



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Graduados

AYUDAS PÚBLICAS. LA SUBVENCIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho
Mención Derecho Público
2011

Autor: William García Machmar
Profesor guía: Carlos Carmona Santander

PRESENTACIÓN.

El presente trabajo está motivado por un hecho de impacto global: la crisis económica de 2009. Sus efectos provocaron que los Estados vayan en ayuda de las actividades económicas privadas, aún más que en otros períodos históricos.

Sin duda, cada una de estas ayudas termina privilegiando a una zona, sector o actividad económica por sobre el resto de la población.

Existe ahí, entonces, un interés público en orden a que estos privilegios estén al servicio de la comunidad y no de intereses singulares. Este es un valor que merece ser defendido.

Con ocasión de mi labor como asesor de la División Jurídico-Legislativa del Ministerio Secretaría General de la Presidencia entre 2006 y 2010, pude intervenir directamente en proyectos de ley relacionados directamente con el fomento y subvenciones (así, las modificaciones al DFL N° 1, de 1998, Educación; la ley que creó la subvención escolar preferencial Ley N° 20.248, y su reglamento; el proyecto que crea la Superintendencia de Educación y la Agencia de Calidad de la Educación, Boletín N° 5083-04, y el proyecto de ley que modifica el estatuto del Consejo Nacional de Televisión, Boletín N° 6190-19,. Ahí aprendí de la necesidad que la Administración cuente con bases jurídicas sólidas para enfrentar esta crisis económica y las futuras.

Desde este cargo pude ver cómo en la actualidad existen numerosas actividades económicas privadas que prácticamente se mantienen sólo gracias a las ayudas del Estado, por ejemplo, la educación privada, tanto escolar como superior, la explotación forestal, la pequeña propiedad agrícola, la creación artística y la investigación científica.

Resulta imperioso, entonces, proveer a los estudiosos y a los operadores jurídicos de una investigación que se haga cargo de todos estos temas.

De este modo, la presente investigación tiene por objeto dilucidar el régimen jurídico propio de la subvención, en cuanto técnica administrativa de fomento o de “ayudas públicas”.

Como se ha adelantado, la amplitud de las técnicas de intervención de la administración en las actividades privadas no ha sido correspondida, en nuestro país, con un estudio profundo de todas ellas. Incluso, las pocas obras que existen se centran en aquellas técnicas de limitación de las actividades privadas y de satisfacción de necesidades públicas, mas no en lo que se ha llamado el fomento administrativo o ayudas públicas.

Es así como esta rama de actividades administrativas, ha sido dejada de lado, salvo por distinguidas excepciones¹.

Eso ha importado que no exista hoy ningún estudio sistemático de la institución subvencional capaz, por ejemplo, de determinar su naturaleza unilateral o contractual, su carácter condicionado o no, los poderes que origina, el control a que está sujeta, etc.

Esta investigación se propone abordar el estudio de la subvención, ante todo, de acuerdo a las categorías dogmáticas propias del derecho administrativo y, además, desde el punto de vista, no de la limitación de las potestades públicas, sino de la búsqueda de su plena efectividad con respeto a los derechos de las personas.

En cuanto a la metodología empleada, cabe advertir que se ha seguido cercanamente a la doctrina española en la materia, cuyos estudios están sumamente desarrollados. Pero, además, se ha hecho una exhaustiva investigación de la legislación nacional, así como de los reglamentos de ejecución, de las resoluciones generales y las circulares aplicables. Por esa razón, este es un trabajo de dogmática jurídica. Se analizó, además, la jurisprudencia constitucional en la materia y los dictámenes de la Contraloría General de la República, que está dotada de potestades específicas sobre las subvenciones.

Cuando la evidencia positiva ha hecho necesario apartarse de las doctrinas teóricas, se han propuesto soluciones basadas en el derecho positivo.

Dicha investigación se realizó a lo largo de casi dos años en la que se desarrolló el marco teórico y se analizaron y compararon cientos de estatutos normativos distintos. De ese trabajo emanan las tendencias y las clasificaciones que entregamos ahora.

La tesis se estructura en tres capítulos. En el primer capítulo se ubica a la subvención dentro del contexto, más amplio, de la actividad administrativa. Siguiendo el esquema tradicional de Jordana de Pozas, que introduce la idea de fomento junto a la policía y el servicio público, se explica su recepción en la doctrina y su superación por la irrupción del concepto de “ayudas públicas”, atribuible a López-Muñiz. Luego, se estudia cómo el

¹ Pueden mencionarse el manual de Jorge Bermúdez (“Derecho Administrativo General”, Santiago, Ed. Abeledo-Perrot, 2010) y el Tomo IV del Tratado de Derecho Administrativo de Rolando Pantoja (Camacho, Gladys, “Actividad sustancial de la Administración”, Santiago, Ed. Abeledo-Perrot, 2010), que tratan sobre el tema. También, la “Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei”, 2000, y la “Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos”, 2010, ambos editados por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

concepto de fomento o ayudas públicas fue recibido por nuestra doctrina y en nuestras instituciones político administrativas.

El segundo capítulo está dedicado al análisis del concepto jurídico de subvención. Luego de distinguir entre un concepto amplio y uno restringido de subvención se analizan sus elementos en tres secciones distintas dedicadas al elemento objetivo, subjetivo y teleológico, para luego entregar una propuesta de clasificación. Finalmente, se discurre sobre la naturaleza jurídica de la subvención.

En el tercer capítulo se muestran en toda su virtualidad los frutos de esta investigación. En él se analiza con detalle el régimen jurídico de la subvención en tres secciones.

En la primera de ellas se analizan los principios constitucionales que configuran el otorgamiento de subvenciones, esto es, la legalidad, igualdad y publicidad.

En la segunda sección se estudia el procedimiento administrativo de otorgamiento de subvenciones. Precisamente, a propósito del procedimiento puede distinguirse entre subvenciones regladas, aquellas otorgadas mediante concurso público, y aquellas que se otorgan directamente. Esta caracterización tiene consecuencias en todo el régimen jurídico de las subvenciones.

El capítulo termina con un análisis de la relación jurídica subvencional. Se estudian los derechos, deberes y potestades que recaen en el receptor de la subvención y, especialmente, en el ente otorgante, el que interviene sobre la actividad subvencionada a lo largo de todo su desarrollo para darle verdadera eficacia.

La tesis finaliza con unas conclusiones generales acerca de toda la investigación.

AGRADECIMIENTOS

Le guardo una enorme gratitud, ante todo a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, especialmente por el apoyo brindado mediante la beca de perfeccionamiento para ayudantes, gracias a cuyo auspicio pude cursar mis estudios de postgrado. Además, quiero agradecer a Carlos Carmona, por su permanente tutela pedagógica; a Guillermo Jiménez, colega y amigo; y a Francisca Barahona, por su afectuoso impulso. Sin ellos, este trabajo no habría sido posible.

ABREVIATURAS

art.	Artículo
inc.	Inciso
CPR	Constitución Política de la República
CC	Código Civil
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
DL	Decreto ley
D.O.	Diario Oficial
LBPA	Ley de Bases Generales de los Procedimientos Administrativos
LOAFE	Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado
LOCBGAE	Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
LOGGAR	Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración del Estado
LOCM	Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades
n.	nota
p.-pp.	Página-páginas
RAP	Revista de Administración Pública
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
ss.	siguientes

CAPÍTULO I.- LA SUBVENCIÓN EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

El presente capítulo está destinado a ubicar el estudio de la subvención dentro del contexto de toda la actividad administrativa. Naturalmente, se comenzará por estudiar la noción de “fomento administrativo”, donde el estudio de la subvención ha tenido su origen histórico. Luego, se contrastará este concepto, de raigambre totalmente hispana, con el derecho comparado. A continuación, se presentarán las críticas y propuesta alternativa a la idea de fomento administrativo.

El capítulo termina con un estudio sobre la recepción del concepto de fomento administrativo en nuestro país, tanto en la doctrina de los autores como en las instituciones político administrativas.

I. LA SUBVENCIÓN COMO MEDIO DE FOMENTO.

1. Concepto.

La identificación del fomento como una finalidad de la actividad estatal autónoma de la policía y el servicio público se debe, en la tradición jurídica hispanoamericana, a Luis Jordana de Pozas, quien lo define como “la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”².

Con esta definición Jordana propone una tipología de la actividad administrativa de tres términos: policía, servicio público y fomento. Precisamente, distingue al fomento tanto de la policía como del servicio público.

Por una parte, sostiene, “se distingue de la policía en que, mientras ésta previene y reprime, el fomento protege y promueve, sin hacer uso de la coacción”.

Por otra parte, afirma, “se diferencia del servicio público en que la Administración, con esa modalidad, realiza directamente y con sus propios medios el fin perseguido, mientras que en el fomento se limita a estimular a los particulares para que sean ellos los que, por su propia voluntad,

² Jordana de Pozas, Luis, “Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo”, en Revista de Estudios Políticos, N° 48, 1949, p. 46.

desarrollando una actividad determinada, cumplan indirectamente con el fin que la administración persigue”³.

Precisamente, Villar Ezcurra complementa esta delimitación agregando que “el concepto de fomento se articula así en base a un doble criterio que, con mayores o menores matizaciones, será aceptado de forma generalizada por la doctrina. En primer lugar, por la finalidad, consistente en promover o estimular la actividad de los particulares, lo cual hará que se diferencie del servicio público en donde la Administración asume la responsabilidad de prestar una actividad (por sí o mediante concesionario), previamente publicada. En segundo término, por excluir la utilización de cualquier tipo de técnica que implique limitación o coacción a los particulares”⁴.

Esta definición, así entendida, ha recibido una amplia recepción en la doctrina hispanoamericana.

En Argentina Manuel Diez la acoge agregando que “en la definición de fomento es necesario señalar el objeto y el fin. El objeto sobre el que recae el fomento son las actividades de los particulares y de otros entes públicos, y el fin del fomento es la satisfacción indirecta de las necesidades de interés general, satisfacción que se realiza de un modo indirecto y sin empleo de la coacción”⁵.

Para de la Riva, “sólo un análisis centrado en la estructura de la actividad subvencional dará sus frutos. Por esa vía será posible, en primer lugar, distinguir esta modalidad de acción de la policía, por cuanto en las ayudas pública – ya no en el fomento – hay una efectiva prestación – o, si se prefiere, dispensación – por parte de la Administración, que otorga ventajas o favores. En la actividad de policía, en cambio, la autoridad no se involucra en la actividad sobre la que actúa, limitándose únicamente a regularla *desde afuera* por medios coactivos. El planteamiento de base estructural será asimismo útil para diferenciar las ayudas del servicio público, porque dejará observar cómo en aquéllas la prestación pública confluye con la actividad del particular, a la que se vincula hasta el punto de tornarla exigible”⁶.

En España se ha transformado en la explicación más difundida de la actividad administrativa, lo que no ha significado la ausencia de críticas,

³ *Ibidem*.

⁴ Villar Ezcurra, José Luis, “Derecho Administrativo Especial, Madrid, Ed. Civitas, 1999, p. 98.

⁵ Diez, Manuel, “Derecho administrativo”, T. IV, p. 140-141, citado por Maljar, Daniel, “Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos”, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1998, p. 281.

⁶ De la Riva, Ignacio, “Ayudas públicas”, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2004, p. 130-131.

tanto a la trilogía descrita por Jordana, así como al concepto mismo de fomento administrativo, como se verá más adelante.

Pueden señalarse entre aquellos autores que acogen la definición de fomento de Jordana a los siguientes: Garrido Falla⁷, Ramón Martín Mateo⁸ y Santamaría Pastor⁹.

La gran mayoría de los autores aceptan la propuesta de Jordana, con reservas. Siguiendo la inspiración de Villar Palasi¹⁰, distinguen entre actividad de policía o regulación, fomento o estímulo, garantía de prestaciones (servicio público) y producción de bienes o servicios (empresa pública). En esta posición encontramos a Villar Ezcurra¹¹ y Rivero¹². Aun otros, aceptando en principio la clasificación de Jordana, agregan ciertas actividades “modernas” a las clásicas tres. Así, Parada distingue entre actividad de limitación o de policía, actividad de fomento, actividad de prestación o de servicio público, actividad sancionadora y actividad arbitral¹³. Por su parte, Gaspar Ariño habla de actividad de policía, de fomento, de prestación o servicio público, de gestión económica, de planificación y programación y arbitral¹⁴. Parejo distingue entre actividad de ordenación e intervención, de planificación, de preservación, de prestación, económica, de fomento, arbitral e infraestructural¹⁵.

En contraste, Cosculluela plantea una revisión completa de la clasificación comúnmente aceptada en la doctrina española. Para él, “cabría hacer una diferenciación que contraponga los distintos tipos de potestades y la

⁷ Garrido Falla, Fernando, “Tratado de Derecho Administrativo. Parte General”, T. II, Madrid, Tecnos, 10ª ed., 1992, p. 123.

⁸ Martín Mateo, Ramón, “Manual de Derecho Administrativo”, Madrid, Trivium, 14ª ed., 1992, p. 425.

⁹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, “Principios de Derecho Administrativo General”, T. II, Madrid, Iustel, 2004, pp. 237-241. Por razones didácticas trata separadamente la actividad expropiatoria y sancionadora que pertenecen lógicamente a la policía administrativa.

¹⁰ Villar Palasi, José Luís, “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, en Revista de Administración Pública, Nº 3, 1950.

¹¹ Villar Ezcurra, José Luis, ob. cit. [nota 4], p. 36.

¹² Rivero Ortega, Ricardo, “Introducción al Derecho Administrativo Económico”, Salamanca, Ratio Legis, 2ª ed., 2001, p. 143.

¹³ Parada, Ramón, “Derecho Administrativo”, T. I, Madrid, Marcial Pons, 4ª ed., 1992, pp. 371-373.

¹⁴ Ariño Ortiz, Gaspar, “Principios de Derecho Público Económico”, Granada, Comares, 1999, pp.242-245. En el mismo sentido Ahumada de Ramos, Francisco, “Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo Económico”, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 134-136.

