciones administrativas.

Por lo expuesto, estimamos aconsejable que se clarifique el alcance de las infracciones referidas y sus sanciones por vía legislativa, con el objeto de brindar seguridad jurídica a los administrados.

Asimismo, resulta preocupante que las multas del art. 172 CA experimenten incrementos legales, conforme a las circunstancias agravantes de responsabilidad, acorde al art. 173 bis CA. En tal sentido, cabe preguntarse si la cuantía de las multas establecidas en el art. 172 CA, unida al incremento legal eventual, podría significar bajo ciertos supuestos fácticos una vulneración de principio constitucional de proporcionalidad de las sanciones, dado lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en sus fallos Roles N° 1951-2011, 2045-2011 y 2254-2012, entre otros³⁶.

³⁶ NAVARRO 2014, 25-27.

Adicionalmente, resulta poco clara la referencia a las medidas para el cumplimiento previstas en el art 138 CA, efectuada por el art. 172 inc. 2° CA. Lo anterior debido a que el art. 138 CA contempla, entre otros, una multa para el caso de incumplimiento de las resoluciones de la DGA, la que podría terminar siendo agregada a las multas autorizadas por el art. 172 inc. 2° CA. Esto último implicaría una vulneración de los principios de *non bis in ídem* y de proporcionalidad de la sanción administrativa, resguardados por la garantía del derecho a la igualdad ante la justicia asegurado en el art. 19 N° 3 CPR. Por lo anterior, nos inclinamos por sostener que la referencia a las medidas antedichas, efectuada por el art. 172 inc. 2° CA, debe entenderse efectuada a las restantes medidas previstas en el art. 138 CA.

Conclusión

Una revisión del nuevo régimen jurídico sobre fiscalización y sanción administrativa en materia de aguas terrestres, por parte de la DGA, genera diversas apreciaciones e interrogantes sobre la juridicidad y conducencia de los nuevos preceptos legales para los objetivos previstos por el legislador.

Aunque aún es muy temprano para determinar sus efectos reales y concretos en las rutinas de los operadores jurídicos, no puede negarse que ella ha producido un impacto normativo de consideración en el régimen jurídico sectorial respectivo. Por cierto, la determinación de su impacto real en el largo plazo estará mediada por el efecto de la trayectoria institucional preexistente en esta materia, por la percepción sobre la implementación de este régimen jurídico por los jueces de la República, por la dotación de recursos materiales y humanos de la DGA, y, por qué no decirlo, por las propias aprehensiones y concepciones de rol de los funcionarios de este servicio público.

De momento, corresponde dejar asentado que la reforma implicó un avance dogmático en materia de procedimiento administrativo fiscalizadorio y sancionatorio, pese a las dudas, interrogantes y cuestionamientos que suscitan algunos de sus preceptos. Sin embargo, debe señalarse también que ella introdujo pocas o escasas medidas para incentivar el cumplimiento voluntario del administrado³⁷.

En este orden de ideas, debe indicarse que si bien el régimen jurídico sancionatorio previo tenía una eficacia bastante discreta, no puede sostenerse de antemano que el nuevo régimen sancionatorio vaya a ser más eficaz y eficiente en el logro de los objetivos perseguidos por el legislador, ya que existen defectos de técnica legislativa en la redacción de algunos de sus preceptos que introducen una cuota de incertidumbre jurídica para la etapa de ejecución de los mismos y ello puede afectar no sólo a los administrados, sino también a los funcionarios.

³⁷ Ello excluye, por definición, la autodenuncia contemplada en el art. 173 bis inc. fine CA.

Además, no resulta aventurado afirmar que la eficacia de la reforma analizada dependerá de la eficiencia de la cobranza judicial de las multas impuestas por la DGA, por parte de un servicio público distinto, como es la Tesorería General de la República, lo que no constituye algo recurrente respecto de multas de monto discreto o no elevado.

Por otra parte, llama profundamente la atención la opción recurrente por la multa administrativa, de carácter sancionatorio, para fines fiscalizatorios y sancionatorios por parte de la DGA, muchas veces sin relación con el incumplimiento de actos administrativos dictados previamente por esta última, lo que puede dar origen a prácticas abusivas eventuales que vicien el acto administrativo terminal sancionatorio.

