

DERECHO ADMINISTRATIVO

Introducción al Derecho Administrativo:

Para nadie es un secreto que la actividad del Estado se fue expandiendo de una manera extraordinaria, llegando a ser considerado un verdadero monstruo de 7 cabezas. Ello por cuanto el administrado para actuar debía contar siempre con la aprobación del órgano administrativo, ya sea a través de autorizaciones, licencia, permisos, etc. Esta situación provocaba que la autonomía de los particulares prácticamente no existiera. Sin embargo, tal situación se ha ido moderando con el tiempo, principalmente a través de lo que conocemos como **Estado Subsidiario**, lo que no ha impedido ese gran intervencionismo.

Ahí aparece el rol fundamental del jurista, que es, mantener el equilibrio entre la libertad y la dignidad ciudadana frente a la autoridad administrativa, que busca principalmente el bien social, es decir, debe buscarse el *equilibrio entre la actividad destinada al bien común y el legítimo interés particular*. El derecho que va a regular tal situación es el **Derecho Administrativo**, que se va a caracterizar por lo siguiente:

- a) Va a ser el instrumento técnico que va a utilizar el Estado para satisfacer las necesidades públicas y obtener el Bien Común.
- b) Va a ser el instrumento técnico-operativo de los derechos y garantías de los ciudadanos.

Como señalamos, el contacto entre el administrado y el Estado NO se va a producir con el Poder Legislativo, pues éste no es operativo, sino, a través del administrador. Ni tampoco con el Poder Judicial ya que van a existir casos en que nunca un ciudadano va a tener contacto con éste. La verdad es que la relación entre el individuo y el Estado, desde que se nace hasta que se muere, se quiera o no va a estar ligada con la *Administración* (de hecho uno nace: Registro Civil; uno muere: Registro Civil también)

Las relaciones que van a unir al ciudadano con el Estado Administrador no van a quedar regidas por el Derecho Privado, sino en forma subsidiaria, ya que la gran mayoría de ellas se van a someter a aquel derecho que va a tener en cuenta el equilibrio entre el órgano que busca el Bien Común y el particular que busca su propio bien, y que va a ser el Derecho Administrativo.

Debemos observar que el Estado no lo vamos a mirar como un instrumento de dominación o de arbitrariedad, sino que, como una persona jurídica destinada a obtener el Bien Común regida por los **principios de Responsabilidad** y de **Legalidad Administrativa**. (todo lo dicho tiene base constitucional)

El Art.5 de la Const. establece el límite al estado. Pero este límite no bastó. Hay límites más precisos: derechos, garantías y libertades del Art.19 (sobre todo el n°26). Además de esto, tenemos para defendernos los Art.20 y 21, cuando nos afectan nuestras garantías, derechos y libertades. El sistema de la Constitución es un *sistema operativo* (unos hacen, otros tienen derecho a reclamar, etc.)

Según el Art.19 n°24 (Propiedad) la prescripción es inconstitucional, ya que de acuerdo a la Constitución no debería existir, porque el único medio para extinguir la propiedad es la Ley de Expropiación. Aunque en realidad es bien discutible, ya que a nadie se le ocurriría alegar la inconstitucional de la prescripción.

Peculiaridades del Derecho Administrativo

A) Estructura normativa compleja: significa que existe una serie de disposiciones que de una u otra manera se refieren a la Administración o provienen de ella.

Existe un apego a lo concreto por cuanto hay una ausencia de criterios rectores válidos para la totalidad de su normativa jurídica. Así se construyen sectores como *Derecho Procesal Administrativo, contratación, Derecho Sancionador, Dominio Público, etc.*; cuyo único dato común es la presencia de la Administración.

Sus normas se encuentran dispersas en rangos o valores diferentes tales como leyes, decretos, reglamentos u otros (ya que como sabemos, no existe un código administrativo).

Finalmente existe fugacidad de sus normas (tienen poca permanencia en el tiempo) frente a la permanencia de las disposiciones de otros ordenamientos.

B) Apego a circunstancias políticas e históricas: se da una conexión directa entre las normas técnicas y categorías jurídico-administrativas con la realidad política de cada país y con su historia; a diferencia del derecho privado, se considera arriesgado utilizar soluciones jurídicas nacidas en sistemas diferentes.

Ejemplo para A) y B): caso en que se dictan normas administrativas: marea roja en el sur, si desaparece la marea roja, desaparecen las normas.

C) Multiplicidad del contenido de las normas: no hay una materia administrativa por razón de esencia, ya que los fines de la actividad administrativa se pueden lograr a través de diversos caminos, como penalizar conductas, dictar reglamentos, etc. Actualmente, sin embargo, existe un reforzamiento de la actividad administrativa al perseguirse el Bien Común, lo que ha provocado el reforzamiento del Ejecutivo en desmedro del Legislativo, o incluso, de los Tribunales.

D) Tendencia a modificar la realidad: si bien todo el derecho responde a la pretensión de conformar la sociedad a que se aplica el D° Adm., recoge tal pretensión con mayor intensidad y en un plazo menor. Se dice que la tarea de la Adm. que es también su responsabilidad, es conformar a la sociedad según pautas actuales de justicia. Dicha actividad no se dirige sólo a los interesados, sino que el beneficiario es la comunidad llamada el *tercero invisible* que sólo se ve presente en el derecho en los casos aislados en que se concede *Acción Popular*: puede ser planteada por cualquiera.

Art.2333 CC (aunque por lo general cada acción la tiene el interesado)

Art.54 Ley de Bases de medio ambiente: acción popular.

Art.136 letra a LOC Municipalidades: acción popular contra el Alcalde.

Teorías sobre la Actividad Administrativa

I.-TEORÍA OBJETIVA: supera el ppio. de división de poderes e intenta configurar objetivamente las funciones del Estado independientemente del poder que la realice. En este sentido se habla de funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales. Sin embargo, los criterios para delimitar cada una de las funciones son diversos, por ejemplo: en la teoría pura del derecho se sostiene que el Estado se limita a legislar y a ejecutar la ley, y dentro de esta última lo administrativo se distingue de lo jurisdiccional porque en el primero sus órganos son interdependientes y subordinados, mientras que en el segundo, sus órganos son independientes.

Otra posición sostiene que la diferencia entre ambas funciones consiste en que, en lo jurisdiccional la ley es un fin esencial mientras que en lo administrativo la ley sólo se considerará un límite de actuación y que su trasgresión provocaría la nulidad de los actos.

Estas posiciones se critican porque la actividad adm. no es solamente jurídica, sino que en muchos aspectos es puramente técnica. Además, porque también para la Administración la ley es un fin aunque diverso del

judicial.

Por último, con relación a la función legislativa, porque ésta no sólo contiene actos-regla, sino que también porque la Administración dicta una serie de actos que tienen este carácter, como son por ejemplo: los reglamentos.

A mediados del siglo pasado también se consideró que la función administrativa era la que provenía exclusivamente de los servicios públicos, pero ésta fue perdiendo vigencia debido al intervencionismo estatal en actividades económicas, donde aparecieron formas de actuación que no eran encajables en la categoría tradicional del servicio público.

Todas estas teorías surgieron para explicar una serie de casos en los cuales los órganos del Poder Legislativo y Judicial desarrollaban actos o procedimientos iguales a los de la Administración, sin embargo, ninguno de estos actos se considera parte del Derecho Adm. por cuanto falta la figura fundamental que es la Administración Pública.

II.-TEORÍA NEGATIVA o RESIDUAL: ésta considera que la función administrativa es aquella que queda de la actividad estatal, prescindiendo de la actividad legislativa y jurisdiccional. Principalmente esta teoría se recoge, por razones históricas, de la literatura alemana, una vez que el Príncipe se desprende de sus facultades legislativas y jurisdiccionales, las que pasan a ser ejercidas por órganos con poderes autónomos e independientes. Esta teoría se critica porque confunde la actividad administrativa con el Poder Ejecutivo, siendo que dicha actividad es sólo una parte de ese poder.

III.-TEORÍA SUBJETIVA: el Derecho administrativo es el derecho de la Administración Pública, no es por tanto, el derecho del Poder Ejecutivo.

La Función Administrativa en Chile

En nuestro país existe una tendencia a considerar la función administrativa desde un punto de vista subjetivo y también objetivo.

En sentido objetivo, se entiende que función adm. es *aquella actividad que en forma inmediata, permanente, concreta, práctica y normalmente espontánea desarrollan los órganos estatales para alcanzar el BC, conforme a regímenes políticos de Derecho Público.*

De acuerdo a lo anterior, podríamos considerar que la función adm. también podría ser ejercida por los poderes ejecutivos y judicial, ya que lo que interesaría sería la actividad y el fin que se persigue. En este sentido, cualquier actividad estatal que fuera concreta, práctica e inmediata, y que persiguiera fines como el interés público o la satisfacción de necesidades colectivas, sería **función administrativa**. Un ejemplo práctico es el caso de las normas del personal que rigen al poder judicial, las cuales se rigen supletoriamente por el estatuto de los Funcionarios Públicos; e incluso se someten a control en ciertos casos ante la Contraloría General de la República.

No obstante lo anterior, también se considera en Chile función adm. *toda aquella que emane de los órganos integrantes de la Administración del Estado*, los cuales se encuentran enumerados taxativamente en el Art.1 LB (Presidente de la República, Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, Órganos y Servicio Públicos creados para el cumplimiento de la función adm. incluidos la Contraloría General de la República, Banco Central, FFAA y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gobiernos Regionales, Municipalidades, y empresas públicas creadas por ley) Esto sin considerar la actividad material que realice dicho órgano, por ejemplo: la actividad de una empresa estatal objetivamente no es función adm., pero subjetivamente sí.

Funciones Normativas y Jurisdiccionales de la Administración

A) FUNCION NORMATIVA: aunque no hay uniformidad doctrinal, se entiende que esta función es *aquella que se traduce en el dictado de normas de carácter general y obligatorio, destinadas a constituir una situación objetiva e impersonal para los administrados a quienes está dirigida.*

Desde un punto de vista material, esta actividad no se diferencia de la que realiza el Poder Legislativo e incluso puede compararse a la que tiene el Poder Judicial cuando dicta auto acordados.

Las autoridades administrativas que tienen esta función son las siguientes:

1.- Presidente de la República: mediante el ejercicio de la Potestad Reglamentaria, ya sea autónoma o de ejecución. (Autónoma: la mitad de la doctrina dice que no hay ningún reglamento de este tipo, la otra mitad dice que hay uno, que es el Reglamento de Protocolo; Ejecución: su función es ejecutar la ley, ejemplo: Reglamento del Conservador de Bienes Raíces)

2.- Los Gobiernos Regionales, quienes pueden dictar reglamentos de carácter regional. (Ley sobre Gobiernos Regionales: Art.16)

3.- Las Municipalidades, a través de las ordenanzas. (LOC Municipalidades: Art.12 in 2°)

NOTA: no se incluyen los Reglamentos que se dictan por las autoridades para organizar en forma interna sus servicios (Reglamento Internos)

B) ACTIVIDAD JURISDICCIONAL: se entiende como *aquella que decide controversias con fuerza de verdad legal*, función que en ciertos casos es cumplida por órganos que se encuentran insertos dentro de la propia administración.

Esta actividad dentro de la administración tiene un profundo arraigo en el D° Continental europeo y fue recogida por la organización Colonial española, particularmente en materias relativas a hacienda (Ej.: Consejo de Indias, etc.)

Esta función ha sido discutida particularmente por aquellos que consideran que no sería propiamente una actividad jurisdiccional, sino, una actividad administrativa.

Aparte de eso, se ha discutido si podría considerarse constitucional el ejercicio de esta actividad frente a la prohibición que establece el Art.73 Const. Algunos han sostenido que no existiría problema por cuanto la prohibición se referiría a ejercer funciones judiciales, pero no jurisdiccionales. En este caso, lo jurisdiccional sería el género y lo judicial sería la especie.

No obstante lo anterior, la realidad demuestra la existencia de Tribunales Administrativos, por lo cual la discusión se traduce en las garantías que éstos deberían otorgar. Por ejemplo: para **Soto Kloss**, firme partidario de la inconstitucionalidad de estos Tribunales, al contrariar según él al Art.73, se violarían para el administrado los Art.19 n°2 y 19 n°3 al carecer el Tribunal de la imparcialidad y de afectarse gravemente el debido proceso, sin embargo, tal posición no ha encontrado eco en la Jurisprudencia, fundamentalmente por lo que se ha sostenido por el **Consejo de Defensa del Estado**; el cual ha señalado lo siguiente:

- El Poder Judicial tiene la mayor parte de la Jurisdicción tanto cuantitativamente como cualitativamente, pero NO la exclusividad.
- La propia Constitución otorga atribuciones judiciales tanto al Presidente de la República como al Congreso Nacional. De manera que tampoco existiría exclusividad.
- La Tendencia Legislativa es que en materias contencioso administrativas su conocimiento quede entregado a Tribunales Especiales, y que por regla general, la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios se circunscriba a las causas civiles y criminales.

- El Funcionario de la Administración, que ejerce funciones jurisdiccionales cumple un doble papel. Como *funcionario* está sujeto a la organización administrativa del Estado, por lo que debe aceptar los criterios de jerarquía y obediencia; pero cuando se desempeña como *juez* su obligación es la de impartir justicia en forma independiente e imparcial.

En conclusión, aceptando la realidad de la existencia de estos Tribunales, su actividad debe estar sujeta a los siguientes límites:

- La atribución de funciones jurisdiccionales a órganos de la Administración debe ser otorgada por ley formal.
- Debe justificarse la idoneidad del órgano como la especialización de las causas que se atribuyen a la Administración para sustraer su conocimiento de los Tribunales del Poder Judicial.
- Los miembros de estos Tribunales deben gozar de ciertas garantías para asegurar la independencia de su juicio frente a la Administración. Ejemplo: la Inamovilidad.
- El control que debe realizar el Poder Ejecutivo frente a estos actos jurisdiccionales debería ser mínimo, excepcional y limitarse sólo a la legalidad.
- Los Tribunales del Poder Judicial deben conservar la atribución final de revisar las decisiones de los Tribunales Administrativos.

Ejemplos típicos de Tribunales Administrativos Tribunales Tributarios

Tribunales Aduaneros

Tribunales de cuenta de la Contraloría

Sobre la inconstitucionalidad de estos Tribunales Administrativos, la Corte Suprema no dijo nada. Declaró inadmisibles todos los recursos de casación.

Art.38 in2° Const. ¿quién conoce de las acciones por responsabilidad de los funcionarios de la Administración?, menciona Tribunales que pueden estar fuera del Poder Judicial.

NOTA: Diferencia entre Gobierno y Administración:

Gobierno: persona que dice lo que hay que hacer.

Administración: el que lleva a cabo lo que hay que hacer (es el ejecutor)

Las Municipalidades son los únicos órganos que NO tienen Gobierno, sólo tienen Administración. No existe Gobierno Comunal, sino: Administración Comunal.

Estado de Policía y Estado de Derecho

No puede hablarse de D° Adm. con anterioridad a la creación del Consejo de Estado Francés, que viene a marcar la separación entre el Estado de Derecho que actualmente vivimos y el régimen que la doctrina señala como el Estado de Policía, cuya característica esencial era la *concentración del poder en manos del Príncipe o Monarca*.

Si bien es cierto que tanto en Francia como en otros países existía abundante legislación dictada por el Príncipe para regular materias civiles y criminales, así como también relativas a la organización de los servicios públicos y de tributos, en esa época no podía considerarse que existiera una rama independiente de ese derecho que mereciera llamarse D° Adm. Esto se daba fundamentalmente porque la jurisdicción para conocer de las infracciones que se cometieran respecto de dichas normas iban a ser conocidas por Tribunales

cuyo poder derivaba del Príncipe. Situación por la cual, en cualquier momento, no obstante la existencia de diversas normas dirigidas tanto a la Administración como a los agentes públicos, en cualquier momento el Príncipe podía derogarlas o tomar directamente a su cargo la resolución de los asuntos que se entregaban a los entes estatales. De ahí entonces que este régimen se denominó **Estado de Policía**.

Sólo después de la creación del Consejo de Estado en Francia se puede considerar que el conjunto de normas que regulan las relaciones entre la Administración y los particulares o la legislación de los servicios públicos constituye un verdadero derecho que va a traer lo que hoy conocemos como **Estado de Derecho**. El Estado de Derecho supone la sumisión absoluta del Estado al Derecho, suponiendo la observancia de 3 ppios. fundamentales:

- La declaración de los derechos del ciudadano
- La división de poderes
- El aseguramiento de la libertad de los administrados.

En el siglo pasado se produjo una importante discusión entre dos tratadistas **Hariou** y **Dicey**, respecto al sistema que debía considerarse para un Estado de Derecho. Hariou defendía el sistema francés o de D° Adm. y Dicey el sistema inglés del Rule of Law o Imperio de la Ley.

* Características de ambos sistemas:

I.– *Sistema de Rule of Law!* sus principales características son las siguientes:

- a) La Administración NO es un poder y por ello, no existe un derecho especial aplicable a ella. En este caso existe una supremacía del D° Común.
- b) La Administración dispone de amplios poderes discrecionales para el ejercicio de sus competencias.
- c) La Fiscalización de la actividad administrativa se lleva a cabo por los Tribunales ordinarios.
- d) Ante la ley la Administración es como un particular más, es decir, no tiene privilegios ni prerrogativas.
- e) Existe un procedimiento muy riguroso para la dictación de actos administrativos y reglamentos.
- f) La ejecutividad del Acto Administrativo es una excepción.

NOTA: la ejecutividad del acto adm. es aquella que permite al acto imponerse con su sola dictación, sin tener que recurrir a un nuevo acto o a un tercero. Ejemplo: se dice que Balmaceda ya no va a ser de norte a sur, sino al revés, basta con su dictación y se cumple.

g) En materia de Responsabilidad, ésta recae principalmente sobre el funcionario siendo muy atenuada la que afecta a la Administración.

h) La Administración es descentralizada.

i) No existe la presunción de legitimidad.

NOTA: la presunción de legitimidad significa que se presume que el acto adm. es válido salvo que se pruebe lo contrario.

II. *Sistema Francés!* sus características son:

- a) La Administración es un poder jurídico que dispone de amplios poderes exorbitantes, prerrogativas y potestades tales como expropiar, sancionar, ejecutar sus propios actos, etc.
- b) Al ser un poder jurídico dispone de una potestad extraordinaria que es la Reglamentaria, en virtud de la cual puede crear su propio ordenamiento jurídico.
- c) La Administración no se encuentra regulada por el D° Común, sino que por un derecho especial, autónomo e independiente que es el D° Adm.
- d) En materia de Responsabilidad existen reglas diferentes a las del D° Civil, como por ejemplo: la Responsabilidad por falta de servicio, la falta personal, los actos separables, etc.
- e) La Fiscalización de los actos de la Administración no se realiza por los Tribunales Ordinarios, sino por una jurisdicción especial contencioso-administrativa, y por el propio Consejo de Estado.

* Rule of Law! Igualdad Puntos esenciales.

* Sistema Francés! Separación de Poderes

TEORÍA DEL FISCO

Cuando no existía el Estado de policía, el monarca dictaba 2 tipos de normas:

1.- **IUS POLITIAE**: que se refería a normas internas del reino, las cuales no podían ser rechazadas por los súbditos, ni se podía reclamar de los abusos que se producían. El límite del Ius Politiae sólo era de carácter moral y se refería a 2 circunstancias:

- El respeto a los ciudadanos, por cuanto el monarca buscaba la felicidad de sus súbditos.
- El respeto de los derechos naturales, mirados éstos desde un punto Ius Naturalista.

2.- **IUS PRIVATUM**: el otro tipo de normas eran de D° Privado y se denominaba Ius Privatum. Éste regía fundamentalmente a las personas, la familia y la Propiedad, y los conflictos que se producían iban al conocimiento de los Tribunales Ordinarios.

Esta situación de irresponsabilidad del monarca lleva a la construcción de la **teoría del Fisco** o de la **doble personalidad del Estado**, mediante la cual se va a perseguir de algún modo la responsabilidad del Estado. Esta teoría tiene su origen en el D° Romano.

Consiste en que la actuación del estado se va a dividir en dos:

- Si el acto se rige por el IUS POLITIAE, es un **Acto de autoridad** y por tanto, el estado es irresponsable.
- Si la actuación del Estado se rige por el D° Privado (IUS PRIVATUM), se denomina **Acto de gestión** y va a ser plenamente responsable de su actuación.

La Teoría de la Doble Personalidad del Estado en Europa sólo se mantuvo durante el s.XIX, pero en nuestro país tuvo un importante efecto en sentencias dictadas entre los años 1930 y 1960 e incluso en fallos de la década de 1980, donde regía con plenitud la Constitución actual.

TEORÍA DEL FISCO

Acto de Autoridad Acto de Gestión

Irresponsable Responsable

Don **Andrés Bello** en el Art.547 in2° CC, hace una distinción referente al Estado entre Nación y Fisco. La Nación sería una persona jurídica de D° Público, mientras que el Fisco esta regido por el D° Privado. En el fondo los dos son personas jurídicas de D° Público, pero al Fisco se le aplicaría el D° Privado.

La Teoría del Fisco es importante porque marca la responsabilidad del Estado. La Jurisprudencia ha seguido esta Teoría.

Causiño Macciver dice que esta teoría es una falacia. El Estado será responsable cuando la ley así lo determine.

Estado de Derecho

Esta expresión Estado de Derecho apareció en 1832 en una obra de **Von Mohl** y significa la sujeción integral del estado al Derecho.

Para concebir un Estado de Derecho debemos estudiar 5 técnicas que permiten tener una aproximación a dicho concepto. Estas técnicas son:

- Existencia de una Constitución
- Respeto al Principio de Legalidad (Administrativa)
- Establecimiento de órganos de control
- Principio de Responsabilidad del Estado
- Generación democrática de los centros de poder.