¹⁵ Parejo Alfonso, Luciano, “Derecho Administrativo”, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 634-635 y 640-641.

actividad de prestación distinguiendo: a) Potestades: que incluyen (i) las potestades de ordenación y control, entre las que se incluirían la potestad de planificación y programación, la potestad de policía y la potestad de ordenación singular de actividades privadas; (ii) potestades sancionadoras y ablatorias, que diferenciarían entre la potestad sancionadora y la potestad expropiatoria (iii) potestades tributarias (iv) y potestades de protección de bienes públicos, donde se incluirían la potestad investigación, deslinde y recuperación de oficio de los bienes de las Administraciones Públicas. b) Y la actividad de prestación que comprende las otras formas de actividad que no suponen en lo esencial el ejercicio de una potestad y que comprenden el fomento y servicio público, aunque puedan darse en su desempeño el ejercicio de potestades”.¹⁶

En un sentido similar Blanquer distingue entre la actividad organizatoria, el ejercicio de funciones públicas (en que incluye la ordenación o regulación, la potestad expropiatoria, la potestad inspectora y la sancionadora) y el desarrollo de actividades económicas (en que incluye la empresa pública, la prestación de servicios y el fomento de actividades privadas)¹⁷.

Tal vez el mejor desarrollo analítico de la clasificación es el propuesto por de la Cuétara, quien distingue entre intervención administrativa sobre la libertad o actividad e intervención administrativa sobre los bienes. Agrega que “en el área de las actividades puede conservarse la denominación de ‘servicio público’ para aquellos sectores que se declaran de titularidad pública, y la de ‘fomento’ para aquellas intervenciones que tienen por finalidad encauzar la iniciativa particular, pero en las que no están permitidas las potestades compulsivas. La denominación ‘policía’ puede, por lo mismo, conservarse para la zona intermedia entre la titularidad pública y la iniciativa privada totalmente libre, en la que esta última se ve limitada coercitivamente pro la Administración. En el área de los bienes, existe también una titularidad pública de la que dimanan potestades exorbitantes, el dominio público, así como una zona en la que los bienes privados son objeto de limitaciones y aun de expropiación por la Administración. Más difícil resulta establecer un paralelismo con la actividad de fomento, pero éste puede localizarse en la orientación que la Administración establece para sus bienes privados no demaniales”¹⁸.

¹⁶ Cosculluela Montaner, Luis y López Benítez, Mariano, “Derecho Público Económico”, Madrid, Iustel, 2007, p. 199.

¹⁷ Blanquer, David, “Curso de Derecho Administrativo”, T. I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 249-250.

¹⁸ De la Cuétara, José Miguel, “La actividad de la Administración”, Madrid, Tecnos, 1983, p. 96.

Así, es capaz de proponer el siguiente cuadro general de la actividad relacional de la Administración con los ciudadanos¹⁹.

Incidencia sobre la libertad (ámbito de las actividades)	Incidencia sobre la propiedad (ámbito de los bienes)
SERVICIOS PÚBLICOS Título: necesidad colectiva	DOMINIO PÚBLICO Título: afectación a un fin público cualificado
POLICÍA Y LIMITACIONES A LA LIBERTAD Título: orden público	EXPROPIACIÓN Y LIMITACIONES A LA PROPIEDAD Título: ordenación de la propiedad
FOMENTO Título: beneficio colectivo	GESTIÓN PATRIMONIAL Título: beneficio colectivo

La importancia que se le ha dado al fomento es singular del derecho español y, en consecuencia, del hispanoamericano. Baena del Alcázar explica esta importancia en el hecho que “dadas la mentalidad liberal que vedaba la intervención y las características de la estructura económica española durante el siglo XIX (y aun ahora), era natural que fuera en España y no en otros países donde se diera más importancia al fomento”²⁰. Además, a juicio del autor, el fomento es la manifestación más propiamente económica de la intervención administrativa: “mientras la actividad de policía puede operar sobre campos no estrictamente económicos al igual que la actividad de servicio público, el fomento tiene un contenido económico casi exclusivo que nos atreveríamos a enunciar mediante la afirmación siguiente: la actividad de fomento representa la primera actuación del Estado en la vida económica del país, entregada al juego de la libre competencia, para impulsar el desenvolvimiento económico”²¹. A lo que agrega, “ahora bien, la actividad de fomento no se limita al papel neutro de impulsar la economía del país, sino que, de una forma más o menos consciente, terminará por desempeñar en mayor o menor grado el de director, inspector o cogestor de la actividad económica subvencionada”²².

¹⁹ De la Cuétara, José Miguel, ob. cit. [nota 18], p. 102.

²⁰ Baena del Alcázar, Mariano, “Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía”, Madrid, Tecnos, 1966, p. 96

²¹ *Ibíd.*

²² Baena del Alcázar, Mariano, ob. cit. [nota 20], p. 97.

En la sección V de este capítulo veremos cómo este concepto ha sido acogido en la doctrina nacional.

2. Los medios de fomento.

a. Formulación y críticas.

En la formulación original, Jordana de Pozas distinguió los medios de fomento atendiendo a dos criterios distintos. Primero, según si estimulaban o desestimulaban la actividad privada y, segundo, según los objetos empleados para conseguir el fomento.

Así, en primer lugar, sostenía, “son *positivos* los que otorgan prestaciones, bienes o ventajas, y *negativos* los que significan obstáculos o cargas creadas para dificultar por medios indirectos aquellas actividades o establecimientos contrarios a los que el gobernante quiere fomentar”²³.

En segundo lugar, distinguía entre medios honoríficos, económicos y jurídicos.

“Entre los medios de fomento *honoríficos* comprendemos las distinciones y recompensas que se otorgan como público reconocimiento y proclamación de un acto o de una conducta ejemplar”²⁴.

“Los medios de fomento *económicos* son todos aquellos que de un modo directo determinan la percepción de una cantidad o la dispensa de un pago obligatorio”²⁵.

“Los medios de fomento *jurídicos* se caracterizan por el otorgamiento de una condición privilegiada que, de modo indirecto, representa ventajas económicas o de seguridad”²⁶.

La doctrina posterior ha distinguido, dentro de los medios económicos, los directos e indirectos, según si importan una transferencia patrimonial o una dispensa o exención²⁷. La subvención constituye el medio de fomento económico directo por excelencia.

²³ Jordana de Pozas, Luis, ob. cit. [nota 2], p. 51.

²⁴ Jordana de Pozas, Luis, ob. cit. [nota 2], p. 52.

²⁵ Jordana de Pozas, Luis, ob. cit. [nota 2], p. 53.

²⁶ Jordana de Pozas, Luis, ob. cit. [nota 2], p. 53.

²⁷ Véanse Garrido Falla, ob. cit. [nota 7], p. 304-309; Villar Ezcurra, José Luis, ob. cit. [nota 4], p. 114-115.

Esta clasificación ha sido objeto también de una amplia recepción, aunque los autores enumeren a ciertas técnicas en categorías diferentes, o bien, les nieguen el carácter de técnicas de fomento.

Por ejemplo, Baena del Alcázar la acepta, pero agrega los denominados “medios de tipo técnico”, o sea, asesoramiento o uso de maquinaria a favor de actividades privadas²⁸.

Con todo, esta clasificación adolece de serios defectos que son sintetizados por Santamaría Pastor:

“Esta añeja clasificación responde, sin duda, a un esquema de valores de dudosa validez en nuestros días; pero es, además, discutible desde tres puntos de vista: *primero*, porque incluye entre las técnicas de fomento modalidades de acción pública que no pueden ser consideradas, realmente, como tales; *segundo*, porque, en sentido opuesto, omite la mención de nuevos medios de estímulo que poseen hoy una importancia sustancial; y *tercero*, porque una parte importante de los medios que enumera no son hoy utilizables por razones jurídicas y económicas de diversa naturaleza”²⁹.

Respecto de los medios honoríficos, critica su admisibilidad del todo. A su juicio, “son i) puros actos de reconocimiento público... ii) que tienen lugar a *posteriori*... iii) de carácter normalmente abstracto... y iv) en ocasiones, desvinculados por completo del mérito personal de su destinatario”³⁰.

Respecto de los medios jurídicos “*su finalidad y contenido material son puramente económicos... prácticamente ninguna de dichas medidas persigue, en realidad, fines de auténtico estímulo de la iniciativa privada... se hayan en un estado de completa obsolescencia*”³¹.

Respecto de los medios económicos, critica, tratándose de los llamados “reales” que “tienen bastante poco que ver con la actividad administrativa de promoción”³². En los medios “fiscales”, que “su calificación como técnicas *administrativas* de fomento es muy discutible... el empleo de estas técnicas se halla hoy en franca regresión”³³. Finalmente, en los medios crediticios, “su forma de instrumentación ha cambiado sensiblemente, eliminándose las

²⁸ Baena del Alcázar, Mariano, ob. cit. [nota 20], p. 275.

²⁹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit. [nota 9], p. 348.

³⁰ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit. [nota 9], T. II, p. 349.

³¹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit. [nota 9], T. II, p. 350-351.

³² Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit. [nota 9], T. II, p. 352.

³³ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit. [nota 9], T. II, p. 352.

modalidades que suponían una distorsión de los precios o condiciones generales del mercado... En la actualidad, por ello, estas técnicas se han reducido en número y hecho más sutiles..., o han derivado hacia formas atípicas de subvención”³⁴.

b. Clasificación del Tribunal Constitucional.

Nuestro Tribunal Constitucional ha enunciado, junto con un concepto constitucional de fomento, una cierta tipología de sus medios. En efecto, en STC rol N° 1295, de 2010, distinguió entre beneficios y gravámenes:

“OCTOGESIMONOVENO:... No quiso el constituyente utilizar expresiones que limitasen la creatividad de la ley. Será cada norma legal la que las irá configurando, de acuerdo a las necesidades de política económica que pueda demandar la sociedad en un momento determinado. Pero, claramente, se distingue entre medidas favorables (los beneficios) y medidas desfavorables (los gravámenes). En ambos casos, el legislador queda facultado para establecer una relación jurídica, con derechos y obligaciones recíprocas, entre el órgano encargado de materializarlas y el privado que las recibe o soporta. El régimen jurídico que normará dicha relación, tendrá un componente de derecho público y, por tanto, de contenido obligatorio e indisponible, y otro libremente pactado.

Dichos beneficios o gravámenes buscan que el Estado, sin utilizar la coacción, es decir, sin mandar ni imponer, ni crear servicios, proteja, promueva, estimule y oriente la actividad económica para que se entreguen o produzcan ciertos bienes o servicios que se consideran necesarios para la sociedad (Ariño, Gaspar; Principios de derecho público económico; Editorial Comares; Granada, 1999, págs. 289-290).”.

Entre los beneficios, distinguió, de manera similar al derecho español, entre ayudas honoríficas, jurídicas y económicas.

NONAGÉSIMO: Que los “beneficios” son ayudas, en dinero o de otra forma, que el Estado entrega a uno o más particulares, con o sin obligación de reembolso. Estas ayudas pueden ser honoríficas (como, por ejemplo, los premios nacionales), jurídicas (por ejemplo, dispensas en el cumplimiento de ciertas normas) o económicas.

Luego, las ayudas económicas pueden ser directas o indirectas.

³⁴ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit., T. II [nota 9], p. 353.

Los beneficios económicos pueden ser “directos o indirectos”. En los directos, se transfieren recursos al beneficiario para financiar una actividad que se estima de interés público. Así sucede, por ejemplo, cuando el Estado entrega una subvención, es decir, una transferencia en dinero, sin obligación de reembolso, para obtener el desarrollo de una actividad económica (por ejemplo, el financiamiento de una película), o un subsidio, esto es, una transferencia en dinero sin obligación de reembolso para ayudar a personas o grupos de escasos recursos (por ejemplo, una beca de estudios). También cabe aquí el crédito público, en que hay una transferencia de recursos, pero con obligación de reembolso, y en condiciones más favorables que las que puedan existir en el mercado (por ejemplo, el crédito fiscal). Al otorgar estos beneficios, el legislador puede perfectamente establecer condiciones o requisitos para su obtención o para su mantención, para lograr la finalidad pública que se busca obtener con la transferencia. Estas transferencias no son un regalo, sino una donación modal o condicionada al cumplimiento de determinados fines para recibirlos y al logro de ciertos resultados que se estiman valiosos. Ello implica, en ciertos casos, restricciones de derechos.

En los beneficios indirectos o franquicias, por su parte, el Estado deja de cobrar cierta cantidad de dinero; “se priva de ingresos posibles” (Fermendois, A.; ob. cit., pág- 289); el “beneficio consiste en que el favorecido con ella goza de una exención tributaria o arancelaria, de modo que no paga los derechos que el Estado cobra” (Cea, J.L.; ob. cit., pág. 513). Estos beneficios indirectos deben ser ponderados en la Ley de Presupuestos; es decir, su costo debe incluirse en dicha ley. Con ello se buscó, por una parte, que la comunidad conozca de ellos; y, por la otra, favorecer su discusión legislativa y su evaluación periódica (Fermendois, A; ob. cit., pág 288);

Finalmente, enunció los gravámenes como medidas de fomento “negativas:

NONAGESIMOPRIMERO: Que los “gravámenes especiales”, por su parte, son cualquier medida desfavorable impuesta por el legislador, directamente o autorizando a la Administración a hacerlo, que deba soportar todo particular que se desenvuelve en un sector económico determinado, a favor del Estado o de otro particular, sin que conlleve una indemnización. Comprende cualquier limitación al dominio, y no se limita sólo a las cargas públicas reales o a los tributos. Así, puede consistir en un arancel compensatorio, pero también en controles preventivos de la administración, en prohibiciones, etc. Lo importante es que dicha medida sea una obligación que deban soportar todos los sujetos que operan en un determinado sector, actividad o territorio,

siendo por tanto general, aunque no implique transferencia de recursos; que esa medida se establezca en aras del interés general; que no implique una genuina expropiación, y que esa obligación sea especial. Con este último calificativo se resalta, de un lado, la necesidad de que se configure con detalle por el legislador, es decir, que no sea una medida genérica; y, del otro, que tenga cierto grado de singularidad;”³⁵

³⁵ En el mismo sentido se pronuncia Humberto Nogueira Alcalá en “Derechos fundamentales y garantías constitucionales”, T. IV, Santiago, Librotecnia, 2010, pp. 159-160.

El cuadro, entonces, de las medidas de fomento o – como se verá, ayudas públicas – de acuerdo al Tribunal Constitucional puede sintetizarse de la siguiente manera:

Beneficios o ayudas	Honoríficos				
	Jurídicos				
	Económicos			Directos	Subvención
					Subsidios
					Crédito
				Indirectos	Franquicias
Exenciones					
Gravámenes	Tributos				
	Cargas				

II. NOTAS DE DERECHO COMPARADO.

La preocupación por el fomento administrativo y sus medios es propia de los países hispanoamericanos, como se comprende de las citas al derecho español y argentino que se hacen a lo largo de este trabajo.

En el resto del derecho continental lo común es distinguir sólo entre dos clases de actividad administrativa: la policía, ordenación o regulación, por una parte, y la prestación de servicios públicos, por otra.