En efecto, como bien indicaron García de Enterría y Fernández, en su clásico *Curso de Derecho Administrativo*, la potestad sancionatoria directa de la Administración, como manifestación de la autotutela reduplicativa o en segunda potencia, puede terminar en verdaderos abusos si el acto terminal sancionatorio es impuesto simplemente por meras infracciones al orden social y no por el incumplimiento de actos administrativos, ya que con ello se afectan bienes jurídicos de los administrados³⁸, la más de las veces sin las garantías del debido proceso y de la igualdad ante la justicia que rodean el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Esto se ve acentuado por la discrecionalidad que involucra la aplicación de varias de las disposiciones legales introducidas por la reforma, así como por la eventual infracción de algunos principios constitucionales que gobiernan el ejercicio del *ius puniendi* estatal, contemplados en el art. 19 CPR, enunciados *supra*.

Pero esta incertidumbre jurídica también puede afectar negativamente a los propios funcionarios fiscalizadores, encargados de la ejecución de estos preceptos, ya que los deja expuestos a las acciones judiciales civiles y penales de los administrados, además de las acciones administrativas correspondientes, porque el ejercicio de las potestades estatales está sujeto a un régimen jurídico de responsabilidades legales, acorde a los arts. 4, 6 y 7 CPR.

Después de todo, no debe olvidarse que "*un gran poder conlleva grandes responsabilidades*", como sostuvo previsora mente el Presidente Roosevelt en un ya lejano 11 de abril de 1945³⁹.

Bibliografía citada

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018a). *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones*, Mensaje N° 029-359, de 10

³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 1997, 503-515.

³⁹ Este parece ser el origen del recordado diálogo entre el Tío Ben y Peter Parker en la primera entrega de la película "El Hombre Araña".

- de enero de 2012. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/7485/> [fecha de consulta: 28 julio 2018].
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018b). *Historia de la Ley N° 21.064. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Oficio de Cámara de Origen a Cámara Revisora*. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file_ley/7485/HLD_7485_4ee2e09cb298ddf5317042b96fc06691.pdf [fecha de consulta: 29 julio 2018].
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2018c). *Historia de la Ley N° 21.064. Segundo Trámite Constitucional: Senado. Segundo Informe Comisión Legislativa*. Disponible en https://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file_ley/7485/HLD_7485_d4e9f9fc8df4d4241ea6dbff0cbc8135.pdf [fecha de consulta: 29 julio 2018].
- CORDERO Q., Eduardo (2014). *Los principios y reglas comunes al procedimiento administrativo sancionador*. Arancibia M., Jaime; Alarcón J., Pablo [coord.], Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Santiago: Thomson Reuters), 189-215.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1997). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, T I, 766.
- GARCÍA, José (2018). *Sentencia TC Sernac: una lectura minimalista*, El Mercurio Legal, 22 de enero de 2018. Disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2018/01/22/Sentencia-TC-Sernac-una-lectura-minimalista.aspx> [fecha de consulta: 10 agosto 2018].
- GARRONE, José (2000). *Diccionario Manual Jurídico AbeledoPerrot*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 782.
- HERRÁEZ, PABLO (2016). *La substitución de la reiteración por la continuidad o persistencia en la conducta infractora como criterio de graduación de las sanciones en el procedimiento sancionador*. Blog sobre el procedimiento administrativo. Disponible en <https://procedimentoadministratiu.blogspot.com/2016/> [fecha de consulta: 28 agosto 2018].
- LETELIER W., Raúl (2018). *Sentencia TC Sernac: una mirada no minimalista*. El Mercurio Legal, 23 de enero de 2018. Disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/01/23/Sentencia-TC-Sernac-una-sentencia-no-minimalista.aspx> [fecha de consulta: 10 julio 2018].
- NAVARRO B., Enrique (2014). *La potestad sancionadora administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Arancibia M., Jaime; Alarcón J., Pablo [coord.], Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Santiago: Thomson Reuters, 17-38.
- NUÑO J., Irene (2016). *Derecho administrativo sancionador. Principios de la potestad sancionatoria*. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, N° 5, 34. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5698117> [fecha de consulta: 28 agosto 2018].
- OBANDO C., Iván (2016). *Panorama de la autotutela administrativa en el Código de Aguas*. *Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 22, Pontificia Universidad Católica de Chile, 195-207.
- PARERO, Luciano (2016). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1.151.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (s.d.). *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en <http://dle.rae.es/?w=diccionario> [fecha de consulta: 27-28 julio 2018; 4-5 abril 2019].
- SEEGER C., Carolina (2014). *Propuesta legislativa que fortalece la potestad fiscalizadora preventiva y sancionatoria de la DGA y establece exigencias para un mayor control de los aprovechamientos hídricos*. *Actas de Derecho de Aguas* N° 4, Pontificia Universidad Católica de Chile, 95-113.
- SOTO D., Pablo (2018). *El giro conservador en torno a las sanciones administrativas por obra del Tribunal Constitucional de Chile: transformando a la administración en juez para proteger el interés público*. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República* 45, 32 (en prensa).
- VERGARA B., Alejandro (2014). *Potestad sancionadora de la Administración en electricidad, minas y aguas*. Arancibia M., Jaime; Alarcón J., Pablo [coord.], Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Santiago: Thomson Reuters, 701-720.

