

DERECHO DE AGUAS

COMENTARIO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA 2011-2014

ACTOS Y PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE AGUAS:
ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA FORMAL

ENCUENTRO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON EL
DERECHO DE AGUAS

DANIELA RIVERA BRAVO
ALEJANDRO VERGARA BLANCO
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN: Buena parte de la actividad práctica del Derecho de Aguas se desenvuelve a través de la actividad de la Administración Central del Estado, representada principalmente, en materia de aguas, por la Dirección General de Aguas; organismo con atribuciones diversas en este campo y al que deben ocurrir los administrados/particulares para la gestión de diversos trámites, con el objetivo de realizar registros o solicitudes, lo que da lugar a procedimientos regulados por la ley. La actividad jurisprudencial de la Corte Suprema en los años 2011-2014 da cuenta de diversos pronunciamientos al respecto, en los cuales se ha especificado este «*Derecho Administrativo de las aguas*».

INTRODUCCIÓN

Este análisis jurisprudencial está focalizado a revisar la actividad de la Corte Suprema, en los años 2011-2014, en relación a un sector especial de la regulación: la actividad de la Administración Central de las aguas; esto es, la actuación de la Dirección General de Aguas, en aspectos también específicos de la normativa que la rige (en especial, los actos administrativos de orden interno y procedimientos).

Desde el punto de vista metodológico, nos permite observar no sólo aquellos aspectos singulares de este sector de las aguas, sino también aquellos temas o soluciones que, surgiendo de este sector especial o particular, luego es posible aplicar o pueden ser aplicados, de manera expansiva, a otros sectores

diversos de la regulación administrativa. De ahí que estos trabajos comparados (un verdadero «*Derecho comparado interno*», entre dos disciplinas de un mismo Derecho nacional) son de utilidad pluri-direccional: tanto para las disciplinas que se comparan, como para otras sub-disciplinas del Derecho Administrativo. Es que el trabajo sistemático de la doctrina del Derecho Administrativo abarca, por igual, tanto la parte general como la parte especial de la disciplina; y, este análisis jurisprudencial se realiza desde una perspectiva que nos sitúa en ambos ángulos: en el procedimiento administrativo, que integran la parte general, lo que aquí aplicamos a un sector especial de la mayor importancia¹: el aprovechamiento de las aguas. Esto nos lleva a demostrar, una vez más, el aserto de la *recíproca interacción e interrelación* que siempre es perceptible entre ambas esferas general y especial de la disciplina². Las conclusiones que se obtenga en este intento, entonces, son de relevancia, en primer lugar, para tal sector especial: las aguas; pero también, en seguida y de modo más general, para otros sectores regulados por el Derecho Administrativo Económico.

El enfoque de este análisis es la *praxis* de la Dirección General de Aguas, y la aplicación que realiza de su propia regulación en cuanto a actos y procedimientos; ello, siguiendo, como es natural, los criterios de la jurisprudencia, constituye aspectos muy relevantes de la regulación administrativa, con especial incidencia en materia de aguas, los cuales se han manifestado como conflictivos en el encuentro de los administrados con la Dirección General de Aguas. Las materias y casos de actos y procedimientos, todos de diversa naturaleza, inciden en el marco del Derecho Administrativo especificado a la materia de aguas, son dos:

1º) *La auto-formulación de normas generales por el órgano administrativo de aguas, su validez y alcance.* La ausencia de mayores regulaciones de nivel legal o reglamentario en materia de aguas, en varios casos, ha llevado al órgano administrativo a ensayar la auto-formulación de actos normativos, a través de actos administrativos autogenerados (sin ningún control de legalidad previa, incluso); se trata de actos de orden interno a que los administrados deben sujetarse, los cuales pueden ser vistos como *pseudo* sustitutos de la actividad parlamentaria o reglamentaria. Sobre este tema, la Corte Suprema tuvo la oportunidad de pronunciarse.

Pero, al mismo tiempo, en varios casos, la propia Corte Suprema, sin paramientos, sin percibir que se trataba de una «fuente del Derecho» irregular,

¹ A estos sectores podemos llamarlos, también, *ámbitos de referencia*, en el sentido de SCHMIDT-ASSMANN 1998 [2003], 13.

² El aserto es de SCHMIDT-ASSMANN 1998 [2003], 10.

simplemente ha aplicado consistentemente estas actuaciones internas del órgano administrativo (en especial, en materia de aguas subterráneas).

2º) *La aplicación de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (LBPA) a las actuaciones de la Dirección General de Aguas.* Dicha Ley, de 2003, incorporó una serie de principios, estándares y derechos de los administrados en toda relación jurídica derivada de un procedimiento administrativo, y cabe observar cómo la jurisprudencia ha ido reaccionando a los conflictos suscitados con motivo de su aplicación. Los casos más recurrentes en la praxis de aguas, en este período 2011-2014, aluden a la aplicación supletoria de dicha ley, a la notificación de los actos de la Administración, al cómputo de los plazos en los procedimientos de aguas y al agotamiento de la vía administrativa. Temas que son de general aplicación a toda actividad de la Administración, pero que en materia de aguas cabe observar sus especificidades, y la reacción jurisprudencial.

Para la realización de este comentario, hemos retomado algunos desarrollos de trabajos realizados antes por uno de nosotros³.

I. LA AUTO-FORMULACIÓN DE NORMAS GENERALES POR EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE AGUAS, SU VALIDEZ Y ALCANCE

A/ CONTEXTO DOCTRINARIO Y LEGISLATIVO

1. *Las atribuciones únicamente administrativas de la Dirección General de Aguas.* El Estado/Administración ejerce sus potestades y atribuciones regulatorias, en materia de aguas, a través de la Dirección General de Aguas, que es, por tanto, el principal organismo que se encarga de la administración, cuidado y gestión de las aguas en nuestro país. Dicha Dirección, en tanto servicio público integrante de la Administración del Estado, está sometida a los principios generales de la actuación administrativa, muy en particular, al principio de juridicidad (arts.6 y 7 de la CPR): por ende, las actuaciones de dicho órgano sólo serán válidas en la medida que respeten tales límites.

Específicamente, el artículo 300 del Código de Aguas establece que “El Director General de Aguas tendrá los siguientes deberes y atribuciones”: Letra a): “Dictar las normas e instrucciones internas que sean necesarias para la correcta aplicación de las leyes y de los reglamentos que sean de la competencia de la Dirección a su cargo.” Es decir, la ley le permite al Director General de Aguas ejercer potestades regulatorias internas -dentro del Servicio- con el objeto de aplicar correctamente lo previsto en leyes y reglamentos; regulación que debe

³ VERGARA 2009, 2014, entre otros.

sujetarse estrictamente a dichos cuerpos normativos, sin exceder su ámbito de aplicación.

Esto debe vincularse con lo establecido mayormente en el artículo 299 del CA, que dispone las facultades específicas de la Dirección General de Aguas, que guardan relación básicamente con la extracción de aguas, las obras en cauces y las obras hidráulicas; a saber, en síntesis:

- a) Investigación y medición del recurso (artículos 299 b y 122 CA)
- b) Planificar el uso del recurso (artículo 299 letra a CA)
- c) Constitución y otorgamiento directo de derechos de aguas: superficiales: artículos 20 inciso 1º, 23, 130, 141, 149 y 150 CA; subterráneas: artículos 57, 58, 59 y 60 CA
- d) Regularización de derechos reconocidos y no inscritos (artículo 2º transitorio CA y 7º D.L. 2.603, de 1979)
- e) Fijar limitaciones y modificaciones a la extracción de aguas, declarando restricciones al uso de aguas: superficiales: agotamiento de fuentes naturales (artículo 282 CA); subterráneas: zonas de prohibición (artículos 63 y 64 CA); área de restricción (artículos 65, 66 y 67 CA)
- f) Cambio de fuente de abastecimiento (artículos 158 a 162 CA)
- g) Traslado del ejercicio de los derechos en cauces naturales (artículo 163 CA)
- h) Policía y vigilancia de las aguas (artículo 299 letra c CA)
- i) Supervigilar y conocer el funcionamiento de las organizaciones de usuarios (artículo 299 e CA)
- j) Ejercer jurisdicción o auxiliar a los tribunales
- k) Autorizar el uso de cauces naturales y artificiales
- l) Autorizar la construcción y operación de obras hidráulicas de captación, conducción y embalse de aguas

Por su parte, la letra c) del artículo 300 establece como atribución del Director General de Aguas, “Dictar las resoluciones que corresponda sobre las materias que las leyes encomienden específicamente a los jefes superiores de servicios”. A este respecto, la norma básica en esta materia es el artículo 31 inciso segundo del DFL N°1/19.653, de 2000, que fija el texto refundido de la Ley N°18.575, en cuanto dispone que “A los jefes de servicio les corresponderá dirigir, organizar y administrar el correspondiente servicio; controlarlo y velar por el cumplimiento de sus objetivos; responder de su gestión, y desempeñar las demás funciones que la ley les asigne”.

Así, la facultad prevista en la letra c) del artículo 300 del CA viene a complementar la contemplada en su letra a), en tanto que no se restringe a las potestades regulatorias internas “de ejecución” de lo dispuesto en las leyes y

reglamentos, sino que es más amplia, refiriéndose a facultades directivas y organizativas generales del jefe de servicio. Es una facultad general de regulación interna del Servicio⁴.

2. *Los actos administrativos de orden interno.* Estos actos (formalmente denominados en la práctica: instrucciones, circulares, oficios, manual, etc.) son expresiones de la jerarquía administrativa, es decir, una prescripción que el jefe de Servicio da a los funcionarios sujetos a su autoridad en lo que concierne a la administración y aplicación de las leyes y reglamentos; siendo por tanto una manifestación de la potestad jerárquica, y no de la potestad reglamentaria. Por ello, tales actos pueden considerarse como «res interna», vale decir, son actos *internos* de la Administración, no tienen fuerza obligatoria bilateral como norma jurídica, y, en consecuencia, no afectan directamente las situaciones jurídicas de los administrados⁵.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta especie de actos, no existe unanimidad en la doctrina en relación a su caracterización como verdaderos actos administrativos, ni en cuanto a su potencia normativa⁶. Así, se ha sostenido que en la medida que no agregan nada nuevo al ordenamiento jurídico, ni confieren o lesionan un derecho, no son verdaderos actos administrativos⁷. Menos tajantemente, se ha afirmado que la “...actividad interna o inter-orgánica de la Administración presenta rasgos distintos en relación con el régimen jurídico de los actos administrativos, hecho que justifica su aislamiento conceptual...”; como consecuencia de ello, “...a este tipo de relaciones jurídicas se les aplican supletoria o analógicamente (según sea el caso) las normas y principios que informan el régimen del acto administrativo...”, con ciertas peculiaridades⁸.