En el derecho anglosajón, en cambio, la clasificación es totalmente desconocida. Se habla ahí, más bien, de una “agregación de actividades”, y no de una clasificación.

1. Francia.

La clasificación “bipartita” de actividades es, por cierto, la tradicional en Francia. En los clásicos, se distingue sólo entre policía y gestión de establecimientos públicos. La subvención a actividades privadas es una “mera operación presupuestaria”³⁶.

³⁶ Hauriou, Maurice, “Precis de droit administratif et de droit public”, París, Dalloz, 12ª ed., 2002 (ed. original de 1933), p. 320 y 525.

Para la escuela del servicio público la subvención se encuentra en la órbita de aquél, sea como el elemento que identifica a los “establecimientos de utilidad pública”, como accesorios del servicio público estatal, o bien como un medio para mantener el equilibrio económico de la concesión. Es el caso paradigmático de Jezé para quien, por una parte, “se entiende por *subvención* una suma de dinero que se entrega periódicamente o en su totalidad y que tiene por objeto facilitar el funcionamiento de la obra o establecimiento privado que persigue una finalidad de interés general. Esta subvención no transforma dicha obra o establecimiento en servicio público, ya que sigue siendo privado”³⁷. Por otra parte, sostiene, “cuando la concesión exige grandes inversiones de capitales (por ejemplo, obras públicas), la Administración participa, en forma más o menos considerable, en los *gastos de instalación*... La Administración puede prometer al concesionario una *subvención en dinero* o una *subvención en obras*”³⁸.

Entre los autores más modernos, Georges Vedel sintetiza la “acción de la administración” sencillamente en policía y servicio público. Con todo, reconoce que la subvención ocupa un lugar “intermedio” entre ambas³⁹.

La mayor parte de la doctrina contemporánea, no hace cuestión del tema y emplea la clasificación tradicional⁴⁰.

Con todo, algunos autores franceses reconocen abiertamente la actividad de fomento o ayudas públicas – junto a la policía y servicio público -, como por ejemplo, Rivero quien identifica “ciertas actividades privadas, cuyo desarrollo es particularmente útil a la colectividad, desde el punto de vista social, económico o cultural. La administración respeta su autonomía, pero viene en su ayuda y colabora con ellas, de manera de permitirles realizar sus cometidos. Esta *colaboración*, que está acompañada normalmente de un cierto *control*, reviste formas múltiples. Ella constituye un aspecto muy

³⁷ Jezé, Gastón, “Principios Generales del Derecho Administrativo”, Vol. II, T. I, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 53.

³⁸ Jezé, Gastón, “Principios Generales del Derecho Administrativo”, Vol. V, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 170. En el mismo sentido Sayagués Laso, Enrique, “Tratado de Derecho Administrativo”, T. II, Montevideo, FCU, 7ª ed., 2002, pp. 37-38.

³⁹ Vedel, Georges, “Derecho Administrativo”, Madrid, Aguilar, 1980 (ed. original 1976), pp. 12-14. También en Vedel, Georges y Delvolvé, Pierre, “Droit Administratif”, T. I., París, PUF, 1958, pp. 31 y ss.

⁴⁰ Benoit, Francis Paul, “El Derecho Administrativo Francés”, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977, pp. 895-896; Moreau, Jacques, “Droit Administratif”, París, PUF, 1989, pp. 309 y ss. Maurin, André, “Derecho Administrativo Francés”, México DF, Porrúa, 2004, pp. 103 y ss. Gaudemet, Yves, “Traité de Droit Administratif”, París, LDGJ, 16ª ed., 2001, pp. 719-720. Puede mencionarse a Chapus que distingue entre actos, servicios públicos, reglamentos y policía (Chapus, René, “Droit Administratif Général”, T. I, París, Montchrestien, 15ª ed., 2001, p. 479.

importante de la acción administrativa. Es el sector de *actividades* y de empresas privadas de interés general”⁴¹.

2. Alemania.

En el derecho alemán, no ha existido tanto una preocupación por hacer una tipología de la actividad administrativa, sino más bien de entregar teorías generales de toda ella. Entre los autores clásicos podemos citar, por una parte, a Otto Mayer quien conceptualiza la idea de “policía” administrativa, o sea, la Administración como “poder” de coacción⁴². Por otra parte, encontramos a Ernst Forsthoff, quien ideó la noción de “asistencia vital” o *daseinsvorsorge*, o sea, la Administración como “deber” de prestación⁴³.

Entre los autores modernos, Wolf, Bachoff y Stober al clasificar la actividad administrativa de acuerdo a su contenido distinguen entre (a) actividad de ordenación, manifestada en la administración de policía, seguridad y orden, administración fiscal, administración de dirección e inspectiva o de vigilancia; (b) actividad de prestación y garantía, manifestada en la administración de infraestructuras, administración de garantía de prestaciones, administración social, administración de fomento (subvenciones), administración de información; (c) actividad de planificación, que puede ser territorial, urbanística, sectorial o ambiental; (d) actividad de conservación, manifestada como protección ambiental y del patrimonio cultural; (e) actividad de satisfacción de necesidades internas (de organización), que se expresa en aspectos financieros, de personal, de suministro, del patrimonio, de los establecimientos públicos, de información y datos, etc.; y (f) actividad económica, manifestada en la administración económica de producción y las empresas públicas⁴⁴.

Stober, en su *derecho administrativo económico*, alude expresamente al fomento, toda vez que clasifica la Administración económica en

⁴¹ Rivero, Jean, “Derecho Administrativo”, Caracas, Universidad Central, 1984 (ed. original de 1980), p. 454. En el mismo sentido, Jean Rivero et Jean Waline, “Droit Administratif”, París, Dalloz, 18ª ed., 2000, p. 424.

⁴² Mayer, Otto, “Derecho administrativo Alemán”, T. I., Buenos Aires, Depalma., 1982 (ed. original 1904), p. 126 y T. II, pp. 113 y ss.

⁴³ Forsthoff, Ernst, “Tratado de Derecho Administrativo”, T. II, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 473 y ss.

⁴⁴ Wolf, Hans; Bachof, Otto y Stober, Rolf, “Direito Administrativo”, Vol. I, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006 (ed. original 1987), pp. 55-61.

planeamiento, inspección, seguridad, dirección y fomento⁴⁵. Sin embargo, el autor reconoce que los conceptos son equívocos.

Por su parte, Schmidt-Assmann, pretende ubicar, por sobre las estructuras clásicas de ordenación (Mayer) y prestación (Forsthoff), una actividad administrativa de dirección y de mediación. Precisamente, estamos ante el primer caso, en “aquellos supuestos en los que la Administración despliega una amplia actividad de control y fomento sobre sectores completos de la vida social, económica o cultural⁴⁶”. A su juicio, en estos casos estamos ante relaciones jurídicas complejas “en que la Administración tiene el deber de tomar en consideración por igual y de manera neutral todos los intereses en presencia, mientras que a los propios interesados les pueden corresponder también ciertos deberes de respeto y cargas de colaboración entre sí⁴⁷”. Por tanto, también le reconoce un lugar especial a las subvenciones.

3. Italia.

Similar a lo que ocurre en Francia Alessi clasifica toda la actividad administrativa, simplemente entre actos administrativos (administración como poder) y servicio público (administración como prestación)⁴⁸.

Para Cassese, una clasificación completa debe atender tanto la materia, las competencias y los fines. En relación a la materia, distingue entre sanidad, educación, protección social y la economía. Atendiendo a la competencia, distingue entre regulación de actividades privadas, dirección, prestación de servicios colectivos, prestación de servicios de goce colectivo, prestación de servicios de goce individual y empresa pública. En cuanto a los fines, la actividad puede ser de coacción o intervención y de prestación o providencia⁴⁹.

⁴⁵ Stober, Rolf, “Derecho Administrativo Económico”, Madrid, Marcial Pons, 1992 (ed. original 1989), pp. 175 y ss.

⁴⁶ Schmidt-Assmann, Eberhard, “La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema”, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 183.

⁴⁷ Schmidt-Assmann, Eberhard, ob. cit., p. 185.

⁴⁸ Alessi, Renato, “Instituciones de Derecho Administrativo”, T. I, Barcelona, Bosch, 1970 (ed. original 1960), p. 239.

⁴⁹ Cassese, Sabino, “Las bases del derecho administrativo”, Madrid, Marcial Pons, 1994 (ed. original 1989), pp. 112-117.

4. Common Law.

En la tradición jurídica anglosajona la preocupación por el fomento viene más bien de las finanzas públicas, sin ocupar un lugar especial en el derecho administrativo⁵⁰.

Las clasificaciones que emplean las obras más importantes son eminentemente materiales, o sea, que identifican los distintos ámbitos de la vida social en que se desenvuelve la actividad administrativa, sin hacer referencia a los medios, fines o formas que adoptan.

Así, Wade, en el Reino Unido, distingue como actividades administrativas a las siguientes: expropiación de suelo, planificación urbanística, desarrollo urbano, vivienda, uso del suelo, servicio sanitario nacional, seguridad social, prisiones y emigración y extradición⁵¹.

Por su parte, Breyer, en los Estados Unidos de Norteamérica, separa fijación de tarifas, tutela del medio ambiente, controles de seguridad, control de la actividad privada, policía, prescripción de normas de conducta, órdenes coactivas, sanciones penales, sanciones informales, autorizaciones, indemnizaciones, gasto, adquisición de bienes y servicios e inspecciones e informaciones⁵².

Como puede verse, la doctrina anglosajona no presta la misma atención en identificar un criterio diferenciador de cada una de las clases de actividad, en contraste con lo mostrado para el derecho continental, sino que va “agregando” actividades, según van cobrando importancia en un momento determinado de la historia.

III. CRÍTICAS A LA IDEA DE FOMENTO.

La idea de fomento administrativo, nacida a mediados del siglo XX, ha sido objeto de importantes críticas.

Particularmente, y de manera bastante temprana, Mariano Baena del Alcázar afirma que el fomento no puede servir para designar una forma de actividad, primero y principalmente, porque históricamente, se usó el fomento para hablar de un *fin u objetivo de toda* la actividad de la Administración, de modo que como criterio clasificador es superfluo.

⁵⁰ Stiglitz, Joseph, “La economía del sector público”, Bosch, 3ª ed., 2000, p. 288-289.

⁵¹ Wade, William y Forsyth, Christopher, “Administrative Law”, Oxford University Press, 8ª ed., 2000, pp. 75-86.

⁵² Breyer-Stewart-Sunstein-Vermeule, “Administrative Law and Regulatory Policy”, Aspen Publishers, 6ª ed., 2006.

“Teniendo en cuenta que la policía era toda la actividad desarrollada por el Estado, una policía de bienestar, *cura promovendae salutis*, identificable con el fomento, era toda la actividad del Estado, que no entraba dentro de la policía de seguridad⁵³... Durante el siglo XIX se produce un cambio de situación, en virtud del cual, como recuerda Villar Palasí, la finalidad de fomento es una de las primordiales del Estado ¿Cómo se explica esto? Se trata en definitiva de que se emplea a principios del siglo XIX, al menos en España, la palabra fomento para designar todas las actividades antes incluidas en la policía”⁵⁴.

En el mismo sentido, Morell Ocaña expresa que:

“La más amplia de las perspectivas conceptuales, y también la primera en la historia, identifica la actividad pública de fomento como *aquella que tiene por objeto la mejora o progreso de la sociedad*”⁵⁵.

“Esta noción amplia de fomento se delimita *atendiendo a la finalidad de la acción*; cualquier técnica será utilizable: el fomento no es un concreto conjunto de técnicas jurídicas”⁵⁶.

En segundo lugar, Baena critica que la formulación de Jordana de Pozas es completamente original, se presenta como una teoría “desde la nada”. En efecto, dice, “no se trata no de una tradición recogida y sistematizada, ni de una construcción extranjera. Jordana acuña el nuevo concepto antes descrito y lo designa con el término fomento. Con ello, se ha producido una transformación del significado del vocablo, que de un fin de la actividad ha pasado a ser una forma de ésta... Jordana de Pozas ha agrupado la actuación indirecta que se realiza (aunque en modo alguno en forma exclusiva) en el siglo XIX, y sobre todo que respondía a la mentalidad liberal, y la ha denominado con un término desprovisto de un valor técnico hasta el momento en que se formula la teoría y que servía sólo de una manera vaga para designar el fin de la actividad”⁵⁷. Ello confirma lo ya sostenido en la sección anterior.

En tercer lugar, Baena sostiene que la definición de Jordana no sirve para distinguir al fomento de la policía: “partiendo de la idea de que la policía

⁵³ Baena del Alcázar, Mariano, “Sobre el concepto de fomento”, en RAP N° 54, 1967, p. 55.

⁵⁴ Baena del Alcázar, Mariano, ob. cit. [nota 53], p. 55.

⁵⁵ Morell Ocaña, Luis, “Curso de Derecho Administrativo”, T. II, Pamplona, Ed. Aranzadi, p. 93.

⁵⁶ Morell Ocaña, Luis, ob. cit. [nota 55]. , p. 94.

⁵⁷ Baena del Alcázar, Mariano, ob. cit. [nota 53], p. 59.

tiene por fin mantener el orden público, empleando medios coactivos, mientras el fomento tiene la finalidad de impulsar la mejora del nivel del país por medios persuasivos, se advirtió que con la coacción se conseguían o se podían conseguir fines de mejora y, a la inversa, que con la persuasión podían conseguirse fines de orden público, todo lo cual llegó a despojar al fomento de la idea de fin para dejarlo reducido a actividad persuasiva... Pero además hay que dejar también constancia de que, como señala Garrido, tanto en la policía como en el fomento no es la Administración la que actúa para satisfacer las necesidades de la colectividad, sino los mismos particulares, si bien mediante una conducta influida por la actividad administrativa”⁵⁸.

En el mismo sentido, Daniel Maljar en Argentina, sostiene que “la noción de “poder de policía”, basado en el intervencionismo del Estado, no sólo debe fundar las restricciones o limitaciones a los derechos, sino que también debería justificar, como acontece en los Estados Unidos, la promoción o ampliación de los mismos”⁵⁹. Agrega que, “se advierte, en consecuencia, que la técnica del fomento forma parte del poder de policía del Estado, porque reconoce su base de sustentación en la reglamentación ampliatoria de los derechos constitucionales por medio de normas jurídicas”⁶⁰.

En cuarto lugar, Baena critica la noción sustentada por Jordana pues, tampoco sirve para distinguir al fomento del servicio público. Al efecto, cita a otros autores que, aunque acogen la clasificación tripartita de Jordana, sostienen que la actividad subvencionada es, por este solo hecho, “publicada”, como por ejemplo Garrido y Entrena Cuesta⁶¹⁻⁶² (v. infra, capítulo III).