1).-Existencia de una CONSTITUCIÓN: se dice que el Estado debe tener una Const., que cumpla con ciertos requisitos de forma y de fondo para encontrarnos frente a un estado de Derecho. Como requisitos de forma se exige que sea escrita, rígida y que establezca un mecanismo especial para su reforma. En cuanto a los requisitos de fondo debe existir un reconocimiento y protección de los Derechos Fundamentales, así como el establecimiento de los Poderes Públicos. También se ha ido incorporando la idea de establecer un Preámbulo donde se contengan las ideas principales que inspiraron la Const. Cuestión esta última que ha provocado una discusión sobre el valor mayor que éstas tendrían sobre el resto del articulado constitucional.

En Chile la Constitución de 1980 cumple formalmente con las exigencias anteriores ya que es escrita, rígida y establece un mecanismo especial de reforma. En cuanto al fondo podemos señalar lo siguiente:

- El Art.19 establece un catálogo de derechos, libertades y garantías que se reconocen a las personas del país; el cual no es taxativo por lo que señala el Art.5 en cuanto a que el límite de la Soberanía estatal son los derechos que emanan de la naturaleza humana, lo que puede ser un número infinito.
- La Constitución establece mecanismos de protección a dichos derechos, como son las acciones y recursos contenidas en los Art.12 (reclamo por nacionalidad), Art.19 n°24 (propiedad), Art.20 (protección) y Art.21 (amparo) de la Constitución.
- Se establecen los Poderes Públicos en capítulos independientes como son el relativo al Presidente de la República, el del Congreso Nacional y el del Poder Judicial.
- Siguiendo la tendencia moderna, nuestra Const. tiene un Preámbulo llamado Bases de la Institucionalidad donde se contienen los ppios. que inspiran la Const. Ejemplo: Subsidiariedad (Art.1), Sometimiento directo a la Constitución (aplicación directa de la Const., Art.6), Legalidad (Art.7), etc.

- La Constitución establece un capítulo especial destinado a la reforma de la misma, el cual se sabe es diferente al que se establece para la modificación de las leyes (Capítulo XIV).

2).-Respeto al Principio de Legalidad: el sometimiento del Estado al Derecho proviene en nuestra legislación ya del Código Civil, específicamente de su Título I donde se reconoce la existencia de personas jurídicas de D° Público, las cuales tienen que regirse por las leyes respectivas (Art.547 in2° CC).

Este sometimiento al derecho significa que el Estado debe ajustarse al llamado **Bloque de Legalidad**, que es el conjunto de normas y ppios. que integran nuestro ordenamiento jurídico, de ahí que algunos autores lo denominen **Principio de Juridicidad**.

El sometimiento del Estado a este Bloque de Legalidad opera de 2 formas.

A) Opera sobre el **ser**, esto significa que todos los órganos que integran el Estado deben ser creados ya sea por la Constitución o por la Ley, esto es, su origen sólo puede tener rango constitucional o legal. Por ejemplo: son órganos constitucionales la Contraloría General de la República y el Banco Central (algunos dicen que también lo serían las Municipalidades, pero el Profesor no concuerda con ello); los demás órganos son de origen legal de acuerdo a lo que señala la propia Const. en el Art.62 in4° n°2 en relación con el Art.60 n°14. Esto quiere decir que la creación de los órganos y servicios públicos son materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente e la República.

NOTA: existen comisiones que se crean por decreto del Presidente de la República que no constituyen servicios públicos, por ejemplo: Comisión de descontaminación de Santiago, Comisión de Probidad, etc. Discusión: por ley se creó la Comisión de Reparación y Conciliación, la cual tenía un plazo de extinción, y se extinguió. Pero el Presidente de la República mediante un decreto creó una nueva Comisión, por lo tanto se critica ya que esta comisión no puede existir ya que se extinguió.

B) Opera sobre el **obrar**, en el sentido que el Derecho determina quién ejerce el poder, cómo se ejerce, cuándo, por qué, para qué y qué decisión se debe tomar, es decir, la ley va a señalar cuál es el ámbito en el cual los órganos van a ejercer sus potestades.

La norma fundamental se encuentra en el Art.6 in1°, que señala que los órganos del Estado deben someter su acción a la Const. y a las normas dictadas conforme a ella. Además, la propia Const. obliga a los titulares o integrantes de dichos órganos (norma que dice que cualquiera puede aplicar directamente la ley). El Art.7 indica cuáles son los requisitos para que la actuación del órgano estatal sea válida; se exige:

- a.- Investidura regular, esto es, que el funcionario haya sido nombrado legalmente.
- b.- Debe actuar dentro de la competencia establecida por la ley tanto en la materia, en el territorio, en el grado y en el tiempo.
- c.- Debe someterse al procedimiento legalmente establecido (concordarlo con el Art.60 n°8).

En el inciso 2° del Art.7 se consagra la *regla de oro de D° Público chileno* en cuanto a que los órganos deben estar habilitados en forma previa y expresa para actuar, y que su incumplimiento según el inciso 3° acarrea la nulidad de los actos y las responsabilidades y sanciones establecidas por la ley (no en la Const. ni en inventos).

Cabe hacer presente que la Ley de Bases en su Art.2 consagra el ppio. de Legalidad en términos muy similares a los referidos en los Art.6 y 7. Este Art.2 señala que las infracciones al ppio. de Legalidad pueden cometerse de dos formas:

- ◆ Por **abuso** en el ejercicio de las potestades. Hay abuso cuando se tiene la potestad, pero se utiliza con un fin distinto. En doctrina se llama *Desviación del fin*.
- ◆ Por **exceso** en el ejercicio de las potestades. Hay exceso cuando se va más allá del límite establecido por la potestad.

Ejemplo: El Profe nos pone a todos un 1.0 (puede hacerlo), eso es Abuso; pero si nos expulsa a todos es un Exceso (no está dentro de su potestad).

En caso de Abuso o Exceso se pueden interponer las acciones jurisdiccionales correspondientes o los recursos administrativos (ver Art.10 Ley de Bases 18.575: *Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre establecer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar*)

Nota: el caso de la Señora que detuvieron por no arreglar su jardín, atentaría contra su D° de Dominio (se limita su propiedad), por tanto, opera el Recurso de Protección (dependiendo si uno lo estructura bien), NO procede la inaplicabilidad (ya que debe proceder de juicio previo: Art.80). Otra alternativa es declarar nula esa ordenanza (mediante una acción), hay muchas.

Por tanto el Estado Art.6 Constitución

debe ajustarse al Ppio. de Legalidad Art.7 Ley de Bases

Art.2

Art.6: *Los órganos del estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.*

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará la responsabilidad y sanciones que determine la ley.

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

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

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

Art.2 LB: *Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.*

Forma de Vinculación del Estado al Derecho (dentro del ppio. de legalidad)

En Doctrina se habla de la vinculación negativa y positiva al derecho.

* La **Vinculación Negativa** existe cuando hay compatibilidad entre el actuar de la Administración y el Derecho, esto es, el Estado puede actuar en todos aquellos casos en que no existe una ley prohibitiva. Esto se asemeja a la situación que tienen los particulares, los cuales pueden realizar todo aquello que no está prohibido.

* La **Vinculación Positiva** supone que la actuación del Estado debe ser conforme al derecho, esto es, la ley no es un límite, sino, una condición. El Estado sólo puede actuar si existe una habilitación jurídica previa y expresa. Por esto se dice que en D° Público sólo se puede hacer lo que está expresamente permitido.

En CHILE, de acuerdo al Art.7 se aplica la *Teoría de la Vinculación Positiva*, motivo por el cual se exige que la actuación tenga una habilitación previa y expresa. Si ello no ocurre, el acto debe ser considerado nulo. Con esta teoría se descarta la existencia de poderes implícitos o que se apliquen por analogía como ocurre en el D° Privado (por lo menos en teoría).

3).- ESTABLECIMIENTO DE ORGANOS DE CONTROL: estos órganos de control pueden referirse a un control político, administrativo o jurisdiccional del Estado. Ello sin perjuicio de que existen controles difusos como el de la opinión pública y el de los medios de comunicación.

A.- CONTROL POLÍTICO: este es un mecanismo de fiscalización de la actividad de Dirección Política del Estado y se ejerce por las autoridades políticas superiores del Gobierno, por los órganos representativos de la voluntad popular (Parlamento o Asambleas regionales y nacionales) y de un modo más informal, a través de los ciudadanos mediante el voto y mediante la crítica que expresan los medios de comunicación social. Hay que distinguir:

I.- a) Control del Presidente

b) Control de los Ministros de Estado

c) Control de los Intendentes y Gobernadores.

Respecto del Presidente de la República, este control emana del Art.24 y Art.1 LB en cuanto le corresponde el Gobierno y la Administración del Estado.

Para llevar a cabo dicha tarea, el Presidente cuenta con una serie de órganos colaboradores, siendo sus agentes más directos e inmediatos los Ministros de Estado, los Gobernadores y los Intendentes, quienes realizan la conducción política y administrativa de sus respectivas reparticiones públicas (Art.33, 100 y 105)

El control que llevan a cabo estos organismos se refiere a las políticas, planes y programas que define el Gobierno y que deben llevarse a cabo por los órganos de la Administración. En el evento de que no se realice este tipo de control, se puede originar la responsabilidad política de los Ministros, Intendentes y Gobernadores en cuanto órganos evaluadores y fiscalizadores de las políticas sectoriales. Ejemplos: Art.24 y Art.3 de la Ley de Gobierno y Administración Regional.

II.- Control de la Cámara, (IMP) es la Cámara de Diputados a través de la fiscalización de los actos de Gobierno. Esta atribución se encuentra en el Art.48 n°1 y Art.295-296 del Reglamento de la Cámara de Diputados.

Se trata de un control de mérito de la actividad del Gobierno, no siendo una mera fiscalización jurídica ya que de acuerdo a lo que se señaló en la comisión de estudios de la Const. vigila la conducta de personas o autoridades para que sus comportamientos se conformen a ciertas pautas.

El control que realiza la Cámara se considera muy débil, ya que sólo permite la adopción de acuerdos o

sugerir observaciones al Gobierno (Presidente), quien debe responder (por medio del ministro respectivo) dentro del plazo de 30 días. No permite aplicar sanciones ni perseguir la responsabilidad política o personal del funcionario controlado, aún cuando puede servir de base para iniciar acciones ante los Tribunales.

De acuerdo al Art.48 sólo se fiscalizan los **actos de gobierno**, por lo que sólo abarcaría a los sujetos que tienen la calidad de Gobierno, tales como el Presidente de la República y sus colaboradores directos e inmediatos en la función pública. De lo anterior se excluyen, en consecuencia, las autoridades que no forman parte del Gobierno sino que pertenecen a la Administración del Estado.

Lo anterior no debe confundirse con la obligación que tienen los órganos del Estado y las empresas vistas, de proporcionar todos los antecedentes o informes que soliciten las Cámaras o sus órganos internos en virtud de lo que establecen los Art.9 y 10 de la Ley del Congreso Nacional.

III.- Juicio Político o Acusación Constitucional, en éste se persigue la responsabilidad política de determinadas autoridades administrativas, regulándose en los Art.48 n°2 y Art.49 n°1. En la *primera fase* actúa la Cámara de Diputados como acusadora y en la *segunda fase* resuelve el Senado como jurado (dice si o no, si se acoge o no, nada más).

IV.- Se consideran por algunos, algunas actuaciones de los Consejos Regionales y Concejos Comunales. El Consejo Regional ejercería funciones de fiscalización de acuerdo a los que señala el Art.36 letra g de la Ley de Gobiernos Regionales: tienen la facultad de fiscalizar al Intendente y a las unidades que de él dependan. En el caso de las Municipalidades, el Concejo es un órgano fiscalizador según el Art.108 y Art.79-80 Ley Orgánica de Municipalidades.

V.- En algunos países existe la Institución del Ombudsman (Argentina, España, etc.) o Defensor del Pueblo, al cual se le asignan funciones tales como asegurar el respeto de las garantías individuales, dotándolo de competencia para iniciar todo tipo de acciones y de requerir información a los órganos del Estado.

En CHILE existe actualmente un proyecto de ley del Defensor Ciudadano, quien cumplirá algunas de las funciones que se le asignan al Ombudsman.

B.- CONTROL ADMINISTRATIVO: el control administrativo es realizado por los propios órganos de la Administración, y se clasifica en Interno y Externo:

1.-Control Adm. Interno, lo realiza la llamada Administración Activa. Éste es realizado ya sea por los jefarcas del servicio o bien, por las unidades de auditoria interna o control interno que posee cada servicio.

a) El control jerárquico es realizado por las autoridades y jefaturas de la institución recayendo sobre el funcionamiento del organismo y la actuación del personal de su dependencia. Su fuente legal se encuentra en los Art.11 LB, Art.58 letra a Ley 18.834 (Estatuto de los funcionarios públicos) y Art.61 letra a Ley 18.883 (Estatuto de los funcionarios municipales). *Art. 11: Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia, y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia. Este control se ejercerá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.*

Art.58 a: *Serán obligaciones especiales de las autoridades y jefaturas las siguientes: Ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los órganos y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.*

Este control jerárquico se extiende, por tanto, a lo siguiente:

- A la *legalidad*, es decir, controla que la actuación se ajuste a derecho.
- A la *eficiencia*, esto es, que se utilicen de manera adecuada los recursos disponibles.
- A la *eficacia*, es decir, se controla el cumplimiento de los objetivos.
- Al *mérito, oportunidad o conveniencia*, esto es, controla si la actuación se ha desarrollado en el momento adecuado.

El control de las autoridades y jefaturas, de acuerdo al Art.12 LB, debe ejercerse de manera permanente, y en el evento de que no se realice, acarrea responsabilidad para la autoridad o jefatura. Art.12: *Las autoridades y funcionarios facultados para elaborar fines o dictar normas, deberán velar permanentemente por el cumplimiento de aquéllos y la aplicación de éstas dentro del ámbito de sus atribuciones, sin perjuicio de las obligaciones propias del personal de su dependencia.*

NOTA: el ppio. del control se encuentra reconocido por la Ley de Bases en el Art.3 in2º (inciso que enumera los ppios. que deberá observar la Administración del Estado)

Este control interno jerárquico puede dar origen a dos potestades típicas de la Administración:

* *Potestad Revocatoria*, es aquella mediante la cual la autoridad deja sin efecto un acto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Ejemplo: que la autoridad ponga fin a un contrato de arrendamiento por necesitar el inmueble.

* *Potestad Invalidatoria*, es aquella que deja sin efecto un acto por razones de ilegalidad.

Estas dos potestades se pueden ejercer de oficio o a petición de parte, ya sea cuando así la ley lo exija o se haga uso del Dº de Petición (Art.8 in1º LB, relacionado con el Art.19nº14 Const.) Art.8 in1º: *Los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites.* Art.19 nº14: *La Constitución asegura a todas las personas: El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.* (El Derecho de Petición sirve de mucho hoy en día porque están obligados a contestarme y así se da origen a un juicio. Ejemplo: Yo pido que no se autoricen más las fiestas en la Universidad porque me molesta)

b) En la última década se institucionalizaron las unidades de control interno o de auditoria que se encuentran insertas en la Administración activa, y que tienen por objeto asesorar a las autoridades y colaborar con la Contraloría General de la República en el control de la legalidad de las actuaciones. Ejemplo: La Unidad de Control que establece el Art.29 y los Art.50 a 55 de la Ley de Municipalidades.

Finalmente, en el Gobierno del Presidente FREI, se creó mediante D.S. N°12 (1997) un Consejo de auditoria interna general de Gobierno como órgano asesor del Presidente de la República, destinado a proponer políticas y planes específicos en esta materia y coordinar la labor de las distintas autoridades sectoriales.

A) B)

¿Quién lo ejerce?

Fuentes

¿Sobre que recae?

¿Qué control se ejerce?

2.- Control Adm. Externo, éste se realiza por la Contraloría General y por las Superintendencias.

* SUPERINTENDENCIAS: surgen básicamente por la privatización de los servicios públicos y por el abandono que hace el Estado de actividades económicas y sociales.

Las Superintendencias regulan y supervisan la actividad de los sujetos privados, en la medida que estos últimos son los que prestan los servicios públicos, cuyo titular era el Estado. Ejemplo: las Superintendencias de Seguridad Social, de Isapres, etc.

Junto a las Superintendencias, también desarrollan una labor de control las *Comisiones preventivas y resolutivas antimonopolios*, la *Dirección del Trabajo* y el *Servicio de Aduanas*.

La Ley confiere a estos organismos un carácter preventivo o represivo, cuyas resoluciones siempre son impugnables ante los Tribunales de Justicia.

* CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: (creada el 26 de Marzo de 1927) se encuentra reglamentada en los Art.87 y 88 Const. y en su L.O.C. N°10.336, además, sus facultades se encuentran en la Ley de Administración financiera del Estado (D.L. 1263/75)

Sus principales funciones son (Art.87 in1°):

- 1) Ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración (principalmente toma de razón)
- 2) Fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades y demás organismos y servicios que determinen las leyes
- 3) Llevar la contabilidad general de la Nación
- 4) Examinar y juzgar las cuentas de las personas que tienen a su cargo bienes del Estado
- 5) Tiene las demás funciones que señala su L.O.C., entre las cuales tenemos:
 - la interpretación del estatuto administrativo
 - el registro de personal
 - las auditorías e inspecciones a órganos del Estado, etc.

La Contraloría General está a cargo del **Contralor General de la República** que es designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado (adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio), y será inamovible en su cargo, cesando al cumplir 75 años (Art.82 in2°); sin embargo se puede ver sometido a Juicio Político por notable abandono de funciones.

El Contralor actúa como Tribunal de 2° instancia en los Juicios de Cuenta, correspondiéndole al Subcontralor ser el Tribunal de 1° instancia.

Administrativamente se fracciona en **divisiones** en la región Metropolitana, mientras que en las demás regiones existen órganos desconcentrados denominados **Contralorías Regionales** que se regulan por la Resolución 21 de 1972 del Contralor.

(son órganos desconcentrados,

dependen del Subcontralor)

NOTA: Órgano del Estado: Género / Servicio público: Especie.

I.- LA TOMA DE RAZON (principal control de la Contraloría)

Se define como un control de constitucionalidad y legalidad de los actos de la Administración. Sus características son:

a) Es un control *preventivo*

b) Es un control *de juridicidad*

c) Una vez tomado razón el acto nace a la vida del Derecho.

d) Es un control *impeditivo* por cuanto los actos contrarios a Derecho que son representados impiden su entrada en vigencia.

* ¿Quién toma razón?: puede ser el Contralor General, el Subcontralor, los Jefes de División y los Contralores Regionales. Salvo el Contralor General, los demás realizan el trámite bajo la fórmula *por orden del Contralor General* (hay delegación de firma, que no es lo mismo que delegación de funciones)

* ¿Cómo se toma razón?: materialmente se realiza mediante la colocación de un timbre que dice *tomado razón* (es importante porque una vez que tiene ese timbre nace a la vida del Derecho)

* ¿De qué se toma razón?:

1.- de los Decretos Supremos

2.- de las Resoluciones de los Jefes de Servicios, que en conformidad a la ley deben someterse a ese trámite

3.- se excluyen las Instrucciones, las Circulares, las Órdenes Ministeriales, los Oficios y las Peticiones de los particulares.

* ¿Quién decide la toma de razón?:

1.- la Ley puede excluir determinados actos de la toma de razón. Ejemplo: Art.53 L.O.C. de Municipalidades (no toma razón, pero sí le hace control de legalidad, por lo tanto el Art.53 no sirve para nada)

2.- el Art.10 de la Ley 10.336 autoriza al Contralor General para dictar una resolución donde se indiquen las materias *no esenciales* que no deben someterse al trámite de toma de razón. Actualmente esta Resolución es la N°520 del año 1996.

* Plazo para tomar razón: la regla general son **30 días**, sin embargo, existen casos en que el plazo se baja a **15 días** e incluso a **5 días** (ejemplo: en materia de vivienda y OOPP son 5 días)

* Actitudes del Contralor frente a la toma de razón:

1.- Tomar razón si el acto se ajusta a Derecho

2.- Representarlo cuando es antijurídico

3.- Cursarlo con alcance. En este caso se toma razón, pero se omite un Oficio de Alcance cuando el acto contiene errores no sustanciales como por ejemplo: errores aritméticos (el demandante se llama Pérez y no Peres como dice en el documento, así, en vez de devolver el documento, se toma razón igual, pero con un alcance).

* Actitudes del Presidente de la República en caso de Representación:

1.- Desistirse de seguir tramitando el acto

2.- Acoger el criterio de la Contraloría y modificar el acto

3.- Insistir con la firma de todos sus Ministros. En este caso el Contralor está obligado a tomar razón, pero envía una copia del decreto a la Cámara de Diputados (por la responsabilidad Política). Sin embargo, NO se pueden insistir:

-Los decretos inconstitucionales

-Los DFL

-Los decretos promulgatorios de una ley o una reforma constitucional.

En estos casos el Presidente debe recurrir al Tribunal Constitucional dentro del plazo de 10 días.

* ¿Qué pasa si el Contralor se equivoca y toma razón de algo que no había que tomar razón? ¿Dónde se reclama?! Se va al Tribunal Constitucional con un requerimiento de la Cámara de Diputados o del Senado. Si no reclaman ni Diputados ni Senadores uno puede presentar un Recurso de Protección o la Nulidad de D° Público (ya que como particular uno no puede ir al Tribunal)

II.- CONTROL DE REEMPLAZO

Se encuentran contemplados preferentemente en el Art.8 de la Resolución 520 de 1996, y se refieren a fiscalizaciones selectivas y posteriores, que realiza la Contraloría luego de dar una acción administrativa; entre éstas figuran las *inspecciones* y las *auditorias* que se realizan a petición de una autoridad, de un particular o de oficio. Estas fiscalizaciones persiguen asegurar la legalidad de los actos de la Administración y perseguir la Responsabilidad Administrativa civil de los funcionarios, ya sea a través de un sumario o de un juicio de cuentas.