Sin perjuicio de dichas discrepancias, existe al menos consenso en cuanto a que estos actos no están destinados a innovar en el ordenamiento jurídico, creando, modificando o extinguiendo derechos *objetivos* o *subjetivos*, en la medida que no implican una relación o situación jurídica nueva; y por lo mismo es que no establecen obligaciones o derechos para los administrados ni fijan normas generales e imperativas, funciones que son propias de la función legislativa y de la

⁴ En tal sentido pueden verse los dictámenes N°1.788, de 2003; N°26.128, de 2002; N°28.849, de 2000, y N°28.755, de 2000, de la Contraloría General de la República.

⁵ Ver BAENA DEL ALCÁZAR 1965, 111-112, 118-119; BOLOÑA 2005, 109-110; CALDERA 2001, 245; CASSAGNE 2002, 61-62; ORTIZ DÍAZ 1957, 338-339; PRECHT 1989, 469; y, SILVA CIMMA 2009, 271-275.

⁶ Así, en nuestro Derecho se ha señalado que dichas normas no son jurídicas: PRECHT 1989, 467. Asimismo, véase CAMACHO 2005, 430.

⁷ Ver SÁNCHEZ 2004, 243.

⁸ Ver CASSAGNE 2002, 62.

potestad reglamentaria (Dictámenes N°17.367, de 3 abril de 2009; N°56.835, de 28 de noviembre de 2006; N°45.522, de 9 de diciembre de 1998; N°29.208, de 18 de diciembre de 1985; y, N°2.886, de 1969). Precisamente, debido a que dichos actos no están llamados a innovar en el ordenamiento jurídico, ni a afectar derechos subjetivos de los administrados, es que lo mismos no están sujetos al control preventivo de legalidad que lleva a cabo la Contraloría General⁹.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha señalado que, por tratarse de actos que sólo surten efectos al interior de la Administración, siendo por ende, *inoponibles* a los particulares, pueden considerarse excluidos de la LBPA, y que si se pretendiera su oponibilidad nos encontraríamos ya ante un acto, el cual debería cumplir con las exigencias previstas en la LBPA¹⁰.

Por su parte, las decisiones de la Contraloría General de la República han sido vacilantes al respecto. Así, ha sostenido en su Dictamen N°49.408, de 14 de agosto de 1979, que a dicho órgano de control sólo le compete ejercer el control de legalidad de los actos *formales* de la Administración activa, faltando a las circulares el carácter de norma legal o reglamentaria, correspondiendo la fiscalización de su cumplimiento a la autoridad que las dispuso. Asimismo, ha sostenido que las *decisiones* de la autoridad deben adoptarse mediante la dictación de los correspondientes actos administrativos y no a través de circulares (Dictamen N°28.025, de 5 de agosto de 1998). En forma similar se ha dictaminado que la resolución que adjudica un contrato administrativo es el único acto administrativo que la Contraloría General de la República tiene presente al ejercer el control de legalidad, toda vez ese es el único documento válido como expresión de voluntad de la autoridad, como consecuencia de lo cual se excluyen los oficios que durante el procedimiento manifiestan solamente opiniones que no significan un acto administrativo.

Sin embargo, los Dictámenes N°17.367, y 297¹¹, ambos de 2009, N°44.742, de 5 de octubre de 2007, y N°23.772, de 25 de septiembre de 1992, califican a las circulares y a los oficios como actos administrativos. Desde la consideración de que las órdenes internas son decisiones formales que emiten los órganos de la Administración del Estado en las cuales se pueden contener

⁹ Véase SILVA CIMMA 2009, 273. Y en Francia han estado tradicionalmente excluidos del control por parte del Consejo de Estado. Ver ORTIZ 1957, 336.

¹⁰ Vid. CORDERO 2003, 551.

¹¹ Dicho dictamen señala, en lo que nos interesa, que "... en cuanto a la obligatoriedad del oficio circular a que se refieren los ocurrentes, corresponde señalar que el documento en estudio constituye un mero acto de constancia, que sólo tiene por objeto la publicidad de una situación de hecho, consistente en la existencia de un proyecto de mejoramiento de grado para los funcionarios a contrata de Gendarmería de Chile. En tales condiciones, cabe concluir que, atendido su contenido, el referido oficio circular (...) carece de la ejecutoriedad y de la obligatoriedad propias de los actos administrativos decisorios, al no contener una declaración de voluntad con el propósito de producir un efecto jurídico concreto..."

declaraciones de voluntad, juicio, constancia o conocimiento, realizadas en el ejercicio de una potestad pública, en concreto, de la potestad jerárquica, es que parece apropiado concluir que las órdenes internas *son verdaderos actos administrativos*, y en tanto tales, quedan sujetos, en la medida de lo posible, a las disposiciones de la Ley N°19.880¹². Ello es consistente con la circunstancia fáctica de que aún los actos internos tienen consecuencias jurídicas, a lo menos indirectas, para los administrados¹³, ya que, precisamente, existiendo tales consecuencias, debe velarse por que existan a disposición de los ciudadanos medios cautelares de sus intereses, entre los cuales destaca el procedimiento administrativo.

En fin, el carácter de norma interna (con efectos frente a terceros) ha sido reconocido por la propia Contraloría General, la cual ha señalado que “...los manuales que utilice la Administración Pública como criterios técnicos para adoptar sus decisiones discrecionales han de adecuarse al ordenamiento jurídico, dentro del cual debe ejercerse las potestades de este tipo, por lo que esos instrumentos están sometidos a las reglas y preceptos jurídicos y ser entendidos en armonía con éstos, más aún si constituyen *instructivos internos*, obligatorios para el Servicio, *con incidencia en los derechos de las personas*, debiendo adecuarse a los principios y valores reconocidos en la norma inserta en la regla positiva y en la jurisprudencia administrativa.” (Dictamen N°20.862, de 2004).

En cuanto a las relaciones entre normas internas y reglamentos, según ha señalado la Contraloría, los “...actos administrativos de esa clase “sólo tienen por objeto materializar la potestad de mando que corresponde a los jefes de servicio en relación con los funcionarios que les están subordinados”, y no crean obligaciones para los particulares, de manera que la respectiva autoridad debe proceder a la invalidación de la circular (...), y de todo otro instrumento de tal naturaleza que haya emitido a fin de regular el régimen autorizacional de que se trata, sin que dicha medida pueda afectar los derechos adquiridos por terceros de buena fe al amparo de los mismos.” (Dictamen N°36.737, de 2008, ratificando lo resuelto previamente en Dictamen N°2.965, de 2008).

3. Casos y características de actos de orden interno emitidos por la Dirección General de Aguas. La doctrina nacional ha entendido este tipo de actos, los instructivos internos o instrucciones de servicio, como “normas pues, preponderantemente

¹² Debemos destacar en este punto el Dictamen N°36.737 de 2008, el cual hace aplicable la Ley N°19.880 a una Circular, concretamente, lo relativo a la potestad invalidatoria contenida en su artículo 53.

¹³ Ver GARCÍA-TREVIJANO 1986, 214-215; CAMACHO CEPEDA 2005, 430, nota al pie N°20; y, PRECHT 1989, 470-471. Y ello ha sido expresamente reconocido por la Contraloría General respecto del Manual de Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos de la DGA, en su Dictamen N°20.862, de 2004.

técnicas, de buena administración, que persiguen la fijación de objetivos, condiciones y criterios generales de actuación (a veces imperativos, a veces indicativos), estas “*directivas*” no son un medio de comunicación entre autoridades, sino, ante todo, el establecimiento de una línea de conducta del propio poder discrecional de quién las emite o del ejercicio del poder discrecional del órgano subordinado. No obstante lo anterior, conviene considerar que las referidas instrucciones condicionan la aplicación que los órganos públicos dan a una determinada norma legal, de ahí la importancia de su estricta sujeción a juridicidad, y la gravedad que puede revestir su incumplimiento.”¹⁴

En el mismo sentido, la doctrina manifiesta que, “las directivas, programas ministeriales e instrucciones pueden ser productoras de efectos jurídicos al condicionar de una cierta manera (sea general o abstracta, sea con un cierto particularismo), los actos administrativos que serán dictados bajo su amparo.”¹⁵

Este verdadero acto administrativo, según se colige de la definición legal del mismo que hace la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos en su artículo 3º, aplica a “las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”, complementando y expandiendo la definición al señalar en el inciso 6º que “constituyen, también, actos administrativos, los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias”, es el que en la práctica rige la suerte y el destino de las presentaciones efectuadas ante la Dirección General de Aguas, como si fuera una «ley».

En la práctica, la Dirección General de Aguas, en los últimos años, y décadas, ha venido dictando estos actos de orden interno, a los cuales ha sujetado no sólo a sus funcionarios, sino también a los administrados. Los casos más notorios son los siguientes ¹⁶ :

a) Resolución de la DGA N° 425, de 2007, que dispone normas sobre exploración y explotación de aguas subterráneas (resolución que sustituyó a otras anteriores; y que fue derogada en 2014, fecha en que se dictó por vez primera un Reglamento de aguas subterráneas; antes de esta fecha, tal tema había sido «regulado» por este acto administrativo de orden interno);

b) Resolución exenta de la DGA N° 3.504, de 2008, que aprueba un Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos

¹⁴ PRECHT 1989, 467.

¹⁵ PRECHT 1989, 469.

¹⁶ Un análisis más detallado ver en: VERGARA 2014, 223 y ss.

Hídricos (aún vigente; nótese la regulación de «procedimientos», no obstante ser materia de ley: art. 63 N° 18 Constitución);

c) Resolución exenta DGA N° 1.800, de 2010, que establece criterios de aplicación de la normativa por parte de la DGA, en ciertas materias de la legislación de aguas vigente.

Es sobre este último caso que existen pronunciamientos jurisprudenciales directos, y que son objeto de este comentario, más adelante.