En quinto lugar, Baena rechaza la idea de fomento porque el objeto sobre el que se define es impreciso. El autor afirma que “se considera como fin de la actividad la satisfacción indirecta de necesidades de orden público... Este fin de satisfacción indirecta de necesidades de orden público juega un papel para justificar la actuación de la Administración, pero no juega ninguno a efectos que podíamos llamar internos, de construcción de ideas, porque no

⁵⁸ Baena del Alcázar, Mariano, ob. cit. [nota 53], p. 63.

⁵⁹ Maljar, Daniel, ob. cit. [nota 5], p. 264.

⁶⁰ Maljar, Daniel, ob. cit., [nota 5] p. 267.

⁶¹ Baena del Alcázar, Mariano, ob. cit. [nota 53], p. 64-65.

⁶² Baena del Alcázar, Mariano, ob. cit. [nota 53], p. 65.

otorga peculiaridad al fomento que permanece indefinido. En definitiva, esta satisfacción de necesidades se da también en otras formas de actividad”⁶³.

En sexto lugar, Baena critica también las técnicas del fomento en la forma que son explicadas por Jordana. Por una parte, le critica que no hay precisión en el modo de entender las técnicas: “En primer lugar, como la técnica de persuasión por oposición a la de coacción. En segundo lugar, como el conjunto de medios en que esa persuasión puede manifestarse. Ahora bien, tanto una como otra acepción no parece que merezca la pena detenerse en ellas. En cuanto a la primera, porque la persuasión como técnica es incompleta e indefinida, ya que sólo adquiere una auténtica virtualidad en sus manifestaciones concretas, y sólo en la medida en que éstas tengan una entidad y una unidad verdaderas podrá hablarse de existencia de una técnica. La segunda acepción, en cambio, nos lleva directamente al estudio de esas manifestaciones, pero tampoco parece que pueda hablarse de verdaderas técnicas, sino de lo que la doctrina llama medios de fomento”⁶⁴.

Por otra parte, le critica que no es posible dotar de contenido a los medios de fomento.

Así, en los medios honoríficos, “no parece claro que la actuación administrativa satisfaga necesidades, a no ser que se tenga en cuenta la remota relación que puede existir entre el motivo que da lugar al honor y la necesidad pública... la delimitación negativa ha convertido al fomento en un auténtico cajón de sastre, donde se incluyen las actividades no encuadrables en los otros términos de la clasificación”⁶⁵.

Luego, en los medios jurídicos “no se sabe por qué las ventajas económicas se incluyen en este grupo y no en los medios económicos; pero además se impone la observación de que la variedad del grupo citado hace prácticamente imposible la reconducción de estos medios a un régimen jurídico común.”⁶⁶.

Además, en los medios económicos, tratándose de las ventajas materiales o reales, “En primer lugar, no parece que ninguno de los dos casos se trata de esa satisfacción *indirecta* de necesidades característica del fomento. En segundo lugar, debe observarse que quizás fuera más conveniente estudiar

⁶³ Baena del Alcázar, Mariano, ob. cit. [nota 53], p. 67.

⁶⁴ Baena del Alcázar, Mariano, ob. cit. [nota 53], p. 69.

⁶⁵ Baena del Alcázar, Mariano, ob. cit. [nota 53], p. 70.

⁶⁶ Baena del Alcázar, Mariano, ob. cit. [nota 53], p. 71.

esta cuestión dentro del examen del dominio público”⁶⁷. Luego, tratándose de las ventajas financieras, el estudio detallado de estas actuaciones pertenece principalmente al derecho financiero; pero es preciso tomar conciencia de su extrema importancia en cuanto a las relaciones del poder público con los particulares. El autor agrega que “La verdad es que esto sucede con gran parte de la materia a estudiar por el derecho financiero, sin que por ello se haya incluido dentro del estudio del derecho administrativo”⁶⁸.

Particularmente, en la subvención, el hecho de que existan subvenciones a entes públicos locales, impide hablar de satisfacción “indirecta” de necesidades públicas⁶⁹. En cambio, dado que la subvención es una prestación y que a través de ella pueden llevarse a cabo ciertas actividades de servicio público, puede decirse que es una técnica de servicio público⁷⁰.

Para terminar, Baena sostiene que la idea de fomento pertenece a un paradigma obsoleto. En efecto, a su juicio, “la primitiva finalidad del fomento ha evolucionado hacia otra de decidida intervención en la economía, y las nociones de interés y de utilidad pública se han transformado como consecuencia de la muerte del estado liberal⁷¹”:

“Al inmiscuirse la Administración en la actividad privada, utilizando, entre otros, los llamados medios de fomento y en especial la subvención, se produce una intervención económica y al mismo tiempo se difuminan las fronteras entre la actividad de los particulares y la actividad administrativa”⁷².

En conclusión “a la vista del estado científico de los tres términos de que consta la clasificación, no pueden mantenerse hoy día que resuelva el problema del estudio de la Parte especial mediante la formulación de unos principios generales... Ello no obsta, sin embargo, para que siga siendo conveniente el estudio de la clasificación, especialmente a efectos didácticos”⁷³.

⁶⁷ Baena del Alcázar, Mariano, ob. cit. [nota 53], p. 73. En similar sentido Maljar, Daniel, ob. cit. [nota 5], p. 289.

⁶⁸ Baena del Alcázar, Mariano, ob. cit. [nota 53], p. 73-74.

⁶⁹ Baena del Alcázar, Mariano, ob. cit. [nota 53], p. 75.

⁷⁰ Baena del Alcázar, Mariano, ob. cit. [nota 53], p. 76.

⁷¹ Baena del Alcázar, Mariano, ob. cit. [nota 53], p. 82.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

A pesar de las agudas críticas formuladas por el autor citado, la idea de fomento persiste con fuerza en la tradición hispanoamericana.

Ello tiene una plena explicación científica y garantística. A juicio de De la Cuétara, “el Derecho Administrativo actual necesita, más que nunca, un punto de referencia sobre el cual valorar y sopesar acciones administrativas que no puedan encuadrarse ni en la policía ni en los servicios públicos”, agregando que “no puede haber duda de que la ciencia del Derecho está obligada a dar alguna respuesta a estos fenómenos... Para la comprensión de las potestades administrativas que entran en juego - o, mejor, para su admisión como posibilidades jurídicas -, se hace necesario algún elemento, llámese o no fomento, que actúe como título habilitante de las mismas”⁷⁴.

IV. ALTERNATIVAS A LA NOCIÓN DE FOMENTO. LA DOCTRINA DE LAS “AYUDAS PÚBLICAS”.

En esta sección defenderemos la doctrina de las “ayudas públicas” como alternativa teórica que pretende superar los defectos de la doctrina tradicional del fomento administrativo.

1. Objeciones al fomento.

El profesor José Luis Martínez López-Muñiz ha propuesto una alternativa a la teoría de la actividad de fomento administrativo, sustituyéndola por la de “ayudas públicas”.

A juicio de este autor, la doctrina del fomento es errónea, por una parte, porque las denominadas técnicas de fomento se emplean, en la práctica, por la Administración no sólo para promover sino que para dirigir y configurar la actividad privada.

“Este castizo término de nuestro Derecho administrativo se ha quedado, por una parte, estrecho para denominar a la acción administrativa a que Jordana quiso reducir su significación técnica, cuando el Poder público la emplea como instrumento de dirección y conformación de las realidades económicas y sociales o en garantía de derechos fundamentales y no sólo de la *promoción* de su ejercicio en condiciones de mayor igualdad”⁷⁵.

⁷⁴ De la Cuétara, ob. cit. [nota 18], p. 299.

⁷⁵ López Muñiz, José Luis, “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública”, en Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí, coord. Rafael Gómez-Ferrer Morant, Madrid, Civitas, 1989, pp. 755-756.

Por otra parte, el autor critica la teoría tradicional, porque, al poner el acento en la finalidad de estímulo o fomento, resulta que termina excediéndose el campo de lo que tradicionalmente se considera el fomento administrativo, de modo que la doctrina ha tenido que restringir su alcance, para darle racionalidad.

“...su connotación esencial y prevalentemente teleológica, que ya detectara Garrido Falla incluso en la definición de Jordana, siempre ha tendido a desbordar, por otra parte, aquella famosa construcción y hasta las que, como la propia de Garrido, intentaron rectificarla para obviar esa dificultad. La referencia a los objetivos de *promoción* – a los que se adicionaría la *protección* – ciertamente inherentes a la noción tradicional del fomento, ha tendido siempre a dominar su significación conceptual técnica, debiendo acudir los autores a elementos de delimitación negativa como la ausencia de coacción, para lograr una especificidad técnico-jurídica del concepto en la clasificación de los modos o formas de la actividad administrativa”⁷⁶.

En consecuencia, este autor propone sustituir el concepto de fomento por el de “ayudas públicas”, las que define como “aquella actividad administrativa consistente en el *otorgamiento directo o indirecto de bienes o derechos a determinados administrados* – públicos o privados -, *con carácter no devolutivo y por razón de ciertas actividades que les son propias, ya realizadas o aún por desarrollar, quedando en este último caso afectados a su realización*”⁷⁷.

En un sentido similar, Ignacio de la Riva entiende por ayudas públicas “la *actividad administrativa consistente en la dispensación mediata o inmediata de bienes a determinados administrados de forma directa o indirecta, con carácter no devolutivo y en razón de ciertas actividades que les son propias, a cuya realización dichos bienes quedan afectados*”⁷⁸.

2. El contenido esencial de las ayudas públicas.

Tanto López Muñiz como De la Riva identifican dos características esenciales o determinantes de las ayudas públicas. En primer lugar, en las

⁷⁶ López Muñiz, José Luis, ob. cit. [nota 75], pp. 755-756. En el mismo sentido Sánchez Morón, Miguel, “Derecho Administrativo. Parte General”, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 2006, pp. 765-766, para quien “no toda *ayuda* prestada por la Administración a un particular, ni siquiera toda ayuda económica, es una medida de fomento, pues lo propio de éstas es la finalidad de estimular actividades o comportamientos de quien la recibe”.

⁷⁷ López Muñiz, José Luis, ob. cit. [nota 75], p. 758.

⁷⁸ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 122.123.

ayudas públicas está siempre presente la coincidencia entre el interés público y el interés privado.

Como sostiene de la Riva, “lo que destaca en el área de la actividad administrativa estudiada y obra como presupuesto para la identificación del elemento configurador que estamos buscando es la coincidencia, al menos parcial, que se advierte en el fomento entre los intereses público y privados involucrados, ya que ambos se orientan en el mismo sentido”⁷⁹. Agrega que “estamos, indudablemente, ante un talante distinto de aquel en que la autoridad impone coactivamente su voluntad a los particulares, o de aquel otro en que asume ella misma la satisfacción de las necesidades pública”⁸⁰.

En segundo lugar, se destaca por la doctrina que en las ayudas públicas, lo que forma parte inherente del concepto, es que la entrega de la ayuda está *afectada al cumplimiento del interés público*.

En efecto, como destaca De la Riva, “el único camino verdaderamente conducente para distinguir con acierto y rigor los modos de actuación de la Administración y dotar al fomento de un perfil propio es el señalado por Fernández Farreres, y profundizado luego por Martínez López Muñoz, consistente en fijar la atención en el componente estructural de la actividad desplegada. Para recorrerlo con éxito, como se comprenderá, será necesario comenzar por sustraerse de los influjos nocivos del término *fomento*, vocablo que inevitablemente nos orienta hacia el fin de la actividad en tanto, precisamente, es ese el sentido con que fue concebido como una categoría jurídica autónoma”⁸¹.

Precisamente, ha sido Martínez López-Muñoz quien sostuvo que:

“Lo que se da – o se dispensa – en concepto de ayuda... no se otorga para ser simplemente consumido o usado, porque con ese uso o consumo se satisface en sí misma una determinada necesidad de otro, sino que siempre se concede en atención a una determinada actividad o conducta que, con la ayuda, va a ser posible o más fácil y mejor realizada”⁸².

“Son, por tanto, las ayudas *ventajas afectadas, beneficios vinculados* a cierta actividad del beneficiario”⁸³.

⁷⁹ De la Riva, Ignacio, ob. cit [nota 6], p. 116.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 117-118.

⁸² López Muñoz, José Luis, ob. cit. [nota 75], p. 757.

⁸³ López Muñoz, José Luis, ob. cit. [nota 75], p. 760.

“Pero la aplicación del beneficio a la actividad a que queda afectado no es el *fin* de la ayuda, propiamente hablando, sino parte esencial de su *contenido*. El derecho que, en definitiva, se otorga al beneficiario es dispensado con esa esencial afectación a su ejercicio y disfrute con respecto a la actividad ayudada, de modo que su uso exclusivamente para la financiación de ésta representa la expresión positiva del alcance de su objeto propio... Hay, pues, como efecto del contenido de las ayudas, obligaciones recíprocas..., en el sentido de que Poder dispensador y beneficiario quedan vinculados por una relación jurídica bilateral que, de una parte, reconoce en éste el derecho a la aplicación del beneficio o ventaja a la actividad propia a que esté afectado y la obligación consiguiente de no extralimitarse en su ejercicio, abusando, desviando o usando mal del derecho recibido, gozando de sus ventajas para otras actividades, así como de no dejar de aplicar el beneficio recibido a la actividad de que se trata, y, de otra parte, implica para el Poder dispensador la obligación de hacer efectivo el derecho constituido a favor del beneficiario, y el derecho a exigir que el beneficio que reporte se aplique a la actividad a la que se le haya afectado”⁸⁴.

3. Elementos de la definición.

De la definición antes entregada se extrae, en primer lugar, que las ayudas públicas consisten en la entrega de un beneficio afectado a un fin público. En efecto, según de la Riva, “las ayudas públicas consisten, ante todo, en *dispensar bienes a determinados administrados*. Pero esa dación o entrega de bienes sólo se realiza *en razón de ciertas actividades* propias de quien los recibe, *a cuya realización* – la de las actividades, se entiende – *quedan afectados*. Este nexo entre lo dado y las actividades a las que se lo debe aplicar, intrínseco a las ayudas públicas, configura la estructura propia y, por lo tanto, la esencia de esta institución”⁸⁵.