* **Registro** (otro control dentro del de Reemplazo)

Se realiza respecto de ciertos actos vinculados al personal; este registro no da vida al acto administrativo, sino que sólo persigue dejar constancia de un hecho. Sin embargo, existe Jurisprudencia contradictoria respecto de los alcances del registro, pues algunos sostienen que el registro aplica un control de legalidad, mientras que otros fallos señalan que es sólo una anotación manual. Debe reafirmarse el hecho de que el acto adm. nace desde su dictación y no desde que se registra.

* ¿Qué comprende el Control de Legalidad?

Hasta mediados de 1970 la Contraloría sostenía que el control de legalidad sólo cubría la juridicidad del acto adm., quedando fuera tanto el mérito, oportunidad y conveniencia de la actuación, como la calificación de los hechos. Esta interpretación varía principalmente con la entrada en vigencia del D.L.1263/75 (Ley de

Administración Financiera del Estado) texto en el cual, por un tiempo la Contraloría podía expresamente realizar el control de mérito de la actuación administrativa. Esto se reafirmó en 1986 cuando se consagraron como ppios. jurídicos en la Ley 18.575 la eficiencia y la eficacia, al contemplarse el control de mérito, conveniencia u oportunidad.

En consecuencia, hoy la Contraloría no sólo vela por la juridicidad del acto en sentido formal, sino que también por la oportunidad, mérito o conveniencia de la actuación en la medida que ésta forme parte de dicha juridicidad.

III.- CONTROL JURISDICCIONAL

Este se realiza preferentemente por los Tribunales Ordinarios de Justicia, y en ciertos casos, por el Tribunal Constitucional.

El Contencioso Administrativo Especial se refiere a la existencia de acciones que tienen por especial objetivo discutir sobre la procedencia de un acto administrativo. Estas acciones se encuentran tanto a nivel constitucional como a nivel legal; y pueden ser conocidas tanto por los Tribunales integrantes del Poder Judicial como por Tribunales insertos en la Administración.

El Contencioso Administrativo Ordinario se refiere a acciones del D° Común conocidas por Tribunales del Poder Judicial, pero que se diferencian de las acciones ordinarias por basarse en determinadas normas de la Constitución. Así, el contencioso anulatorio (acción de nulidad de D° Público, basada en la Constitución) persigue declarar la nulidad de un acto adm. por ser antijurídico y contrario al Art.7 Const. El contencioso reparatorio persigue determinar la responsabilidad civil de la Administración en virtud de lo que establece el Art.38 in2° Const. (*Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño* (que repare el daño que causó). Finalmente, el contencioso declarativo busca que los Tribunales declaren una determinada situación que afecta las potestades de un órgano administrativo. Ejemplo: TVN con Fisco (primera acción declarativa en Chile: la Contraloría pretendía fiscalizar a TVN, y TVN dijo que se regía por su LOC y por las Sociedades Anónimas abiertas).

*** Control del Tribunal Constitucional**

Este control lo establece la Constitución para que el Tribunal Const. vele por la supremacía constitucional de los actos administrativos. Este control se reduce a tres casos:

- a) Para controlar la *regularidad constitucional* del ejercicio de la *Potestad Reglamentaria* por parte del Presidente de la República.
- b) Para controlar la *constitucionalidad* de los *Decretos Supremos*.
- c) Para resolver las *diferencias* entre el *Presidente de la República* y el *Contralor General* respecto de un decreto o resolución del primero, que el segundo estima inconstitucional.

Estas atribuciones se encuentran en el Art.82 n°5, 6 y 12. (N°5: *Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional*; N°6: *Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88 (insistencia del Presidente)*; N°12: *Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran*

a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60 (materias de ley)).

4).- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: se refiere sólo a la Responsabilidad Civil.

*Responsabilidad Contractual: incumplimiento de un contrato.

*Responsabilidad Extracontractual: cometer un delito o cuasidelito = Indemnización.

El Estado sí puede tener Responsabilidad Extracontractual (además de la Contractual). El Estado es responsable desde el s.XIX.

El Estado tiene tres caras de actuación: E° Administrador, E° Legislador y E° Juez. El tratamiento de estas tres caras es distinto en cuanto a la responsabilidad.

A.-ESTADO LEGISLADOR: El Estado puede incurrir en responsabilidad cuando actúa como *legislador* en dos hipótesis:

1) Cuando dicta una ley que provoca perjuicios a los administrados sin que se contemple una indemnización.

2) Cuando se dicta un acto administrativo bajo el amparo de dicha ley.

Ambos casos suponen que no se consagre un sistema de reparación del daño causado y que se afecte gravemente alguna de las garantías o derechos que se contienen en el Capítulo III de la Constitución (de los derechos y deberes constitucionales).

En CHILE no existe una norma que regule esta responsabilidad, pero ella se deduce de lo establecido en los incisos finales de los Art.6 y 7. En ellos se señala que la infracción a la Constitución y la infracción al ppio. de Legalidad Administrativa generan la Responsabilidad que señala la ley. Estas dos normas se aplican al poder legislativo.

Se cita como único caso jurisprudencial el Fallo Comunidad Galletué con Fisco donde en voto dividido la Corte Suprema ordenó el pago de una indemnización.

En el D° Comparado, especialmente en Francia, desde el Fallo Arret la Fleurette se ha reconocido este tipo de Responsabilidad. El Arret la Fleurette surge como consecuencia de la Ley del 29 de Junio de 1943 (*Está prohibido fabricar, promover, poner en venta o vender, importar, exportar o traficar: 1.- Bajo la denominación de crema seguida o no de un calificativo o bajo una denominación de fantasía cualquiera, un producto que presente el aspecto de la crema, destinado a los mismos usos, no proveniente en forma exclusiva de la leche...*), porque La Fleurette hacía un producto similar a la leche, pero estaba compuesto de leche y además de maní y yemas de huevo. Así, le dictan la Ley mencionada y queda fuera del mercado de inmediato. Acá, el perjuicio se lo causa la ley, y ésta no contempló ningún tipo de indemnización. Es el primer caso en que alguien presenta una demanda producto de una ley, por eso siempre se cita. Además, La Fleurette fue el único perjudicado con esta ley.

El caso de Comunidad Galletué acá en Chile se toma como *Responsabilidad del Estado Administrador*, sin embargo, hay discusión. Hay un tratado de flora y fauna para proteger determinadas especies, y luego, el Presidente dicta un decreto en el cual prohíbe la tala de determinados árboles porque afectan la convención. Así, se le acaba la actividad productiva a Galletué, ya que se dedicaba a la tala de la Araucaria (especie prohibida), por lo tanto, interpusieron una demanda contra el Estado. En este caso no habría privación de dominio, sólo se lo restringen según la Corte, ya que según el Art.19 n°24 sólo se indemniza cuando se priva NO cuando se limita o restringe. Además, el Art.41 también indemniza por la privación en Estados de Excepción, no por limitación, por lo tanto, la Constitución dice cuando hay que indemnizar, así, acá no hay

que indemnizar. La otra parte dijo que se estaba afectando la igualdad ante las cargas públicas. El Fallo (170 CPC): se indemniza aunque no diga la ley que se indemniza, ya que a falta de ley hay que aplicar la equidad. Se dice que es un *acto legislativo*, aunque podría ser un acto administrativo emanado de una ley inconstitucional.

Otro ejemplo es SOFRI con Fisco, que claramente es *responsabilidad del Estado Legislador*. Primero se le dio exclusividad de zona franca a la SOFRI (Iquique) por 30 años, y después, se le dan los mismos derechos a Arica (Ley Arica II) porque estaba en depresión, por tanto Iquique puede reclamar.

B.-ESTADO JUEZ: esta responsabilidad se encuentra en el Art.19 n°7 i (*El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia*) conocida también como el *error judicial*, procediendo sólo en aquellos casos en que se den los supuestos de la norma. Estos supuestos (requisitos) son:

- 1.-Que una persona haya sido sometida a proceso o condenada en cualquier instancia (hay que ser *procesado o condenado*)
- 2.-Que posteriormente haya sido sobreseída definitivamente o hubiese obtenido sentencia absolutoria (posteriormente se le absuelve o sobresee)
- 3.-Que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria la resolución que sometió a proceso o condenó a la persona (si la Corte declara esto, el Estado tiene que pagar)

* ¿Cuándo se procesa a alguien? ¿Cuándo a uno lo declaran reo?: en el proceso penal antiguo una persona podía tener varias calidades en un juicio criminal: Imputado, Detenido (cuando existe un hecho que podría ser delito o existen sospechas de que esa persona tuviera participación) o Reo o Procesado (tiene que estar acreditado el delito, además deben haber presunciones fundadas de que cometió el delito) (274 CPP).

Ejemplo: Caso Calchona: tres personas son acusadas de homicidio por matar a una mujer bajo el puente La Calchona en Talca. Fueron procesados y condenados en primera instancia, su condena era por 5 años y un día (por homicidio simple). En 1990 fueron detenidos (30/Enero), se dictó sentencia como el 93/94 y el 25 de Enero del 95 los absuelven (la Corte de Apelaciones de Talca), por lo tanto faltaban como apenas 5 días para cumplir la condena. Hay un error, en este caso ya que estuvieron presos casi toda la condena. ¿Fue injustificadamente errónea o arbitraria?: los tres pidieron a la Corte Suprema que declarara esto (ya que tuvieron 5 años en prisión a tres personas inocentes).

Ejemplo: Caso Rodríguez con Portales, se separan y la esposa se lleva las cosas de su casa y se va a vivir con el hermano. El marido fue a la casa de la mujer y le sacó determinadas cosas (moto, casa rodante). Al tipo le hacen un juicio criminal por hurto, lo procesan, hasta que un juez se da cuenta que el tipo estaba casado en Soc. conyugal, por lo tanto no pudo existir hurto ya que las cosas eran de él. Las cosas son de la sociedad conyugal y las administra el marido. Así que él pidió que se declarara injustificadamente erróneo o arbitrario el proceso (igual se revocó).

Respecto del Procedimiento, la Constitución dice que es breve y sumario, y que la prueba se apreciará en conciencia.

El derecho a solicitar la indemnización por error judicial que cubre tanto daños materiales como morales, está regulado en un autoacordado de la Corte Suprema publicado el 24/Mayo/1996. Art.680 CPC: Breve y

Sumario.

La Responsabilidad personal de los Jueces se contiene en el Art.76 Const. en relación con los Art.324–326 COT. *Art.76: Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia, y en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones. Tratándose de los miembros de la Corte Suprema, la ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad.*

con la vigencia del Código Procesal Penal el Art19 n°7 letra i ha perdido parte de su vigencia porque en el nuevo proceso no existe el procesamiento. Para superar lo anterior han surgido 2 tesis:

1.–Una que asimila el Procesamiento a la Formalización. Esto se critica porque la formalización no es un acto judicial, sino que una decisión privativa del Ministerio Público.

2.–Para otros el Procesamiento se asimilaría a la acusación que contempla el Código Procesal Penal.

No obstante lo anterior, lo único cierto es que debe reformarse la Constitución en esta parte.

Antiguamente el que investigaba era el juez, ahora es le Fiscal Público.

La Formalización es un acto privativo del Ministerio Público, cuando quiere lo hace y cuando quiere no. Sólo un particular puede obligarlos a que formalizan cuando saben que lo están investigando como autor. Por esto no se puede asimilar al Procesamiento.–

3.–ESTADO ADMINISTRADOR: esta responsabilidad afecta a todos los órganos que integran la Administración del Estado, los cuales se encuentran enumerados en el Art.1 LB.

Los fundamentos constitucionales son los siguientes:

a) Los Art. 6 y 7, incisos finales, de la Constitución.

b) El Art.19 n°20 que consagra la igualdad de las cargas públicas

c) El Art.19 n°24 relativo a la Propiedad.

d) El Art.38 inciso 2 de la constitución.

e) Además, se debe agregar el Art.5 que establece un freno a la soberanía estatal , respecto de los derechos esenciales de las personas.

Algunas características de esta Responsabilidad son:

1) Que exista una acción u omisión de un órgano de la Administración del Estado. Se discute si esta acción u omisión debe necesariamente ser ilícita, ya que parte de la doctrina considera que habría responsabilidad por hechos lícitos. El Profesor considera que sólo se refiere a acciones u omisiones ilícitas tal como se desprende de los incisos finales de los Art. 6 y 7.

2) Debe producirse un daño o perjuicio a un particular. El Art.38 in2 permite hablar más bien de una lesión a un D° Subjetivo de alguien que no estaba obligado a soportarlo.

3) Esta responsabilidad puede ser tanto de D° Público como de D° Privado por lo que se rige por normas

diversas. Lo único cierto es que el Art.4 LB consagra el Ppio. de Responsabilidad de los órganos de la Administración (*Art.4: El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que lo hubiere ocasionado*)

4) En la mayoría de los casos debe probarse la llamada **falta de servicio**, esto es, que el servicio público no haya funcionado debiendo hacerlo, que haya funcionado tardíamente o que haya funcionado de manera anormal.

La responsabilidad por falta de servicio se consagra en el nuevo Art.42 LB y en el Art.141 LOC Municipalidades.

Acción u omisión ilícita

Daño o perjuicio

exige que cause: Dolo o culpa Hay que

Relación de causalidad entre la acción probarlo

u omisión y el daño o perjuicio.

Acción u omisión ilícita.

Daño o perjuicio.

Relación de causalidad entre la acción

u omisión y el daño o perjuicio.

En el Estado Administrador el Dolo o Culpa se asimila (corresponde) a la Falta de Servicio (en la Responsabilidad Subjetiva)

Responsabilidad objetiva: No se prueba el Dolo o Culpa. En distintas materias es la ley la que determina cuándo hay responsabilidad objetiva. Ejemplo: Reacción Nuclear del CC. (Ver Art.38 n°2 y Art.4 LB, como fundamentos de una u otra teoría)

El Estado es responsable cuando hay Falta de Servicio (ya que no se le puede exigir dolo o culpa) *Art.42 LB: 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 el funcionario que hubiere incurrido en falta personal.*

Síntesis Jurisprudencial de la Responsabilidad del Estado

La **PRIMERA ETAPA** se caracteriza por una aplicación simultánea de normas de D° Público con normas de D° Privado, esto se traduce en que las sentencias se fundamentan no sólo en las normas del CC (Art.2314 y ss.) sino que también en normas constitucionales relativas al D° de Propiedad e Igualdad ante las cargas públicas.

Dentro de estos fallos deben destacarse Avalos con Fisco, Fush y Plath con Fisco y Lapostol con Fisco (fines del siglo XIX, principios del siglo XX y siglo XX, respectivamente), se refieren a responsabilidad del Estado en donde se castiga al Estado con normas tanto del CC como de la Constitución.

La *SEGUNDA ETAPA* se caracteriza porque los fallos se sustentan única y exclusivamente en el Código Civil – D° Privado (Título XXXV, Art. 2314 y ss.) haciéndose la distinción entre los *actos de autoridad* y *actos de gestión*.

Si la Responsabilidad deriva de un acto de autoridad, es decir, cuando el Estado actúa con poder soberano, NO es responsable, salvo que una ley expresa establezca dicha responsabilidad. En cambio, SI es responsable si se trata de un acto de gestión, donde actúa como un simple particular. De esta etapa son: Granja con Fisco (se absuelve al Estado por ser un acto de autoridad), Aqueveque con Fisco (condena al Estado por ser un acto de gestión), Rettig con Fisco (condena), Klimpel con Fisco (condena) y Becker con Fisco (condena, a pesar de ser un acto de autoridad, ya que el auto policial iba contra el tránsito, por tanto, cometió un ilícito).

La *TERCERA ETAPA* es aquella en que se aplican exclusivamente normas de D° Público para fundamentar los fallos en un primer momento basados en normas constitucionales (Art.19 n°20 y n°24, igualdad ante las cargas públicas y derecho de propiedad, respectivamente) y aplicando las reglas de la Equidad (CPC). En este mismo período se aplican exclusivamente normas de D° Público por ley especial en el fallo Tirado con Municipalidad de la Reina (mujer se cae a un hoyo), donde por primera vez se habla de responsabilidad objetiva (de acuerdo con el pensamiento de Soto Kloss); acá se fundaron las disposiciones del D.L. 289, donde por primera vez se consagra en forma expresa la Responsabilidad de las Municipalidades por falta de servicio. (todo esto pudo haberse resuelto por el Art.2329 CC y no por el D.L. 289).–

5).- GENERACIÓN DEMOCRÁTICA DE LOS CENTROS DE PODER:

En un Estado de Derecho las personas que ejercen el poder se generan de dos formas:

A. – Por vía eleccionaria: tiene su fundamento en el Art.5 donde se señala que si bien la soberanía reside en la Nación, ésta se ejerce por el pueblo a través de elecciones periódicas y plebiscitos. En Chile se eligen las siguientes autoridades:

– *Presidente de la República*

– *Los Senadores y Diputados*

– *Los Alcaldes y Concejales*

B. – Por vía de Nombramiento: estas son las autoridades que se designan por aquellas que fueron elegidas por votación popular, por ejemplo:

– *Los Ministros*

– *Los Subsecretarios*

– *Los Intendentes*

– *Todos los funcionarios de la Administración Pública*

Esto también se fundamenta en el Art.5 donde se señala que la Soberanía también es ejercida por las autoridades que ella misma señala.

(fin del Estado de Derecho)

TEORIA DE LAS POTESADES

A.-) Principio de Legalidad y la Atribución de Potestades: la ley no sólo constituye una limitación negativa de lo que la Administración pueda hacer, sino que también es un medio de habilitación para que actúe, esto es, le otorga potestades positivas que van a ajustarse a dicha legalidad.

El problema se ha suscitado respecto de las formas en que se atribuye la Potestad a la Administración. Para ello existen, por lo menos, tres teorías;

1) Teoría de la Representación: que significa que la Administración es representante de la comunidad, esto quiere decir, que hubo un acto de traslación desde la comunidad a quienes los representan.

Esta teoría es inexacta porque la Administración no es representante de nadie (ni siquiera tiene personalidad jurídica en Chile), ya que la comunidad deposita la representación en órganos específicos y determinados que tiene la calidad de *Soberanos*.

2) Teoría Anglosajona: se relaciona con el concepto de *Trust* (confianza), esto es, con un negocio fiduciario y en el cual un tercero maneja los intereses de otro que es el verdadero titular, pero esta gestión se hace en nombre propio y no por representación.

Esta teoría se aplica a la figura del Rey en Inglaterra, quien a pesar de actuar por el pueblo, lo hace en nombre propio. Ejemplo: Armada Real, Aviación Real, etc.

3) Teoría Alemana: trata de resolver el problema a través del concepto de *habilitación*, esto quiere decir que en un Estado de Derecho y aplicando el ppio. de Legalidad, la ley le atribuye a la Administración determinados poderes de una manera concreta y tasada. Esto significa que no existen poderes que puedan atribuirse indeterminadamente.

La Administración necesita de una norma previa para actuar, incluso cuando la norma emana de la propia Administración. Esto se ve reflejado en el Ppio. de la *Inderogabilidad Singular de los Reglamentos*, en virtud del cual la Administración sólo puede interpretarlos, pero no vulnerarlos.

B.-) Concepto de Potestades:

Relación entre D° Subjetivo y Potestades como nota común: las potestades y los D° Subjetivos son poderes jurídicos o facultades de obrar o de querer, conferidas por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, las diferencias que existen entre ambos conceptos son mayores, pudiendo señalarse las siguientes:

1) En cuanto a la fuerza, las Potestades no nacen de Relaciones Jurídicas (acreedor-deudor, prestación de dar, hacer o no hacer), sino que ellas emanan directamente del ordenamiento jurídico. Mientras que los D° Subjetivos nacen de una relación jurídica, no del ordenamiento directamente. Esto tiene importancia por cuanto la Administración puede ser también titular del D° Subjetivos, por ejemplo: cuando realiza una compraventa.

2) En cuanto al objeto, las potestades no tienen un objeto concreto y determinado, sino que se caracterizan por ser genéricas, esto significa que la Potestad se desenvuelve en una dirección o aspecto genérico, es un poder jurídico general y abstracto que no tiene un objeto determinado ni una persona determinada. Ejemplo: el Estado tiene la potestad de imponer tributos, pero éstos no pueden estar referidos ni a una situación determinada ni a una persona concreta; también en el resolver conflictos no se dice a quién ni en qué casos. En cambio, en los contratos o convenciones el objeto es la Prestación (dar, hacer o no hacer).

3) En el D° Subjetivo siempre hay sujetos pasivos obligados, esto es, no hay D° Subjetivo sin una obligación

contrapuesta. En las Potestades no existe un sujeto pasivo, ya que no existe el concepto de obligaciones, lo que existe es una sujeción o sometimiento a soportar los efectos del ejercicio de la potestad. La doctrina habla de una *situación pasiva de inercia* que puede no afectar a todos los ciudadanos, y que puede ser ventajosa o desventajosa. (las potestades sólo nos afectan cuando incurrimos en el supuesto de la Potestad (ley), ejemplo: Tributo a la Producción de Molibdeno, sólo me va a afectar si yo produzco Molibdeno. Por eso, hay muchas potestades que no nos afectan nunca, por lo tanto, por sí no obliga a nadie, a menos que el particular esté en el supuesto determinado. En cambio, los D° Subjetivos siempre tienen una obligación para una parte)

En definitiva las Potestades emanan del Ordenamiento jurídico, tienen un objeto genérico, son atribuciones o poderes que se dan para realizar determinada acciones (que es el ejercicio de la Potestad) y no tienen un sujeto determinado, toda vez que éstos sólo aparecen cuando incurren en el supuesto de la Potestad.