VERGARA B., Alejandro (2018a). *Sanciones, despotismo e identidad del derecho administrativo*. El Mercurio Legal, 20 de marzo de 2018. Disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/AnalisisJuridico/2018/03/20/Sanciones-despotismo-e-identidad-del-derecho-administrativo.aspx> [fecha de consulta: 12 julio 2018].

VERGARA B., Alejandro (2018b). *Sanciones, despotismo e identidad del derecho administrativo: respuesta a un crítico (Parte II)*. El Mercurio Legal, 13 de abril de 2018. Disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/04/13/Sanciones-despotismo-e-identidad-del-derecho-administrativo-respuesta-a-un-critico-Parte-II.aspx> [fecha de consulta: 14 julio 2018].

Normativa citada

LEY N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial, 29 mayo 2003.

LEY N° 20.304, sobre Operación de Embalses frente a alertas y emergencias de crecidas y otras medias que indica. Diario Oficial, 13 diciembre 2008.

LEY N° 21.064, que introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones. Diario Oficial, 27 enero 2018.

LEY N° 21.091, sobre Educación Superior. Diario Oficial, 29 mayo 2018.

Jurisprudencia citada

Sentencia TC Rol N° N° 4012-17-CPR (2018a): Tribunal Constitucional, 18 enero 2018.

Sentencia TC Rol N° 4317-18-CPR (2018b): Tribunal Constitucional, 26 abril 2018.

Sentencia TC Rol N° N° 3958-17-CPR (2018c): Tribunal Constitucional, 26 diciembre 2017.

Cordero Quinzacara, Eduardo

Dominio público, bienes públicos y bienes nacionales. Bases para la reconstrucción de una teoría de los bienes públicos (Valencia, Tirant lo Blanch, 2019) 186 páginas

El libro que a continuación se reseña corresponde a la más reciente publicación de Eduardo Cordero, profesor titular de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

La publicación se estructura en tres capítulos más la introducción, una nota preliminar y el prólogo, el cual ha sido redactado por el destacado catedrático español Alejandro Nieto. En el Capítulo I, el autor analiza el origen de la institución del dominio público en Francia, enseguida, en el Capítulo II, da cuenta de la doctrina del dominio público en el Derecho español, para, a continuación, en el Capítulo III, hacer referencia a la doctrina de los bienes públicos en el Derecho chileno. Por último, el autor finaliza su trabajo con las conclusiones que ha obtenido en el desarrollo de su investigación.

En síntesis, la obra ha tenido por objeto principal analizar el origen y desarrollo de la teoría del dominio público y su incidencia en el Derecho chileno, ello con el propósito de formular una nueva sistematización de los bienes públicos en el ordenamiento jurídico nacional.

Para tal efecto, el autor propone la “reconstrucción” dogmática de una “Teoría general de los bienes públicos” a partir de las normas constitucionales, administrativas y civiles vigentes en el Derecho nacional, antes de recurrir a elaboraciones dogmáticas comparadas, fundamentalmente francesas y españolas.

Según señala el autor, nuestro ordenamiento carece de una construcción dogmática que de cuenta de manera sistemática de la relación que se produce entre las normas constitucionales y las normas legales tradicionales que existen sobre la materia (básicamente las conte-

nidas en el Código Civil), y que, en términos generales permita explicar la relación que tiene el Estado con determinados bienes, respecto de los cuales existen las diversas modulaciones o regímenes jurídicos excepcionales o exorbitantes al Derecho privado.