En segundo lugar, la finalidad – sea de estímulo, fomento o promoción, o no – es indiferente a la hora de calificar las ayudas. Lo importante no es el fin específico, sino el carácter afectado de las ayudas. De la Riva afirma que “la identificación de la concreta finalidad de interés público, finalidad que ciertamente existe en este campo del quehacer administrativo como en cualquier otro, resulta irrelevante a los efectos de la noción de ayudas públicas propuesta. Ella no constituye, en otras palabras, un elemento

⁸⁴ López Muñiz, José Luis, ob. cit. [nota 75], p. 761. En el mismo sentido, Fernández Farreres, German, “La subvención: concepto y régimen jurídico”, Madrid, IEF, 1983, p. 71.

⁸⁵ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 123.

integrante del concepto en cuestión, y por eso es razonable que se la excluya de su definición. Es también indiferente si el beneficio económico que la ayuda supone para su destinatario se hace efectivo de manera directa o indirecta”⁸⁶.

En tercer lugar, las ayudas puede entregarse de manera directa o indirecta, a través de una entidad pública o privada, que actúe como “gestora” de las ayudas (v. infra, capítulo II). De la Riva sostiene que en este concepto se “subraya el hecho de que la dispensación de bienes puede ser resultado tanto del accionar *inmediato* de la Administración, que en tal caso los concede por sí misma, cuanto de su actuación a través de *interpósita persona*, sea ésta pública o privada”⁸⁷.

En cuarto lugar, el beneficiario de las ayudas puede ostentar cualquier calidad jurídica, no solamente privada. Ello permite explicar las ayudas que se entregan a empresas públicas, a entes territoriales, etc. De la Riva afirma que “al hacerse referencia a los *administrados* como sujetos pasivos de las ayudas, nótese que no se hace distinción de la condición pública o privada de las personas que pudieran revestir el carácter de beneficiario de las mismas”⁸⁸.

En quinto lugar, las ayudas se entregan “a fondo perdido”, es decir, no están sujetas en ningún caso a la obligación de restituir. Sin embargo, de este carácter no devolutivo no debe concluirse que sean “gratuitas”⁸⁹. En otras palabras, no corresponde aplicar a las ayudas las normas generales de las donaciones del derecho privado toda vez que están afectadas a un interés público. Como sostiene de la Riva “la subvención configura una técnica de Derecho público, lo cual supone que la Administración actúa frente al beneficiario con facultades exorbitantes respecto de las correspondientes al donante civil. De allí que la subvención sólo se otorgue en tanto y en cuanto la empresa subvencionada sirva al interés público”⁹⁰.

Finalmente, cabe resaltar que la actividad beneficiada sigue siendo siempre una actividad privada y libre, es decir, no se inserta en la órbita del servicio público. De la Riva afirma que “la calificación de *propia* que se predica de la actividad a la que se destina la ayuda viene a significar que se trata de una labor perteneciente a la esfera jurídica del subvencionado. La actividad es

⁸⁶ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 124-125-

⁸⁷ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 125.

⁸⁸ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 125.

⁸⁹ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 126.

⁹⁰ *Ibidem*. En el mismo sentido Martínez López-Muñiz, ob. cit. [nota 75], pp- 762-763.

emprendida por el sujeto destinatario en su exclusivo beneficio, sin perjuicio del interés público que, mediatamente, también se encuentra comprometido en su cumplimiento”⁹¹. También “la calificación de la actividad como *propia* trae aparejada la exclusión del ámbito de las ayudas públicas de las contribuciones otorgadas, por su condición de concesionario, al sujeto que se encuentra gestionando un servicio público”⁹².

V. FOMENTO Y AYUDAS PÚBLICAS EN LA DOCTRINA NACIONAL.

Las ideas que se han expuesto han tenido un impacto en la doctrina del derecho administrativo nacional. Al efecto, es posible distinguir tres etapas en la evolución de dicha doctrina, primero, la escuela de la policía administrativa, a continuación, la escuela del servicio público y, finalmente, la doctrina nacional contemporánea sobre la “administración servicial”.

El análisis se separa según las distintas “escuelas” doctrinarias en nuestro país. Se sostiene que son verdaderas escuelas de pensamiento, primero, por la unidad doctrinaria que existe entre los autores, que sigue paralela a la doctrina comparada y, segundo, por la consistencia histórica entre ellas, es decir, todas ellas explican fuentes positivas similares.

1. Escuela de la policía administrativa.

Se agrupan en esta escuela de pensamiento aquellos autores que ponen su atención en la formación y afirmación del poder estatal. Inspirados en la tradición doctrinaria de Manuel Colmeiro, cuya obra había sido recibida en nuestro país, el concepto de policía se emplea como una noción descriptiva para señalar o expresar una cierta situación satisfactoria de todos los asuntos públicos. Por tanto, con la expresión policía se hace regencia a las tareas propias del poder Ejecutivo: la búsqueda de la seguridad pública y la búsqueda del bienestar público.

El primer autor de derecho administrativo chileno, Santiago Prado, divide la actuación administrativa en tres clases, según concierna a los deberes y derechos de la Administración en relación con las personas (primera clase) y deberes y derechos de la Administración respecto de las cosas (segunda clase) y la jurisdicción administrativa (tercera clase)⁹³.

⁹¹ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 126-127.

⁹² De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 127.

⁹³ Prado, Santiago, “Principios elementales de Derecho Administrativo Chileno”, Santiago, Imprenta Nacional, 1859. Cfr. Camacho Cepeda, Gladys, “La actividad administrativa en la doctrina chilena:

Por su parte, Valentín Letelier afirma que, en su sentido más amplio, la policía “es el conjunto de leyes, servicios e instituciones que tienen por objeto prevenir un daño o estirparlo cuando hubiere sobrevenido”⁹⁴. Al efecto, distingue dos funciones esenciales de la policía, la preventiva y la represiva⁹⁵. En su obra se estudian las distintas manifestaciones de la actividad administrativa como diversas categorías de la “policía”: de seguridad, de higiene, “edilidad” o higiene de las ciudades, la viabilidad, correos, telégrafos, ferrocarriles, la beneficencia, la instrucción pública y el régimen penitenciario.

Domingo Amunátegui clasifica las materias que abarca la actividad de la Administración en aquellas exclusivas de la Administración, aquellas a que atienden la Administración Pública y la iniciativa individual y aquellas propias de la iniciativa individual⁹⁶.

Como puede verse, no hay una atención directa al problema del fomento, sino como una forma de policía “de bienestar” o bien, de actividad administrativa en concurrencia con la iniciativa privada.

2. Escuela chilena del servicio público.

Durante gran parte del resto del siglo XX el análisis de los autores acerca de la actividad administrativa estuvo centrada en una perspectiva orgánica que, según los conceptos de la escuela francesa del servicio público – particularmente Jezé – recondujo todo el estudio del derecho administrativo a los entes a través de los cual se desenvuelve. De este modo, la actividad de fomento sólo se estudió a propósito de los denominados “establecimientos de utilidad pública”.

En un interesante pasaje Iribarren señala que el Estado tiene fines políticos, jurídicos, económicos y “morales”. La finalidad económica, explica, “se traduce en la protección que el Estado dispensa al incremento y desarrollo de los factores económicos y en la posibilidad de que él mismo tenga capacidad de gastos. Este fin consiste, entonces, en la actividad que el Estado desarrolla para proveer a la defensa de los intereses económicos generales y a la formación de su fondo propio.” En cuanto al primero señala que “se refiere, pues, a la actividad que despliega el Estado para fomentar

1859-2009” en Pantoja Bauzá, Rolando “Derecho Administrativo. 150 años de doctrina”, Santiago, Ed. Jurídica, 2009, pp. 230-231.

⁹⁴ Letelier, Valentín, “Apuntaciones de Derecho Administrativo”, Santiago, 1904, p. 107.

⁹⁵ Letelier, Valentín, ob. cit. [nota 94], p. 111.

⁹⁶ Amunátegui, Domingo, “Tratado Jeneral de Derecho Administrativo”, Santiago, 1907, pp. 215-220.

la riqueza y dispensar protección jurídica a los intereses económicos de los individuos y de la Nación. Esta intervención directa o indirecta, en la formación de la riqueza, suele proveer también a la distribución y consumo de la misma⁹⁷. Luego, en esta categoría podemos entender que se clasifica el fomento administrativo.

Explicando los establecimientos de utilidad pública señala que se caracterizan por: “1º. El organismo está constituido por individuos particulares; 2º. Dispone de un patrimonio privado especial, formado por dinero y bienes que los constituyentes destinan al objeto del establecimiento; 3º. El organismo ejerce funciones de interés general y para satisfacer necesidades colectivas; 4º. Su creación y el reconocimiento de su personalidad jurídica se han realizado con el beneplácito y la intervención de la autoridad pública; 5º. Su funcionamiento se rige por sus propios estatutos; 6º. Los individuos empleados en el establecimiento no son funcionarios públicos; su reclutamiento es acto privado; 7º. El establecimiento de utilidad pública que atiende a la satisfacción de necesidades colectivas es una simple modalidad del servicio privado; 8º. El Estado no tiene en el funcionamiento y en el desarrollo general de su vida, más intervención que aquella que se considera indispensable para mantener las condiciones de seguridad y salubridad necesarias; 9º. El establecimiento de utilidad pública coopera con el Estado en la satisfacción de una necesidad colectiva, con reconocimiento expreso de aquella calidad”.

En relación a la subvención que reciben sostiene que “la inspección que la autoridad pública ejerce sobre su funcionamiento no les hace perder su carácter, porque dicha inspección es, en el fondo, una medida de policía servicial, que mira al interés de las personas a quienes la institución privada atiende, y que no menoscaba la libertad de asociación, sino que más bien la garantiza, supuesto que vela por su correcto ejercicio. Toda institución de utilidad pública, reconocida como tal por acto administrativo pertinente, y todo organismo particular que reciba subvención del Estado, de las Juntas Provinciales o de los Municipios, deben quedar sujetos a la inspección de quien subvenciona, para constatar que el dinero asignado se invierte en el objeto que sirvió de causa a la subvención, objeto que el Estado u otra corporación pública desea fomentar por razones de interés colectivo. Todo ello sin perjuicio de la libertad de asociación lícita. La comprobación de que tales sumas no han recibido el destino presupuestado acusaría, en el fondo, una verdadera malversación. De estas observaciones resulta la

⁹⁷ Iribarren, Juan Antonio, “Lecciones de Derecho Administrativo”, Santiago, Nascimento, 1935, p. 23.

conveniencia de que se rinda cuenta fiel y documentada de las correspondientes inversiones para evitar, con ello, que los fondos públicos reciban aplicaciones diversas y contrarias al fin de la liberalidad y, en algunas ocasiones, hasta manifiestamente adversas al interés general del Estado.”⁹⁸.

Para Merino, citando a Gascón y Marín, los establecimientos de utilidad pública “son un aporte de la actividad privada a la obra de la Administración; su reconocimiento como tales significa una especial situación entre las entidades de fines análogos; a veces un auxilio directo, económico, del poder público, Estado o Municipio; se reconoce el interés general del fin perseguido, al que aplica su actividad la Sociedad de iniciativa privada; pero salvo el caso que la entidad que subvenciones pueda asegurarse que los fondos concedidos se invierten con el fin que es interés público, en lo demás el régimen es el corriente en las instituciones privadas, sin que aquellos derechos de orden especial que corresponden a la Administración Pública, que son emanación lógica del ejercicio del Poder Público, los tenga la entidad de mera utilidad pública”⁹⁹.

Explicando las subvenciones que reciben, agrega, “1. Las corporaciones o administraciones públicas tienen libertad para conceder subvenciones, interesándose por las actividades particulares. 2. En algunas oportunidades, la Administración pública puede beneficiarse de manera directa con la acción privada que subvenciona en forma que le evite o dispense de organizar un servicio público análogo. 3. La subvención, para conservar su carácter de pura operación presupuestaria, debe ser renovable todos los años”. (Merino, ob. cit., p. 63).

Guillermo Varas entiende que “la Administración no sería otra cosa que el cuidado de los servicios públicos creados por la ley para el mantenimiento de la vida del Estado”¹⁰⁰. En efecto, para Varas, la noción de servicio público es gravitante en su explicación del derecho administrativo, cercana a los autores franceses. De este modo, también estudia las ayudas públicas desde un punto de vista orgánico, esto es, de los establecimientos de utilidad pública¹⁰¹.

⁹⁸ Iribarren, Juan Antonio, ob. cit. [nota 97], pp. 111-112.

⁹⁹ Merino, Ernesto, “Derecho Administrativo”, Santiago, Imprenta Universitaria, 1936, p. 62.

¹⁰⁰ Varas, Guillermo, “Derecho Administrativo”, Santiago, Ed. Nascimento, Santiago, 2ª ed., 1948, pp. 14-15.

¹⁰¹ Varas, Guillermo, ob. cit. [nota 100], pp. 177 y ss.

Para Daniel, los llamados establecimientos de utilidad pública “son instituciones de derecho privado; persiguen una finalidad de interés general, aunque para conseguirla se valgan de medios que les reportan o signifiquen lucro o ganancia, que en todo caso no es su razón de ser; poseen patrimonio propio y personalidad jurídica, de derecho privado, para administrarlo; el Estado reconoce su utilidad general y los dota del carácter de auxiliares de los servicios públicos, proporcionándoles subvenciones u otras ayudas económicas”¹⁰².

Para Aylwin “aparecen así dos clases de tareas o cometidos estatales: las relativas a la vida del propio Estado, tendientes a asegurar su integridad y conservación, y las referentes a la vida de la población, que procuran el bienestar de ésta. Las primeras son las tareas clásicas o esenciales del Estado, que éste necesariamente debe realizar y que no se concibe que puedan estar a cargo de particulares: son las que miran a las relaciones exteriores, a la defensa nacional, a la seguridad pública interna y a las finanzas públicas. Las segundas, que alcanzas, según las ideas dominantes en cada tiempo y país, a distintos aspectos de la vida de la población, importan lo que se denomina “intervenciones del Estado”. Antes limitadas a las cosas relativas a la higiene o salubridad públicas, a los transportes y comunicaciones y a la enseñanza, estas intervenciones se tornan cada día más numerosas y complejas, extendiéndose a otros campos otrora reservados a la actividad privada, como el de la previsión social, el de las relaciones del trabajo, el de la industria y aún el del comercio. Estas intervenciones pueden tomar cuatro formas. a) Reglamentación de la actividad privada (por ejemplo normas sanitarias, normas sobre construcciones, etc.); b) Vigilancia o control de la actividad privada (por ejemplo, inspecciones sanitarias, fiscalización del comercio, etc.); c) ayuda o fomento a la actividad privada (por ejemplo, crédito, subvenciones, etc.; y d) sustitución de la actividad del Estado a la actividad privada, que puede ser absoluta, con exclusión total de los particulares, dando origen a los monopolios estatales (por ejemplo, correos), o simplemente parcial, en concurrencia con particulares (por ejemplo, enseñanza). Mediante el cumplimiento de todas estas tareas o cometidos, el Estado atiende a la satisfacción de las necesidades públicas.”¹⁰³.