Al analizarlo, vemos que estos actos reúnen -entre otras- las siguientes características, a saber:

i) Son de elaboración propia de la DGA, una instrucción de servicio dictada en virtud de las atribuciones del Director General de Aguas contempladas en el artículo 300 del Código de Aguas; por lo mismo no debiera tener fuerza obligatoria ni mayores efectos para los particulares, sino que sólo lo estrictamente necesario en la medida que dichas instrucciones son necesarias “para la correcta aplicación de las leyes y de los reglamentos que sean competencia de la Dirección a su cargo”, es decir, como un instructivo interno de la DGA. Sin embargo, en los casos concretos se elaboran en claro exceso de sus potestades, pues su contenido se extiende y aborda materias que no son susceptibles de ser reguladas por esta vía.

ii) Son aprobados, en varios casos, por medio de una resolución exenta, es decir, sin control alguno por parte de la Contraloría General de la República, órgano de control de la legalidad de los actos de la Administración por excelencia, según lo dispuesto en la Carta Fundamental y en la propia Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría. Al respecto, cabe señalar que la exención de toma de razón por parte de la Contraloría de ciertos actos y resoluciones de los órganos de la Administración, según lo dispone la Resolución N° 1600, tiene como fundamento la agilidad del procedimiento, pero tiene como presupuesto indispensable el hecho de que a través de ellas no se regulen materias o afecten derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares, ya que como es expreso el legislador en reiterados pasajes del ordenamiento jurídico, ello debe hacerse siempre por medio de una ley; por el contrario, la “*Resolución Exenta*” es un instrumento normativo de índole administrativa, el que posee la más baja calificación jerárquica en el sistema jurídico.

iii) No cumplen, en varios casos, los requisitos de publicidad mínimos que el ordenamiento jurídico exige. La Ley 19.980 en su artículo 48, “Obligación de publicar”, enumera aquellos actos administrativos que deben publicarse en Diario Oficial, a saber, aquellos que:

- 1° Contengan normas de general aplicación o que miren el interés general;
- 2° Los que interesen a un número indeterminado de personas;
- 3° Los que afectaren a personas cuyo paradero fuere ignorado, de conformidad a lo establecido en el artículo 45;
- 4° Los que ordenare publicar el Presidente de la República; y
- 5° Los actos respecto de los cuales la ley ordenare especialmente este trámite.

Este requisito publicidad, como resulta evidente, tiene por objeto poner en conocimiento de los ciudadanía aquellas normas que les serán aplicables en su relación con la Administración del Estado, los que una vez publicados gozarán de autenticidad y se entenderán oficialmente notificados, obligando desde esa fecha a su íntegro y cabal cumplimiento, salvo que se establecieren reglas diferentes, según lo dispone el artículo 49 de la referida Ley de Bases. Precisamente esta necesidad de poner en conocimiento de la población estos actos administrativos, es el requisito que hace operativo el principio de certeza jurídica antes referido.

Asimismo, la obligación de publicar le garantiza al particular, destinatario del acto administrativo, la posibilidad de impugnar el mismo, por medio de la interposición de los diferentes recursos legales que contempla el ordenamiento jurídico. De manera inexplicable, algunos de estos actos internos no son publicados en el Diario Oficial, ni en lugar alguno, sólo son distribuidos internamente en las reparticiones del organismo, y los particulares únicamente pueden acceder a él escudriñando el sitio web de la Dirección.

iv) Las disposiciones de estos actos administrativos, en varios casos, imponen exigencias distintas y superiores a las establecidas en la ley. Por ejemplo, el punto 3.5.4 del Manual de Normas y procedimientos para la administración de recursos hídricos, “interferencias de obras y derechos de aprovechamiento superficiales”, concepto inexistente en el Código de Aguas, impone cargas a los particulares mayores a las contempladas en los artículos 22 y 141 del Código de Aguas.

v) Contravienen lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 19.980, que expresamente señala que: “En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales (como los contenidos en el Código de Aguas), la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”. Por lo tanto, ante la insuficiencia de los procedimientos contempladas en la ley (Código de Aguas), deben aplicarse las normas existentes en la Ley 19.880, pero en ningún caso resulta adecuado que, sin la participación de órgano externo de control alguno, se dicte por un órgano administrativo un acto administrativo que dispone y

establece requisitos, etapas procedimentales, exigencias y criterios no contemplados en el Código del ramo.

vi) Gozan, en la *praxis*, de presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad, establecidas en el inciso final del artículo 3° de la Ley 19.880, por lo cual, y pese a las irregulares características y naturaleza del mismo, es formalmente oponible a los particulares “autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”. La presunción que la norma legal consagra, tiene por objeto hacer operativo el acto administrativo en la relación administrado-Administración, trasladando al particular la carga de impugnarlo en la vía administrativa o judicial, pero dicha presunción *iuris tantum* o de acto ajustado a Derecho, tiene como presupuesto el cumplimiento de todos los requisitos que la misma Ley de Bases consagra.

Lo más preocupante es, como se dice más adelante en este comentario, que la propia jurisprudencia ha tendido, en varios casos, a aplicar estos meros actos administrativos como si fuesen una «fuente» más del Derecho.

vii) Están sujetos a permanentes cambios y modificaciones. En la práctica los particulares, que generalmente se enteran de la existencia de los referidos actos administrativos cuando éstos ya se les ha aplicado, no tienen certeza ni siquiera si se les seguirán aplicando las mismas normas, por cuanto es una práctica frecuente e institucionalizada el incorporar modificaciones, las que rigen con efecto retroactivo, es decir, altera las reglas durante la tramitación de las solicitudes, dejando en la más completa incertidumbre e indefensión al administrado. Lo anterior lo reconoce explícitamente la Resolución exenta N° 3504, que aprueba el Manual de Normas y Procedimientos del año 2008, actualmente vigente, al disponer que: “podrá siempre ser objeto de actualizaciones y modificaciones según lo requieran las necesidades del servicio”; es decir, depende de la personal visión del Director General de Aguas la forma de tramitación de los derechos y la suerte de las peticiones de los administrados, la que operará retroactivamente una vez aprobada por una nueva resolución exenta.

Al respecto la Contraloría ha resuelto que: *“Por otro lado, es necesario hacer presente que los manuales que utilice la Administración Pública como criterios técnicos para adoptar sus decisiones discrecionales han de adecuarse al ordenamiento jurídico, dentro del cual debe ejercerse las potestades de este tipo, por lo que esos instrumentos están sometidos a las reglas y preceptos jurídicos y ser entendidos en armonía con éstos, más aún si constituyen instructivos internos, obligatorios para el Servicio, con incidencia en los derechos de las personas, debiendo*

adecuarse a los principios y valores reconocidos en la norma inserta en la regla positiva y en la jurisprudencia administrativa.”¹⁷

Así las cosas, la instrucción de Servicio como manifestación del actuar interno de la Administración, que puede producir efectos frente a los administrados, no puede en caso alguno sustraerse de la estricta sujeción a la juridicidad, principio constitucionalmente reconocido que debe guiar la actuación de la Administración.

B/ LA REACCIÓN CIRCUNSPECTA Y ELUSIVA DE LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia de la Corte Suprema, en el período 2011-2014, se ha pronunciado de dos modos diferentes sobre estos actos administrativos de orden interno de la Dirección General de Aguas:

i) por una parte, si bien de modo circunspecto, ha tenido la oportunidad de pronunciarse directamente sobre la validez y efectos de uno de los casos señalados antes: la Resolución exenta N° 1800, de 2010, por demás de modo correcto;

ii) pero, por otra parte, de un modo elusivo, en innumerables supuestos, la misma Corte Suprema no ha podido sino apercibirse de estos excesos regulatorios en que incurre la Administración, pero le ha restado gravedad; no obstante captar esta extralimitación del órgano administrativo, lo que ha originado la incorporación irregular de nuevas «fuentes» del Derecho de Aguas: un mero acto administrativo.

1. Un acto administrativo de orden interno en materia de aguas: Resolución exenta N° 1800, de 2010. Al respecto, se interpusieron dos recursos en contra de este acto administrativo:

*a) Mirta Astudillo Burgos con DGA*¹⁸, en que denuncia que la Resolución N° 1800 ha cambiado criterios anteriores de la propia DGA. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago señala, de manera circunspecta, que: *“La resolución impugnada no tiene por objeto crear, modificar o extinguir derechos de aprovechamiento de aguas, sino contiene órdenes del jefe superior del servicio a sus subordinados, en uso de su potestad jerárquica, relativas al correcto cumplimiento de la ley en las materias que indica la misma resolución.”*

¹⁷ Dictamen N° 20862, de 28 de abril de 2004.

¹⁸ *Astudillo Burgos, Mirta con DGA* (2011).

b) La Corte Suprema conoció el caso en *Castillo Sánchez, Marcelo y Otros con DGA*¹⁹, en que se recurre contra dicha Resolución DGA, denunciando la extralimitación de la DGA.

Por una parte, la Corte de Apelaciones, había señalado: *“Que de la sola lectura de la referida Resolución Exenta DGA N° 1.800 de 14 de Julio de 2010 agregada a los autos queda en evidencia que, conforme a su texto, sólo consiste en un acto de orden interno que contiene instrucciones que el Director General de Aguas imparte a sus subordinados, en ejercicio de la facultad que le otorga el recién mencionado artículo 300 letra a) del Código de Aguas. En parte alguna de dicha Resolución se manifiestan decisiones de la autoridad administrativa que afecten derechos específicos de los recurrentes o de otros administrados”* (2°). Agrega: *“Que, en consecuencia, la resolución impugnada no tiene por objeto crear, modificar o extinguir derechos de aprovechamiento de aguas o alterar el régimen de adquisición de bienes nacionales de uso público, sino, como se ha señalado, sólo contiene instrucciones del jefe superior del servicio a sus subordinados, emitidas en uso de su potestad jerárquica y relativas al correcto cumplimiento de la ley en las materias que el mismo acto indica.”* Termina esta circunspecta sentencia señalando: *“Atendido lo anterior, y teniendo también presente que no se advierte la afectación concreta de algún derecho de los reclamantes, quienes no son los llamados a ejercer el control de legalidad de las instrucciones internas de un servicio público, la reclamación en estudio deberá ser rechazada.”*

La Corte Suprema, en su sentencia de casación esquivo el problema de fondo, aduciendo que los recurrentes no tendrían interés en un acto administrativo interno que no les producirá, directamente, agravio alguno; y que en su caso, existe toda una regulación de recursos que, en su momento, los agraviados podrán interponer. Señala, en su considerando 9°: *“Que la Resolución Exenta DGA 1.800 respecto de la cual se desestimó el recurso de reconsideración, decisión esta última que dio origen a la reclamación de autos, bajo ningún respecto podría ocasionar un agravio que afecte precisamente a los reclamantes. Para intentar una acción así como para contradecirla, es necesario tener interés, porque sólo con esa condición se pone en juego la actividad jurisdiccional.”*

Aquí es notoria la falta de una más asentada jurisdicción contencioso administrativa, pues el máximo Tribunal no se apercibe cómo, ante sus ojos, un órgano de la Administración se extralimita, dictando normas generales, y ante el reclamo de los administrados, simplemente, de manera circunspecta, les responde mediante la necesidad de justificar un interés real e inmediato y en la existencia de recursos para el caso en que se apliquen tales criterios normativos.

c) *Corte Suprema no percibe que, ante sus ojos, se dictan normas generales por un órgano administrativo.* Como se observa, en ambos casos, la jurisprudencia actuó de

¹⁹ *Castillo Sánchez, Marcelo y Otros con DGA* (2013). Ver también la sentencia contra la que se dedujo el recurso de casación antes referido, *Castillo Sánchez, Marcelo y Otros con DGA* (2012).

un modo bastante superficial, sin examinar los efectos reales de ese acto que ella misma calificó, correctamente, como un mero acto de orden interno; esto es, de aquellos actos que no inciden en los administrados de modo directo, y que contendrían meras instrucciones internas de un jefe de Servicio.