Desde la perspectiva metodológica, el autor efectúa una minuciosa revisión dogmática, histórica y comparada del régimen de los bienes públicos, la cual le permite resolver algunas de las problemáticas que plantea el régimen de los bienes públicos en Chile, como lo es la naturaleza del vínculo del Estado con las minas.

Luego de un exhaustivo análisis de diversas fuentes, el autor concluye la escasa utilidad de la tradicional teoría del dominio público a la construcción dogmática del régimen de los bienes públicos. Según indica el autor, el dominio público no es sino una función pública, construida a partir de la técnica de las competencias y potestades públicas, lo que la ha alejado de las visiones patrimonialista asentadas en un concepto de cosa propio del Derecho privado.

El autor sostiene que la legislación nacional ha desarrollando un sistema de bienes públicos original, al margen de la regulación francesa y española. Así, desde el punto de vista civil, sólo son bienes públicos aquellos que están afectados al uso común o colectivo, esto es, los que, según nuestra Constitución, la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así, los demás son bienes patrimoniales.

Desde esta perspectiva, en nuestro ordenamiento jurídico un bien es público en

atención a su aptitud para el uso colectivo, esto es, a su aptitud para garantizar una determinada prestación, lo cual se distancia del rígido y monista modelo del dominio público. Además, en nuestro sistema, ciertos los bienes patrimoniales de propiedad de los órganos del Estado también podrán ser destinados a un servicio público en atención a la función pública a la cual da soporte, estableciéndose respecto de aquellos un régimen exorbitante o excepcional, en la medida que sea necesario para garantizar dicha prestación.

En mi opinión, la publicación constituye un significativo aporte a la discusión nacional en materia de bienes públicos, puesto que proporciona, luego de un minucioso análisis de diversas fuentes del derecho nacional y comparada, una nueva forma de sistematización de los bienes públicos en nuestro ordenamiento jurídico, con lo cual se busca dar una solución *ad intra* de las problemáticas que ha suscitado la aplicación de doctrinas comparadas que más que una contribución, han generado, en definitiva, mayor confusión a nuestra teoría de los bienes públicos.

Rosa Fernanda Gómez González

*Investigadora y Profesora de Derecho
Administrativo Pontificia Universidad
Católica de Valparaíso*

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Envío de colaboraciones

1. Temas de interés

La *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE) es una publicación de la Pontificia Universidad Católica de Chile, especializada en Derecho Administrativo general y Derecho administrativo económico. Recoge estudios de doctrina, comentarios de jurisprudencia, sistematizaciones normativas y ensayos, y reseñas o comentarios bibliográficos en las áreas de Derecho administrativo general, administrativo económico, bienes de uso público, aguas, minas, energía, urbanismo, ordenamiento territorial y medio ambiente promoviendo el conocimiento, la investigación y difusión de dichas disciplinas.

En este contexto, la *Revista* mantiene modernos criterios de política editorial, dirigidos tanto a los autores como a los usuarios de la publicación; y cuenta con una clara normativa relativa a la gestión de los derechos de propiedad intelectual.

2. Normas sobre referencias bibliográficas

La normativa de la *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE) que a continuación se presenta, y que alude a la estructura de los trabajos y sus correspondientes referencias bibliográficas, cumple con los siguientes estándares:

- NCh1143.Of1999 Documentación – Referencias bibliográficas – Contenido, forma y estructura; equivalente a norma ISO 690: 1987 (*Information and documentation – Bibliographic references – Content, form and structure*).
- NCh1143/2.Of2003 Información y documentación – Referencias bibliográficas 2: Documentos electrónicos o partes de ellos; equivalente a norma ISO 690-2 (*Information and documentation – Bibliographic references – Part 2: Electronic documents or parts thereof*).

II. Normas de publicación referidas a los autores

1. Solicitudes de publicación. Los interesados pueden enviar durante todo el año sus trabajos de investigación, los cuales deberán ser originales e inéditos, y cumplir con las instrucciones contenidas en este documento.