En su influyente obra, de la segunda mitad del siglo XX, Silva Cimma define a los establecimientos de utilidad pública como “entes privados que

¹⁰² Daniel Argandoña, Manuel, “Derecho Administrativo”, T. I, Santiago, Edugal, 1960, p. 307-308.

¹⁰³ Aylwin Azócar, Patricio, “Derecho Administrativo”, T. I, Santiago, Ed. Universitaria, 1962, pp. 7-8.

coadyuvan con el Estado en la satisfacción de las necesidades que a éste corresponde mediante servicios públicos y que nacen por la libre iniciativa de los particulares”¹⁰⁴. Estos establecimientos de caracterizan, a juicio del autor, porque no son estrictamente servicios públicos, persiguen un fin público, tienen patrimonio propio y personalidad jurídica de derecho privado, su personal se rige por el derecho común, el Estado les reconoce su carácter de cooperadores de la función estatal, otorgándoles al efecto subvenciones¹⁰⁵. En relación a éstas el autor resalta que “se otorgan en relación al fin público que las instituciones privadas persiguen, y, por lo tanto, han de ser siempre esencialmente precarias, es decir, perdurarán mientras ese fin público subsista y se cumpla realmente”¹⁰⁶, a lo que agrega: “la autoridad será siempre soberana no solamente para concederlas sino que también para suspenderlas, cuando a su juicio la actividad del establecimiento de utilidad pública se realiza mal, o aun, para suprimirlas”¹⁰⁷. En cuanto a las potestades de la Administración resalta que “se establece como principio ineludible el control del Estado sobre los establecimientos de utilidad pública, pero únicamente en cuanto a la inversión de aquellos dineros que provienen del Estado y sólo para determinar si la subvención se ha empleado en las finalidades perseguidas por la institución, o preventivamente, para resolver si su otorgamiento es legalmente procedente”¹⁰⁸.

Para Flisfich los establecimientos de utilidad pública se caracterizan porque “no son servicios públicos, ni se rigen por normas de derecho público, sino que son entidades o asociaciones privadas sometidas al derecho común”. Además, “reciben ayuda del Estado, que consiste en liberaciones de impuesto, facilidades de internación, subvenciones, etc. De todas estas ayudas la más importante la constituyen las subvenciones”¹⁰⁹.

En relación a las subvenciones sostiene que “Jezé las define como aquella suma de dinero que se entrega periódicamente o en su totalidad y que tienen por objeto facilitar el funcionamiento de la obra o establecimiento privado que persigue una finalidad de interés general. Su característica

¹⁰⁴ Silva Cimma, Enrique, “Derecho Administrativo Chileno y Comparado”, T. II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed., 1969, p. 351.

¹⁰⁵ Silva Cimma, Enrique, ob. cit. [nota 104], pp. 352-354.

¹⁰⁶ Silva Cimma, Enrique, ob. cit. [nota 104], p. 355.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ Silva Cimma, Enrique, ob. cit. [nota 104], p. 356.

¹⁰⁹ Flisfich, Mauricio, “Manual de Derecho Administrativo”, T. III, Santiago, Publilex, 4ª ed., 1970, p. 179.

principal consiste en que se otorga a una institución privada que persigue un interés público. No constituye una mera liberalidad del Estado, se concede para cumplir un fin que debiera ser satisfecho por el Estado. De lo dicho se desprende que la autoridad será siempre soberana no sólo para concederlas sino que también para suspenderlas cuando a su juicio el establecimiento de utilidad pública se realiza mal, o aún, para disminuirlas. Una vez recibida la subvención pasa a integrar el patrimonio del establecimiento beneficiario, pero su inversión queda limitada al cumplimiento de la finalidad para la cual la entidad ha sido creada. Si la utilidad no la emplea o la emplea mal, puede ser responsable incluso de reintegro”¹¹⁰.

En una obra tardía de esta escuela, Arturo Aylwin, define a los establecimientos de utilidad pública como “organismos privados que satisfacen necesidades colectivas y que, en tal condición se les ha reconocido la calidad de colaboradores de la Administración del Estado... Ese reconocimiento se traduce en el otorgamiento de subvenciones y en la concesión de un régimen jurídico especial, más favorable para su gestión, en especial en materia tributaria”¹¹¹.

3. Concepción de la Administración “servicial”.

Para la doctrina actual, la dictación de la Constitución de 1980 exigió interpretar cuáles eran los cometidos del Estado, a la luz del artículo 1º, inciso 4º, que establece que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”. Al respecto es posible identificar a lo menos dos orientaciones doctrinarias bien diferenciadas.

Por lo tanto, la unidad de este período proviene de la necesidad de aplicar el nuevo texto constitucional y los cambios que introdujo en la actividad estatal.

Por una parte, Eduardo Soto interpreta la cláusula de “servicialidad del Estado” como estableciendo un “Estado subsidiario”.

De este modo, el autor explica el significado de la subsidiariedad de la siguiente manera: “se trata de un ‘*deber jurídico*’ que la Constitución impone al Estado, en razón de su finalidad y del carácter accidental e instrumental que posee, concebido éste – además – de un modo específico, como medio

¹¹⁰ Flisfich, Mauricio, ob. cit. [nota 109], p. 180

¹¹¹ Aylwin Azócar, Arturo, “Apuntes de Derecho Administrativo”, Santiago, Contraloría General de la República, 1980, p. 65.

de perfeccionamiento de las personas”¹¹². A lo que agrega, “el concepto del inciso 4º del artículo 1º contiene un mandato, simultáneo y elocuente, que es al mismo tiempo un rechazo y una invitación. Un *rechazo* a concebir el Estado como ‘un agente de actividades encaminadas a la obtención de objetivos que él mismo señala para su propio provecho y engrandecimiento’, en una perspectiva que ‘pretenda buscar beneficios colectivos en sacrificio del hombre mismo’; y una *invitación* que se traduce en el comprometerse en una concepción decidida y profunda de lo que entiende por persona humana y sus características”¹¹³. En lo que respecta a la Administración del Estado, sostiene que la subsidiariedad implica que “en su actuación de satisfacer necesidades públicas debe hacerlo con eficiencia, con oportunidad, de manera idónea y proporcionada, razonable y no arbitraria, igualitaria y sin discriminaciones o diferencias carentes de fundamentación jurídica. Y, además, la mera abstención de actuar, la omisión o inactividad, el silencio de la Administración, debiendo actuar, constituye de suyo, per se, algo antijurídico y viola la Constitución, en cuanto vulnera los derechos esenciales de las personas; y es más: origina esa omisión, por los daños que produce, la consecuencial responsabilidad del Estado”¹¹⁴.

Por otra parte, en contraste, otros autores interpretan la cláusula de “servicialidad” del Estado como consagrando el Estado Social en nuestra Constitución.

El autor que más atención ha dedicado al tema es Rolando Pantoja, el que afirma que “la Constitución Política de la República proyecta hacia la finalidad propiamente administrativa del Chile actual, uno de los aspectos en que descansa la matriz teleológica del administrativismo democrático: el desarrollo sustentable, que aúna impulso y equilibrio, desarrollo y medio ambiente”¹¹⁵. A lo que agrega que “actualmente, pues el Estado de Chile tiene una razón de ser: estar al servicio de la persona humana; una finalidad: promover el bien común, entendido en el aunamiento de sus varias facetas, como la búsqueda de un desarrollo sustentable para la

¹¹² Soto Kloss, Eduardo, “Derecho Administrativo. Temas Fundamentales”, Ed. Abeledo Perrot, Santiago, 2009, p. 105.

¹¹³ Soto Kloss, Eduardo, ob. cit. [nota 204], p. 110.

¹¹⁴ Soto Kloss, Eduardo, ob. cit. [nota 204], p. 114.

¹¹⁵ Pantoja Bauzá, Rolando, “El Derecho y la Administración del Estado en Chile”, en Rolando Pantoja Bauzá (coord.) “Derecho Administrativo Chileno”, México DF, Ed. Porrúa, 2007, p. 68. En idéntico sentido en “La tipología asumida por la Administración Pública como función estatal en su proceso adaptativo a la evolución experimentada por el Estado moderno constitucional: desde la *summa potestas* a la concreción humanista de la solidaridad”, en Rolando Pantoja (coord.) “Derecho Administrativo. 120 años de Cátedra”, Ed. Jurídica, Santiago, 2008, pp. 196-197.

nación; y un instrumento: la aprobación de una política nacional de desarrollo, expresada en los planes y programas que la materialicen, dentro de la Constitución y las leyes”¹¹⁶. De lo anterior, concluye que “de aquí que la afirmación que se ha hecho de ser la función administrativa en Chile una actividad del Estado caracterizada por orientarse a la realización de finalidades de servicio público y al desarrollo sustentable del país, de las regiones y de las comunas... no es suficiente, sin embargo, para caracterizar a la función administrativa contemporánea en Chile... En verdad, actualmente no se trata de reconocer o hacer del Estado la fuente de todo progreso y cambio socioeconómicos, sino de establecer la responsabilidad compartida entre la sociedad civil y el Estado en la obtención de un resultado de bien común... En este sentido, la Constitución formula un abierto y explícito llamado a contribuir de una manera efectiva a alcanzar el bien común... En síntesis, la función administrativa en el Estado de Chile del siglo XXI es una actividad prestacional, conformadora socioeconómica para el desarrollo sustentable del país y creadora de 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’, en un contexto filosófico humanista y solidario, jurídicamente determinado por un sentido sustancial y teleológico en la aplicación de las normas que rigen su ser y actuar”¹¹⁷.

En la cuarta edición de su Tratado, Silva Cimma interpreta que, la nueva Constitución establece que “1ª. El Estado está al servicio de la persona humana. Es decir, el Estado tiene su fin y ese fin es el respeto al hombre en toda su amplitud. 2ª. Ese fin que justifica la existencia del Estado es el “bien común” y esta expresión no puede sino identificarse con la “solidaridad”. No es el egoísmo individualista lo que el Estado tiene que cumplir entre los quehaceres del hombre, sino su sentido de ente social. 3ª. El Estado como ente debe preocuparse de satisfacer las necesidades materiales espirituales del ser humano. Y en estas palabras se incluye todo: las actividades que conducen a solucionar la pobreza, la salud, la educación, la cultura, los problemas alimenticios, en una palabra, todo aquello que lleve a hacer del Estado un ente que debe conducir su actuar a lo que hemos denominado la “felicidad de la vida”, que constituye el fin último del Estado. Y para ello, la normativa constitucional ha logrado conciliar armónicamente los derechos

¹¹⁶ Pantoja Bauzá, Rolando, “El Derecho... ob. cit., pp. 70-71. En idéntico sentido en “La tipología... ob. cit., p. 199.

¹¹⁷ Pantoja Bauzá, Rolando, “El Derecho... ob. cit., pp. 90-91. En idéntico sentido en “La tipología... ob. cit., p. 220.

de la persona humana individualmente considerada, con los derechos sociales, económicos, culturales, entre los más trascendentes, de esa persona y del conglomerado social.”¹¹⁸

En cualquier caso, en las obras generales, ha ganado aceptación la clasificación tradicional española, ya analizada, de la actividad administrativa: policía, fomento y servicio público. Al respecto pueden verse las obras de Pantoja Bauzá¹¹⁹ y de Bermúdez Soto¹²⁰. Asimismo, en los programas de estudio es la clasificación más aceptada¹²¹.

¹¹⁸ Silva Cimma, Enrique, “Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Principios fundamentales del Derecho Público y Estado Solidario”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 4ª ed., 1996, pp. 90-91.

¹¹⁹ Pantoja Bauzá, Rolando (coord.), “Derecho Administrativo Chileno”, Ed. Porrúa, México DF, 2007, p. 407. Capítulo a cargo de Gladys Camacho. En idéntico sentido, en el Tomo IV de su “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Santiago, 2010.

¹²⁰ Bermúdez Soto, Jorge, ob. cit [nota 1], passim.

¹²¹ Véase, por todos, el Programa del Curso de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, www.derecho.uchile.cl. [consultado noviembre de 2010]

VI. FOMENTO Y AYUDAS PÚBLICAS EN LA HISTORIA ECONÓMICA DE CHILE.

A continuación, y para cerrar el presente capítulo, se presenta una breve reseña histórica, y meramente informativa, de lo que ha sido nuestra propia historia nacional, usando como eje el concepto de fomento-ayudas públicas tal como se lo ha estudiado en las páginas precedentes.

Esta exposición realza la presencia del fenómeno en estudio a lo largo de toda la historia y bajo regímenes e ideas políticas diferentes.

Se comienza con un breve repaso de la economía de la conquista y la colonia (1), para pasar al estudio de las reformas económicas llevadas a cabo en la ilustración española (2). A continuación, se analiza el extenso período que va desde 1810 a 1930 en dos secciones separadas según las vicisitudes políticas de la formación de la República (3 y 4). Posteriormente, se estudia la historia reciente empleando como criterio de distinción el golpe de Estado de 1973 (5 y 6). Por último, se realiza una breve evaluación global de los períodos estudiados (7).

No hemos apartado, en consecuencia, de la periodificación de Camacho¹²².

1. La formación del dominio español en Chile¹²³.

a. La Conquista (1540-1580).

El fomento estatal se encuentra en el origen mismo de la empresa de la conquista española. Quizás la muestra más reveladora es el hecho que el descubrimiento americano se financió mediante una subvención estatal: la entrega de las joyas de la Corona de Isabel I a Cristóbal Colón.

El desarrollo de la economía durante el período colonial tuvo al Estado - el Imperio Español - como su impulsor quien, adoptando políticas deliberadas de fomento, buscó crear las condiciones para explotar las riquezas del nuevo mundo.

La idea de estímulo subyace a toda la política de conquista española pues los adelantados llegaron a América, corriendo con todos los riesgos económicos, bajo la tentación de alcanzar fama y riquezas, en la forma de

¹²² Gladys Camacho, ob. cit [nota 1], pp. 368-377.

¹²³ Sobre este período y el siguiente puede encontrarse importante información estadística en De Ramón, Armando y Larraín, José Manuel, "Orígenes de la vida económica chilena. 1659-1808", Santiago, CEP, 1982.

premios que la Corona les prometía a los exitosos: mercedes, poder político y títulos de nobleza.