*Potestad Jurisdiccional: Art.73 COT

C.-) Características de las Potestades:

1) La Potestad deriva directamente del Ordenamiento jurídico y no de un negocio jurídico. En virtud de ello, el ejercicio de la potestad requiere una habilitación expresa de Ley.

2) La Potestad, al tener un objeto genérico, no es transferible ni transmisible, por tanto, es *imprescriptible*, es decir, la Potestad no se extingue por su *no uso*. Se dice que tampoco es renunciable, salvo que se den las condiciones del Art.12 CC, como sería por ejemplo: que un funcionario renuncie a su cargo y ello implique no ejercer la potestad.

NOTA: a.-No debe confundirse la Transferencia de la Potestad con la Delegación de Atribuciones que se contempla en la Ley de Bases, toda vez que dicha transferencia no implica desprenderse de la Potestad.

b.-No debe confundirse la Imprescriptibilidad de la Potestad con la Caducidad de la misma. Ejemplo: el ejercicio de la Potestad puede estar sujeto a un plazo (Ver Art.61: D.F.L.: plazo 1 año).

Ejemplo a.-: Sujeto

tiene

transfiere atribuciones, no delega la potestad

&Jefe Depto. Jurídico (si es abogado) sería

Juez Tributario

Código Tributario: dice que es Juez Tributario

El Director Regional de SII (lego o letrado).

En casos se ha resuelto que la 2° persona no existe, ya que no existe la delegación. Y otros dicen que en virtud del Código Tributario sí se puede delegar, por lo tanto, siempre va a haber 2 interpretaciones (Corte de Apelaciones)

La Corte Suprema no ha dicho nada porque expresó que la resolución que declaraba que el segundo sujeto no existe, no es susceptible de casación en el fondo (no es una sentencia definitiva que pone fina al juicio, ni tampoco impide que continúe el juicio).

3) La Doctrina clasifica las Potestades según se ejerzan en un interés ajeno o en un interés objetivo. En este último caso la Potestad se denomina *Potestad Función* y son las típicas de la Administración Pública.

4) En ciertos casos las Potestades deben ser ejercidas como un *Deber*, y esto sucede generalmente cuando la Administración es el Sujeto Pasivo de una Relación jurídica y su obligación consiste precisamente en ejercer una potestad. Ejemplo: en los contratos de concesiones de obras públicas, el concesionario tiene la obligación de realizar la obra a su costo, el que recupera luego con el cobro de tarifas. En este caso, el Estado asume como obligación ejercer la Potestad Expropiatoria para que pueda realizarse tal obra (como fue el caso de la carretera de acá hasta Los Vilos: se expropió todo).

NOTA: en determinados casos si el Estado no ejerce alguna potestad incurriría en responsabilidad por falta de servicio.

D.-) Clasificación de las Potestades:

I.- a) Potestades Innovativas o de Conformación: consideran la posibilidad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas. Se subclasifican en:

1.-Potestades Normativas: son aquellas en que el efecto innovador se realiza mediante normas. Ejemplo: Potestad Reglamentaria.

2.-Potestades No Normativas: aquellas en las cuales la innovación se realiza mediante actos administrativos. Ejemplo: Potestad Expropiatoria.

b) Potestades No Innovativas o de Conservación: tiene por objeto tutelar o mantener situaciones jurídicas preexistentes, sin innovar en ellas. Ejemplo: Potestad Certificante.

II.- a) Potestades de Supremacía General: son aquellas que se aplican a la generalidad de las personas. Estas son aquellas que la Administración ejerce sobre los ciudadanos como poder público. Ejemplo: Potestad Expropiatoria (se ejerce sobre cualquier persona)

b) Potestades de Supremacía Especial: son aquellas que se ejercen sobre determinadas personas que se encuentran en una situación concreta. Ejemplo: Potestad Disciplinaria sobre los Funcionarios Públicos.

III.- a) Potestades Regladas: son aquellas que se ejercen cuando se cumplen todos los supuestos de la norma; esto significa que el ejercicio de esta Potestad se encuentra predeterminado en su totalidad por el ordenamiento jurídico, y la Administración sólo se limita a constatar la concurrencia de dichos supuestos ($A+B+C=D$). Ejemplo: si un funcionario de exclusiva confianza no presenta su renuncia dentro del plazo de 48 horas, la autoridad debe declarar vacante el cargo.

NOTA: No existen en verdad Potestades Regladas que sean puras, sino que siempre existe un margen de discrecionalidad.

b) Potestades Discrecionales: son aquellas en que la norma no contiene todos los supuestos, sino que le da un cierto margen de actuación a la Administración, la que debe actuar en base a las alternativas que la misma norma le otorga. Lo anterior no significa que frente a una potestad discrecional la autoridad actúe aplicando el Ppio. de la Autonomía de la Voluntad, sino que es la misma norma que otorga la potestad la que fija los criterios de actuación. Lo *importante* es entonces la posibilidad de *elegir* que tiene la Administración respecto de las alternativas que se le ofrecen. ($A+B+C=D$, E ó F, etc. no hay una solución determinada – preestablecida, pueden ser varias). Ejemplo: Si el Profesor tiene que elegir como ayudante al mejor promedio del curso: es reglada; si lo tiene que elegir entre los tres primeros promedios: es discrecional; si tiene que elegir al más ordenado: es discrecional porque las alternativas son todos los alumnos del curso.–

Relación entre Potestad Discrecional y Conceptos Jurídicos Indeterminados

Tradicionalmente se confundían los conceptos *discrecionalidad* con *concepto jurídico indeterminado*, pero actualmente existe consenso en su diferenciación.

La **discrecionalidad** significa siempre que la Administración goza de una serie de alternativas que le señala la ley, pero puede ocurrir que la misma ley le señale sólo un camino de actuación que no sea muy fácil de ver en su momento. Ejemplo: la Ley de expropiaciones señala que la indemnización a pagarse debe ser justa, el problema es determinar qué significa justa.

De ahí nacen una serie de **conceptos** que se denominan **indeterminados**, y que no son privativos del Dº Administrativo, tales como la Buena Fe, la Familia, la Urgencia, el Interés Público, etc.

En un principio la Contraloría señaló que no podía controlar la concurrencia del supuesto del acto administrativo cuando estuviera conformado por un concepto jurídico indeterminado, ya que ello significaba realizar no un control de legalidad sino que un control de mérito, oportunidad o conveniencia, que era privativo del órgano administrador.

Tal situación tuvo que ser corregida por los Tribunales de Justicia principalmente, al carecer de recursos de protección donde considera que la falta de concurrencia del supuesto concepto jurídico indeterminado constituiría una arbitrariedad.

Por otro lado, se critica la función de la Contraloría ya que determinar la concurrencia del supuesto concepto jurídico indeterminado era un problema de interpretación y no de apreciación de un hecho, por lo que perfectamente podía controlar tal supuesto.

Hoy en día la Contraloría asume este control principalmente porque la Ley de Bases (18.575) consagra como ppio. jurídico el control de mérito, oportunidad o conveniencia.

Otros controles

Además de la concurrencia del concepto jurídico indeterminado, tanto la Contraloría como los Tribunales pueden realizar control sobre lo siguiente:

- Hechos determinados: es decir, se controlan los presupuestos de hecho. Ejemplo: si se va a nombrar a un Juez de Letras, debe acreditar la calidad de abogado.
- Control de elementos reglados: esto se relaciona con el hecho de que la actividad discrecional de la Administración siempre tiene elementos reglados, especialmente aquellos que llevan la concurrencia de un fin; en este caso, tanto la Administración como los Tribunales pueden fiscalizar que el fin perseguido por la autoridad sea el mismo fin establecido en la norma. En Francia esto dio origen a lo que se denomina la Acción por Abuso de Poder. Ejemplo: Utilización de los resquicios legales durante la época de la Unidad Popular.
- Control de los principio Generales del Derecho: esto significa que la autoridad al fiscalizar puede comprobar si se respetan o no los Principio Generales del Derecho, tales como la Buena Fe o el Enjuiciamiento sin causa. Ejemplo: la orden de reintegro de remuneraciones percibidas indebidamente.
- Control por Iniquidad manifiesta: este control se realiza al resultado de la acción administrativa, cuando éste es manifiestamente inicuo, lo que podría conducir a que se considere ilegal la actuación discrecional de la Administración. Ejemplo: actividad administrativa legal cuyo resultado es malo para alguien, expropiación de un terreno en el que hay una casa y se expropia en el medio. Es inicuo porque no es la mejor solución para el caso, se hace de malvado, ya que podría hacerse una servidumbre.

Se expropia justo en medio.

Potestades Inherentes o Apoderamiento implícito de Potestades

La regla general es que la norma atribuye expresamente a la Administración una determinada Potestad; por Ejemplo: LOC Municipalidades autoriza a estas entidades para expropiar en determinados casos. Sin embargo, la Doctrina reconoce la existencia de otros poderes que no aparecen en la ley escrita y que pueden derivar de otras fuentes del Derecho, tales como la Costumbre y los Principios Generales del Derecho; Ejemplo: la declaración tácita de voluntad. Sin embargo, existen casos en que por la interpretación y la sistematización de las normas legales, la Administración puede encontrarse con potestades que explícitamente no le otorga la ley, son los llamados **poderes inherentes** o **inherent power** (génesis en la declaración de guerra de los EEUU).

En CHILE existía reticencia a aceptar esta teoría, ya que la tendencia era a la interpretación literal, sin embargo, cuando la Contraloría cambió su posición a una interpretación finalista de la norma, ellos fueron reconocidos. Respecto del Poder Judicial esta teoría se aplicó en un Recurso de Amparo Económico interpuesto en contra de la empresa METRO, en fallo del 13/01/2000 (diario de distribución gratuita en el Metro, se afecta el Art.19 n°21, porque el Estado estaría interviniendo en actividades que no le corresponden, por tanto los periodistas interponen este recurso de amparo económico (Gaceta Jurídica Enero/2000). Este fallo habla por primera vez de los poderes inherentes.

Estructura de la Potestad

1.-QUIÉN, es el titular de la potestad, que será generalmente el Jefe del Órgano o servicio, o uno inferior que tenga atribuida la potestad. En este caso se puede dar la figura de la desconcentración administrativa (las Direcciones Regionales o las Secretarías Ministeriales) o bien, puede existir una delegación de facultades (Ver Art.41 Ley 18.575).

2.- CÓMO, ésta se realiza mediante el procedimiento general que debe seguirse tanto para la dictación del acto como para la suscripción de un contrato (Ver Art.7 in1° (*los órganos del estado actúan validamente...*) en relación con el Art.60 n°18 Const. (*materias de ley: las que fijan las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública*) en relación con el Art.8 in2° LB (*Los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos*)).

3.-CUÁNDO, este es el momento o la oportunidad en que debe actuar el órgano administrativo (Art.8 in1° LB: *Los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites*).

4.-POR QUÉ, es el motivo de actuar, que no es sino el hecho configurado por el legislador como necesidad pública que debe satisfacer la Administración y constituye el estímulo para que el órgano decida actuar o no según el criterio del Bien Común.

5.-PARA QUÉ, es la finalidad que persigue la potestad para satisfacer la necesidad pública, puesta a cargo del órgano administrativo.

6.-QUÉ, es la decisión que en definitiva adopta la Administración. En este caso el legislador puede configurar un deber concreto de actuar, o bien, de dar un margen de libertad para decidir si se actúa o no.

Ámbito de la Potestad

1.-MATERIA: se dice que es el vínculo de intereses puesto bajo el cuidado del órgano administrativo para satisfacer las necesidades que se le presenten. Ésta es una atribución típicamente sectorial.

2.-**TIEMPO**: tiene un ámbito temporal, toda vez que puede haber sido otorgada en forma indefinida, o bien, por un plazo (ejemplo: 1 año en los D.F.L.).

3.-**TERRITORIO**: también se llama Ámbito Espacial. La Potestad es otorgada en base a un territorio determinado. De ahí que existan, por ejemplo: autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales.

4.-**GRADO o JERARQUÍA**: la Potestad se radica, ya sea en el Jefe Superior del Servicio, o bien, en una persona de inferior jerarquía.

Principios Constitucionales Administrativos del Estado

- **Ppio. de Legalidad Administrativa**: significa que la Administración del Estado debe someter su actuación al ordenamiento jurídico, y que todo abuso o exceso en el ejercicio de las Potestades, otorga al administrado el D° de interponer las acciones y recursos correspondientes. Art.6 y 7; Art.2 y 10 LB (ya transcritos).
- **Ppio. de la Unidad de la Administración**: significa que en Chile existe sólo una Administración, cuyo jerarca máximo es el Presidente de la República. Art.3 y 24. Art.3 Const.: *El Estado de Chile es unitario, su territorio se divide en regiones. Su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad a la ley.* Art.24 in1° Const.: *El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe de Estado.*

La Administración del Estado está integrada por diversos órganos y servicios públicos enunciados taxativamente en el Art.1 in1° LB: *El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.*

Debe recordarse que el Presidente, salvo excepciones, ejerce en vínculo de dependencia o supervigilancia según corresponda.

- **Ppio. Pro Administrado (servicialidad)**: consiste en que la Administración está al servicio de la Persona Humana, y que en caso de enfrentarse una prerrogativa estatal con los derechos de las personas, debe preferirse a estos últimos. Se consagra en el Art.1 Const. (*in4°:El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*) y Art.3 LB (*La Administración del Estado está al servicio de la persona humana: su finalidad es promover el bien común atendiendo a las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal*) en concordancia con el Art.5 Const. (*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*).
- **Ppio. de la Subsidiariedad**: la filosofía de la Constitución se expresa en que el Estado debe restringir su actuación a dos campos:

* Aquel en que los particulares no pueden intervenir. Ejemplo: Defensa Nacional.

* Aquellos en que los particulares no quieren intervenir.

Se consagra en los Art.1 Const. (*in3°:el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos*) y Art.3 in2° LB (*la Administración garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas a realizar cualquier actividad económica en conformidad a la constitución y las leyes*), por tanto, se garantiza la debida autonomía de los grupos intermedios de la Sociedad para cumplir sus propios fines específicos,

argumentándose el respeto al D° de las personas para desarrollar cualquier actividad económica, en conformidad a la Constitución y las leyes. Este ppio. también se consagra en el Art.19 n°21 (derecho a desarrollar cualquier actividad económica...) y en el Art.6 LB (*El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si estas entidades desarrollan actividades empresariales. Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas*)

- Ppio. de la Revisión de los actos administrativos: significa que todos los actos administrativos pueden ser objeto de revisión por parte de los Tribunales de Justicia, lo que aparece de manifiesto en el Art.2 LB que autoriza al administrado para ejercer todo tipo de acciones. Estas acciones, como se sabe, pueden ser tanto de origen constitucional como legal. Ejemplo: Art.12, Art.19 n°24, Art.20 y 21.

NOTA: Debe tenerse presente que existe una discusión sobre la revisión de 2 tipos de actos:

–Sobre los llamados *Actos de Gobierno*, que son aquellos que se refieren a la Soberanía del Estado. Ejemplo: Romper Relaciones Diplomáticas.

–Los *Actos Trámites*, que son aquellos que dicta la Administración para llegar a un *Acto Terminal*. Ejemplo: en un nombramiento existe el trámite de toma de razón y se puede atacar si se considera ilícita la toma de razón.

- Ppio. de la Responsabilidad: significa que la Administración es responsable por los daños que causen sus integrantes en el ejercicio de sus funciones.

En la Constitución se consagra en los Art.6 y 7 incisos finales, y en el Art.38 in2° que otorga el D° a Accionar ante el Tribunal para la reparación del daño. En la Ley de Bases este ppio. está en el Art.3 y se desarrolla en el Art.4, se discute si esta ultima norma sólo consagra un ppio., o bien, atribuye responsabilidad directa a la Administración. A su vez, el Art.42 (ex Art.44) establece la responsabilidad por falta de servicio, la que se aplica preferentemente a las entidades que la ley menciona en su Art.21 (Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y Servicios Públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa) (ex Art.18).

Hay que tener en cuenta que a la Administración se le aplican las disposiciones del Título XXXV del CC relativo a la Responsabilidad Extracontractual. Esto se discute, salvo en el caso de las empresas estatales.

- Ppio. del Debido Procedimiento Administrativo: los órganos administrativos deben actuar en la forma que prescribe la ley (Art.7 in1°) motivo por el cual deben sujetarse a un procedimiento previo que se haya establecido mediante una ley (Art.60 n°18), este procedimiento debe establecer las garantías para que sea justo y racional (Art.19 n°3 in4°: Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se hale establecido con anterioridad por ésta). Ejemplo: el D° a ser oído, el de rendir prueba, el de hacer uso de acciones y recursos, el de ser juzgado por un órgano imparcial e independiente, que la decisión se tome en un plazo prudente y ser tratado con justicia e igualdad de condiciones.
- Ppio. de Interdicción de la Arbitrariedad: esto significa que la actuación de la Administración no sólo debe ajustarse formalmente a la ley, sino que también debe ser razonable. Los conceptos de arbitrariedad e ilegalidad NO son sinónimos, ya que la arbitrariedad significa algo contrario a la razón o que se hace por mero capricho.

En la Constitución se consagra en el Art.19 n°2 in2° pues las autoridades no pueden establecer diferencias arbitrarias (*Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*). El Art.19 n°22 consagra la No-discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado en materia económica.

- Ppio. de Participación Popular: es una consagración del régimen democrático que se establece en el Art.4

(Chile es una república democrática). Se manifiesta en el Art.19 n°14 (D° de Petición), en el Art.102 (Consejo Regional) y en el Art.108 (Concejo Municipal).

- Ppio. de Irretroactividad: acá se aplican normas similares a las del D° Penal y a las del D° Civil. Por ejemplo: el D° Administrativo sancionador no puede sancionar un hecho, sino cuando exista una ley que haya sido promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una ley nueva favorezca al afectado.

Respecto de los actos administrativos se aplica la regla del Art.9 CC, esto es, que rigen sólo para el futuro; no obstante, en determinados casos el acto puede ser retroactivo, siempre y cuando no afecte el D° de Propiedad.

- Ppio. de la Reserva Reglamentaria: esto se relaciona con el Dominio Legal Máximo, y significa que la Potestad Reglamentaria del Presidente puede abarcar todas aquellas materias que no están expresamente señaladas en el Art.60.
- Ppio. de Control Preventivo de los actos: de acuerdo a los Art.87 y 88, los actos administrativos, por regla general, deben someterse a toma de razón ante la Contraloría General de la República.
- Ppio. de Control de Constitucionalidad de los actos: en forma excepcional los actos administrativos pueden ser sometidos a Control del Tribunal Constitucional en los casos del Art.82 n°5, 6 y 12.
- Ppio. de Nulidad de D° Público: se consagra en el Art.7 a través de la violación del Ppio. de Legalidad. En este caso, los actos serían nulos y la nulidad presentaría características especiales, distintas a las del D° Civil, por ejemplo: que operaría de pleno derecho, que sería imprescriptible e inalienable. La *Jurisprudencia* es contradictoria en este caso, según los Tribunales de Justicia: esta nulidad no afectaría los actos jurisdiccionales.
- Ppio. de Regionalización Administrativa: se establece en el Art.3 donde se indica que si bien Chile es un Estado Unitario, su territorio se divide en regiones y su Administración será funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada en su caso, en conformidad a la ley.
- Ppio. de la Carrera Funcionaria: se consagra en el Art.38 donde la ley debe garantizar esta carrera, los ppios. de carácter técnico y profesional en que deben fundarse, y asegurar tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y perfeccionamiento de sus integrantes. Además, está en el Art.19 n°17 que consagra como D° la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que establecen la Constitución y las leyes.

Estructura Orgánica de la Administración

La Constitución en el Art.38 in1° señala que la Administración del Estado será regulada mediante una L.O.C. que determinará su organización básica, garantizará la carrera funcionaria y los ppios. de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará la igualdad de oportunidades tanto de ingreso a ella como a la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

Esta Ley es la LEY 18.575 que se encuentra actualmente en el D.F.L. 1/19.653 del año 2000 del Ministerio de Secretaría General de la Presidencia.

En Doctrina, se *clasifican los órganos del Estado*, de la siguiente forma:

I.- Según su origen: A) Constitucionales

B) Legales

II.- Según su composición: A) Unipersonales

B) Pluripersonales

C) Simples

D) Complejos

III.– Según su función: A) Activos

B) Consultivos

C) Control o Fiscalización

I.–ORIGEN

A) Constitucionales: Existen órganos que tienen su origen en la Constitución y que, por tanto, sólo pueden ser suprimidos por una reforma a la Carta Fundamental. En este caso encontramos: *Contraloría General, Banco Central, Consejo Nacional de Televisión y FFAA de orden y seguridad públicas*. También se pueden incluir a los órganos de Administración Regional, Provincial y Comunal. (la Contraloría y las Municipalidades tiene origen constitucional; sin embargo, las Municipalidades se crean por ley, no por la Constitución, en cambio la Contraloría sí)

B) Legales: La regla general es que los órganos tengan un origen legal de acuerdo al Art.62 in 4° n°2 en relación con el Art.60 n°14 (leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República)

NOTA: No son órganos públicos aquellos que se crean mediante Decreto del Presidente de la República, como son por ejemplo, las Comisiones Asesoras.

II.–COMPOSICIÓN

A) Los órganos Unipersonales son aquellos integrados por una sola persona. Ejemplo: Presidente de la República, Gobernadores.