Los trabajos se enviarán en lengua castellana, en soporte electrónico, escritos en Microsoft Word o en formato compatible, al correo electrónico redae@uc.cl bajo el asunto "Envío de trabajo para ReDAE", e indicando la disciplina del Derecho abordada y el tipo de trabajo, según corresponda a: doctrina, comentario de jurisprudencia, sistematización normativa y ensayo, o bibliografía. Asimismo, debe indicarse si el trabajo presentado tiene contenidos que estén siendo sometidos a otras sedes de edición, como parte de un trabajo más extenso.

2. Compromiso con el editor. El envío de un trabajo original e inédito supone el compromiso por parte del autor de no someterlo simultáneamente a consideración de otras publicaciones periódicas, así como el conocimiento del autor de las presentes normas y políticas editoriales.

3. Reglas para la sección Doctrina

- Deberán ser escritos en tamaño carta; su extensión total no deberá ser mayor a ochenta mil caracteres (80.000) con espacios, incluidas notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso; con interlineado sencillo y sin espacios entre párrafos.

- La fuente debe ser Garamond, tamaño 13 para el texto y 10 para las notas a pie, con uso de caja amplia.

- No se deben añadir sangrías, viñetas o adornos innecesarios, así como caracteres en negritas o subrayados. Los destacados o énfasis se deberán realizar con *cursivas*.

- La primera página incluirá el título del trabajo (en castellano y en inglés), el nombre de su autor o autores; un resumen (en castellano y en inglés) de máximo trescientos caracteres (300) con espacios cada uno, y tres a cinco palabras clave (en castellano y en inglés).

- En nota a pie, antes de las notas correlativas, se incluirá solo la filiación académica principal del autor o autores, precisando la institución de origen, ciudad y país, así como su dirección de correo electrónico institucional.

- Otras referencias cuya incorporación sea estrictamente necesaria (como grados académicos que posea el autor o los autores, junto con la universidad que los otorgó; sus cargos o compromisos laborales; agradecimientos o dedicatorias; o los proyectos científicos patrocinados donde el trabajo se enmarca) podrán incluirse como nota al pie de página, antes de las notas de numeración correlativa.

- La estructura de cada capítulo debe quedar bien determinada, comenzando siempre, a continuación del resumen/abstract, con una "Introducción", que no va numerada. A continuación se presentarán los "Capítulos" (que deberán numerarse I, 1, a, i); 2, a, i); II, 1, a, i); etc.); y finalmente las "Conclusiones". Al final del trabajo se deberán presentar las secciones "Bibliografía citada", "Normativa citada" y "Jurisprudencia citada", en las que se deberá incluir solo las fuentes efectivamente citadas en el texto, siguiendo las reglas que se indican *infra*.

- En caso de incluirse figuras, gráficos, cuadros o tablas, estos deben encontrarse en formato editable, en blanco y negro o escala de grises, y ser nítidos y legibles. Asimismo, deberán indicar la denominación correlativa (tabla, cuadro, figura), título y fuente (externa o elaboración propia).

4. Reglas para las otras secciones. Son aplicables a las otras secciones de la Revista las mismas reglas indicadas para la sección Doctrina, con las siguientes precisiones:

- Sistematizaciones normativas y ensayos: su extensión no deberá ser mayor a treinta y cinco mil caracteres (35.000) con espacios, incluidas notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso.

- Comentarios de jurisprudencia: no se incluirán título en inglés, resumen o *abstract* ni palabras clave. Su extensión no deberá ser mayor a treinta y cinco mil caracteres (35.000) con espacios, incluidas notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso.

- Bibliografía: su extensión total no deberá ser mayor a diez mil quinientos caracteres (10.500) con espacios, incluidas notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título del trabajo que es reseñado (apellidos y nombre del autor, año de publicación (entre paréntesis), nombre de la publicación, ciudad y editorial (entre paréntesis), y número total de páginas. No se incluirá resumen ejecutivo ni *abstract*. El nombre del autor de la reseña o reseña y de la institución de origen, incluyendo la ciudad y país, irán al final del trabajo.

5. Bibliografía citada. Todas las referencias a libros, artículos de revista, capítulos y formatos electrónicos *efectivamente citados o referidos en el trabajo* se deberán listar al final del mismo, en orden alfabético según el apellido de su autor.