De esta manera, no sólo reguló y distribuyó las fuerzas de trabajo indígenas, a través del sistema de encomiendas, sino que atribuyó derechos sobre la tierra (mercedes, solares, chacras y minas), otorgó monopolios (estancos), fijó precios - aunque en favor de la metrópolis y no para beneficio de los criollos -, reguló y canalizó la organización de los gremios, asumió por sí mismo las exportaciones, etc.

Las mercedes se concedieron a título gratuito, en razón de los méritos y servicios del beneficiario, pero sólo se perfeccionaba si no producía perjuicio a terceros. La propiedad propiamente tal se adquiría por un acto posterior del Rey¹²⁴. Era una típica medida de fomento.

En este período puede decirse que la encomienda¹²⁵, en cuanto concesión estatal en favor de un colono, fue la columna vertebral de la economía chilena.

La actividad económica preponderante de esta época fue la explotación minera, existente ya en épocas prehispánicas en los lavaderos de oro, que continuó en los mismos sitios, donde los españoles recibieron mercedes y encomiendas, utilizando el trabajo indígena.

b. La Colonia (1580-1690).

Con posterioridad a la sublevación indígena de Curalaba, la explotación del oro se hizo excesivamente onerosa y se habían agotado los minerales de más fácil explotación, volcándose los colonos a la actividad ganadera en sus estancias¹²⁶. De este modo, se trabajaron el sebo, cuero y charqui con destino a las faenas mineras de Potosí y el núcleo comercial limeño.

El encarecimiento del modo de explotación “encomendero” - por la escasez de población indígena y las normas protectoras dictadas por el Rey (tasa de

¹²⁴ Villalobos Rivera, Sergio et al., “Historia de Chile”, Santiago, Universitaria, 2010 (original de 1974), p. 120

¹²⁵ En virtud de una encomienda, un colono, que recibía el nombre de “encomendero”, recibía bajo su cuidado a un grupo de indígenas a quienes se obligaba a cuidar y cristianizar. A cambio, éstos debían pagar un tributo en especie o en servicios. De esta manera, se constituyó una relación lucrativa para el encomendero que usaba el trabajo indígena apoderándose de los frutos de la explotación mineral, primero, y agrícola, después. Por medio de la encomienda el Impero reguló también las relaciones laborales con los indígenas fijando condiciones mínimas de dignidad en el trabajo (tasas de Santillán y de Ruiz de Gamboa). Con todo, el sistema era limítrofe con la esclavitud, pues proveía de mano de obra a costo cercano a cero.

¹²⁶ Salazar Vergara, Gabriel y Pinto, Julio, “Historia contemporánea de Chile”, T. III, Santiago, Ed. LOM, 2002, p. 13.

Lazo de la Vega) -, incentivó el fortalecimiento de la estancia/hacienda como polo de la vida económica y social. Alrededor de ella, la masa de población mestiza desarrollaba su existencia, prácticamente adscritos a la tierra, como inquilinos permanentes o peones accidentales.

La política de monopolio comercial establecida por la Corona española fue un auténtico fomento estatal para la formación de una clase de mercaderes en Lima, único destino posible de las materias primas chilenas. En Chile, asimismo, en torno a la actividad exportadora de los productos ganaderos floreció una elite de inmigrantes dedicados al comercio marítimo, y la manufactura-artesanía.

La declinación de la explotación del oro determinó que en Chile se viviera una constante falta de moneda. Ello perjudicó el desarrollo de formas más avanzadas de intercambio comercial las que se redujeron, en su mayoría, al trueque. Las relaciones económicas eran esencialmente desmonetizadas.

La única fuente constante de ingresos monetarios era el “real situado” (estipendio público) del ejército de Arauco. La ocupación de la Frontera constituyó un gasto constante para la Corona, que no era compensado con los ingresos tributarios, de modo que era permanentemente “subsidiada” por el Estado¹²⁷.

De este modo, durante este período el fomento estatal fue mínimo y focalizado (mercedes y estancos) y no parte de una política estatal deliberada.

2. Modernización del imperio español (1690-1810).

a. Política económica.

Durante el reinado de la dinastía de los Borbones se adoptaron reformas en relación a las colonias americanas que tuvieron por objeto otorgarles una mayor autosuficiencia económica, administrativa y militar; inspirada en el ideal de la ilustración, en lo político, y en el mercantilismo, en lo económico.

La política mercantilista española significó, en este período, una fuga permanente de recursos minerales metálicos - oro y plata - con la consiguiente escasez de moneda para las colonias. Lo anterior, en el caso chileno, significó un estímulo para que los comerciantes europeos se establecieron en el territorio chileno pues, obligados a vender a crédito, debían esperar al cumplimiento de las obligaciones pendientes. En

¹²⁷ Ídem.

consecuencia, además de mercaderes se transformaron en banqueros (una clase de *merchant-bankers*).

En esta época el Imperio estableció órganos administrativos que cumplían específicamente funciones de fomento productivo, toda vez que sirvieron de seno para la participación y estímulo de las actividades económicas privadas más relevantes en la perspectiva mercantilista, esto es, comercio interno y externo y la minería. Por una parte, la Real Casa de Moneda, que acuñó - siempre limitadamente - en territorio nacional aquellos medios de pago que exigía el tráfico económico. En un primer momento funcionó como una concesión privada, pero luego fue incorporada al Estado. Por otra parte, el Tribunal del Consulado, que no sólo actuaba como tribunal de justicia comercial, sino especialmente como asociación gremial de los comerciantes chilenos que defendía el interés de sus miembros promoviendo los estudios correspondientes para el desarrollo de la agricultura, la industria y el comercio. Finalmente, el Real Tribunal de Minería, que cumplía análogas funciones, en materia minera, propendiendo al fomento de su sector económico y, al final de este período, participó en la formación de un banco de rescate que concentró las compras de mineral sin elaborar con el fin de facilitar su comercialización¹²⁸.

Precisamente, el Tribunal del Consulado cumplió una importante labor desarrollando investigaciones y planes de fomento económico: la constitución de una compañía de comercio para llevar los frutos chilenos en barcos propios más allá del Perú, dar estímulo a la explotación agrícola por medio de nuevos cultivos y establecer algunas industrias manufactureras en el país para ahorrar numerosas importaciones y compensar el desequilibrio de la balanza comercial¹²⁹.

En la organización del consulado, las tareas de fomento económico estaban en manos de una Junta. Por encargo de ella los síndicos – donde se destaca a Manuel de Salas – realizaron importantes descripciones de la situación económica del país y formularon proyectos para resolver los problemas económicos y sociales detectados, los que se hicieron llegar a la Corona. El Consulado promovió también directamente la adopción de mejoras tecnológicas, obras públicas, compró bienes, etc¹³⁰.

¹²⁸ Un análisis de dicha institucionalidad en su perspectiva jurídico-política en Eyzaguirre, Jaime, "Historia del Derecho", Santiago, Ed. Universitaria, 1959, pp. 241 y ss.

¹²⁹ Eyzaguirre, Jaime, "Historia de Chile", T. I, Santiago, Zig-Zag, 1964, 3ª ed., p. 276.

¹³⁰ Figueroa, María Angélica, "El Tribunal del Consulado de Chile y la política de fomento económico de los Borbones", en V Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: realizado en Quito-Guayaquil, T. II, 1980, pp. 187-206.

El crecimiento de la actividad estatal, unido a un largo período de estabilidad política, permitió la existencia de una verdadera política de fomento público hacia la empresa privada; con un énfasis en el comercio con la metrópolis, naturalmente.

Las ideas intervencionistas de la Corona se expresaron en un crecimiento de la regulación económica y social estatal.

Para los autores, es indudable que el impulso económico tuvo como principal eje al Imperio español, impulsando estudios e informes sobre la reforma de la propiedad agraria¹³¹, la apertura comercial con los puertos del Imperio¹³², el fomento de la pesca¹³³, la fijación de la equivalencia monetaria¹³⁴, la construcción de caminos y obras públicas – particularmente bajo el Gobierno de Ambrosio O’Higgins¹³⁵.

De acuerdo con Jocelyn-Holt “sin lugar a dudas la reglamentación de índole económica constituyó el ejemplo más frecuente de expansionismo estatal... Varios gobernadores y funcionarios del Chile borbónico concibieron al Estado como un agente activo estimulador y creador de riqueza... A fin de estimular el interés privado, las autoridades crearon todo tipo de incentivos, subsidios tributarios y medidas proteccionistas”¹³⁶.

Por su parte, pensamiento económico de los criollos giraba dentro del ámbito del proteccionismo económico y poco tenían que ver con las tendencias liberales europeas. Para ellos la única manera de detener la decadencia de la economía interna y la fuga de metales preciosos, era a través de una regulación del comercio que, al limitar la importación, estimulase la producción y frenase la salida del oro y la plata; cuya acumulación era un supuesto del progreso económico¹³⁷.

En este período las técnicas jurídicas del fomento más utilizadas fueron la regulación del comercio interior y exterior – creando monopolios y privilegios

¹³¹ Eyzaguirre, Jaime, ob. cit. [nota 129], p. 265.

¹³² Eyzaguirre, Jaime, ob. cit. [nota 129], pp. 273-275.

¹³³ Eyzaguirre, Jaime, ob. cit. [nota 129], p. 268.

¹³⁴ Eyzaguirre, Jaime, ob. cit. [nota 129], p. 270.

¹³⁵ Eyzaguirre, Jaime, ob. cit. [nota 129], p. 277, 279-281.

¹³⁶ Jocelyn-Holt, Alfredo, “La independencia de Chile. Tradición, modernización y mito”, Santiago, Random House Mondadori, 2009, p. 89.

¹³⁷ Villalobos y Sagrado defienden la idea de una permanencia de la doctrina y prácticas proteccionistas en todo el siglo XIX (Villalobos R., Sergio y Sagrado B., Rafael, “El proteccionismo económico”, Santiago, Ed. Instituto Blas Cañas, 1987).

– y la construcción de infraestructuras esenciales (obras públicas) para ese comercio.

b. Actividades económicas por sector.

En cuanto al comercio exterior, la Corona fomentó el comercio con distintos puertos del mismo Imperio, abriendo rutas no sólo al Callao, sino que también hacia la reciente colonia de la Plata, a través del Cabo de Hornos.

La consiguiente abundancia de productos importados produjo un descenso en los precios internos y una fuga de moneda. Además, significó el estancamiento de la actividad artesanal que, en esta época, no pudo alcanzar niveles más sofisticados que la mera elaboración de los insumos para la vida campesina; cuyo fomento no interesó a la Corona.

El principal destino de las exportaciones chilenas fue la rica ciudad de Lima y el eje minero de Potosí, consistiendo eminentemente en el trigo que, por la peste de fines del siglo XVII, Perú se vio imposibilitado de producir.

Cuando la demanda peruana dejó a Chile con escaso aprovisionamiento e hizo subir el precio del cereal, el Cabildo de Santiago puso trabas a su exportación, para asegurar el suministro local. Hecho esto, el comercio se canalizó centralizadamente por Valparaíso, a cargo de un funcionario público quien vendía a los navieros limeños a un precio determinado con anticipación¹³⁸. Es decir, una típica medida proteccionista de fomento al comercio interno.

La necesidad de suministrar el trigo para el mercado peruano afianzó el sistema de inquilinaje. El inquilino ocupó los terrenos marginales de la hacienda, como una especie de “arrendatario” quien, a cambio del derecho a usar del terreno pagaba un canon en especies al hacendado quien las comercializaba luego, apropiándose de las ganancias¹³⁹. Dicho sistema se mantuvo, en rigor, hasta fines del siglo XIX.

De modo similar, en el sector minero, mediante la “habilitación”, el hacendado - dueño de los terrenos y los utensilios - los entregaba a los

¹³⁸ Villalobos Rivera, Sergio et al., ob. cit. [nota 124], p.219.

¹³⁹ Salazar Vergara, Gabriel, “Labradores, peones y proletarios”, Ed. LOM, 2000 (ed. original de 1985), interpreta dicho fenómeno, en realidad, como una actividad empresarial propiamente tal del inquilino mientras que el hacendado actuaba como mero comerciante expoliador. El régimen de trabajo originado por la actividad minera y agrícola de producción generó, adyacente a las faenas agrícolas y mineras, las “pulperías” de propiedad patronal las que entregaban las especies alimenticias y el vestuario a los peones. Ante una escasez permanente de dinero las especies eran entregadas contra el endeudamiento de los empleados quienes, en poco tiempo, quedaban vinculados permanentemente al empresario en una forma de cuasi servidumbre.

pirquineros, quienes le pagaban en especies minerales (que, en rigor, eran equivalentes dinerarios en el caso de la plata).

La tendencia protectora estatal se manifestaba en disposiciones tales como el derecho de los cateadores a buscar y denunciar vetas en cualquier tierra y la obligación de ponerlas en trabajo dentro de determinado plazo, bajo pena de perder la concesión; la servidumbre impuesta a las tierras aledañas a las faenas para el aprovechamiento de la leña, el agua y el pasto; la prohibición de introducir bebidas alcohólicas en los asientos mineros; el eficaz auxilio recomendado a las autoridades para evitar los robos de minerales y obligar a los peones a cumplir sus compromisos de trabajo; la inembargabilidad de minas, herramientas y útiles mineros y, en fin, el privilegio de los mineros de no ser encarcelados por deudas¹⁴⁰.

Bajo el influjo de la ilustración, la Corona española fomentó la fundación de ciudades y la construcción de las obras públicas esenciales, que habrían de sentar las bases de un comercio fluido con la metrópolis. De este modo, se construyó el camino de Santiago a Valparaíso, los tajamares del Mapocho, el palacio de la Moneda, la Catedral, el camino a Mendoza y el canal de San Carlos para el regadío.

3. Independencia y organización de la República (1810-1860).

a. Desde 1810 a 1830.

Esta época corresponde a un período de “ajuste económico” (que, llegaría hasta 1820 o, según algunos, hasta 1830), durante el cual el comercio con España y sus principales dominios americanos estuvo suspendido por la guerra de emancipación. Luego, perdiéndose el fomento de la metrópolis, el comercio nacional pasó a depender de los mercaderes extranjeros, franceses e ingleses, que trajeron abundante cantidad de bienes manufacturados. Ello mermó la capacidad de nuestra economía de generar tempranamente una capacidad industrial.

En lo que respecta a las actividades intensivas en trabajo (minera y agrícola), las vicisitudes del conflicto debilitaron el control estatal y empresarial sobre los trabajadores. Dejados en libertad, se unieron a realistas o patriotas (u otros grupos armados) y, terminado el conflicto, merodearon el territorio y se dedicaron a actividades ilícitas o a trabajar las tierras vacantes.