Pero, para ambos casos, era evidente que el contenido de ese acto interno va más allá de las relaciones internas del Servicio, y se traduce en realizar verdaderas regulaciones, sustituyendo a la ley, en materia de aguas; la Corte Suprema elude el problema de fondo: observar con el ojo experto de un jurisdicente la efectividad de su teórica afirmación, tranquilizando al justiciable de que ese acto no le afectaría en nada sus derechos.

Pareciera una doctrina coherente; pero sólo a primera vista, pues lo que se hizo en ambas causas fue sólo incorporar un axioma (trátase la resolución exenta de un acto de orden interno, que no debe afectar al administrado); pero la Corte omitió todo pronunciamiento y análisis de fondo, sobre el texto de ese acto que validó, el que se refería precisamente a aspectos regulatorios, y no a meras instrucciones internas de un jefe de servicio. Y, falsando la realidad, la Corte llega a decir que *“la resolución impugnada no tiene por objeto crear, modificar o extinguir derechos de aprovechamiento de aguas o alterar el régimen de adquisición de bienes nacionales de uso público”*, cuando, en los hechos, lo que hace precisamente ese mero acto administrativo es «alterar el régimen de adquisición» de los derechos de aguas; esto es, alterar la regulación, materia que es propia del Parlamento.

Entonces, podemos decir, la Corte ha quedado en la mitad de una sentencia real: no sólo debió haber consignado ese axioma (con el cual cualquiera puede estar de acuerdo, en especial la doctrina de Derecho Administrativo); sino que debió haber resuelto el conflicto sometido a su conocimiento, lo que no hizo, pues no llevó ese axioma a la praxis puesta ante sus ojos; de haberlo hecho, se habría apercebido de la realidad: que la Dirección General de Aguas, mediante un mero acto administrativo modificó el ordenamiento jurídico legal (extralimitando sus atribuciones).

Lo más grave de esta doctrina jurisprudencial es que una vez dictado ese acto, la Dirección General de Aguas, seguramente, lo aplicará con la verdadera intencionalidad, ya no de una mera instrucción interna, sino de auto-generar una regulación que le sirva de base general para futuros pronunciamientos en que sí afectará directamente derechos de los particulares. Y, en esas hipótesis, como se ve de inmediato, la propia Corte Suprema aplica otra doctrina jurisprudencial bastante corriente: validar la auto-aplicación de los actos administrativos internos por la propia Dirección General de Aguas. Si observamos bien, ambos criterios jurisprudenciales paralelos de la Corte Suprema actúan como un cerrojo, impidiendo un control jurisdiccional real y efectivo respecto de la DGA.

2. *La sistemática validación de los actos administrativos internos por la jurisprudencia.* Así como las decisiones de la DGA están plagadas de la aplicación constante de sus propios actos de orden interno que contienen verdaderas regulaciones, que sustituyen a la ley y al reglamento, la jurisprudencia, lamentablemente, está plagada de una aplicación constante de esos meros actos administrativos internos de la DGA, traduciéndose en una verdadera y nueva fuente del Derecho para los Altos Tribunales, quienes no sólo los citan de modo constante, sino que los transcriben y validan, como si fueran parte de la regulación legal y reglamentaria, sin incorporar el juzgamiento de juridicidad propio de un jurisdicente. De ahí que esta actitud elusiva de validar formalmente esta autogeneración de actos administrativos con efectos normativos se traduce en una actitud de fondo: la aplicación de los mismos, sin ningún tamiz de juridicidad, esa que espera todo justiciable en un Tribunal de Justicia.

Podemos citar algunos casos:

a) *Inmobiliaria Las Ágatas S.A. y Empresa de Agua Potable del Litoral S.A con Dirección General de Aguas, Rol N° 6666-2009, de 23 de mayo de 2012.* Dice la Corte Suprema respecto a la Resolución DGA 425, de 2007: *“Constituye su dictación, el cumplimiento de un deber legal ineludible, toda vez que, además, mediante tales disposiciones se dota al estatuto jurídico relativo a las aguas subterráneas de un marco normativo integral. Que la reflexión anterior adquiere mayor sustento si se considera lo dispuesto en el artículo 58 del citado texto legal que señala, que “Cualquiera persona puede explorar con el objeto de alumbrar aguas subterráneas, sujetándose a las normas que establezca la Dirección General de Aguas”.* Termina la Corte Suprema señalando: *“Que así las cosas, es evidente que la Dirección General de Aguas cuenta con atribuciones para establecer disposiciones generales sobre la exploración y explotación de las aguas subterráneas, las que son de carácter obligatorio.”*

Por cierto, yerra la propia Corte Suprema en su lectura del art.58 CA que transcribe, el que (igual que el art.59 CA) se refiere sólo a la acción misma de explorar y extracción de las aguas, materia en que la DGA tiene atribuciones; pero eso no la habilita para establecer requisitos procedimentales, como es el caso fallado en esa sentencia, en que la Corte Suprema acepta que la DGA incorpore nuevos requisitos distintos a los establecidos por la ley. No se trata, en este caso, de un acto de mera instrucción interna, sino de la incorporación de requisitos procedimentales, lo que es materia de ley.

b) *Sociedad Agrícola Las Palmas de Santa Rosa Ltda. con Dirección General de Aguas, Rol N° 4763-2009, de 19 de diciembre de 2011.* Precisa la Corte Suprema: *“Que, en efecto, fue el legislador del Código de 1.981, el que ordenó a la Dirección General de Aguas regular la exploración y explotación de las aguas subterráneas, para lo cual la ha dotado de facultades especiales en los artículos 58 y 59 del Código de Aguas. Las potestades que las*

citadas disposiciones le confieren, las ejerce este Servicio en el marco de las normas generales que ella misma ha establecido, como lo son las que contenía su Resolución No 341, de 2005, publicada en el Diario Oficial de 15 de mayo del mismo año, que se refiere a esta materia en su artículo 26, precepto que es claro e imperativo en orden a que debe...”

Obsérvese la amplitud que la Corte Suprema le otorga a esta supuesta potestad normativa de la DGA, de establecer deberes a los administrados.

c) Aes Gener S.A con Dirección General de Aguas, Rol N° 654-2009, de 18 agosto de 2011. Si bien en este caso la sentencia de la Corte Suprema, en cuanto al fondo, es razonada y coherente con la juridicidad, defiendo de un modo admirable a los derechos consuetudinarios, no tenía para qué citar entre las supuestas fuentes del Derecho al Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, al cual, según la Corte, la reclamada (la Dirección General de Aguas, “debe dar estricto cumplimiento” (olvidando, al parecer, ¡que ese Manual lo dicta la propia reclamada, la DGA)!

3. El cerrojo al que la jurisprudencia ha sujetado a los administrados. Estas doctrinas, como se ve, actúan como un cerrojo para la protección de los derechos de los administrados en materia de aguas, y para el efectivo control que la Corte Suprema debe efectuar sobre la actuación de la Dirección General de Aguas. Es una actitud en la que, en definitiva, la Corte Suprema evita introducirse en el fondo de los asuntos y valida, primero, las decisiones normativas de ese órgano administrativo; y luego, al conocer los casos específicos, valida la aplicación singular de tales actos normativos de la DGA. De ahí que estas líneas jurisprudenciales acaso pudiesen ser revisadas, no para enarbolar desde aquí algún criterio de fondo, sino para instar al Alto Tribunal a dejar de lado esa actitud circunspecta y elusiva de un control jurisdiccional que es un deber acometer; de otra manera, lo que ocurre, en la práctica, es que los administrados quedan sujetos, en todo momento, a la discrecionalidad de la DGA, todo bajo la vista de esta línea jurisprudencial nada admirable.

Es una verdadera paradoja que la Corte Suprema, por una parte, viene a señalar a los administrados que los actos *pseudo* normativos internos de la DGA son inofensivos (véanse las sentencias relativas a la Resolución DGA 1800, de 2010), y, paralelamente, la misma Corte aplica esos actos normativos, sin tamiz alguno, como si fuesen auténticas fuentes del Derecho.

II. APLICACIÓN DE LA LEY DE BASES DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE AGUAS

La Ley N° 19.880, de 2003, junto con establecer unas “bases”, es supletoria respecto de “procedimientos administrativos especiales” contenidos en normas pre-existentes. Las técnicas de derogación tácita y supletoriedad permiten la aplicación efectiva de los nuevos estándares y garantías que establece la LBPA. Con ambas técnicas, la LBPA deroga tácitamente, y, a la vez, rellena las lagunas de las leyes pre-existentes.

Hasta ahora sólo se ha discutido o analizado en doctrina la supletoriedad en la LBPA, y no la efectiva derogación tácita que a nuestro juicio se ha producido con dictación de este texto (en aquellos casos en que existen estándares anteriores de inferior valor). Cabe comprobar el alcance de la LBPA, pues como ha señalado la jurisprudencia de la CGR, sus principios constituyen un “*criterio básico o estándar preferible*” (Dictamen 32424, de 2004), y cuando algo es preferible, implica derogación de lo anterior, por contener valores de mayor justicia, seguridad o certeza jurídicas.

Veremos, en general, cómo ha acogido estos estándares la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de aguas.

A/ CONTEXTO NORMATIVO Y DOCTRINARIO: LOS NUEVOS ESTÁNDARES VALORATIVOS DE LA LBPA

1. *Los nuevos estándares valorativos de la LBPA*

a) *La forma de los actos administrativos en el orden legal hasta 2003.* Con la evidente finalidad de otorgar seguridad, certeza y justicia a las relaciones entre los administrados, de frente a la acción administrativa, hasta el año 2003 el ordenamiento establece regulaciones relativas a la forma de los actos administrativos, y a su procedimiento.

Consagra la Constitución Política (CP) diversas normas relacionadas con el procedimiento administrativo; en especial, su art. 60 N°18 señala como materia de ley “las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública”. De aquí surge la terminología e idea normativa de “bases”. La Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 3° y siguientes, fija y desarrolla una serie de normas o reglas básicas (el texto los llama “principios”) que debe observar la Administración del Estado, todos los cuales, en definitiva, se vinculan con los actos y procedimientos administrativos.