Los apellidos de los autores se escribirán en *VERSALES* y sus nombres en redondas; y el título de la obra en que se encuentra, en *cursiva*. En la referencia de libros se hará indicación del número total de páginas; en la de artículos de revista o capítulos de libros hará indicación de los números de página de inicio y final.

Ejemplos de cita:

a) de libro: CASSAGNE, Juan Carlos (2006): *Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Editorial LexisNexis) T II, 847 pp.

b) de traducciones: CANARIS, Claus-Wilhem (1998[1983]): *El sistema en la jurisprudencia* (trad. Juan Antonio García Amado, Madrid, Fundación Cultural del Notariado), 186 pp.

c) de capítulos de libros: CARMONA SANTANDER, Carlos (2006): "Dos nuevas potestades del Presidente de la República", en: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto [coord.], *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 149-243.

d) de artículo de revista: VILLAR ROJAS, Francisco (2007): "La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales", en: *Revista de Administración Pública*, N° 172, pp. 141-188.

e) de documentos en formato electrónico: Ejemplo: RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio (2005): "La Responsabilidad Patrimonial por Acto Administrativo. Comentario a una reciente monografía española". Disponible en: <http://www.cde.cl/revista.php?id=201> [fecha de consulta: 20 noviembre 2006].

6. Normas citadas. Se deberá considerar al final del trabajo un listado de las normas efectivamente citadas o referidas. Se indicarán: número de la norma, denominación oficial (si la tiene), título de la publicación oficial en que aparece y la fecha de publicación (día, mes y año).

Ejemplo: Ley N° 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 mayo 2003.

Solo se admiten abreviaturas de normas si el autor ofrece un listado alfabético de abreviaturas. Ejemplo para la Ley señalada: LBPA.

7. Jurisprudencia citada. Se deberá considerar al final del trabajo un listado de todas las referencias jurisprudenciales efectivamente citadas o referidas. Estas se ordenarán, primero, cronológicamente, y, después, alfabéticamente, por el nombre de las partes.

Ejemplos:

a) Para sentencias judiciales: *Tamaya con Atocha* (1999): Corte Suprema, 6 abril 1999 [Rol N° y año].

b) Para sentencias constitucionales: Sentencia TC Rol N° 1303 (2010): Tribunal Constitucional, 20 abril 2010.

c) Para dictámenes de la Contraloría General de la República y del Panel de Expertos de la Ley Eléctrica:

Dictamen N° 70.637 (2013): Contraloría General de la República, 30 de octubre de 2013.

Dictamen N° 04 (2014): Panel de Expertos, 22 de mayo de 2014.

En el caso de citar jurisprudencia internacional, se deberá utilizar, para su identificación, el sistema propio de referencia de las cortes y tribunales de origen de la sentencia, tanto en el listado final como en las referencias abreviadas.

Ejemplos:

Estados Unidos: *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)

España: STC 095/2010.

8. Referencias abreviadas en general. Todas las notas irán al pie de la página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice, en que se incluirán las referencias o citas abreviadas a obras, normas y jurisprudencia, y solo excepcionalmente se admitirán textos de desarrollo.

Se recomienda no efectuar citaciones de trabajos que no han sido confrontados directamente por el autor, ya sea críticamente o siguiendo sus planteamientos.

9. Referencia abreviada de Obras. En las referencias abreviadas a libros, artículos de revista y demás formatos se señalarán en la nota al pie solo los apellidos del autor (en VERSALES), el año y el número(s) de página(s) precisa(s) en que aparece la referencia citada.

Ejemplo:

a) Obras con un autor: CASSAGNE 2006, 52. / MODERNE 2005, 113.

b) Obras con dos autores: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2006 tomo I, 392.

c) Obras con tres o más autores: EMBID *et al.* 2002, 94.

d) Más de una obra de diferentes autores: "Varios autores (ALSANA 1984, 51; COLODRO 1986, 41; LÓPEZ y MUÑOZ 1994, 32) concluyeron que..."

e) Más de una obra de un mismo autor, publicadas en el mismo año: GUZMÁN 2005a y GUZMÁN 2005b.

10. Referencia abreviada de Normas. Se deberá indicar, en su caso, el número de la norma y su año de publicación. Los lectores podrán verificar los datos completos de la norma citada en el listado de "NORMAS CITADAS", al final del trabajo (que se describe más arriba).

Ejemplo: Ley N° 19.880, de 2003.