B) Los órgano Pluripersonales son aquellos integrados por varias personas, se les llama también órganos Colegiados. El funcionamiento de los órganos Pluripersonales o Colegiados es el siguiente:

a–Debe existir una *convocatoria*, es decir, se debe citar a los integrantes del mismo. La citación debe realizarse según lo disponga la ley o el acuerdo del propio órgano.

b–Reunido el órgano, se produce la *deliberación* (la cual exige que se reúna determinado quórum).

c–Por último, se produce la *decisión o resolución* del asunto sometido al órgano, para lo cual también se exigen los llamados *quórum de decisión o resolución*.

C) El órgano Simple está compuesto por un solo órgano. Ejemplo: SII, SAG, ADUANA.

D) Los órganos Complejos están integrados por dos o más órganos. Ejemplo: el Gobierno Regional se compone del Intendente más el Consejo Regional; las Municipalidades se componen del Alcalde más el Concejo Municipal.

NOTA: el Consejo de Defensa del Estado es un órgano simple (un consejo) y pluripersonal (12 miembros – consejeros, elige el Presidente y remueve el Senado)

NOTA 2: la clasificación C y D es doctrinal.

III.– FUNCIÓN

A) Los órganos Activos son los que emiten y ejecutan los Actos Administrativos, es decir, toman la norma y la aplican al administrado ante una situación jurídica concreta. La regla general es que los órganos públicos sean activos.

B) Los órganos Consultivos son aquellos que asesoran a los órganos activos, pero que carecen de facultades decisorias. Ejemplo: los CESCOS (Ley de Municipalidad Art.94), los CEPROS (Art.105 in.3° Const.).

C) Los órganos de Control o de Fiscalización son aquellos que realizan una actuación de vigilancia sobre la actuación de los órganos activos. Esta vigilancia puede ser anterior o posterior a la ejecución de los actos. Ejemplo: Contraloría y Superintendencias.

Estructura de la Administración del Estado según la Ley de Bases (18.575)

En primer término debe tenerse presente que los conceptos de *Administración Pública* y *Administración del Estado* se consideran sinónimos desde que se dictó el fallo del Tribunal Constitucional recaído en el proyecto de ley que dio origen a la Ley 18.575 (año 1986). Con anterioridad, dichos términos eran diferentes por cuanto se consideraba a la Administración Pública como parte de la Administración del Estado, concepto este último que abarcaba otras entidades como la llamada Administración Invisible (ejemplo: Empresas estatales).

También se debe tener presente que tanto la Constitución (Art.24) como la Ley de Bases (Art.1 in1°) señalan que es el Presidente de la República quien ejerce el Gobierno y la Administración del Estado, por lo que siempre se considera como jerarca máximo.

En tercer lugar, la Ley de Bases se estructura en 3 títulos:

* *Título I: Normas Generales*, se aplican a todos los órganos de la Administración.

* *Título II: Normas Especiales*, sólo se aplica a los órganos taxativamente enumerados en el Art.21 in1° LB.

◆ *Título III: Relativo a la Probidad Administrativa*, se aplica a todos los órganos de la Administración.

Administración del Estado en sentido amplio

- ◆ Ministerios
- ◆ Intendencias
- ◆ Gobernaciones
- ◆ Servicios Públicos creados para el cumplimiento de la Función Administrativa
- ◆ Contraloría General de la República
- ◆ Banco Central
- ◆ Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Públicas
- ◆ Municipalidades
- ◆ Gobiernos Regionales
- ◆ Empresas Públicas creadas por ley.

Administración del Estado en sentido restringido

- ◆ Ministerios
- ◆ Intendencias Se les aplica el Título II
- ◆ Gobernaciones (sólo a ellos)
- ◆ Servicios Públicos

No la integran: Contraloría, FFAA de Orden y Seguridad Pública, Banco Central, Gobiernos Regionales, Municipalidades, Consejo Nacional de Televisión, Empresas Públicas creadas por ley.

Principios de la Ley de Bases

- Ppio. de Legalidad: Art.2 LB
- Ppio. de Servicialidad: Art.3 in1° LB . Hay que concordarlo con el Art.1 Const. cuando haya conflicto entre las potestades de la Administración y los derechos de las personas, hay que elegir los derechos de las personas. Ejemplo: una muerte causada por un particular vale \$5.000.000 aprox. la indemnización, en cambio, si es causada por el Estado es de \$50 o 100 millones; lo cual demuestra de cierta forma el Ppio. de Servicialidad.
- Ppio. de Responsabilidad: (IMP) Art.4 LB se contempla como principio, y para la Administración en sentido restringido se encuentra también en el Art.42 LB para la falta de servicio.

Doctrina: Art.4; señala que sólo se castigaría el actuar ilícito de la Administración, es decir, el Art.4 es sólo en el ejercicio de sus funciones. Se otorga al Estado el D° a repetir contra el funcionario que causa el daño.

Soto Kloss dice que no es un ppio., sino una mera atribución de responsabilidad directa.

Art.42: Responsabilidad por falta de servicio: cuando el Estado no actúa, actúa tardíamente o actúa imperfectamente. Sólo se le aplica a la Administración del Art.21 in1°. Así, por ejemplo, a las Municipalidades, Contraloría, etc. NO se les aplica la falta de servicio. Sin embargo, hay una ley especial en la L.O.C. Municipalidades (Art.141) que sí admite la falta de servicio, pero es una regla especial.

- Ppio. de Eficacia y Eficiencia: *Eficiencia* significa que la Administración tiene que utilizar los escasos recursos disponibles con el objeto de satisfacer el mayor número de necesidades públicas. La *Eficacia* persigue el logro de los objetivos trazados.

Tanto la eficiencia como la eficacia están sujetas a control interno, de acuerdo a lo que señala el Art.11 in2° LB.

Por último, de acuerdo al Art.62 n°8 LB se infringe el Ppio. de Probidad Administrativa cuando se contravienen los deberes de eficiencia y eficacia (y legalidad).

- Ppio. de Coordinación: Art.5 in2° LB *Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente* y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.
- Ppio. de Impulsión de Oficio del Procedimiento: nosotros lo llamamos Ppio. Inquisitivo. Art.8 LB *Los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones* o a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del D° de petición o reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites. Las formalidades tiene que ser establecidas por ley o por reglamento, las autoridades no pueden poner exigencias administrativas. Ejemplo: que acompañe otros documentos no señalados por la ley o reglamento (Art.8 in2° LB *Los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos*).
- Ppio. de Impugnabilidad de los actos: Art.10 LB *los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley...* También el Art.2 LB porque nos da D° a actuar.

El Art.10 establece que todos los actos son impugnables . Establece 2 recursos: el de **reposición** que procede *siempre* y el **jerárquico** que sólo procede cuando lo señala la ley. No hay doble instancia ya que sólo habría segunda instancia o recurso jerárquico cuando lo establezca la ley.

- **Ppio. del Control:** Art.11 LB ¿quién ejerce el control? (jerárquico y permanente) : las autoridades y jefaturas...; ¿sobre qué se ejerce el control?: sobre el funcionamiento de los organismos y la actuación del personal...; ¿qué controles comprende?: eficiencia, eficacia, legalidad y oportunidad...
- **Ppio. de Transparencia y Publicidad Administrativa:** Art.13 y 14 LB

Art.13 in2° *La función pública se ejercerá con transparencia...*

También se relaciona con este artículo el Art.9 LB sobre la forma de celebrar los contratos administrativos: propuesta pública. La sanción a este artículo es falta al ppio. de probidad según el Art.62 n°7 LB

- **Ppio. de Subsidiariedad:** Art.3 in2° (parte final), y principalmente el Art.6 LB.

* Estos son los ppios. de la Ley de Bases, pero además existen 4 ppios. más, que sin estar enumerados, también se encuentran en la ley:

- **Ppio. de Continuidad:** significa que los órganos de la Administración deben actuar de manera continua y permanente para satisfacer las necesidades públicas. Esto se desprende del Art.3 in1° LB en relación con el Art.28 LB y con el Art.42 (Art.28 definición de Servicio Público / Art.48: responsabilidad por falta de servicio, si hay falta de servicio se atenta contra el ppio. de Continuidad). También hay que concordarlo con el Art.19 n°16 in6° Const. (huelga: no pueden porque o sino, atentarían contra este ppio.)
- **Ppio. de Probidad:** se regula profundamente en el Título III de la Ley, y su definición se encuentra en el Art.52 in2° LB (*El ppio. de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular*)

La Responsabilidad y las sanciones se encuentran en los Art.61 a 68.

- **Ppio. Estatutario:** Art.7 (*Los funcionarios de la Administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado. Deberán cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico*) y en los Art.15 a 20 de la ley (*el personal se rige por las normas estatutarias establecidas por ley, que regulan el ingreso, deberes, derechos, responsabilidad y cesación de funciones. Para ingresar a la Administración hay que cumplir con los requisitos determinados en el estatuto y en la LB, junto con los que requiera el cargo en especial; si se cumple con esto, se puede postular en igualdad de condiciones a los empleos de la Administración, previo concurso. Las normas estatutarias del personal de la Administración deberán proteger la dignidad de la función pública y guardar conformidad con su carácter técnico profesional y jerarquizado. El personal estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que tenga lugar; en el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento. El personal tiene prohibido realizar cualquier actividad política dentro de la Administración. La Administración capacitará y perfeccionará a su personal, en lo relacionado con su función pública*)

Uno sólo acepta o no acepta las condiciones. Las normas sobre el régimen del personal son fijas, no pueden discutirse, todo está regulado. No rige el ppio. de la libre autonomía del D° Laboral, en que todo se puede negociar, excepto los mínimos legales.

- **Ppio. de Apoliticidad:** significa que el personal de la Administración no puede realizar actividades políticas dentro de ella Art.19 LB: *El personal de la Administración del Estado estará impedido de realizar cualquier actividad política dentro de la Administración*). Lo cual no significa que esté prohibido pertenecer a los partidos políticos. Sin embargo, hay personas de la Administración que NO pueden pertenecer a ningún partido político: las F.F.A.A. (Art.18 in1° Ley de Partidos políticos).

ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Normas especiales de la Administración del Estado

1.- De acuerdo al Art.24 y Art.1° LB el *Presidente d la República* tiene el Gobierno y la Administración del Estado, por tanto, es su jerarca máximo.

Art.1 in1°LB: El Presidente de la República ejerce el gobierno y la Administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.

Art.24 in1° Const.: El gobierno y la Administración del Estado corresponden al Presidente de la república, quien es el Jefe de Estado.

2.- La *Contraloría General*, si bien integra la Administración del Estado, es un órgano autónomo de todo otro poder, incluso del Presidente de la República; aplicándosele los Títulos I y II de la Ley de Bases. En lo demás se rige por su L.O.C. 10.336 y por los Art. 87 a 88 Const.

3.- El *Banco Central* según la Contraloría integra la Administración del Estado por estar enumerado en el Art.1 in2° LB, sin embargo, por disposición expresa de su L.O.C. 18.840 (Art.90) no se le aplica la Ley de Bases (18.575).

4.- La Constitución en los Arts.33 a 37 a los *Ministros* (colaboradores directos e inmediatos del Presidente en el gobierno y administración del Estado, la ley regula el número, organización y orden de precedencia de los ministros. Ser chileno, 21 años y requisitos generales para ingresar a la Administración del Estado, la vacancia la regula la ley. Deben firmar los decretos y reglamentos del Presidente, sino, no serán obedecidos; pueden expedir decretos y resoluciones con su sola firma y por orden del Presidente de la República. Son responsables individual y solidariamente. Pueden asistir a las sesiones de la cámara de diputados o del senado con preferente derecho a voz, pero sin derecho a voto), y se refieren a los *Ministerios* los Arts.22 a 27 LB . Además de rige por la Ley de Ministerios del año 1927 y por la respectiva Ley que rige a cada ministerio.

5.- Cada ministerio tiene una o más *Subsecretarías* cuyos jefes son los Subsecretarios. Éstos tienen como función principal ser ministros de fe y actuar como jefes de la Administración Interna del Ministerio. Art.24 LB: *En cada ministerio habrá una o más Subsecretarías cuyos jefes superiores serán los Subsecretarios, quienes tendrán el carácter de colaboradores inmediatos de los Ministros. Les corresponderá coordinar la acción de los órganos y servicios públicos del sector, actuar como ministros de fe, ejercer la administración interna del Ministerio y cumplir las demás funciones que les señale la ley*(Los subsecretarios son ministros de fe y los jefes del ministerio, por lo tanto, en definitiva son los que mandan, en la práctica ellos son los que se relacionan con los funcionarios)

6.- Los *Servicios Públicos* se regulan en los Arts.28 a 42 LB, su concepto se encuentra en el Art.28, su clasificación en los Arts. 29 y 30, su estructura interna en el Art.33, y la competencia exclusiva en el Art.34. Art.28: *Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia (órg. centralizado) o supervigilancia (descentralizado) del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar sin perjuicio de los artículos 22 inciso3° y 30.*

7.- Los Ministerios, con las excepciones que contemple la ley, se desconcentrarán territorialmente mediante *Secretarías Regionales Ministeriales*, las que estarán a cargo de un Secretario Regional Ministerial (Art.26 LB).

Servicios Públicos

I.- CENTRALIZADOS Sin personalidad jurídica Actúan con la Personalidad y

Sin Patrimonio Patrimonio del Fisco.

Representación

Extrajudicial! Presidente de la República: puede delegar representación en forma genérica o específica (Art.35 LB)

Judicial! Presidente del Consejo de Defensa del E° o Abogado Procurador Fiscal (DFL N°1/1993 Hacienda, LOC del Consejo Defensa del E°). Excepciones: Art.186 Código Tributario y Art.302 Código de Aguas)

II.- DESCENTRALIZADOS Con Personalidad Jurídica y Patrimonio propio.

Representación Judicial y Extrajudicial! jefe superior del servicio (Ej.: Art.63 a LOC Municipalidades y Art.24 h Ley de Gobiernos Regionales).

Empresas Estatales

Las normas legales que rigen a las empresas estatales son el Art.19 n°21 Const. y el Art.6 LB. Art.19 n°21 in2°: *El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.* Estas empresas se clasifican de 2 formas:

a) Empresas con personalidad jurídica de derecho público!

–Se crean por ley (Art.62 n°2 r/c Art.60)

–Se les aplica el Título I de la Ley de Bases

–Su estructura es fijada por normas de derecho público

–En relación a su personal, se rigen por las normas de derecho privado (salvo excepciones en LQC)

b) Empresas con personalidad jurídica de derecho privado!

–Para existir necesitan una LQC (Art.19 n°21)

–Se autoriza al E° para desarrollar o participar en actividades empresariales. Desarrollar: se produce cuando el E° directamente realiza una función empresarial. Participar: significa que el E° se asocia con particulares para realizar una función empresarial.

–Estas empresas se constituyen como sociedades de D° privado. Ejemplo: si es una sociedad anónima se constituye por escritura pública, cuyo extracto debe publicarse e inscribirse dentro del plazo de 5 días, que se cuentan desde la fecha de la escritura pública, la cual tiene fecha desde que firma el 1°.

–En cuanto a su funcionamiento y régimen de personal se aplican íntegramente las normas del D° privado.

Aspectos Fundamentales de estas empresas

* En cuanto a su control están sometidas a la fiscalización de la Contraloría General. Debiendo distinguirse:

- si es persona de D° Público, existe plena fiscalización (excepto que la ley señale algo distinto. Ejemplo: TVN que se fiscaliza como sociedad anónima abierta)
- si es de D° Privado, la Contraloría ejerce las facultades del Art.16 in2° de su LOC Esto es, fiscaliza la regularidad de las operaciones.

* Las empresas del Estado se rigen por el Ppio. de Subsidiariedad, por lo cual los particulares están dotados de un recurso especial denominado **amparo económico** creado por la Ley 18.571, cuando se estima que existe infracción al Art.19 n°21 Const. (D° a desarrollar cualquier actividad económica) El plazo para interponer el recurso de amparo económico es de 6 meses, sin perjuicio que puede complementarse con el recurso de protección, cuyo plazo de 15 días.

* Cuando una empresa del E° desarrolla una actividad económica y luego opta por participar en ella, este proceso se denomina **privatización**. Ejemplo: la Ley 18.892 que autoriza al estado a desarrollar una actividad mediante empresas sanitarias (empresas que lentamente se han ido privatizando).

* En forma excepcional, la Constitución señala un actividad que sólo la desarrollará el E°. Art.19 n°24 actividad relativa a la exploración, explotación o beneficio de sustancias no concesibles. Ejemplo: hidrocarburos. Aquí los particulares no pueden desarrollar directamente esta actividad y sólo se desarrolla por el E° propiamente o por las empresas estatales.

* Existe discusión respecto si los trabajadores de estas empresas son funcionarios públicos. No obstante que para efectos penales, dada la amplitud del artículo del código penal, tendrán este carácter. Ejemplo: Caso Juan Pablo Dávila que fue condenado como autor del delito de fraude al Fisco.-

Actividad jurídica de la Administración.

Esto supone el estudio de la Teoría del Acto Administrativo, que en Chile no se distingue del reglamento. Para ello debemos distinguir:

Concepto! Acto Administrativo: es una declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo derivado de un órgano administrativo en el ejercicio de sus potestades públicas y destinadas a desarrollar una función administrativa.

De la definición se desprende lo siguiente:

- Es un acto jurídico: es una manifestación de voluntad, realizada con la intención de producir efectos jurídicos.
- Es un acto intelectual: esto se opone a los llamados actos materiales de la Administración. Ejemplo: reparar una calle, conducir un vehículo, etc.
- Es un acto unilateral: concurre sólo una voluntad, la cual es de un órgano administrativo. Se contrapone al contrato administrativo donde hay 2 voluntades, una de la Administración y otra de un particular.
- El acto puede contener no sólo una declaración de voluntad, sino que también un juicio, conocimiento o un deseo. El acto contiene un **juicio** cuando la administración hace uso de su potestad jurisdiccional o sancionatoria. Ejemplo: se aplica una multa o medida disciplinaria. El acto contiene un **conocimiento** cuando da cuenta de un hecho. Ejemplo: actos certificatorios, como los certificados de nacimiento o de matrimonio. El acto contiene un **deseo** cuando la administración a través del acto requiere una determinada conducta, ya sea a los funcionarios o a los propios administrados. Ejemplo: las instrucciones del Presidente de la República a los funcionarios públicos. Respecto de los administrados existen circulares.

- Emanan de los órganos de la Administración del E° enumerados en el Art.1 LB.
- Son consecuencia del ejercicio de potestades públicas
- Los actos tienen un fin último que es el Bien Común (Art.1 Const.) el que se cumple mediante el desarrollo de la actividad administrativa.

Clasificación de los Actos Administrativos.

I.– a) Actos Reglados: derivan de Potestades Regladas, motivo por el cual sus límites están determinados por la ley y sin posibilidad de que la autoridad adopte una decisión distinta a la señalada por la ley. Ejemplo: un acto que declara vacante un cargo por no presentación de la renuncia en caso de cargos de exclusiva confianza.

b) Actos Discrecionales: aquellos que derivan de Potestades Discrecionales y en virtud del cual la autoridad puede adoptar cualquiera de las alternativas que le establece la ley. Ejemplo: un acto que adjudica una propuesta o que designa un funcionario dentro de una terna.

NOTA: Por regla general los actos reglados no pueden ser revocados por la autoridad.

II.– a) Actos Normativos: son aquellos que se incorporan al ordenamiento jurídico y que producen efectos generales. Ejemplo: un reglamento.

b) Actos No Normativos: son aquellos que no integran el ordenamiento jurídico y que se agotan con su dictación. Ejemplo: un decreto que autoriza la circulación de un vehículo en días inhábiles o festivos.

III.– a) Actos de Gravamen: son aquellos que reducen la esfera de actuación de los administrados. Ejemplo: un acto expropiatorio.

b) Actos de Beneficio: son aquellos que amplían el ámbito de actuación de los administrados. Ejemplo: un decreto que otorga un permiso.

IV.– a) Actos Simples: aquellos que emanan de un solo órgano de la administración.

b) Actos Complejos: aquellos en que para su formación concurren 2 o más órganos administrativos.

V.– a) Actos Expresos: aquellos en que la voluntad del órgano se manifiesta en términos formales. Ejemplo: un decreto (que es una orden escrita).

b) Actos Tácitos: aquellos en que la voluntad administrativa se desprende inequívocamente de ciertos comportamientos. Ejemplo: si de una terna se designa a una persona, tácitamente la Administración manifiesta que las otras han quedado eliminadas.

c) Actos Presuntos: aquellos en que la voluntad de la Administración es presumida *por ley*. Estos actos se vinculan con la Teoría del Silencio de la Administración, ya sea con el silencio positivo o con el silencio negativo. Ejemplo de silencio positivo: el Art.15 de la Ley 19.300 sobre Medio Ambiente, en este caso si la comisión nacional o regional del medio ambiente no se pronuncia dentro del plazo de 120 días sobre un estudio de impacto ambiental, la ley señala que se tiene por presentado y otorgado favorablemente. Ejemplo de silencio negativo: el reclamo por ilegalidad municipal, si el Alcalde no se pronuncia dentro del plazo de 15 días se entiende que el reclamo ha sido rechazado.

Ejemplos:

1.- Un permiso para instalar un buque(carro) manicero es: discrecional (si quiere da el permiso, aunque reúna todos los requisitos para tener tal carro), No Normativo, de Beneficio, Simple (porque lo da el Alcalde solo) y Expreso.

2.- Nombramiento del Consejo del banco central es: Complejo (concurren varias voluntades: 2 órganos).