Éste era el panorama normativo a la fecha de dictación de la nueva LBPA, en 2003. Habría que agregar, además, una nutrida jurisprudencia, sobre todo de la Contraloría General de la República, la que a través de sus dictámenes realizó una ingente labor creativa.

b) Nuevos estándares de los procedimientos en la LBPA. La LBPA establece nuevas bases, estándares y “principios”, como ella los llama, guiada por evidentes valoraciones de otorgar mayor certeza, seguridad y justicia en los procedimientos administrativos a todos los administrados. Es un reconocimiento de los derechos subjetivos públicos.

Una enumeración ejemplar podría ser la siguiente: 1° gratuidad (artículo 6°); 2° contradictoriedad (artículo 10 y 17, letra f); 3° imparcialidad (artículos 11 y 12); 4° inexcusabilidad (artículo 14); 5° publicidad (artículos 17, letra a) y 21)²⁰; 6° procedimiento de mayor racionalidad y justicia, derivándose los diversos derechos y exigencias procedimentales.

Entonces, es evidente que en la nueva LBPA encontramos consagradas nuevas bases, de las que se derivan nuevos estándares o principios, a través de las normas indicadas, que incorporan por esa vía nuevos valores de seguridad, certeza y justicia.

Existe la necesidad hermenéutica de darle algún sentido a la expresión “base” que utiliza la Constitución, y el legislador lo hizo estableciendo dichas “bases”, pero con la terminología de “principios”, en sus artículos 4° a 17. Por lo tanto, en cuanto la nueva LBPA acepta la terminología constitucional de “bases”, tanto en su título como en su frontispicio (se inicia la ley señalando “*que establece y regula las bases...*”), cabe asignarle algún contenido a dicha expresión, y la más coherente es descubrir tales bases en aquellos “principios” que enumera en su artículo 4° y desarrolla en los siguientes 5 a 17.

Además, sólo con quebranto al principio de la igualdad ante la ley podría pretenderse aplicar sólo a algunos administrados estos estándares y no a otros.

De ahí la necesidad de analizar, ahora, las técnicas que utiliza el legislador en la LBPA para lograr la necesaria eficacia normativa a sus nuevas regulaciones de las “bases” del procedimiento administrativo, para hacerlas aplicables a los procedimientos administrativos. Sin esta eficacia, por lo demás, habría sido inútil la tarea legislativa.

²⁰ Estándar y derecho público subjetivo a la publicidad que ha venido a ser reforzado en el nuevo artículo 8° de la Constitución, a partir de la reforma de 2005.

2. *Derogación y supletoriedad: técnicas normativas que dan eficacia a la nueva LBPA.* El art. 1 inc. 1º LBPA señala, bajo el subtítulo “procedimiento administrativo”, lo siguiente: “La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria.” Por lo tanto, incorpora la ley dos técnicas normativas: la derogación tácita (mediante el establecimiento de «bases» regulatorias nuevas) y la supletoriedad.

Cabe analizar, entonces, en relación al procedimiento administrativo, qué significa: una ley de «bases», cuyo efecto normativo, según se dirá, es la derogación tácita (a); y, la supletoriedad, cuyo efecto es el relleno de lagunas (b).

a) *Desde las nuevas “bases” a la derogación tácita.* En la LBPA se ha utilizado la técnica de la derogación, en este caso tácita; y la derogación tácita se produce respecto de todas las leyes pre-existentes en aquellas partes en que contradicen los nuevos estándares “básicos” o “principios” a los que todo procedimiento administrativo, a partir de ahora, “estará sometido” (como dice el art. 4º LBPA).

De este modo, si la LBPA establece las «bases» regulatorias de todo procedimiento administrativo, en aplicación del art. 60 N°18 CP, cabe entender que, a partir de 2003, toda regulación que contradiga estas bases ha quedado derogada tácitamente. Así, en ningún caso podrá considerarse válida una regulación de algún aspecto de la forma de los actos administrativos, esto es, del procedimiento administrativo, que sea derechamente contradictoria a los principios de certeza, seguridad y justicia que ahora se establecen, con necesaria igualdad ante la ley, para todos los administrados por la LBPA²¹.

El efecto derogatorio de una ley de bases surge, entonces, de esta premisa: la nueva regulación «básica», opera al mismo tiempo como un mínimo y como un máximo legal. A partir de la dictación y plena vigencia de la LBPA, todas las leyes pre-existentes que no cumplen en sus regulaciones los estándares de certeza, seguridad y justicia fijados en la nueva LBPA, deben entenderse derogadas tácitamente, y, dada la laguna que a raíz de tal derogación se produce, en seguida, tales leyes necesitan de la aplicación supletoria de la LBPA para rellenar sus lagunas así producidas.

En suma, las leyes preexistentes que contienen regulaciones que contradicen los principios de certeza, seguridad y justicia que fijan estas bases a través de los nuevos estándares, se entienden derogadas tácitamente, derogación

²¹ Por ejemplo, toda norma de procedimiento especial que prescinda de toda notificación efectiva debe considerarse derogada tácitamente: quebranta los principios de publicidad y defensa, propios de un procedimiento racional y justo. Es el caso de la hipótesis de “notificación” presunta (más bien no-notificación) del art. 139 inc. 3º del Código de Aguas.

en la que arrastran a los reglamentos que las ejecutaban. Con mayor razón han quedado derogados los reglamentos autónomos que pudieron ser dictados antes de 2003, en todo lo que sean contrarios a estas bases.

b) De la inexistencia de procedimientos especiales (existencia de lagunas normativas) a la supletoriedad. En la LBPA, la técnica de la supletoriedad permite la integración normativa, evitando la existencia de lagunas en materia de procedimiento administrativo. Es la supletoriedad una técnica normativa dirigida a permitir la aplicación generalizada de la nueva regulación del procedimiento administrativo en todas aquellas situaciones en que no existan procedimientos administrativos “especiales” (ver art. 1 LBPA). Así, la nueva LBPA «completa» todas aquellas leyes preexistentes que regulen de manera “incompleta” un procedimiento administrativo especial, con su nueva normativa general o común sobre procedimiento administrativo.

Es una cláusula real y propiamente supletoria la que contiene el artículo 1º inciso 1º de la LBPA. En este caso, la captura regulatoria, por la vía de la supletoriedad, no va dirigida hacia normas de otros sectores normativos que resultasen, por ejemplo, ser “especiales/autónomos” de frente al también “especial/autónomo” del procedimiento administrativo (como los actos de otros órganos del Estado, distintos a los enumerados en el artículo 2 de la LBPA, o los actos de organismos privados), pues ello produciría resultados hermenéuticos incoherentes.

La supletoriedad va dirigida a normas que forman parte del mismo sector del ordenamiento jurídico: de los actos administrativos de los órganos de la Administración, orden en que pueden coexistir con plena coherencia normas generales y especiales/singulares/de excepción.

Dado que la LBPA en su art. 1º dice que “En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales [excepcionales], la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”, las leyes pre-existentes que simplemente no contenían regulaciones relativas a los nuevos estándares, son «completadas» por la nueva ley. Si esas leyes contenían regulaciones relativas a los estándares (siempre que no contradigan sus principios: pues serán derogadas tácitamente), siguen rigiendo, por especialidad.

Constituye así la LBPA un “complemento” normativo, una técnica de integración normativa, de tal modo que por la vía de la supletoriedad se rellenen todas las lagunas existentes. Y existirán lagunas en las leyes preexistentes cada vez que éstas no contengan regulaciones “especiales” relativas a procedimiento administrativo. Estas dos técnicas normativas (derogación tácita y supletoriedad) son las que se articulan para la aplicación eficaz de todas las nuevas bases,

estándares y principios que establece y regula la nueva LBPA. Y estas dos técnicas operan, así, de doble modo:

i) con eficacia de derogación tácita de toda regulación preexistente sobre procedimiento administrativo que pugne con las bases y principios que establece la nueva LBPA; y,

ii) con eficacia de relleno de lagunas de todas aquellas regulaciones preexistentes que no contengan normas “especiales” relativas a procedimiento administrativo; o para el caso que, conteniéndolas, estas normas especiales hayan perdido eficacia por la derogación tácita.

c) *La necesidad de aplicar los nuevos estándares de la LBPA.* La no utilización de las técnicas normativas antes referidas (derogación tácita y supletoriedad), cuando corresponda, puede implicar, a su vez, la inaplicación de los nuevos estándares y garantías de justicia, seguridad y certeza que en materia de procedimiento administrativo, a favor de los administrados, contiene la nueva Ley de Bases. Cabe ahora revisar la respuesta que la jurisprudencia ha dado a este desafío.

B/ APLICACIÓN DE PRINCIPIOS DE LA LBPA

El caso más notorio de aplicación de los estándares y principios de la LBPA lo constituye la sentencia de la Corte Suprema, dictada en el caso *Sociedad contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Cala Cala con Dirección General de Aguas* (2014), en que el más Alto Tribunal, con decisión y claridad, constata la vulneración de los principios de contradictoriedad, imparcialidad, transparencia y publicidad en el ejercicio de la potestad invalidatoria por parte de la DGA, todos ellos contenidos en la LBPA. Es interesante la soltura con que actúa la Corte Suprema, al afirmar:

“La decisión de la Dirección General de Aguas de invalidar (...) fue adoptada en contra de las disposiciones que específicamente regulan el ejercicio de tal facultad (...), puesto que la autoridad pública mencionada no dio debido y cabal cumplimiento a las normas contenidas en los artículos 10, 11 y 16 de la Ley N° 19.880.

En efecto, el principio de contradictoriedad previsto en la primera de dichas disposiciones fue conculcado, privándose a la sociedad reclamante, en cuyo beneficio había sido constituido el derecho de aprovechamiento de aguas de que se trata, de la oportunidad de conocer el procedimiento invalidatorio iniciado, negándole la oportunidad de oponerse, de efectuar alegaciones, de presentar sus defensas, de rendir las pruebas que hubiere podido considerar pertinentes, proceder que justifica hacer lugar a la acción intentada. A su vez, el principio de imparcialidad también fue quebrantado, pues en lugar de actuar con objetividad en la sustanciación y resolución del procedimiento iniciado, el órgano público obvió la existencia del administrado en cuyo favor cedía el acto que invalidó, actuación que es ilegal y que amerita el

acogimiento de la reclamación intentada en autos. Finalmente, la Dirección desconoció el principio de transparencia y de publicidad consagrado en el artículo 16, pues en lugar de promover el conocimiento de la existencia del procedimiento tantas veces citado, del contenido de la resolución que dictó y del fundamento de la misma, mantuvo por años al interesado en la más completa ignorancia de su existencia, negándole la posibilidad de ejercer los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al efecto, gestión ilegal que debió conducir al acogimiento del reclamo de autos.