11. Referencias abreviadas de Jurisprudencia

Ejemplos:

a) En sentencias judiciales: *Tamaya con Atocha* (1999).

b) En sentencias constitucionales: Sentencia TC Rol N° 1303 (2010).

c) En dictámenes: Dictamen N° 70.637 (2013); Dictamen N° 04 (2014).

12. Citas textuales. El autor que cite literalmente un texto debe incluir, al final de la reproducción, el número de la nota correspondiente, citando la referencia al pie, de acuerdo a las reglas antes señaladas. No deben realizarse referencias bibliográficas en el cuerpo principal.

III. Evaluación y publicación de trabajos

1. Sobre las correcciones de prueba. Los trabajos presentados a la *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE), serán revisados por ayudantes de redac-

ción para la verificación del cumplimiento de estas normas, su corrección gramatical, ortográfica, atingencia y novedad, de manera previa al envío a arbitraje. Las solicitudes de corrección de los trabajos a sus autores no generan un compromiso de publicación por parte de la *Revista*.

2. Sobre el arbitraje. Los trabajos de Doctrina, previamente revisados por la Redacción de la *Revista*, serán evaluados anónimamente por, al menos, dos árbitros designados por la dirección de la *Revista*. En el caso que un autor sea profesor afiliado a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, los informes de sus colaboraciones serán efectuados por árbitros externos, ajenos a dicha Facultad.

3. Sobre la decisión de publicar. La *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE), se reserva el derecho de decidir sobre la efectiva publicación de los trabajos presentados, así como el número específico en que se publicarán. Si no se aceptara la publicación de algún trabajo, se informará al autor tal decisión, dando cuenta justificada de ella. La aceptación de un trabajo se entenderá firme una vez que el autor reciba un aviso de confirmación por escrito.

4. Sobre el Contrato de edición. Una vez aceptado un trabajo para su publicación, el autor deberá firmar un Contrato de edición a favor de la *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE) y remitirla a la *Revista* en el plazo establecido por esta; por medio de dicho contrato, el autor cede a la *Revista*, a título gratuito, el derecho a la publicación, republicación, distribución, venta, licencia y reproducción de la obra, en formato físico y/o por medios gráficos, magnéticos o electrónicos (y por todos los otros medios conocidos o por conocerse), y en la forma y condiciones que se estipulen en dicho instrumento. Asimismo, otorga a la *Revista* la facultad para realizar trabajos tales como abreviaciones, resúmenes o traducciones para su publicación, además de distribuirla tanto en Chile como en el extranjero.

5. Sobre las obligaciones del autor. En virtud del Contrato de edición, el autor deberá conservar la plena propiedad de la obra, respondiendo ante la *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE) de la evicción y de cualquier otro perjuicio que pueda irrogarse ante el incumplimiento de esta obligación. También se obligará a entregar la obra concluida para su edición, a satisfacción de la *Revista*.

6. Sobre la responsabilidad del autor. El autor responde ante la *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE), por cualquier perjuicio irrogado por el incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato de edición. A su vez, el contenido de la obra es de su exclusiva responsabilidad, por lo que, en consecuencia, si por cualquier causa o motivo, directa o indirectamente, la *Revista*, su Director, los miembros del Comité Editorial o la Pontificia Universidad Católica de Chile se vieran obligados a pagar una indemnización en virtud de la obra del autor, la *Revista*, su Director, los miembros del Comité Editorial o la Pontificia Universidad Católica de Chile podrán siempre repetir en contra del autor por el monto total de las indemnizaciones y costas, más los reajustes e intereses del caso.

7. Sobre la celebración extemporánea del contrato de edición. La *Revista de Derecho Administrativo Económico* (ReDAE) se reserva el derecho a suspender la publicación de un trabajo en caso que el autor no suscriba el Contrato de la edición en el plazo establecido por la *Revista*. Esta suspensión se levantará solo una vez que el autor remita el contrato a la *Revista*, debidamente firmado, y se podrá fijar un nuevo volumen y número para la publicación del trabajo.