3.- Expropiación, es: Discrecional y de Gravamen. Sin embargo, es de Beneficio en dos casos: cuando la indemnización es mayor que el precio de la propiedad o cuando la expropiación aumenta el valor de mi terreno (plusvalía, como cuando me expropian un pedazo y por ahí traen agua). ¿Es Simple o Complejo?: hay que ver quien expropia. En Chile son sólo 2 los Ministerios de Ejecución, el MOP y el Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Sólo ellos 2 expropian. En este caso es Simple porque firma el Ministro, por orden del Presidente, pero es una sola persona-órgano. Sin embargo, es Complejo en las expropiaciones de la Municipalidades porque se necesita la voluntad del Alcalde y la del Concejo (2 órganos)

4.- Concesión para instalar un buque manicero: es Complejo (porque necesita la voluntad del Alcalde y la del Concejo, a diferencia de los permisos, en los cuales basta la del Alcalde). Sin embargo, las concesiones marítimas son Simples porque emanan del Ministerio de Defensa cuando es en el mar patrimonial (BNUP), pero si está en mar territorial es Complejo porque emana de la municipalidad, etc.

Procedimiento Administrativo

I.- Bases Constitucionales

II.- Objetivos

III.- Fases Iniciación o iniciativa

Instrucción

Decisión

Control

Conocimiento o comunicación

Impugnación

IV.- Principios Oficialidad

Indubio Pro Actione

Economía Procedimental

Contradictoriedad

Imparcialidad

Procedimiento Administrativo: son los trámites o el camino que debe seguirse para la dictación de un acto administrativo.

Esto surgió a principios del siglo pasado cuando se comparó el acto administrativo con la sentencia, se dijo que para que los Tribunales llegaran a una decisión era imprescindible que se siguiera el procedimiento

establecido por la ley (los jueces árbitros no se ajustan al procedimiento, pero no todos; los árbitros arbitradores claramente no siguen el procedimiento; y los mixtos tampoco, pero sí fallan conforma a derecho).

I) Las **Bases Constitucionales** son 2. El Art.7 in1º en cuanto señala que la actuación de los órganos debe realizarse en la forma que señala la ley, y esa forma es el procedimiento. La otra norma es el Art.60 nº18 que establece como materia de ley las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración Pública. Esta ley todavía no se dicta y permanece durmiendo en el Congreso.

Debe hacerse presente que el procedimiento administrativo en Chile se ha creado en base a algunas leyes tales como la Ley de Ministerios y la Ley de la Contraloría General de la República, pero principalmente se ha sostenido en base a la Jurisprudencia, tanto judicial como administrativa, y a lo que señala la Doctrina.

Todo lo anterior es válido salvo que exista en la Ley un procedimiento especial.

II) **Objetivos:** El 1er objetivo es lograr una mayor eficacia en la actuación de la Administración, por cuanto el procedimiento facilita la labor de los funcionarios desde el momento en que conocen como deben actuar. Para lograr lo anterior, la Administración crea un tipo de documentos que se llaman los *manuales de procedimientos*.

El 2do objetivo es otorgar una garantía a los administrados para que éstos tengan conocimiento tanto de la forma de los actos como de sus efectos. Asimismo, les permite conocer los mecanismos de defensa y las iniciativas a que tiene derecho. (La regla general es que los expedientes son públicos, excepción: son secretos los de adopción, nulidad, filiación y en general los de asuntos de menores y familia. Las audiencias si son públicas. En el sistema penal nuevo no hay publicidad porque no hay expedientes, hay 2 carpetas que se muestran sólo a los intervinientes)

NOTA: Las normas fundamentales que deben tenerse presente son:

- La Ley 7.912 que fija la forma de los decretos.
- La Ley 10.336 de la Contraloría, especialmente sus Arts.1, 10 y 154.
- La Ley 18.575, en especial sus Arts.5, 10, 12, 13 y 14.

III) **Fases:**

1º) Fase de la Iniciativa! esta fase comprende todas las actuaciones que pretenden poner en movimiento a la Administración para emitir un acto administrativo. Como se dijo, puede iniciarse de oficio o por petición, denuncia o recursos de los particulares.

2º) Fase de la Instrucción! ésta persigue determinar los hechos que van a servir de base o van a motivar el acto terminal, asimismo implica realizar una calificación jurídica de los mismos hechos. Etapa donde se recopilan los antecedentes y se califican.

3º) Fase de la Decisión! en ésta, la Administración adopta la decisión final acerca del asunto o problema que se le ha planteado con las formalidades que correspondan.

El proyecto de Ley contempla los requisitos que deberá contener el acto decisorio, cómo se declara el abandono del procedimiento iniciado a petición de parte y cómo se tramita el desistimiento de la petición de un interesado.

4º) Fase de Control! ésta se refiere a que determinados actos deben someterse a control previo de legalidad

ante la Contraloría General de la República, de acuerdo a lo establecido en el Art.88 Const. y Art.10 ley 10.336 (Contraloría).

5º) Fase de Publicidad o Comunicación! consiste en poner en conocimiento de la autoridad nacional o local, o de los interesados la decisión final adoptada por la Administración.

La regla general es que deben publicarse los actos que afecten a la generalidad de las personas; esta publicación puede ser en el Diario Oficial, en diarios nacionales o locales, incluso mediante la colocación de avisos. Deben notificarse los actos que producen efectos individuales.

NOTA: todo lo anterior, salvo que exista disposición expresa de la ley o del reglamento.

En el proyecto de ley se contemplan casos en que deben comunicarse las resoluciones destinadas a dar curso progresivo al expediente administrativo.

6º) Fase de Impugnación! la regla general es que los actos son impugnables (siempre el de reposición y cuando proceda el jerárquico), ya sea por vía administrativa o por vía jurisdiccional (Art.10 LB r/c Art.2: todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes).

La Doctrina sostiene que son inimpugnables los actos terminales y excepcionalmente los actos de instrucción.

* Finalmente, debe tenerse presente que la Constitución consagra diversas acciones destinadas a impugnar actos administrativos, siendo la más frecuente la establecida en el Art.20 (Recurso de protección).

En el proyecto de Ley se crea un nuevo recurso llamado recurso de revisión como asimismo se reglamenta tanto la revocación como la invalidación de los actos administrativos, dejándose la nulidad a la ley del contencioso administrativo (que tampoco se ha dictado) con la exigencia de que previamente se agote la vía administrativa.

IV) **Principios**

1º) Ppio. de la Oficialidad! en éste, la Administración puede y debe actuar de oficio a fin de lograr oportuna y eficientemente el cometido de bien público que se le ha encomendado.

Lo anterior es sin perjuicio de la facultad de los particulares de poner en movimiento la Administración, ya sea por solicitudes, denuncias o recursos. Esto se consagra en el Art.19 n°12 Const. (Dº de petición).

La oficialidad, por su parte, se detalla en el Art.8 in1º LB.

2º) Ppio. Indubio Pro-Actione! significa que la Administración debe actuar aún en caso de duda para conseguir en definitiva su meta que es la dictación de un acto administrativo. Se dice que el procedimiento no puede quedar abandonado sin que se llegue a un acto terminal.

3º) Ppio. de la Economía Procedimental! dice relación con la eficiencia de la Administración en cuanto ésta debe omitir los trámites inútiles o simplemente dilatorios, tratando de obtener un pronunciamiento en la forma más ágil.

Su base legal se encuentra en el Art.8 in2º LB. (procedimiento administrativo: ágiles y expeditos sin más formalidades que las que establezcan la ley y reglamentos) debiendo destacarse que las formalidades procedimentales sólo pueden ser establecidas por la ley o el reglamento. Ejemplo: mandato.

4º) Ppio. de la Contradictoriedad! éste garantiza a los particulares hacer valer ante la autoridad sus derechos

o intereses al momento en que se vaya a resolver un asunto que les afecte. Se dice que éste involucra al D° de audiencia, pruebas, defensas, acceso a un expediente, etc. (La Contraloría es como EEUU, en el sentido que todos tienen que cumplir con las reglas menos ellos. Las reglas o ppios. de la Contraloría se aplican a la Administración, pero no a ella)

5°) Ppio. de la Imparcialidad! supone asegurar la plena realización del Bien Común al margen de otro tipo de consideraciones que no sean objetivas, tales como favorecer a parientes, actuar en beneficio político-partidista o perseguir fines ajenos al interés público.

Para lograr lo anterior se establecen mecanismos tales como las Implicancias, las Recusaciones, el Vicio del Desvío de Poder, la Publicidad, la Motivación de los actos, etc.

La Ley 18.575 en los Arts.54 a 56 establece una serie de inhabilidades e incompatibilidades administrativas y su incumplimiento se sanciona como infracción a la probidad en el Art.62 n°6 (intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive).

6°) Ppio. de Gratuidad! en general no es reconocido por la doctrina, pero aparece en los proyectos del procedimiento administrativo que se tramita en el Congreso (no sale en ningún libro).

* *Ppio. Solve and Repeat*: se relaciona con el ppio. de gratuidad. Soto Kloss postulaba la inconstitucionalidad de este ppio. que significa que hay que pagar para recurrir (ejemplo: pagada una multa tengo derecho a recurrir), ya que afecta el D° a la defensa y al Ppio. de Gratuidad.

Elementos del Acto Administrativo

1.- Subjetivo

2.- Objetivo hecho

calificación jurídica del hecho

motivo

fin

objeto o contenido.

3.- Formal

I.- Elemento Subjetivo: dice relación con el órgano que va a emitir el acto. Para lo anterior se deben considerar las siguientes circunstancias (características):

A) El órgano debe integrar la Administración del E° (Art.1 in2° LB). De lo anterior aparece que las llamadas empresas de economía mixta (tienen participación del E° privado, Art.19 n°21) no dictan actos administrativos.

B) El órgano debe ser competente para dictar el acto administrativo (Art.7 in1° Const.) Por tanto, debe examinarse la concurrencia de los factores de competencia, esto es: materia, territorio, grado y tiempo.

Debe hacerse presente que acá pueden concurrir las figuras de:

- ◆ delegación de facultades (atribuciones)
- ◆ delegación de firma
- ◆ avocación

Para que exista delegación de facultades deben cumplirse los requisitos del Art.41LB, y éstos son:

- 1.- La delegación debe ser parcial y recaer en materias específicas.
- 2.- Los delegados deben ser funcionarios de la dependencia de los delegantes.
- 3.- El acto de delegación debe ser publicado o notificado según el caso.
- 4.- La Responsabilidad por las decisiones administrativas que se adopten o por las actuaciones que se ejecuten, recaerá en el *delegado*. Sin perjuicio de la responsabilidad del delegante por negligencia en el cumplimiento de su obligación de dirección y fiscalización. (por tanto, la responsabilidad SI se delega)
- 5.- La delegación es esencialmente revocable (revocar: dejar sin efecto un acto mediante la dictación de otro acto, en este caso la atribución vuelve al delegante). No obstante, para que el delegante pueda hacer uso de la competencia delegada previamente debe revocarla.

La delegación de firma tiene como características:

- 1.- Lo que se delega es la facultad de firmar determinadas materias específicas por orden del delegante.
- 2.- En cuanto a la responsabilidad, ésta se mantiene en el delegante, sin perjuicio de la responsabilidad por negligencia en el ejercicio de la facultad delegada que pudiera afectar al delegado. (la responsabilidad NO se delega, sólo se delega la firma)

* Ejemplo: si yo delego en NN *todas* las materia relativas al *personal*, no hay delegación porque no trata materias específicas (personal) y porque no es parcial (todas).

* ¿Cómo se sabe si es delegación de firma o de facultades?: en los vistos dice que hay delegación. Pero cuando dice por orden de es de firma y si no dice nada es de facultades.

* ¿Existen casos de delegación genérica, sabiendo que es un requisito que sea específica?: SI, hay una excepción contemplada en el Art.35 LB: el Presidente de la República podrá delegar en forma *genérica* o específica la representación del Fisco en los jefes superiores de los servicios centralizados para la ejecución de los actos y celebración de los contratos necesarios para el cumplimiento de los fines propios del respectivo servicio.

La avocación no se encuentra reglamentada, pero si es aceptada por la Doctrina. Consiste en que el superior sustrae el conocimiento de una materia que legalmente le correspondía al inferior.

C) El titular del órgano debe encontrarse investido legalmente, es decir, debe haberse perfeccionado la relación orgánica entre el E° y la persona en alguna de la formas que establece la ley.

La excepción a lo anterior es la figura del funcionario de hecho o de facto que se encuentra reconocido en el Art.63 LB. Dice este artículo que la designación de una persona inhábil es nula, pero se consideran válidos todos los actos realizados desde que fue designada y hasta que quede firme la resolución que declara la nulidad (esto demuestra que la nulidad de pleno derecho no existe).

El funcionario de hecho también está reconocido en la Ley 18.834 Estatuto Administrativo de los

II.- Elemento Objetivo!

A) Hecho: es el supuesto para que la Administración pueda o deba actuar en un momento determinado. Si el hecho es inexistente, el acto administrativo es nulo (Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, causa: La valdivia con Dirección Regional del SAG).

B) En segundo lugar, es necesario que el hecho se encuentre cubierto por la ley. Acá la Administración debe realizar una interpretación de la norma para ver si ésta se adecua al hecho que se invoca como desencadenante de la potestad. Esto se ha denominado por la Doctrina como la Calificación jurídica de los hechos, y ha tenido importancia porque la Contraloría General se ha negado sistemáticamente en el trámite de toma de razón a realizar esta calificación, pues sostiene que es una facultad exclusiva del administrador. Tal posición se ha criticado porque esto es un problema de interpretación de la ley, lo cual cabe dentro de las facultades del órgano Contralor.

Ejemplo: por lo tanto

necesidad pública Puede actuar en caso

de necesidad pública

OJO: con el Art.41 n°3 Const.: Los tribunales no pueden calificar por qué se declaran los estados de excepción constitucional (si alguien presenta un recurso).

C) Motivo: El por qué del acto administrativo. Acá se deben examinar los motivos de hecho y de derecho que van a fundamentar la decisión de la Administración. Los motivos de hecho son las circunstancias fácticas, y los motivos de derecho van a ser los fundamentos jurídicos del acto. Esta motivación se contiene generalmente en los vistos del acto administrativo.

D) Fin: Es el para qué del acto. También se le conoce como el elemento teleológico y puede ser clasificado de la siguiente manera:

– Fin próximo: es aquel que se tuvo en cuenta al momento de otorgarse la potestad correspondiente a la autoridad.

– Fin remoto: es el propio del ordenamiento jurídico y se encuentra consagrado en nuestro Art.1 in 4° Const. que es el Bien Común.

Desde la segunda mitad de los años 70 en Chile se empezó a discutir el Fin de los Actos Administrativos, principalmente por los llamados *resquicios legales* de la época de la Unidad Popular, y por las *expropiaciones* derivadas del proceso de reforma agraria. (Resquicios legales: el gobierno hizo resurgir una legislación del año 30 para tener una economía social; la derecha criticó que estas normas se dictaron para salvar una emergencia de esa época y no para socializar la economía, por lo tanto se estaría usando, en el Gobierno de Allende, con un fin distinto al que tuvo en su origen. Expropiaciones: se expropiaron las tierras, pero no se le entregaron a los campesinos, por lo tanto los dueños de los fundos reclamaron porque no se estaba cumpliendo el fin: retrocesión).

Lo anterior se vinculó con la Teoría europea de la Desviación de Poder en virtud de la cual la autoridad no cumplía con el fin del acto.

E) Objeto o Contenido: es la declaración misma de voluntad que puede contener un juicio, un conocimiento o

un deseo. Materialmente se encuentra en la parte resolutive del acto, por lo cual todos los demás elementos van a tener que estar relacionados con esta declaración.

La Doctrina sostiene que el objeto del acto administrativo debe tener las siguientes características:

- 1.- debe ser *lícito*
- 2.- debe ser *posible*
- 3.- debe ser *determinado o determinable*
- 4.- debe ser *real*

(r/c Art.1462 CC: objeto ilícito; confrontarlo con el Art.10 CC)

III.- Elemento Formal: este dice relación con la forma en que materialmente se va a contener el acto; pudiendo distinguirse, por ejemplo: los decretos, los reglamentos, las resoluciones, los dictámenes, etc.

Efectos del Acto Administrativo

- 1°) Presunción de legalidad o validez
- 2°) Imperatividad
- 3°) Estabilidad
- 4°) Insusceptibilidad
- 5°) Impugnabilidad.

1°) Presunción de Validez o Legalidad: este efecto proviene del D° francés, el cual como se sabe es Pro-Administración, a diferencia del nuestro que es Pro-Administrado. Sus orígenes se remontan al s.XIII donde los actos del Monarca gozaban de esta presunción.

En Chile tiene sus orígenes fundamentalmente en el Dictamen 1.589 del año 1957 de la Contraloría General donde se consagra que un DS legalmente tramitado tiene pleno valor y eficacia jurídica dentro de la Administración, y debe por tanto, ser cumplido y respetado por los funcionarios, sin que puedan excusarse de cumplirlo a pretexto de una supuesta ilegalidad ya que una vez tramitado y tomado razón por la Contraloría se establece una verdadera presunción de legalidad en su favor. Posteriormente, por Dictamen 82.374 del año 1966 se amplió a los particulares.

No obstante existir esta presunción, al tener el carácter de simplemente legal quedaba abierta la vía para solicitar su invalidación en sede administrativa o su anulación ante los Tribunales de Justicia. Esta presunción se critica por cuanto el Art.6 Const. dice que son obligatorios sólo los actos dictados en conformidad a la Constitución y a las leyes, por lo que perfectamente la Contraloría, al no ser infalible, podría tomar razón en forma equivocada y ese acto no gozaría de esta presunción.

También se indica que si el acto es contradictorio a derecho, a pesar de haber sido tomado razón, no existiría porque sería nulo de pleno derecho según el Art.7 infinal Const. (Posición de Soto Kloss).

Si consideramos que la presunción de validez es un efecto del acto, está sujeto a las siguientes limitaciones:

- Sólo se aplicaría la presunción a los decretos y resoluciones según lo establecen los Art.53 y 10 de la Ley 10.336.
- La presunción se aplica a los actos que según la resolución 520/96 deben someterse a este trámite.
- Tampoco gozan de la presunción los actos que hayan sido tomados razón en virtud de un decreto de insistencia o por resolución del Tribunal Constitucional.
- La presunción sería de legalidad, pero no de constitucionalidad.
- Más que una presunción de legalidad, se presume que el acto se ajusta a la ley vigente al momento de su dictación.

2º) Imperatividad: esto se relaciona con los poderes jurídicos con que cuenta la Administración para cumplir sus fines y se traduce en la posibilidad de alterar relaciones subjetivas de terceros sin que éstos presten su consentimiento pudiendo beneficiarlos o gravarlos.

En un *primer aspecto* la Imperatividad se relaciona con la **ejecutividad del acto** lo que significa asignarle fuerza obligatoria y que deben, por ende, cumplirse.

El *segundo aspecto* se refiere a cómo deben cumplirse. Aquí se rebela la llamada **acción de oficio o ejecución forzada del acto**, también llamada por algunos **ejecutoriedad del acto administrativo**. La Doctrina distingue en esta materia los actos que por su solo perfeccionamiento agotan los efectos que le atribuye el ordenamiento jurídico, como es el caso de los actos certificatorios y de registro; estos actos se denominan actos con Imperatividad propia.

La Imperatividad impropia se presenta cuando el cumplimiento del acto supone una ejecución material o aún jurídica, por un tercero al cual afecta y obliga el acto administrativo. Ejemplo: cuando se ordena pagar una multa.

En el Dº Comparado, la ejecución forzada del acto puede producirse a través de dos sistemas:

- a) La HETEROTUTELA JUDICIAL: que exige la intervención de los Tribunales de Justicia (Sistema Anglosajón)
- b) La AUTOTUTELA JUDICIAL: que habilita a la propia Administración para exigir el cumplimiento del acto (Sistema Francés o Continental)

La aceptación de este 2º sistema impone una serie de limitaciones:

- 1.- La ejecución forzada debe ajustarse a un procedimiento reglado
- 2.- La aplicación de medidas coercitivas exige texto legal expreso.

Algunos medios de Ejecución Forzada por parte de la Administración son los siguientes:

- a) El apremio o la ejecución sobre el patrimonio (cobro de cantidades líquidas a favor de la Administración).
- b) La ejecución subsidiaria, esto es, cuando se trata de actos que pueden ser cumplidos por terceros ajenos al obligado, es decir, actos no personalísimos.
- c) Multas coercitivas.
- d) Compulsión sobre las personas. Ejemplo: caso del servicio militar.
- e) El Uso de la Fuerza Pública.

Los fundamentos constitucionales de la Imperatividad son los Arts.5, 6, 27 y 38 entre otros.

3º) Estabilidad: el acto administrativo produce sus efectos desde su nacimiento hasta que se extingue por algún modo legal. Hay que tener presente que no siempre es el mismo momento en que se inicia la vigencia de los actos administrativos. Así, por ejemplo, los actos exentos de tomas de razón producen efectos desde que se dictan, en cambio, los actos sometidos a toma de razón exigen el cumplimiento de dicho trámite.

Hay que tener en cuenta que los actos administrativos contienen una serie de imperativos que deben cumplirse para surtir plenos efectos, los cuales se reconocen al final de cada acto administrativo:

A) Anótese: acá se le da un número y se fecha el acto administrativo en el Ministerio o Servicio de origen, dejándose constancia de él (generalmente lo hace la oficina de parte)

B) Comuníquese: esto no es una forma de publicidad, sino que consiste en enviar copia del acto a la Tesorería General cuando importa un gasto para el erario nacional.

NOTA: El DL 1.263 (Ley de Administración Financiera del Eº) exige que todo acto que importe un gasto debe señalar la imputación presupuestaria correspondiente. (clasificador presupuestario: subtítulo, Ítem y Asignación)

C) Refréndese: este trámite se realiza ante la Contraloría y se refiere a actos que implican gastos a un ítem variable del presupuesto de la nación. Estos ítem variables son sumas globales no especificadas que se giran de acuerdo a las necesidades del servicio.

En este caso la Contraloría determina si la imputación al ítem es correcta y si el ítem tiene fondos para ser girados.