En resumen, sólo cabe concluir que la omisión en que incurrió el ente público ha causado indefensión al administrado y ha contravenido las obligaciones que como órgano de la Administración incumben a la Dirección General de Aguas, configurando una ilegalidad que no puede ser soslayada (...) El error de derecho constatado tiene influencia en lo dispositivo del fallo, pues de no haberse incurrido en él se habría establecido que la Dirección General de Aguas contravino el ordenamiento jurídico vigente al invalidar la Resolución DGA (...) sin "previa audiencia del interesado" y se habría hecho lugar a la reclamación interpuesta, por lo que el recurso de casación será acogido." (Considerandos 27° y 28°)

C/ CÓMPUTO DE PLAZOS EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Este tema, en apariencia minúsculo, está conectado con un valor esencial de todo orden jurídico: la certeza.

1. Los plazos aplicados a las materias administrativas antes de 2003

*a) En los procedimientos administrativos (ante los órganos administrativos), se aplicaban los plazos del Código Civil. Antes de 2003, todo lo relativo a plazos carecía de legislación especial administrativa, y tanto la forma en virtud de la cual se computaban los plazos, como su eventual interrupción, en sede administrativa, resultaba un tanto confusa, puesto que se recurría a otros órdenes normativos extranjeros, rellenando así esa laguna, por vía de integración normativa. En efecto, como en otras áreas, se hizo una práctica habitual el empleo de la técnica de eficacia normativa de *supletoriedad*.*

En este escenario, era habitual recurrir a disposiciones del Código Civil para colmar lagunas de naturaleza administrativa. En lo relativo a los plazos se tradujo en la aplicación de la tradicional fórmula de los arts.48 y 50 del Código Civil. Según tales disposiciones los plazos son de dos clases:

- i) continuos o corridos, los cuales no se interrumpen; y,*
- ii) discontinuos o útiles, los que se interrumpen en los días feriados.*

La regla general, en la legislación civil, es que los plazos son *continuos o corridos*, salvo que el plazo señalado sea de días *útiles*, en cuyo caso no se contarán los *feriados*. Así, todo lo que decía relación con plazos, en especial el cómputo de

los plazos o su interrupción, por ejemplo, en los procedimientos ante los órganos de la Administración del Estado, hasta 2003, se regía:

1° por lo prescrito, excepcionalmente, en las leyes que regulaban el procedimiento administrativo correspondiente²²;

2° y si dicha normativa especial no contemplaba reglas sobre el plazo, se aplicaba, indefectiblemente, de manera supletoria, el Código Civil²³.

La nomenclatura tradicional de los plazos, según el Código Civil (por su regla general), es de plazos *corridos*; y la excepción, son de días *útiles*. Ello no obstante que el propio Código se refiere a días hábiles en los arts.1600 N°3 y 1603 (a propósito del pago por consignación), en disposiciones agregadas en el año 1944 (o sea en 1944 ya era usual, también en materia civil, el concepto de días *hábiles*), y se interrumpen sólo los días *feriados* (esto es, el día sábado no se interrumpen los plazos para la regulación civil, y siempre será un día *hábil*).

b) En los juicios de naturaleza administrativa (ante los Tribunales de Justicia), se aplicaban (y aplican) los plazos del Código de Procedimiento Civil. En los juicios relativos a casos de naturaleza administrativa, que son conocidos por los Tribunales ordinarios de Justicia, rige el Código de Procedimiento Civil, el que tiene regulaciones relativas a plazos, en las que, bajo una nomenclatura distinta (días hábiles/inhábiles), se establece el mismo modo de cómputo de los plazos regulados por la legislación civil²⁴. Así:

i) el art. 59 inc.2° CPC (1903) señala que: “Son días hábiles los no feriados”;

ii) el art. 66 inc.1° CPC dispone que: “Los términos de días que establece el presente Código, se entenderán suspendidos durante los feriados”; y,

iii) el art.41 inc.3° CPC, se refiere a “día inhábil”.

En suma, la nomenclatura de los plazos regulados por el CPC es de días hábiles e inhábiles.

²² Por ejemplo, La Ley N° 16.271, de 1965, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, en su art. 29, se refiere a “días hábiles”.

Hay casos en que leyes anteriores a 2003 se adelantaron al *standard* de los días inhábiles. Así, el texto original del art. 11 de la Ley N° 19.039, sobre Propiedad industrial, de 1991, señala: “Los plazos de días establecidos en esta ley son fatales y de días hábiles, teniéndose para estos efectos, además, como inhábil el día sábado”. La Ley N° 19.996, de 2005, que modifica la Ley N° 19.039, sobre propiedad industrial, sustituye el artículo 11 por el siguiente: “Los plazos de días establecidos en esta ley y sus normas reglamentarias, son fatales y de días hábiles. Para estos efectos, el día sábado se considera inhábil.”

²³ Todo ello bajo la nomenclatura de días *continuos* o *discontinuos*, puesto que en Derecho privado, por regla general, se aplican plazos convencionales, estipulados libremente por las partes en condiciones de igualdad, lo cual claramente no acaece entre un órgano de la Administración del Estado y un ciudadano determinado.

²⁴ Ésta será la legislación supletoria en materia de recurso de protección, por ejemplo, en donde existe el problema del cómputo del plazo en los actos u omisiones continuos.

c) *Existencia de dos clases de plazos hasta el año 2003.* En suma, las dos clases de plazos que existían hasta 2003, y que se aplicaban, ya por vía supletoria o en los juicios de naturaleza administrativa procedentes de estos dos ordenamientos jurídicos (civil y procesal civil), son los siguientes:

i) *plazos civiles:* corridos y útiles;

ii) *plazos procesales civiles:* hábiles e inhábiles.

Esto es, con distinta nomenclatura, se llega al mismo cómputo de los plazos: en ambos casos su interrupción sólo se produce en los días feriados, y el día sábado siempre es considerado un día útil o hábil.

2. *La consagración de los días hábiles administrativos y de un nuevo cómputo de los plazos.* La LBPA incorporó la siguiente disposición relativa al cómputo del plazo (art. 25):

“Los plazos de días establecidos en esta ley son de días hábiles, entendiéndose que son inhábiles los días sábados, los domingos y los festivos.

Los plazos se computarán desde el día siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto de que se trate o se produzca su estimación o su desestimación en virtud del silencio administrativo. Si en el mes de vencimiento no hubiere equivalente al día del mes en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día de aquel mes.

Cuando el último día del plazo sea inhábil, éste se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.”

De esta regla relativa al cómputo de los plazos en el procedimiento administrativo, caben algunos breves comentarios.

a) *Nueva definición de días hábiles/inhábiles y nuevo tipo de plazo.* Fluye del propio texto del art.25 LBPA una nueva definición legislativa de los *días hábiles e inhábiles*, distinta a las contenidas en las legislaciones civil y procesal civil, pues en este caso, para el cómputo, cabe considerar el sábado como día inhábil. Entonces, a partir de ello, fluye además una nueva nomenclatura: a los ya existentes *plazos civiles* y *plazos procesales civiles*, se agregan ahora los *plazos administrativos*. E, incluso, se incorporan los *días inhábiles o hábiles administrativos*, distintos a los días inhábiles civiles o procesales civiles.

b) *Un nuevo derecho público subjetivo de los administrados.* Esta regla (objetiva) del cómputo del plazo tiene una faz subjetiva: es, al mismo tiempo, un nuevo derecho público subjetivo de los administrados; podríamos decir, el derecho al plazo administrativo; o el derecho al cómputo de los plazos sin considerar los días sábados, domingos y feriados. Ello es evidente, pues ante el caso que la

Administración no aplique la regla (objetiva) administrativa para el cómputo de los plazos, se configura, al mismo tiempo, un quebranto (subjetivo) a un derecho del administrado. Ello es parte de la técnica usual en Derecho Administrativo en que detrás de una regla objetiva es reconocible un derecho subjetivo de los administrados.

c) Descripción de la nueva regla y diferencias con los plazos civiles. La LBPA señala, entonces, que el cómputo de los plazos administrativos es de días hábiles, por lo que se consideran inhábiles los días sábado, domingo y festivos. De ahí que en todos los plazos relativos a procedimientos administrativos, que se tramiten ante los órganos de la Administración del Estado (según señalan los arts.1 y 2 LBPA), no se aplica el criterio del art.50 del Código Civil, en cuanto a su cómputo. Esta disposición civil señala que: “En los plazos que se señalaren en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República, o de los tribunales o juzgados, se comprenderán aun los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues en tal caso no se contarán los feriados.”

El Código Civil contiene una regla claramente distinta a la contenida en la LBPA, pues:

i) mientras en la LBPA el cómputo del plazo se basa en el criterio de días *hábiles*, y se realiza dejando de computar los días sábado, domingo y festivos,

ii) en el Código Civil el cómputo de plazo es de días *corridos* (expresión creada por la práctica), salvo el caso de días *útiles*, en que se dejan de computar sólo los días feriados (estimando igualmente la ley que el domingo es feriado).

Entonces, cabe considerar *feriados* tanto el día domingo como todos aquellos días que fijen como tales las leyes. Al respecto, el art.1 N° 1 de la Ley N° 2.977, de 1915, dispone: “Desde la fecha de la presente ley sólo se considerarán como feriados los días siguientes: 1° los domingos de todo el año”. Esa misma ley y otras posteriores han fijado otros días festivos (como los días correspondientes al 1 de enero, 15 de agosto, 1 de noviembre, 8 y 25 de diciembre, entre otros).

De acuerdo a lo anterior, desde la vigencia de la LBPA, surge el concepto de días *hábiles* como distinto al de días *útiles*. Y en los procedimientos ante la Administración del Estado, entonces, deben contabilizarse los plazos según el concepto de días hábiles, descontando siempre los días sábado, domingo y festivos.

3. Dos recursos en materia de aguas: reconsideración y reclamación

a) *Recurso interno: reconsideración ante el mismo órgano.* Contiene el art.136 del Código de Aguas un recurso de reconsideración (similar al contenido en el art. 59 de la LBPA) ante el propio Director de la DGA. En cuanto al cómputo del plazo para interponer ese recurso, nada dice; sólo prescribe "...dentro del plazo de 30 días contados desde la notificación...". No dice si son hábiles o inhábiles; o útiles o corridos, según la terminología tradicional. Cabe tener claro que este recurso de reposición se presenta al interior del órgano administrativo, y en estos casos de plazos relacionados con el procedimiento *al interior* del órgano administrativo, rige en plenitud la supletoriedad de la LBPA.

b) *recurso externo: reclamación judicial en materia de aguas.* Contiene el art.137 del Código de Aguas la acción de reclamación en contra de las decisiones de la Dirección General de Aguas y, en cuanto al cómputo del plazo para interponer ese recurso ante la Corte de Apelaciones respectiva, nada dice. Sólo se afirma: "...dentro del plazo de 30 días contados desde...". No aclara si son hábiles o inhábiles; o útiles o corridos, según la terminología tradicional.