Carácter especializado de la Revista de Derecho Administrativo Económico

El plan editorial de la Revista intenta cubrir las siguientes materias específicas (en la portada solo se destacan algunas de ellas):

• Derecho Administrativo General

Teoría y fuentes del Derecho administrativo: la disciplina del Derecho administrativo / leyes administrativas / principios generales / potestad reglamentaria

Organización y función pública: administración central (ministerios y servicios públicos) / fisco / administración descentralizada (Regiones y Municipios) / administración autónoma / personal de la administración (estatuto administrativo / probidad / transparencia)

Actos y procedimientos: acto administrativo / procedimientos administrativos general y especiales / contratos (suministro y obra pública) / licitaciones públicas / sanciones / recursos

• Derecho Administrativo Económico

Técnicas de intervención administrativa: servicio público / ordenación (supervigilancia) / fomento / intervención administrativa sectorial / concesiones y autorizaciones especiales

Servicios públicos concesionados: servicios eléctricos / servicios sanitarios (agua potable y alcantarillado) / telecomunicaciones / empresas del fisco (régimen administrativo)

Regulaciones especiales: urbanismo y ordenamiento territorial / obra pública e infraestructura / medio ambiente / recursos naturales y energía

• Derecho de Aguas

Naturaleza pública y común de las aguas / unidad de la corriente / ríos y lagos / aguas subterráneas / aguas lluvia / aguas minerales y termales / aguas internacionales

Concesión, reconocimiento y regularización de usos consuetudinarios de aguas / derechos de aprovechamiento de aguas / perfeccionamiento de títulos / derechos de aguas y servidumbres / transferibilidad / patente por no uso / administración y gestión de aguas / distribución de aguas / juntas de vigilancia, comunidades de aguas, asociaciones de canalistas / transferibilidad de derechos

Obras hidráulicas para riego / embalses / obras hidroeléctricas / modificación de obras aguas y medio ambiente / aguas y servicios sanitarios / agua y actividades productivas

• Derecho de Minería

Clasificación de la riqueza mineral / régimen y estatuto jurídico de extracción de minerales en Chile

Procedimiento concesional minero: objetivos y principios del procedimiento concesional minero / características del procedimiento concesional / procedimientos concesionales / derechos y obligaciones del concesionario y extinción de la concesión / cierre de faenas mineras

Ejercicio de los derechos, potestades y obligaciones derivados de la concesión minera / fórmulas para ocupación del suelo / servidumbres mineras: constitución, derechos y obligaciones, extinción

Áridos y Minerales estratégicos: tratamiento de los áridos y su extracción / régimen y estatuto jurídico de extracción de minerales estratégicos / reserva y extracción del litio / análisis de tendencias jurisprudenciales en materia de áridos, minerales estratégicos y litio

• Derecho de Energía

Fuentes primarias de energía / medios de generación renovable no convencionales

Institucionalidad energética: entidades públicas y centros de despacho económico de carga (CDEC) / política energética / eficiencia energética / nuevos de proyectos energéticos / energía, medio ambiente y derecho indígena

Generación / transmisión / distribución / comercialización / principios generales de la explotación eléctrica / servicio público eléctrico / operación interconectada y coordinada

Normas para la explotación de los servicios eléctricos / interconexión / postes y alumbrado público / tarifas

Sistema concesional eléctrico: procedimientos concesionales / acceso abierto / servidumbres eléctricas / conflictos entre las concesiones eléctricas y otras concesiones administrativas / derecho sancionatorio eléctrico y contencioso eléctrico

• **Bienes de uso público**

Teoría y práctica de los bienes públicos: concesiones, autorizaciones y servidumbres de bienes públicos / derechos reales administrativos

Regímenes especiales de bienes públicos: caminos / calles / espacios públicos urbanos / ríos y lagos / cauces de ríos y lagos / playas / mar territorial / borde costero

Patrimonio de la Administración: bienes fiscales, regionales y municipales

• **Control y contenciosos administrativos**

Control de la actividad administrativa: Contraloría General de la República / dictámenes

Jurisdicciones general y especiales: contenciosos administrativos general y especiales / acciones / procesos / recursos / prueba

Nulidad y responsabilidad: derechos del administrado / acciones de nulidad y responsabilidad

Indización:

La Revista de Derecho Administrativo Económico se encuentra disponible a texto completo en la siguiente base de datos:

<http://derechoadministrativoeconomico.uc.cl/Publicaciones/revista-de-derecho-administrativo-economico>

También es posible encontrarla en el siguiente índice:

<http://www.latindex.unam.mx>