D) Tómese Razón: esto se ordena cuando el acto administrativo debe ser sometido a este trámite ante la Contraloría General.

E) Regístrese: ciertos actos administrativos deben ser incorporado a determinados registros que lleva la Administración. Ejemplos: 1.-todos los actos relativos a personal deben registrarse en la Contraloría General (Art.38 Ley 10.336); 2.-se registran en el Ministerio de Bienes Nacionales todas las transferencias de dominio de los bienes fiscales (DL 1.939); 3.-el Ministerio de Justicia lleva un registro de personas jurídicas (corporaciones y fundaciones: Art.37 Reglamento sobre concesiones de personalidad jurídica a las corporaciones y fundaciones).

F) Notifíquese o Publíquese: es una medida de publicidad que se divide en:

–Publicación: cuando el acto produce efectos generales.

–Notificación: cuando el acto produce efectos particulares.

NOTA: Orden de no-innovar: uno pide que se suspendan los actos que uno considera ilegal o arbitrario (se le pide a la Corte que suspenda mientras dure el recurso)

4º) Insusponsibilidad: significa que los efectos del acto administrativo NO se suspenden por la interposición de acciones o recursos en su contra.

En forma excepcional se produce la suspensión en los siguientes casos:

a) En el Reclamo por privación o desconocimiento de la nacionalidad (Art.12 Const.)

b En el Recurso de Protección (Art.20 Const.) cuando se acoge una orden de no innovar.

c) DL 1.094 que establece normas sobre extranjeros en Chile, que permite la suspensión de las medidas de expulsión, ya sea administrativa (Art.84) o judicialmente (Art.89)

d) Normas del código Sanitario.

e) La orden de no innovar que se concede en los Reclamos de Ilegalidad Municipal y de Gobierno Regional.

5º) Impugnabilidad: como principio general, los actos administrativos son impugnables, ya sea por vía administrativa, vía judicial o vía contencioso-administrativa.

Se sostiene por la Doctrina que son impugnables los actos terminales y, excepcionalmente, los actos trámites.

NOTA: los actos trámites son aquellos que se dictan en el procedimiento administrativo para llegar a un acto terminal, por ende, son inimpugnables ya que no resuelven nada (pero excepcionalmente se pueden impugnar). Los actos terminales son impugnables.

En la LB se consagra la Impugnabilidad de los actos en los Art.8 y 10. Este último consagra el Recurso de Reposición y el Recurso Jerárquico. Tales recursos no son incompatibles con las acciones jurisdiccionales que procedan tales como las consagradas en los Art.12, 19º24, 20 y 21 de la Constitución, entre otras.

6º) Irretroactividad: (como sexto efecto, pero no propiamente tal) Esta se basa en la irretroactividad de la ley que se consagra en el Art.9 CC. En virtud de esto, el acto administrativo sólo rige hacia el futuro.

Se señala que son límites a la irretroactividad del acto:

a) El Art.19 nº3 r/c que las sanciones administrativas deben existir al momento de la ejecución del hecho, salvo que sean más favorables.

b) El Art.19 nº24 en cuanto a la Protección de los Derechos Adquiridos por parte de los funcionarios o administrados. Esto tiene gran importancia especialmente cuando la autoridad ejerce su facultad Invalidatoria o los Tribunales acogen acciones anulatorias.

Causales de Extinción del Acto Administrativo

I.- Causales Naturales

- Cumplimiento del objeto
- Término del plazo
- Cumplimiento de una condición
- Muerte del funcionario
- El Retiro
- El Decaimiento

II.- Causales Provocadas

- La Revocación
- La Invalidación
- La Nulidad
- La Caducidad

I.- CAUSALES NATURALES:

A) Cumplimiento del Objeto: el acto se extingue de esta forma cuando se cumple el objeto por el cual se dictó. En este caso la Doctrina habla del *agotamiento del acto*, motivo por el cual no podría ser revivido como tampoco extinguirse de otro modo. Ejemplo: un decreto que ordena pagar una indemnización se extingue cuando ésta se paga.

B) Término (llegada) del Plazo: esto se produce cuando el acto tiene fijado un plazo, sea que éste se contenga en la ley o en el mismo acto. Ejemplo: los actos que designan funcionarios a contrata no pueden exceder el 31 de Diciembre de cada año.

C) Cumplimiento de una condición: el acto puede estar sujeto al cumplimiento de una condición, ya sea suspensiva o resolutoria. Ejemplo: en Seguridad Social las pensiones en ciertos casos dependen de que las mujeres permanezcan solteras o viudas.

D) La Muerte del Funcionario: esto se produce normalmente con los actos que designan personal de la Administración.

E) El Retiro: se produce cuando la autoridad administrativa dicta un acto administrativo y pendiente de su total tramitación, decide no perseverar en él. Generalmente ocurre cuando mandamos un decreto a la Contraloría y ésta lo representa (retiro); se produce mucho con el nombramiento de personas.

F) El Decaimiento: es una forma de extinción de los actos generales y permanentes, y se produce cuando los motivos que sirvieron para la dictación del acto desaparecen o se modifican por la realidad social.

Se señala que en este caso el acto formalmente existe, pero ya no produce sus efectos. En Doctrina se discute respecto a la aplicación de un acto extinguido por decaimiento, por cuanto se sostiene que su aplicación sería ilegal al haber desaparecido los motivos de hecho que lo fundamentaban. Ejemplo: puede que en Chile ocurra una epidemia de la mosca de la fruta, por tanto se dicta un decreto que prohíbe el traslado de fruta a la zona central. Al desaparecer la mosca de la fruta, este decreto se extingue por el cambio de circunstancias; y si sigue vigente sería ilegal por falta de fundamentos de hecho (ya no existe la mosca de la fruta). Se produce siempre cuando se dictan medidas de excepción, como la fiebre aftosa.

La gran importancia radica en que si vuelven a aparecer las condiciones que fundamentaron el acto, *éste renace*.

Hay una sentencia en Recurso de Protección de Pesquera Mar del Sur contra el Ministerio de Economía, en materia de decaimiento:

–Resolución 1.001/96! Autoriza operación Barco Mar del Sur II

–Resolución 30/96! Deja sin efecto la autorización

–Resolución 94/96! Acoge recurso de reclamación en contra de Resolución 30/96

–Resolución 112/96! Deroga Resolución 30/96

En este caso, Mar del Sur reclama que la Res.112/96 es ilegal. Se derogó la Res.112/96 por lo tanto nace otra vez la autorización. Es decir, 1° se autoriza, después se deja sin efecto, por lo tanto muere la autorización. Luego se acoge el recurso, por lo tanto nace de nuevo. Después se deroga y muere otra vez. Luego la Corte acepta el reclamo y al derogar la Res.112/96 nace otra vez la autorización. La Corte estimó que era decaimiento, pero el Profe no lo cree así.

Lo mismo ocurre con el 11 de Septiembre (números de leyes no reales):

–Ley 18.300: 11 de Septiembre feriado

–Ley 18.400: Sustituye feriado del día 11 al día 2 POR LO TANTO: el 11 es feriado

–Ley 18.500: Deroga Ley 18.400

II-. CAUSALES PROVOCADAS

A) Revocación

Se produce cuando se dicta un acto de contrario imperio (va contra la fuerza de otro acto, para hacerlo desaparecer) por parte de la Administración dejando sin efecto otro acto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Sus características son:

- 1) La revocación procede de la misma autoridad administrativa que dictó el acto.
- 2) Sólo procede por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Toda vez que el acto es legalmente válido.
- 3) Produce efectos ex-nunc, es decir, la revocación sólo opera para el futuro (Art.9 CC)
- 4) Los límites de la Potestad revocatoria se encuentran en aquellos actos reglados por la ley y en los que tienen agotados sus efectos. Ejemplo de acto reglado por la ley: permiso de construcción, si cumplo con los requisitos no me lo pueden quitar (mientras siga cumpliéndolos)

B) Invalidación

Se produce cuando la autoridad dicta un acto de contrario imperio que deja sin efecto otro por razones de legalidad.

* Fundamentos normativos:

- a) Art.6 y 7 Const. que obligan a la Administración a ajustar sus acciones a la Constitución y a las leyes.
- b) Art.10 y 11 LB que consagran los recursos de Reposición y Jerárquico, los cuales provienen del control interno que ejerce la autoridad.
- c) Art.38 in2º Const. el que sólo autoriza a los particulares para recurrir ante los Tribunales, de lo que se desprende que la Administración debe enmendar por sí misma los actos que lesionan los derechos de los particulares.

* Causales de invalidación:

- a) Error de Hecho: esto se relaciona con un vicio que afecte a la autoridad respecto de la voluntad manifestada en el acto. Este vicio puede producirse por una falsa apreciación o conocimiento de la realidad. Este falso conocimiento debe producirse al momento de la dictación del acto, por lo que no procede la Invalidación si las circunstancias varían posteriormente. La Contraloría exige además, que este error de hecho se acredite debidamente para los efectos de la toma de razón del acto invalidatorio. No siendo suficiente la sola declaración contenida en el acto.

b) Ilegalidad: ésta es la causal típica de invalidación y se produce cuando un acto es contrario a la ley. En este caso existe un imperativo para la autoridad de ordenar la invalidación. Como se vio, un acto que haya sido tomado razón y que goce de presunción de legalidad puede ser invalidado si se acredita que es contrario a derecho.

* Características de la Invalidación:

- 1) Sólo procede por error de hecho o ilegalidad
- 2) Produce efectos ex-tunc, esto es, produce efectos retroactivos o hacia el pasado.
- 3) La Potestad Invalidatoria radica en la autoridad administrativa que dictó el acto. No radica en la Contraloría General de la República (ella ordena invalidar, pero no invalida)
- 4) Los Límites de la Potestad Invalidatoria como se verá, están fijados para lo efectos que se hayan producido respecto de terceros de buena fe.

* Límites de la Invalidación: estos límites han sido fijados particularmente por la Jurisprudencia de la Contraloría general de la República, y últimamente por los Tribunales de Justicia. Las etapas que pueden distinguirse son las siguientes:

a) Primera etapa: Hasta mediados de la década de 1960, la tesis era que la regularidad de los actos administrativos era de mayor valor, y que el hecho de que un acto administrativo fuera antijurídico importaba que éste no tenía fuerza para producir efectos jurídicos. Esto significaba que las normas del E° de D° impedían adquirir derechos con violación a normas

Constitucionales, reglamentarias, etc. Esta tesis se fundamentaba en la aplicación estricta del Art.4 Const. de 1925 (actualmente el Art.7) que sancionaba con nulidad los actos dictados por la autoridad en exceso de sus atribuciones. Esto aparece fundamentalmente en la LOC 14.073 de 1959.

b) Segunda etapa: En el año 1969 se dicta la Ley 24.049, la cual reconoce que la invalidación puede ser limitada por la necesidad de mantener situaciones jurídicas nacidas como consecuencia de la actividad ilícita de la Administración, cuando no puede desconocerse que estos actos producen efecto respecto de terceros, y particularmente porque ellos se amparan en la presunción de legalidad que deriva de la toma de razón. En forma específica esta protección a los terceros se ha perfeccionado por la Jurisprudencia, precisando algunos aspectos:

- Si se trata de invalidar un acto que aprobó un contrato suscrito con un particular bajo las normas del derecho común, la Administración se encuentra impedida de invalidar y debe recurrir a los Tribunales para solicitar la nulidad del contrato, y de esa manera dejar sin efecto el acto administrativo.
- Si el acto ha producido efectos patrimoniales a favor de 3os de buena fe, la Administración tampoco puede invalidar por cuanto los particulares no deben soportar los errores o ilicitudes del órgano administrativo.
- Si los 3os han adquirido derechos patrimoniales, pero se encuentra de mala fe, resulta procedente la invalidación.

c) Tercera etapa: Esta etapa se produce a comienzos de 1990, y no es sólo limitante la existencia de derechos de 3os de buena fe, sino que tampoco pueden invalidarse los actos cuando se han producido situaciones jurídicas que se han consolidado al amparo de dichos actos, esta situación se produjo en Dictamen 30.643 de 1994, donde la Contraloría General no dio curso a invalidar decretos de confiscación basados en el DL 77 de 1973. No obstante esta limitación, la CS en fallos reiterados declaró la nulidad de dichos actos confiscatorios.

C) NULIDAD

Se define como la sanción que aplican exclusivamente los Tribunales de Justicia cuando un acto ha sido dictado en contravención al ordenamiento jurídico.

* Características:

- 1) La sanción la aplican exclusivamente los Tribunales de justicia
- 2) El vicio es la ilegalidad del acto
- 3) Produce efectos ex-tunc, es decir, efecto retroactivo

* FUNDAMENTO DE LA ACCION DE NULIDAD: su fundamento principal es el Art.7 in3 Const. aun cuando no exista ninguna ley que fije el procedimiento para interpretarla si les afecta lo que su declaración produce. Para precisar lo anterior debemos ver la evolución de la nulidad en las Constituciones de 1925 y 1980:

A) Bajo la Const. de 1925, y por influencia francesa, se incluye el Art.87 en que se señala que la nulidad de los actos administrativos sería declarado por Tribunales Especiales en lo Contencioso-administrativo. Esto trajo tres posiciones en la jurisprudencia:

- Los tribunales Ordinarios se declararon incompetentes para conocer de las acciones derivadas de un acto administrativo, por cuanto sólo eran competentes los Tribunales que señalaba el Art.87.

Otra posición sostuvo que a falta de los tribunales del Art.87, eran competentes los Tribunales Ordinarios, principalmente por lo establecido en el Art.10 COT (recurso de inexcusabilidad) y en virtud de que el Art.5 del mismo código no los excluía. Para asumir esta competencia se adoptaron 2 posiciones:

- Vía Indirecta: en la cual los Tribunales no declaraban nulo el acto administrativo, pero impedían que produjera sus efectos. Ejemplo: Juez de Melipilla con Presidente de la República.
- Vía Directa: mediante la cual los Tribunales derechamente se declararon competentes para conocer la acción de nulidad. Ejemplo: Undurraga con CORA (Corporación de Reforma Agraria).

B) Bajo la Constitución de 1980 y hasta la reforma de 1989 se mantuvo la polémica porque el Art.38 in2° Const. señalaba que el D° a la Acción debía seguirse ante los Tribunales Contencioso-administrativo que señalare la ley. Sin embargo, al eliminarse las palabras contencioso-administrativo ya no se discute que la competencia exclusiva es de los Tribunales Ordinarios.

El *Consejo de Defensa del Estado* no hace muchos años oponía la excepción de falta de jurisdicción de los Tribunales Ordinarios para conocer de las acciones Anulatorias, pues el Art.38 in2° sólo se refería a la llamada acción reparatoria (esta posición no fue acogida). Ejemplo: caso Berand (ministro que se operó la cadera y le operaron la otra).

Sin perjuicio de lo anterior, la competencia del Poder Judicial fue fundamentada por la *Doctrina: Gustavo Fiamma*, particularmente en los Art.19 n°13 (debido proceso), Art.19 n°14 (D° de petición) y Art.73 in2° (ppio. de inexcusabilidad del Poder Judicial)

El fundamento más fuerte, sin embargo, provino de la propia LOC del Consejo de Defensa del Estado, donde los faculta expresamente para representar al Fisco en todos aquellos asuntos en que se solicite la nulidad de un acto administrativo.

* TIPOS DE NULIDAD EN LA DOCTRINA:

a) La Inexistencia: ésta no ha tenido acogida en el D° Administrativo de Chile, por lo que la discusión se ha reducido al ámbito del D° Privado. No obstante, presenta gran parecido con los efectos de la nulidad de pleno derecho que sustentan los profesores Soto Kloss y Fiamma.

b) Nulidad de Pleno derecho: se produce cuando concurren determinados vicios groseros que señala la ley, por ejemplo: manifiesta incompetencia del órgano, que tenga un objeto delictual o imposible, que se hayan omitido normas del procedimiento de carácter esencial para la formación de la voluntad, etc.

Respecto de sus efectos, esta nulidad al ser de pleno derecho, no puede ser convalidada ni ratificada, pudiendo ser declarada de oficio por el Juez, por cuanto no estaría fuera sujeta a plazo.

La Administración también estaría facultada para invalidar este acto en presencia de vicios groseros y sus efectos serían ex-tunc (retroactivos).

c) La Anulabilidad: ésta sería la regla general, salvo que se estuviera frente a la nulidad de pleno derecho o vicios no invalidantes.

Esta nulidad puede sanearse y los Tribunales sólo podrían declararla a petición de parte. Frente a este vicio, la Administración podría invalidar tanto de oficio como a petición de parte.

Por último, en cuanto a sus efectos, existiría incomunicabilidad del vicio al resto del acto, y los efectos de la anulabilidad sólo sería hacia el futuro (ex-nunc).

d) Vicios No Invalidantes: puede ocurrir que un acto administrativo a pesar de estar afectado de un vicio administrativo, se considere válido por estimarse que el vicio es de menor entidad, como por ejemplo: los que afectan la forma del acto y no producen la indefensión del administrado. Se dice que estamos frente a un acto irregular, pero válido.

* POSTURAS SOBRE NULIDAD EN CHILE:

I.- En la década de 1950 (año 48 en realidad) el Profesor Mario Bernaschina sostuvo que en Chile se podía distinguir entre *Nulidad de Pleno D°* y *Anulabilidad*. Según él, cualquier acto que excediera la competencia del órgano, o bien no cumpliera con las formalidades constitucionales era nulo de pleno D° por lo que no podía ser convalidado, el acto no producía efectos y no necesitaba ser declarado. Frente a esto, existía la anulabilidad que sólo procedía en determinados casos, como por ejemplo: vicios procesales o inconstitucionales.

II.- Esta posición fue criticada por los profesores Patricio Aylwin y Silva Cimma, quienes sostuvieron que *no se daba una nulidad de pleno D°* porque todos los actos administrativos gozaban de presunción de legalidad y eran válidos mientras no se declararan nulos. Por otra parte, dijeron que Bernaschina no señalaba determinadamente los vicios sancionados con nulidad, pues sólo hacía alusión al acto incompetente y al acto ilegítimo, pero nada decía sobre el abuso de poder, el exceso y la desviación del fin. Por último, sostuvieron que la diferencia entre Nulidad de pleno D° y Anulabilidad no tenía efectos prácticos.

III.- En la década de los 80 surge nuevamente la *Teoría de la Nulidad de Pleno D°* sostenida principalmente por Soto Kloss y Fiamma, basados tanto en una interpretación literal del Art.7 in final Const. como en el origen del mismo. Según ellos, si el órgano no está investido legalmente, no actúa dentro de su competencia ni de acuerdo al procedimiento legal, por tanto, esa actuación es nula de pleno D°. En cuanto a su origen, señalan que el Art.7 proviene del Art.160 de la Constitución de 1833, donde se dejó constancia en el voto de Mariano Egaña que era una Nulidad de Pleno Derecho. Las *consecuencias* de esta posición significan que el acto no es

saneable, es decir, no puede ser ratificado ni convalidado en forma alguna; no opera la presunción de legalidad y el acto carece de efectos desde sus inicios, incluso se llega a decir que es una simple vía de hecho, a la cual se puede resistir el particular (se obedece, pero no se cumple).

Según G. FIAMMA las características de la Nulidad de D° Público serían las siguientes:

- Es una Nulidad de D° público diferente a la de D° privado, pues opera de pleno D°
- Los actos carecen de efectos, por lo que si se recurre a un Tribunal la sentencia sólo tendrá efectos declarativos, esto es, va a constatar la nulidad
- El acto no es convalidable
- Puede alegarse en cualquier momento
- Puede ser invocada por cualquier persona, ya que es una violación al D° público.

E. SOTO KLOSS dice que la Nulidad de Derecho Público presenta las siguientes características:

- Es una nulidad de pleno D°
- Es insaneable, imprescriptible y no requiere declaración judicial
- Sólo por razones de seguridad jurídica ha de existir un órgano jurisdiccional que declare formal e indiscutiblemente la infracción al Art.7
- El Juez puede declararla de oficio cuando aparezca de manifiesto en el expediente o proceso de que se trate.

Según JORGE REYES R. las características de la Nulidad de D° Público serán las siguientes:

- No es una nulidad de pleno D° ya que el Art.7 sólo dice que son *nulos* y no dice *nulo de pleno D°*
- Los antecedentes históricos del Art.7 conducen a la conclusión que tampoco es de pleno D°. En efecto, el origen de esta disposición es el Art.160 de la Constitución de 1833, y en actos se dejó constancia que se desechó un voto de Mariano Egaña que establecía la nulidad de pleno D°. Además, el Art.158 Const. si establecía una nulidad de pleno D°

En la Const. de 1925 se mantuvieron idénticos los preceptos, pero sólo cambiaron de ubicación a los Art.4 y 23.

Respecto de la Const. de 1980, la Comisión constituyente en la sesión N°51 mantuvo la sanción de nulidad, pero nada dijo respecto a si era de pleno D°.

- Otro elemento histórico es el Art. 87 de la Const. de 1925 donde se autorizaba a los Tribunales Administrativos para declarar la nulidad de los actos de la Administración, esto no habría tenido razón si hubiera sido nulidad de pleno D°.
- Sostener que la sanción siempre es nulidad de pleno D° choca en algún sentido con la razón y el buen criterio, y en suma con la justicia.
- No puede sostenerse que exista un acto nulo de pleno D° con la circunstancia de que éste produzca efectos respecto de 3os, especialmente derechos adquiridos a favor del administrado.

* Normas de la const. contrarias a la nulidad de pleno D°:

- Art.12! faculta a la CS para suspender los efectos del acto.
- Art.35! si un decreto no lleva la firma del ministro respectivo, no se obedece.
- Art.83 in2°! el Tribunal Constitucional, en caso de una LO o de un DFL inconstitucional, no declara la nulidad, sino que sólo impide que esas normas se conviertan en ley.