Para resolver este vacío legal, y otros relativos al procedimiento ante los tribunales, en 2005²⁵ se agregó un reenvío a la legislación procesal en su inc.2º, señalando que son "aplicables a la tramitación del recurso de reclamación, en lo pertinente, las normas contenidas en el Título XVIII del Libro I del Código de Procedimiento Civil, relativas a la tramitación del recurso de apelación." Y, en tales normas procesales (arts.41, 59 y 66 CPC) está regulado el cómputo de los plazos²⁶.

c) *Necesaria distinción de dos supletoriedades: o la LBPA o el CPC.* En suma:

i) para el cómputo de los plazos de los recursos y tramitaciones al interior del órgano administrativo, si no hay norma especial, se aplica supletoriamente la LBPA; y,

²⁵ La Ley 20017, de 2005, que modifica el Código de Aguas, señala (art.1 N°18): "Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 137 del Código de Aguas:

a) Reemplázase, en el inciso primero, la palabra "respectiva", seguida de una coma (,), por la frase "del lugar en que se dictó la resolución que se impugna" seguida de una coma (,), y

b) Agrégase, como inciso segundo, nuevo, pasando el actual inciso segundo a ser tercero, el siguiente: "Serán aplicables a la tramitación del recurso de reclamación, en lo pertinente, las normas contenidas en el Título XVIII del Libro I del Código de Procedimiento Civil, relativas a la tramitación del recurso de apelación debiendo, en todo caso, notificarse a la Dirección General de Aguas, la cual deberá informar al tenor del recurso."

²⁶ En el caso de las reclamaciones contra actos administrativos de la Dirección General de Aguas, antes de 2005, en que el art.137 CA nada decía sobre el procedimiento de tales reclamaciones (salvo establecer el tribunal competente y el plazo para recurrir), la jurisprudencia, de modo natural y necesario, hacía aplicable las reglas procesales sobre la apelación, contenidas en el CPC.

ii) para el cómputo de los plazos de los recursos judiciales (como el caso del art.137 CA), en este caso en que hay norma de reenvío (inc.2°), se aplica supletoriamente el CPC.

4. *La respuesta jurisprudencial en materia de aguas.* Es necesario que los tribunales ofrezcan una clara línea jurisprudencial en el tema del cómputo de los plazos para interponer los recursos de reclamación, en contra de actos administrativos, ante los Tribunales, pues toda dispersión afecta el principio de certeza. En el escenario chileno (en que la jurisdicción contencioso administrativa está entregada, de un modo disperso, en múltiples acciones y recursos, creados por leyes especiales, de los cuales conocen, como regla general, las Cortes de Apelaciones), es relevante este tema, pues muchas de las leyes especiales que crean acciones especiales, carecen de los reenvíos o rellenos normativos más básicos. Y, en este caso, tratándose de acciones que conocen los Tribunales, es natural la referencia supletoria a las normas del Código de Procedimiento Civil, pero ello no siempre sucede. Eso parece lo más natural: que ante la ausencia de reglas procesales en las leyes administrativas (esto es, de ritualidades que deberán seguir los tribunales ante las reclamaciones de los administrados), rijan, de manera supletoria, las normas del CPC.

Al respecto, encontramos dos tipos de casos: en unos la Corte Suprema actúa aplicando correctamente la ley; en otros, no.

a) *La correcta aplicación supletoria de la LBPA al cómputo del plazo de las reconsideraciones.* La Corte Suprema, siguiendo una antigua línea jurisprudencial, se ha pronunciado del siguiente modo:

i) En el caso *Von Storch Kruger, Klaus con Dirección General de Aguas*, Rol 256-2009, de 2011, se sostiene que: “*En lo no previsto o ante los vacíos normativos de los Procedimientos Administrativos contemplados en los artículos 130 y siguientes del Código de Aguas, se ha de aplicar de manera supletoria la normativa prevista en la Ley N° 19.880, conforme lo codifican sus artículos 1°, 2° y 25, violentando así los principios formadores del estatuto sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, apelando en su reemplazo a la reglamentación de la legislación común compuesta por los artículos 48, 49 y 50 del Código Civil, no aplicables en la especie. Lo anterior, en armonía, además, con lo preceptuado en el artículo 4° del mismo cuerpo legal, que otorga aplicación preferente a las leyes especiales, por sobre las disposiciones del Código Civil, particularidad que cumple palmariamente la Ley N° 19.880.*” (Considerando 18°)

ii) En el caso *Sociedad Copefrut S.A. con Dirección General de Aguas*, Rol 2762-2011, de 2012, se afirma: “*...ante el vacío del Código de Aguas, en relación a una materia tan trascendente para los administrados como lo constituye la naturaleza de los plazos que tal cuerpo legal contempla, a fin de obtener seguridad y certeza en el cómputo de los mismos, no cabe*

lugar a dudas que corresponde aplicar supletoriamente lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley N° 19.880, por corresponder el asunto que ocupa a este Tribunal de Casación a un procedimiento administrativo especial, específicamente regulado por la ley en comento, regulación que debe preferirse a la contenida en el artículo 50 del código sustantivo la que, por ser de aplicación general, cede ante la especialidad del contenido de la ley de bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado, normativa que debe preferirse para la dilucidación del asunto que se viene relacionando.”

b) *La extraña y errónea aplicación de la LBPA al cómputo de un plazo judicial.* La Corte Suprema ha seguido, en algunos casos, un camino extraño: considera que, en cuanto al cómputo del plazo para interponer los recursos de reclamación ante los Tribunales, cabe aplicar el art.25 de la LBPA.

i) En *Agrícola San Isidro con Dirección General de Aguas* (recurso de queja, Rol 5576-2012) la Corte Suprema, en su razonamiento, se cierra sólo a dos posibilidades: aplicación del CC o de la LBPA. Dice en su considerando 5°: *“Que para la acertada decisión que se adopte en lo que sí se encuentra en cuestión, que guarda exclusiva relación con la forma cómo ese plazo se computa, es decir si se trata de un término de días corridos, o bien han de considerarse dentro de él sólo días hábiles.”* Olvida (¡la propia Corte Suprema!) que los plazos de los recursos judiciales reciben una más natural regulación en su propia legislación procesal: el CPC. Esto lo lleva a su erróneo criterio de aplicar la LBPA: *“...este tribunal estima que en procedimientos administrativos especiales, como es el caso, se aplican con carácter supletorio las disposiciones de la Ley 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, según lo dispone su artículo primero, y que en materia de plazos recibe aplicación su artículo 25, que prescribe que los plazos de que se trata son de días hábiles, excluyéndose los días sábados, los domingos, y los festivos.”* (Considerando 6°)

ii) En *Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Negreros con Dirección General de Aguas*, Rol 10951-2011, de 2013, resulta curioso que la Corte Suprema razona como si se tratara de un recurso *ad intra* el órgano administrativa; en circunstancias que se trata de un recurso jurisdiccional, en que cabe aplicar supletoriamente el CPC. Su razonamiento para alejarse de la legalidad es un intuitivo principio de unidad de soluciones para cosas distintas:

“Siendo siempre una misma la resolución impugnada, el plazo para reclamarla también debe ser uno sólo, con prescindencia del órgano -administrativo o jurisdiccional- llamado a conocer y resolver el cuestionamiento que le formula el interesado.” (Considerando 11°). Ello no parece razonable, pues no es la misma la resolución impugnada en un recurso de reconsideración, que en un recurso de reclamación.

Ésta es una rareza, por cierto, sin perjuicio de que el Tribunal haya querido buscar un criterio de mayor amplitud de acceso a la justicia por el justiciable, pues la sentencia incorpora a la tramitación judicial un estándar de la LBPA propio del

procedimiento administrativo, esto es, de las ritualidades al interior de los órganos administrativos, y no al interior de los tribunales. Para eso cabe aplicar el CPC.

Sin perjuicio de que para rellenar la laguna del art.137 CA los jueces de la Corte Suprema mejoran el estándar contenido en las sentencias de las Cortes de Apelaciones, lo hacen aplicando, indebidamente, para una sede judicial, la LBPA. Ello es incoherente con el concepto de días hábiles para los efectos de interponer los recursos judiciales, pues el día sábado (que se excluye en materia administrativa), es un día hábil judicial, y debe computarse a efectos del art. 137 CA, no así los feriados.

D/ INTERRUPCIÓN» DEL PLAZO PARA RECURSOS JURISDICCIONALES EN CASO DE EXISTENCIA DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS PREVIOS. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

1. *Contexto legislativo.* El art.54 inc.2º LBPA señala: “Planteada la reclamación [ante la Administración] se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional. Este volverá a contarse desde la fecha en que se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo.” Esta disposición dice relación con la garantía de un justo y racional proceso, y con las fundamentales reglas y principios de la impugnabilidad y del acceso a la justicia. En un Estado de Derecho es elemento esencial y base la posibilidad de que los administrados, por medio de la vía judicial, soliciten a los Tribunales el control de los actos de los órganos de la Administración. El control judicial es el medio a través del cual se obtiene una tutela efectiva de los derechos de los administrados, dando origen al proceso contencioso administrativo.

El art.54 LBPA regula el ejercicio del principio de impugnabilidad de los actos administrativos, en razón de las vías existentes para su materialización; ya sea por medio de reclamaciones en sede administrativa, o bien en sede judicial, estableciendo para el caso en que el interesado recurra ante la misma autoridad administrativa la interrupción del plazo para ejercer la acción jurisdiccional. Se salvaguarda de esta manera la posibilidad de que el interesado, en caso de no obtener una resolución favorable a sus peticiones ante la autoridad administrativa, mantenga íntegro su derecho de recurrir a un Tribunal.

Esta disposición, específicamente, se refiere a la opción que tienen todo administrado ante una decisión desfavorable, de poder mantenerse en la sede administrativa, a través de un recurso *ad intra* de la Administración (como el de reposición del art.59 de la LBPA); o de acudir directamente ante los Tribunales, sin esperar una revisión del propio órgano administrativo.

Esta opción a que se refiere el art.54 de la LBPA ya había sido incorporada a nuestra legislación por los arts. 136 y 137 del Código de Aguas, a través de los recursos, respectivamente, de reconsideración y de reclamación; y resultaba y resulta obvio que, mientras no se resolviese el previo recurso administrativo de reconsideración, no corre plazo para interponer el recurso de reclamación, lo que ocurrirá sólo una vez que el órgano administrativo se pronuncie sobre la reconsideración.