– Art.80! la CS declara inaplicable un precepto contrario a la Constitución, pero no declara su nulidad.

NOTA: Los Tribunales de justicia consideran que los actos jurisdiccionales contrarios al Art.6 Const. sólo pueden atacarse in limine litis, esto es, durante el proceso y a través de los recursos ordinarios.

– Art.20! en el recurso de protección, la infracción a una garantía constitucional no se sanciona con la nulidad, sino que sólo la Corte se limita a restablecer el imperio de la ley.

CONCLUSIÓN: al no existir ley de procedimientos administrativos, debe estarse en esta materia a la Jurisprudencia de los Tribunales que aplica cualquiera de las doctrinas antes señaladas, haciendo mezclas entre el D° público y el D° privado (sentencia Víctor Pay con Fisco: jurisprudencia que explica esto).

* ASPECTOS PROCESALES:

I.– Tribunal Competente

- Es un Tribunal Ordinario integrante del Poder Judicial, esto porque el Art.73 al hablar de causas civiles incluye las contencioso-administrativas. Antiguamente el Fisco oponía la excepción de falta de jurisdicción por cuanto, a su juicio, no habría Tribunal competente, ya que el Art.38 in2° Const. sólo se refería a la acción reparatoria.
- El Tribunal será un Juzgado de Letras del domicilio del demandado; se entiende por demandado el autor del acto administrativo. Ejemplo: si se solicita la nulidad de un DS se considera autor al Presidente de la República y no al Ministro, por lo que conoce un Tribunal de Santiago.

En caso de existir más de un tribunal Competente, deben aplicarse las reglas de distribución de causa.

II.– ¿A quién demandamos?: se distinguen 2 situaciones:

- Si es un *órgano centralizado*, se demanda al Fisco representado por el Presidente del Consejo de Defensa del E° o por el Abogado Procurador Fiscal que corresponda, salvo que exista una excepción respecto de la representación. Ejemplo: Art.302 Código de Aguas.
- Si es un *órgano descentralizado*, se demanda a dicho órgano representado por el Jefe Superior.

III.– Procedimiento: por regla general debe aplicarse un procedimiento de Lato Conocimiento, la regla general es el *Juicio Ordinario de mayor cuantía* del Libro II CPC.

En ciertos casos en que el demandado es el Fisco, se aplican las reglas del Juicio de Hacienda, en caso que exista un interés patrimonial comprometido al solicitar la nulidad.

Excepcionalmente la ley señala un Procedimiento diverso para conocer de la Nulidad de un acto administrativo. Ejemplo. Art.9 DL 2.186/78, señala que el reclamo del acto expropiatorio se rige por las normas del Juicio Sumario (LOC Expropiación).

Contrato Administrativo.

I.– Orígenes del Contrato

A) Etapas Procesal: debe recordarse que a fines del s.XVIII y comienzos del s.XIX el D° Administrativo se estructuraba en base a la *Teoría de la Doble Personalidad del Estado*, por lo que la actuación de éste, se distinguía entre:

- ♦ Actos de Autoridad: eminentemente unilaterales, provenían del ejercicio de la Soberanía o

Poder Público, por lo que los regía el D° público.

- ◆ Actos de Gestión: eran aquellos que realizaba el E° como un simple particular, siendo regidos por el D° privado..

Respecto de la Jurisdicción , el acto de autoridad era conocido por los Tribunales Administrativos (en Francia: Consejo de E°) y los actos de gestión por los Tribunales Ordinarios.

De acuerdo a lo anterior, el contrato administrativo se consideraba un acto de gestión, por lo que era conocido por los Tribunales Ordinarios. Sin embargo, existían 3 tipos de contratos que eran de competencia de los tribunales Administrativos; éstos eran:

- ◆ ventas de bienes nacionales
- ◆ para ser ministros de ejército
- ◆ obras y servicios públicos.

La única razón para lo anterior, era que los Tribunales Administrativos, por ser especializados, podían conocer de mejor forma este tipo de contratos, pero siempre aplicándose las normas de D° privado.

B) Teoría Sustantiva del Contrato: surge como consecuencia del quiebre de la concepción estructural anterior, y del nacimiento de la *Teoría del Servicio Público*. Esta teoría proveniente de la Escuela de Burdeos señala que todo lo que dice relación con la estructura y funcionamiento de un servicio público queda sometido a las normas del D° Administrativo.

Esta teoría le va a otorgar autonomía al contrato administrativo, el cual según Gastón Jesé se va a caracterizar no sólo por la Jurisdicción que la conoce, sino también por aspectos fundamentales, como son:

- ◆ La Administración no está en pie de igualdad con el administrado
- ◆ Se quiebra el ppio. de autonomía de la voluntad, pues ninguna de las partes es libre para negociar
- ◆ Se quiebra el ppio. de que el contrato es ley para las partes, ya que los contratos no van a ser inmutables.

De lo anterior, JEZE desprende las siguientes características:

- 1°) Se someten al D° público, especialmente al D° Administrativo
- 2°) Están vinculados a la noción de servicio público
- 3°) Se someten a la Jurisdicción contencioso-administrativa
- 4°) El contrato presenta cláusulas exorbitantes que son derogatorias del D° Común
- 5°) La Administración, en este contrato, hace uso de sus prerrogativas.

Esta teoría se vio enfrentada al problema de determinar qué tipo de contratos innominados podían considerarse administrativos, la solución que se dio es que si cumplían con las 5 características, tenían tal calidad.

C) Crisis del Servicio Público: la Teoría del Servicio Público entra en crisis cuando un gran número de servicios empieza a ser gestionado por los particulares. Ejemplo: luz y agua.

El abandono definitivo de esta teoría se produce en 1945, donde se va a criticar las bases de la *Teoría*

Sustantiva del Contrato. Estas críticas son:

1º) El contrato administrativo nació sólo por una cuestión práctica de someter determinados contratos a la Jurisdicción contencioso-administrativa.

2º) No son sostenibles las diferencias que se señalan con el contrato de Dº común, por lo siguiente:

- Respecto del ppio. de Igualdad, si existe en el contrato administrativo, ya no se habla de una igualdad entre lo co-contratantes, sino de una igualdad jurídica, esto es, igualdad entre prestaciones y contraprestaciones.
- Se da Autonomía de la Voluntad, pues a pesar de que una de las partes impone la mayoría de las cláusulas, siempre existe un margen para negociar.

(debe recordarse que en el Dº Común existe el Contrato de Adhesión)

3º) Los Contratos si son ley para las partes (Ley del Contrato), ya que la Administración no es libre para modificarlos, ya que el poder de modificación o Ius Variandi está sometido a 2 límites precisos:

- ◆ No se puede modificar el contrato en términos de convertirse en otro
- ◆ No puede alterarse el equilibrio financiero entre las partes, es decir, el Eº debe compensar.

D) El Estado Actual: En Doctrina no existe consenso sobre lo que puede denominarse contrato administrativo, motivo por el cual se señala que la diferenciación con el contrato común sería un problema de intensidad en el uso de las prerrogativas estatales. Ejemplo: la actuación del Eº en un contrato de OOPP es mucho más intensa que en un contrato de compraventa, ya que el primero sería administrativo y el segundo común.

II.- Por lo tanto, existen 3 modalidades o circunstancias que nos permiten distinguir un contrato administrativo, estas son:

A) Decisión Unilateral Ejecutoria: ésta ya se vio a propósito de los efectos del acto administrativo, específicamente la Imperatividad que proviene fundamentalmente del régimen administrativo. Ésta facultad se expresa en el hecho de que la Administración pueda adoptar ciertas decisiones sin consultar a su co-contratante y pueda hacerlas cumplir por sus propios medios. Ejemplo: puede interpretar el contrato, ponerle término unilateralmente, puede hacer efectivas las garantías y cauciones, etc.

B) Ius Variandi: facultad de la Administración de alterar o modificar las cláusulas del contrato. Esta facultad tiene 2 límites muy precisos:

- ◆ No puede modificar el contrato en términos que se convierta en otro.
- ◆ No se puede alterar el equilibrio financiero del contrato.

NOTA: Si el contrato deriva del ejercicio de una Potestad Normativa, el Eº carece de la facultad de alterar o modificar dicho contrato, porque la norma infringida sería la ley. Ejemplo: contratos leyes.

C) Efectos respecto de 3os: la regla general es que los contratos produzcan efectos relativos (sólo para las partes). Sin embargo, los contratos administrativos producen efectos respecto de 3os que no concurrieron a su celebración. Ejemplo. La concesión de un inmueble o una obra pública, obliga a los administrados que las utilizan a pagar una tarifa.

* ¿Cuándo estamos en presencia de un contrato administrativo?

1) Para algunos, cuando lo celebra un servicio Público

2) Para otros, cuando estamos en presencia de las llamadas cláusulas exorbitantes que provienen de la Administración

3) Para otros, deben concurrir tanto un servicio Público como las referidas cláusulas exorbitantes.

Elementos del Contrato Administrativo

I.- Elemento Subjetivo: se dice que una de las partes es la Administración y la otra un co-contratante particular. Respecto de la **Administración**, el órgano debe encontrarse habilitado legalmente para celebrar el contrato, y el funcionario que lo celebra debe estar investido legalmente y ser competente para suscribirlo.

Tratándose de *servicios centralizados*, la representación judicial la tiene el Presidente de la República, quien puede delegarla en un inferior jerárquico. A los *servicios descentralizados* los representa el jefe Superior del servicio.

Respecto de los **co-contratantes particulares**, se exige que tengan al menos capacidad de ejercicio, sin embargo, puede requerirse que tenga capacidades especiales, como las siguientes:

a) **Capacidad Técnica:** esto exige que el co-contratante tenga determinados conocimientos para ejecutar la labor, lo que se acredita generalmente al estar inscritos en ciertos registros.

b) **Capacidad Económica:** se exige que la persona tenga un determinado capital o que rinda garantías para la ejecución del contrato.

c) **Idoneidad Moral:** significa que el co-contratante no puede estar afecto a alguna inhabilidad o incompatibilidad para suscribir el contrato. Ejemplo: los que señala el Art.54 LB (**Artículo 54:** *Sin perjuicio de las inhabilidades especiales que establezca la ley, no podrán ingresar a cargos en la Administración del Estado:*

a) Las personas que tengan vigente o suscriban, por sí o por terceros, contratos o cauciones ascendentes a doscientas unidades tributarias mensuales o más, con el respectivo organismo de la Administración Pública.

Tampoco podrán hacerlo quienes tengan litigios pendientes con la institución de que se trata, a menos que se refieran al ejercicio de derechos propios, de su cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de finalidad inclusive.

Igual prohibición regirá respecto a los directores administradores, representantes y socios titulares del 10% o más de los derechos de cualquier clase de sociedad, cuando ésta tenga contratos o cauciones vigentes ascendentes a doscientas unidades tributaria mensuales o más, o litigios pendientes, con el organismo de la Administración a cuyo ingreso se postule.

b) Las personas que tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive respecto de las autoridades y de los funcionarios directivos del organismo de la Administración civil del Estado al que postulan, hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente, inclusive.

c) Las personas que se hallen condenadas por crimen o simple delito.)

II.- Elemento Objetivo: es el conjunto de prestaciones y contraprestaciones a que se obligan las partes y que se vinculan a un servicio público. De este elemento se desprenden los 4 tipos de contratos administrativos:

1º) **Contrato de Construcción de Obras Públicas:** Tienen por objeto la construcción, reforma, reparación,

conservación o demolición de un inmueble, así como la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o subsuelo, por cuenta de la Administración Pública y a un determinado precio.

2°) Contrato de Concesión de Obras Públicas: Se distingue del anterior en que el pago se obtiene mediante la concesión de esas obras por un determinado tiempo, para que el particular con ese aprovechamiento pueda resarcirse o hacerse pago de su inversión.

3°) Contrato de Gestión de Servicio Público: Bajo esta figura se concentran todos aquellos contratos en que el E° entrega al particular la gestión de un servicio público. Ejemplo: Art.37 LB (**Artículo 37:** *Los servicios públicos podrán encomendar la ejecución de acciones y entregar la administración de establecimientos o bienes de su propiedad, a las Municipalidades o a entidades de derecho privado, previa autorización otorgada por ley y mediante la celebración de contratos, en los cuales deberá asegurarse el cumplimiento de los objetivos del servicio y el debido resguardo del patrimonio del Estado.*)

4°) Contrato de Suministro: éste presenta las siguientes características:

- Respecto de la Compraventa de bienes muebles
- Al momento de celebrarse el contrato no está cuantificado el número de bienes muebles que han de ser transferidos o suministrados
- En cuanto a su duración, el contrato se celebra por un período mas o menos prolongado, lo que influye en la causa del mismo. Ejemplo. Todos los de los servicios básicos.

III.- Elemento Formal: dice relación con la forma que debe seguirse para la celebración del contrato. En Doctrina existen 4 formas para elegir al co-contratante:

a) Subasta: en este caso se elige al co-contratante por su oferta económica, sin importar otras circunstancias.

b) Concurso: en este caso se elige al co-contratante que tenga mejores cualidades o antecedentes, sin importar la oferta económica. Se elige al mejor.

c) Concurso-Subasta: consta de 2 etapas: 1° se hace una selección con los que ofrezcan las mejores alternativas económicas, y en 2° lugar, se elige el que tenga las mejores cualidades.

d) Trato Directo: en este caso la Administración elige directamente quien va ser su co-contratante.

El Procedimiento en Chile

El contrato administrativo, según el Art.9, debe cumplir con las siguientes normas:

1) Deben celebrarse previa propuesta pública en conformidad a la ley

2) El procedimiento debe regirse por los ppios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato

3) En determinados casos y por resolución fundada, puede realizarse licitación privada, salvo que por la naturaleza de la negociación se requiera trato directo.

Etapas del Procedimiento

- ◆ Elaboración de las bases o pliego de condiciones
- ◆ Forma de selección (propuesta pública, privada o trato directo)
- ◆ Presentación de las ofertas

- ◆ Acta de apertura de las ofertas
- ◆ Estudio de las ofertas
- ◆ Decisión de la Administración (rechaza, declara desierta o adjudica)
- ◆ Suscripción del contrato
- ◆ Resolución que aprueba el contrato
- ◆ Notificación al contratante para que inicie la ejecución del contrato.

I.- Confección de las Bases Administrativas: la Administración en primer término, confecciona bases administrativas o pliego de condiciones, que van a contener tanto las reglas por las cuales se va a regir la propuesta como las principales cláusulas que va a contener el contrato a celebrar. Pueden distinguirse:

a) Bases Administrativas Generales: contienen las reglas de la propuesta y ciertos aspectos del contrato a suscribir. Ejemplo: quiénes pueden ser los oferentes, cómo deben presentarse las ofertas, quién las estudiará, si la Administración se reserva el D° a rechazarlas, plazo de duración del contrato, etc.

b) Bases Administrativas Especiales: son aquellas que contienen los elementos técnicos del contrato a suscribir. Ejemplo: el tipo de materiales.

* La Jurisprudencia de la Contraloría, y ahora recogido por el Art.9 LB, han señalado que deben siempre respetarse 2 ppios. básicos:

- Estricta sujeción a las bases, tanto en el desarrollo de la propuesta como en la ejecución del contrato.
- Ppio. de Igualdad de los Oferentes (libre concurrencia de los oferentes) y el reconocimiento del Ppio. de igualdad constitucional.

II.- Forma de Selección: En Chile se aplican 3 sistemas:

1°) La Propuesta o Licitación Pública: en este caso la Administración hace un llamado general a todas las personas que cumplan los requisitos de las bases, para que presenten sus ofertas. Este llamado no tiene ninguna limitación, salvo que se garantice el cumplimiento del contrato. Por regla general, la propuesta pública se llama a través del Diario Oficial, pero no existe impedimento para que se haga a través de otros medios como diarios locales o fijación de carteles. Este tipo de propuesta se rige íntegramente por las bases administrativas confeccionadas al efecto.

2°) La Propuesta Privada: en ésta, la Administración invita al menos a 3 oferentes para que presenten sus propuestas, debiendo adjudicar el contrato a alguno de ellos. Al igual que la anterior, se rige íntegramente por las bases administrativas que se confeccionaron. (se llama privada porque no se hacen publicaciones sino que se invita oferentes a participar, por lo tanto, la propuesta la conocen sólo quienes reciben la carta de invitación)

3°) Trato Directo: en este caso, la Administración elige directamente al co-contratante, sin regirse por base alguna y sólo dentro del Ppio. de Legalidad.

(Típico Fraude a la Ley: la división de contratos, como hacer un contrato para empastar la mitad de una cancha y otro contrato para la otra mitad; el otro fraude es la nulidad de matrimonio)

III.- Presentación de las Ofertas: ésta debe hacerse dentro de los plazos, en el lugar y en la forma que señalen las bases administrativas.

Por regla general, se acompañan 2 sobres, el 1° de ellos contiene los antecedentes del oferente para ser considerado en la propuesta, ejemplo: copia de la constitución de una sociedad, las garantías, el mandato, etc.

El 2° sobre contiene la propuesta económica.

IV.– Apertura de las Ofertas: se realiza en el lugar y hora señaladas por las bases, y asisten tanto la Administración como los oferentes que deseen participar.

Durante su desarrollo, la comisión encargada abre en 1er lugar los sobres que contienen los antecedentes de los oferentes y decide quienes cumplen y quienes quedan fuera de la propuesta. Con posterioridad se abren las ofertas económicas, sólo de los oferentes que hayan cumplido con los requisitos (paso anterior).

De todo lo actuado se levanta un acta que es firmada por la Administración y los oferentes que así lo estimen necesario.

NOTA: Según la Contraloría, en el acta deben consignarse todos los reclamos y observaciones producidas *durante* la apertura de las ofertas, y si no se hace, precluye el D° a reclamar posteriormente.

V.– Estudio de las Ofertas: una vez terminada la apertura, pasan todos los antecedentes a una Comisión que va a realizar un estudio sobre las mismas y hacer una proposición a la autoridad.

VI.– Decisión de la Administración: ésta puede asumir 3 actitudes:

a) Declarar desierta la propuesta: esto ocurre cuando ninguno de los oferentes cumple con lo establecido en las bases. Ejemplo: Si las ofertas económicas exceden el presupuesto.

b) Rechazar todas las ofertas: esta facultad debe estar establecida en las bases y se produce cuando ninguna de las ofertas es conveniente para la Administración.

c) Adjudicar el contrato: en este caso, la Administración elige a uno de los oferentes dictando un acto administrativo unilateral que puede ser un decreto o una resolución. Este acto está exento de toma de razón y se notifica tanto al oferente favorecido como a los que quedaron fuera.

VII.– Suscripción del Contrato: una vez adjudicado, el contrato debe suscribirse entre la autoridad facultada para ello o su representante. Este contrato es solemne, pues consta por escrito, pero no es necesaria su formalización por escritura pública.

VIII.– Resolución que Aprueba el Contrato: suscrito el contrato, la autoridad dicta un acto afecto a toma de razón, por la cual lo aprueba.

IX.– Notificación al Adjudicatario: tramitado totalmente el acto que aprueba el contrato, se notifica al adjudicatario para que inicie la ejecución del mismo.

Si las obras se inician antes de que el acto esté totalmente tramitado y esto es representado, la Contraloría ha dicho que debe dejarse sin efecto el contrato y pagarse las obras realizadas. Así mismo, debe perseguirse la responsabilidad administrativa de quien autorizó la ejecución de las obras.

Término del Contrato Administrativo

El Contrato se extingue de la misma forma que los contratos de D° Común. Sin

embargo, en virtud de la decisión unilateral ejecutoria, la Administración puede dar por terminado el contrato cuando el contratante no ha cumplido sus obligaciones. Esta forma de término se llama *caducidad*. Ejemplo: Calle Amunátegui, el tipo no cumplió con los plazos pre-fijados, por lo tanto, se contrató a otro para que continuara con los trabajos.

Malvado, Injusto.

Administración Pública = Administración del Estado

Ambas clasificaciones son importantes para la aplicación del Estatuto Administrativo (Ley 18.834)

convalidar: arreglar el vicio después, mediante la dictación de otro acto.

20

ESTADO

D° PÚBLICO

D°

PRIVADO

CONTROL ADMINISTRATIVO

INTERNO

Control Jerárquico

Control por autoridades de auditoria interna

autoridades

jefaturas

Funcionamiento del servicio

Actuación de los funcionarios del organismo

LEGALIDAD

EFICIENCIA

EFICACIA

OPORTUNIDAD MÉRITO CONVENIENCIA

Art.11 y 12 LEY DE BASES

Art.58 a LEY18.834

Art.61 a LEY 18.883

CONTRALOR GENERAL

FISCALIA

SUBCONTRALOR GENERAL

DIVISIÓN

JURIDICA

DIVISIÓN DE TOMA DE RAZON Y REGISTRO

DIVISIÓN DE AUDITORIA ADM.

DIVISIÓN DE VVOPT

DIVISIÓN DE CONTABILIDAD

DIVISIÓN DE MUNICIPALIDADES

DIVISIÓN DE COORDINACIÓN E INFORMACIÓN JURIDICA

CONTRALORÍAS REGIONALES

(SON 12)

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN CHILE

ESPECIAL

ORDINARIO

*Art.19n°24

*Art.12

*Art.20

*Art.21

*Ley 18.971 (amparo econ.)

Reclamación Tributaria

Proceso Aduanero

Proceso Sanitario

Ilegalidad Municipal

ACCIONES

CONST.

ACCIONES

LEGALES

Nulidad de

Dº Público

(Art.7)

Reparatorio

(Art.38)

Declarativo

Responsabilidad Subjetiva

RESPONSABILIDAD

OBJETIVA

Potestad

Jurisdiccional

casa

HECHO

Autoridad