2. *Correcto criterio jurisprudencial sobre el agotamiento de la vía administrativa en materia de aguas.* En el caso *Codelco Chile División Chuquicamata con Dirección Regional de Aguas de Antofagasta*, Rol 7069-2014, de 2014, la Corte Suprema ha venido a aplicar correctamente la figura del agotamiento de la vía administrativa contenida en el art.54 de la LBPA; la que, en materia de aguas, ya venía prefigurada en los arts. 136 y 137 del Código de Aguas.

La pretensión de la Dirección General de Aguas (recurrente de casación en la especie) y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta no sólo eran excesivas, sino habrían significado privar a los administrados de este derecho a optar: o mantenerse en la sede administrativa (en este caso, la Dirección General de Aguas) o intentar desde ya la acción jurisdiccional. Según el erróneo criterio de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en el caso que un administrado hubiese decidido mantenerse en la vía administrativa, se habría producido la preclusión del plazo para interponer el recurso de reclamación posterior (olvidando, por cierto, que lo que se reclama, al interponer el recurso de reclamación, es contra la decisión del órgano que no acogió la reconsideración respectiva, y el plazo para computar aquel recurso debe computarse desde la notificación de esta última decisión, y no de la decisión original, reconsiderada en su momento). Este arcaico razonamiento ha venido a ser anulado por la Corte Suprema, correctamente. En su decisión, ésta señala en su considerando 8°:

“Que las referidas disposiciones legales tienen como sustento el principio de impugnación de los actos administrativos, el cual se encuentra reforzado por la posición legislativa de la Ley N° 19.880 en orden a que la reclamación administrativa es potestativa, es decir, el administrado se encuentra facultado para ejercerla y no constituye una exigencia previa para interponer la acción contencioso administrativa. En efecto, el artículo 54 de la Ley N° 19.880 otorga a los particulares un derecho de opción para utilizar a su arbitrio los procedimientos judiciales o los procesos administrativos de impugnación, según estimen conveniente. Esto significa que el particular puede optar por la vía administrativa o la judicial. Si el administrado elige la vía administrativa de impugnación ello le impone la obligación de agotar tal vía, originándose un impedimento para el ejercicio de las acciones judiciales. En cambio, si el particular opta por la vía judicial, la Administración queda impedida de conocer de una

impugnación administrativa.

Lo expresado trae como consecuencia que si el administrado ha planteado un recurso administrativo, sólo una vez resuelto opera el agotamiento de la vía administrativa y, en tal caso, podrá deducir el reclamo judicial, en la especie el consagrado en el artículo 137 del Código de Aguas y cuyo plazo para interponerlo había quedado interrumpido por aplicación del artículo 54 inciso segundo antes citado, entendiéndose que el tribunal que conoce de la acción resolverá el asunto de fondo referido al acto administrativo original.

Lo anterior se refuerza al considerar que el conjunto del sistema recursivo debe interpretarse y aplicarse de manera armónica, favoreciendo el sentido que permita hacerlo eficaz para el administrado; lo cual en el caso propuesto sólo se consigue entendiendo las normas referidas de la forma expresada.”

De este modo, la Corte Suprema ha aplicado correctamente un canon procedimental básico: la posibilidad de interponer, sólo una vez que ha terminado la fase administrativa, los recursos jurisdiccionales.

CONCLUSIONES

1°. En materia de actos administrativos de orden interno la Corte Suprema no ha profundizado el análisis de los casos sometidos a su conocimiento, aceptando de manera circunspecta una verdadera adulteración de fuentes del Derecho que realiza el órgano administrativo del área, y luego, la propia Corte Suprema, al aplicar esos meros actos administrativos como si fuesen verdaderas leyes, elude un control de juridicidad pleno, como el que se espera de un jurisdicente. Lo más grave, como se ve en este comentario, es que, mansamente, la propia Corte Suprema se ha sujetado a los términos normativos de estos supuestos actos de orden interno, que han resultado ser unos actos tan expansivos en su alcance normativo que los Tribunales los aceptan y aplican regularmente. Es un desafío para el Alto Órgano enfrentar esta sombra de ausencia de control de juridicidad de fondo en su doctrina jurisprudencial.

2°. En cuanto al cómputo de los plazos administrativos, la LBPA vino a incorporar un nuevo tipo a la clasificación de los plazos, los ahora llamados plazos administrativos y unos “días hábiles” administrativos, prescribiendo, al mismo tiempo, una nueva forma de contabilizarlos, distinta a la ya establecida desde antaño por el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil. En materia de aguas, la Corte Suprema ha aplicado este criterio de un modo matizado: por una parte, correctamente, ha aplicado supletoriamente la LBPA a los recursos administrativos, interpuestos al interior de la Administración; pero, de un modo extraño, ha aplicado ese mismo criterio al cómputo de plazos judiciales, en que debiera aplicar supletoriamente el Código de Procedimiento Civil. Todo ello

debiera ser aclarado en pronunciamientos sucesivos, para dar certeza a los justiciables.

3°. En cuanto a la interrupción de los plazos administrativos, la ambigua literalidad de la LBPA en la regulación del plazo para recurrir ante los Tribunales, cuando se han interpuesto recursos administrativos previos, ha sido aclarada por el legislador; de lo que cabe notificar a abogados, jueces y, en especial, a los órganos de la Administración. El art.54 LBPA no fue feliz en su expresión, y cabía una norma interpretativa; y eso llegó de manera sibilina en el art.42 de la Ley N°20.551, de 2011, que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras. En todo caso, en materia de aguas, la Corte Suprema ha realizado una interpretación coherente con la normativa que distingue entre la vía administrativa y jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano (1965): “Instrucciones y circulares como fuente del Derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, N°48, pp.107-126.
- BOLOÑA KELLY, Germán (2005): *El acto administrativo* (Santiago, LexisNexis) 321 pp.
- CAMACHO CEPEDA, Gladys (2005): “La problemática de la potestad normativa de las Superintendencias”, en *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público* (Santiago, LexisNexis) pp.423-432.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2002): *Derecho Administrativo*, T.II, 7ª ed. (Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot) 662 pp.
- CORDERO VEGA, Luis (2003): “Limitando la Ley de Procedimiento Administrativo. Un interpretación intolerable”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, pp. 549-552.
- (2005): “La supletoriedad en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo”, en *Acto y procedimiento Administrativo. Segundas Jornadas de Derecho Administrativo. Actas* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) pp. 49-69.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio (1986): *Los actos administrativos* (Madrid, Civitas) 438 pp.
- MORENO REBATO, Mar (1998): “Circulares, Instrucciones y Órdenes de Servicio: naturaleza y régimen jurídico”, en *Revista de Administración Pública*, N°147, pp.159-200.

- ORTIZ DÍAZ, José (1957): “Las circulares, instrucciones y medidas de orden interior ante el recurso por exceso de poder, en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés”, en *Revista de Administración Pública*, N° 24, pp.335-355.
- PRECHT PIZARRO, Jorge (1989): “Valor jurídico de las Directivas Presidenciales, Programas Ministeriales, Circulares e Instrucciones de Servicio”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, pp.465-474.
- SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel (2004): *Acto administrativo. Teoría General*, 3ªed. (Colombia, Legis) 510 pp.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (1998): *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee* (Heidelberg, Springer), citado por la traducción de la 1ra. edición alemana: *La teoría general del derecho administrativo como sistema* (Madrid, Marcial Pons Ediciones, 2003) 475 pp.
- SILVA CIMMA, Enrique (2009): *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y fuentes*, 5ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica).
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2005): “Eficacia derogatoria y supletoria de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos”, en *Acto y procedimiento Administrativo. Segundas Jornadas de Derecho Administrativo. Actas* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) pp. 31-47.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2006): “Eficacia derogatoria y supletoria de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos”, en *La Semana Jurídica* N° 289, pp. 8-9, y explicación gráfica en p. 12.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2008): “Cómputo y prórroga de plazos en los procedimientos administrativos especiales. Una correcta aplicación supletoria de la LBPA. Comentario de sentencia”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 2, pp. 161-164.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2009): “Los actos administrativos de orden interno. El caso del Manual de procedimientos para la administración de recursos hídricos de la Dirección General de Aguas”, en: *Actas de las XXXIX Jornadas de Derecho Público*, 19, 20 y 21 de noviembre de 2009 (Santiago, Ediciones Derecho UC) pp. 733-741.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2013): “Cómputo e interrupción de plazos en el procedimiento administrativo. Micrología del principio de certeza jurídica”, en: *Libro conmemorativo Derecho Administrativo UC* (Santiago, Thomson Reuters).
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2014): *Crisis institucional del agua. Descripción del modelo, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales* (Santiago, LegalPublishing) 498 pp.

JURISPRUDENCIA CITADA

Von Storch Kruger, Klaus con Dirección General de Aguas (2011): Corte Suprema, 11 de mayo de 2011. Rol N° 256-2009.

Aes Gener S.A con Dirección General de Aguas (2011): Corte Suprema, 18 de agosto de 2011. Rol N° 654-2009.

Astudillo Burgos, Mirta con DGA (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de octubre de 2011. Rol N° 4.572-2010.

Sociedad Agrícola Las Palmas de Santa Rosa Ltda. con Dirección General de Aguas (2011): Corte Suprema, 19 de diciembre de 2011. Rol N° 4763-2009.

Inmobiliaria Las Ágatas S.A. y Empresa de Agua Potable del Litoral S.A con Dirección General de Aguas (2012): Corte Suprema, 23 de mayo de 2012. Rol N° 6666-2009.

Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Negreros con Dirección General de Aguas (2013): Corte Suprema, 21 de marzo de 2013. Rol N° 10951-2011.

Sociedad Copefrut S.A. con Dirección General de Aguas (2013): Corte Suprema, 5 de diciembre de 2012. Rol N° 2762-2011.

Castillo Sánchez, Marcelo y Otros con DGA (2013): Corte Suprema, 26 de agosto de 2013. Rol N° 4170-12 (conociendo recursos de casación contra sentencia Corte Apelaciones de Santiago, 4 abril de 2012. Rol N° 6.201-2010).

Agrícola San Isidro con Dirección General de Aguas (2012): Corte Suprema, 4 de octubre de 2012. Rol N° 5576-2012.

Codelco Chile División Chuquicamata con Dirección Regional de Aguas de Antofagasta (2014): Corte Suprema, 9 de septiembre de 2014. Rol N° 7069-2014.

Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Cala Cala con Dirección General de Aguas (2014): Corte Suprema, 23 de octubre de 2014. Rol N° 8902-2014.