El único emprendimiento estatal que vale la pena menciona durante esta época fue la constitución de un Ejército y una Armada que hicieran perdurar

¹⁴⁰ Villalobos R., Sergio et al., ob. cit. [nota 124], p. 248

la independencia. Para ello fue necesario financiar no sólo los cuerpos armados internos sino que, además, la campaña de liberación del Perú¹⁴¹.

b. Desde 1830 a 1860.

Restablecida la autoridad estatal, el desenvolvimiento de la economía continuó de acuerdo a patrones similares a los de la última época colonial¹⁴². La industrialización en Chile era apenas un objetivo lejano. Los inmigrantes dominaron el campo mercantil y minero. Con todo, se comienzan a realizar importaciones de las primeras maquinarias necesarias para la explotación agrícola.

A pesar de la recepción teórica de las obras liberales europeas (A. Smith) y la “visita” (por iniciativa estatal) de calificados economistas liberales europeos (G. Courcelle Seneuil), el Estado asumió un papel activo en el fomento de la economía – aunque más bien puede decirse que retomó el rol de los reyes Borbones. Puede decirse que el liberalismo (tanto político como económico) permaneció en el ámbito de las ideas pues, en los hechos, los gobiernos – autoritarios -, asumieron activamente una política de estímulo de los emprendimientos privados. Para ello se crearon las instituciones y los medios materiales para su mejor desenvolvimiento.

De este modo, por una parte, el estímulo al comercio operó a través de los “estancos” – monopolios legales - sobre distintas especies (como el tabaco). Por otra parte, el estímulo a la industria se realizó creando patentes de explotación exclusivos a favor de manufacturas, máquinas, procedimientos y diversas actividades (fabricación de botellas, trabajos de canteras, construcción de molinos, elaboración de ácido sulfúrico, embarque de productos, tendido de líneas férreas, etc.), eliminándose la competencia en tales casos. Finalmente, se protegían también aquellas artes, industrias o máquinas inventadas en otros países y no conocidas o usadas en Chile¹⁴³.

Esta aparente tensión entre la teoría liberal y la práctica proteccionista se explica porque lo que motivaba una u otra decisión tenía que ver, más que

¹⁴¹ Para financiar dicha gesta se contrató en Londres un crédito público por un millón de libras. Cuando el Estado se vio incapacitado de pagar por sí mismo el mutuo, concesionó a una compañía privada (Portales y Cea) el monopolio del tabaco, a cambio del compromiso de pagar la deuda. Sin embargo, finalmente el Estado debió rescatar dicha concesión, pasando a su vez no sólo a deberle a los prestamistas londinenses sino, además, a los antiguos monopolistas.

¹⁴² Salazar Vergara, Gabriel, et al., ob. cit. [nota 126], p. 16. También, Sunkel, Osvaldo y Cariola, Carmen, “La historia económica de Chile 1830-1930”, Madrid, 1982.

¹⁴³ Villalobos R., Sergio et al., ob. cit. [nota 124], p. 461.

con las convicciones doctrinarias, con los intereses de los grupos beneficiados o desfavorecidos por la aplicación de medidas concretas¹⁴⁴.

Durante este período se mantuvo constante la escasez de moneda, con lo cual los intercambios se siguieron realizando de manera rudimentaria. En los grandes centros mineros y en las mayores haciendas se generó un sistema de pago desmonetizado mediante “fichas”¹⁴⁵.

A partir de la promulgación en 1855 del Código Civil nacen las primeras regulaciones que permitieron el desarrollo de un mercado del crédito, principalmente el hipotecario. Posteriormente se establecería el Código de Comercio en 1868. En un comienzo las instituciones bancarias se crearon al margen de toda regulación, hasta que en 1860 la primera ley de bancos vino a establecer unas mínimas bases de protección a los depositantes.

4. Crecimiento exportador y crisis (1860-1930)¹⁴⁶.

a. Política económica.

La situación de Chile hacia 1860 era la de un país que en lo fundamental exportaba cobre a Inglaterra y a los Estados Unidos, y trigo y harina a los mercados europeos. La principal característica de este período es de una bonanza económica bajo la premisa de maximizar nuestras ventajas comparativas en el comercio internacional¹⁴⁷.

La actividad bancaria recibió gran estímulo estatal¹⁴⁸, favoreciéndose su constitución por firmas nacionales y extranjeras. Sin embargo, junto a este mercado financiero “formal” florecieron además otras vías de crédito, destinadas a las clases populares. De este modo, las instituciones de crédito más recurridas por éstos fueron las “pulperías” y agencias de crédito prendario. El abuso de los prestamistas llevó a que en 1920 se fundara la

¹⁴⁴ Salazar Vergara, Gabriel, et al., ob. cit. [nota 126], p. 19.

¹⁴⁵ Salazar Vergara, Gabriel, “Historia de la acumulación capitalista en Chile. Apuntes de Clases”, Santiago, Ed. LOM; 2003, pp. 65 y ss, quien habla de sistema “proto-esclavista” y “plusvalía total”.

¹⁴⁶ Sobre este período puede verse, como fuente de información estadística, a Martner, Daniel, “Historia de Chile. Historia Económica”, T. I, Santiago, Universidad de Chile, 1929.

¹⁴⁷ Sunkel, Osvaldo y Cariola, Carmen, ob. cit [nota 142], passim.

¹⁴⁸ El Estado adoptó alternativamente la convertibilidad y la inconvertibilidad, al vaivén de las disputas entre “oreros” y “papeleros”. Dichas disputas, inspiradas más bien en los intereses de cada grupo que en doctrinas sistemáticas acerca de la economía, buscaban darle una solución a la constante falta de moneda circulante en el país. Dicha condición provocó las crisis y consecuentes corridas bancarias de 1866 y 1878 llevando al sistema financiero a un punto insostenible. La situación sólo se estabilizó en 1899 cuando se adoptó la inconvertibilidad y la circulación obligatoria y exclusiva de los billetes emitidos por el Fisco.

Caja de Crédito Popular, antecedente de la actual Dirección de Crédito Prendario¹⁴⁹.

En lo que respecta a las finanzas públicas, si bien nuestro sistema tributario se había acercado hacia 1880 a los de Europa Occidental, la adquisición de los terrenos salitreros desequilibró totalmente la política fiscal. Los gobiernos, gozando de los cuantiosos derechos aduaneros que dejaba la explotación salitrera, se embarcaron en la popular política de suprimir impuestos¹⁵⁰. Con estas rentas y el endeudamiento externo se efectuaron las mayores obras públicas, principalmente el ferrocarril. Dicha situación hubo de cambiar junto con el decaimiento de la actividad salitrera a fines de la primera guerra mundial. Ya en 1924 se habían introducido el impuesto sobre la propiedad raíz, a las herencias y a la renta. El gasto público inició una tendencia expansiva que sólo se detendría a fines del siglo XX.

Para Villalobos, las políticas proteccionistas fracasaron en lograr verdadero desarrollo económico, pues no tuvieron en cuenta la virtual inexistencia del mercado interno, la carencia de técnicas y mano de obra calificada, la lejanía de los centros consumidores exteriores y la rebaja de fletes navieros por la proliferación, por una parte de los barcos de vapor y, por otra, de las flotas mercantes norteamericanas y alemanas¹⁵¹.

Las técnicas jurídicas de fomento – en sentido amplio - se diversificaron, pues el Estado no se limitó ya sólo a otorgar privilegios y monopolios, sino que entregó concesiones mineras y de tierras vacantes, constituyó asociaciones público-privadas en los ferrocarriles, construyó obras públicas y entregó haciendas a los colonos en toda el área al sur del Bio-Bío.

Entre las políticas sociales cabe destacar el fomento a la educación gratuita, cuyo primer estatuto fue la ley N° 3.654 de 1920. Esta ley tuvo un efecto significativo en la educación primaria obligatoria¹⁵².

¹⁴⁹ La Caja de Crédito Popular fue creada por la ley N° 3.067, de 1920. Luego, la Ley N° 5.705, de 1935, estableció el monopolio del crédito prendario a favor de esta institución. En virtud de la ley N° 15.229 se le dio el nombre de Dirección General de Crédito Prendario, con facultades de fiscalización sobre la actividad de los martilleros públicos. Esta institución ha permanecido del mismo modo con mínimas modificaciones durante la década de 1980, motivadas por la crisis económica de 1982.

¹⁵⁰ Salazar Vergara, Gabriel, et al., ob. cit. [nota 126], p. 30.

¹⁵¹ Villalobos R., Sergio et al., ob. cit. [nota 124], p. 594.

¹⁵² Soto Kloss, Eduardo, "De la libertad de enseñanza y del estatuto jurídico de las subvenciones a la enseñanza privada", Editorial Universitaria, Santiago, 1963, p. 57.

b. Actividades económicas por sector.

i. Minería.

La actividad económica por excelencia fue la minería. La política estatal estuvo dirigida a amparar y estimular la inversión extranjera en la minería.

En cuanto al cobre, a finales de siglo su precio alcanzó un alza constante, impulsado por el desarrollo de la electrificación en el mundo desarrollado. En su explotación participaron mayoritariamente capitales norteamericanos (Braden Copper Company-Kennecot Copper Corp. en el Teniente; Chile Exploration Company-Anaconda Copper Company en Chuquicamata, etc).

Sin duda, la actividad económica de mayor importancia, por su mayor impacto social y político fue la industria del salitre. Su altísima demanda tenía como causa la necesidad de aumentar la producción agrícola mundial en orden a satisfacer el consumo de una población en crecimiento explosivo. Hacia 1870, en virtud de una concesión exclusiva, la Compañía Nacional de Ferrocarriles Salitreros del Perú (con accionistas peruanos, chilenos, ingleses, franceses y belgas) monopolizó el acopio y exportación del mineral extraído en la zona.

Autores como Alfredo Jocelyn-Holt han llegado a afirmar que sólo con la conquista de las provincias salitreras puede hablarse con propiedad de la constitución del Estado chileno como un poder autónomo y significativo¹⁵³.

Cabe recordar, con todo, que en esta época los dominios de Tarapacá y Atacama estaban bajo soberanía del Perú y Bolivia respectivamente¹⁵⁴.

¹⁵³ Jocelyn-Holt, Alfredo, "El peso de la noche", Buenos Aires, Ariel, 1997.

¹⁵⁴ Paralelamente, el precio del guano – principal exportación del Perú – había caído por la competencia generada por el Salitre. Por lo tanto, y luego de algunas vicisitudes, el Gobierno decidió establecer un monopolio estatal sobre la producción y venta del nitrato, comprando las empresas a los productores. Se nacionalizó el salitre en manos peruanas. Los productores quedarían como contratistas de elaboración hasta el pago íntegro del importe de la compra. Para hacer efectivo este pago, se entregó a los dueños de los yacimientos unos certificados provisionales, que devengarían interés anual. Con todo, los productores podían optar por vender o mantener la propiedad soportando un gravamen (60 centavos de sol por quintal). El alza constante del precio del salitre permitió que el Fisco aumentara progresivamente tal impuesto y que una empresa bancaria, la Compañía Salitrera del Perú, recibiera la concesión de administrar la totalidad del sistema, vender en forma exclusiva el salitre elaborado, por cuenta fiscal, adelantar fondos al erario y hacer el servicio de los certificados provisionales mencionados.

En lo que respecta a la zona que según el Tratado de 1866 quedó bajo el dominio de Bolivia, desde ese mismo año se comenzaron a constituir las primeras concesiones de explotación de guano y salitre para empresarios chilenos, agrupados junto a otros extranjeros en la Melbourne Clark y Cía. Luego, muchas de dichas concesiones fueron invalidadas o revocadas por el Gobierno, trabándose arduas negociaciones entre dicha empresa (que pasó a llamarse Compañía de Salitres y Ferrocarril de Antofagasta) y el Gobierno boliviano, llegándose finalmente a un

El Estado chileno, a partir de 1880 – es decir, ya iniciado el conflicto - demostró el interés en fomentar la industria salitrera en la zona del desierto. Su finalidad de fomento se muestra en el hecho que el Estado buscó crear las condiciones para que los particulares fueran los que explotaran las minas¹⁵⁵. El resultado de dicha política fue poner a disposición de los inversionistas y empresarios extranjeros gran parte de la industria salitrera¹⁵⁶. En la práctica, no se “devolvieron” los establecimientos a sus antiguos dueños, sino que se transfirieron a los tenedores de suficientes certificados; los que, para suerte de los especuladores, habían sufrido una fuerte baja como consecuencia de la guerra. Entre los mayores favorecidos por esta política encontramos al inglés John Thomas North.

Ya a finales de siglo, el mineral comenzó a experimentar una baja en su precio, como resultado de la popularización de la alternativa “sintética” del salitre (sulfato de amonio). Ello llevó a los industriales y al Estado a organizar una Asociación Salitrera de Propaganda (con presencia de empresarios ingleses y delegados estatales en su directorio), que tuvo por propósito realizar una activa campaña publicitaria en Europa para estimular la compra del salitre chileno. Por otra parte, se formó una “Combinación Salitrera” que buscó controlar la oferta, limitando la elaboración del mineral y fijándose cuotas de acuerdo a la capacidad de cada planta. Como puede verse, el decaimiento de la actividad hizo que se intensificara el fomento público.

Con el comienzo de la Primera Guerra Mundial y el consiguiente cierre de los mercados tradicionales, la crisis de la industria salitrera adquirió caracteres de extraordinaria gravedad, causando el cierre de muchas oficinas, reduciendo las exportaciones y, finalmente, provocando un inusitado déficit presupuestario que originó el establecimiento de un gravamen sobre las rentas y herencias por primera vez en la historia de Chile.

acuerdo donde se demarcaron las concesiones y el derecho para tender líneas férreas. Las inversiones chilenas en dicha zona estaban protegidas por las disposiciones del Tratado de 1874. La imposición de un gravamen al salitre exportado por la empresa mencionada fue estimada por Chile como una violación de dicho tratado, lo que originó una discrepancia que habría de llevar a la Guerra.

¹⁵⁵ A propuesta de una comisión de expertos procedió a fijar los derechos de exportación del nitrato y rechazó el monopolio estatal – como se había procedido en el Perú – disponiendo la restitución de los establecimientos recuperados en la Guerra, previa consignación de los valores representados por los certificados.

¹⁵⁶ Villalobos R., Sergio et al., ob. cit. [nota 124], p. 615.

ii. Agricultura.

En lo que respecta a la agricultura, de acuerdo con Villalobos, la aplicación del Código Civil sirvió de verdadero estímulo indirecto a la concentración de la propiedad de la tierra. Por una parte, porque el crédito hipotecario estaba únicamente disponible para aquellas propiedades de mayor extensión y valor comercial. Por otra parte, porque al morir el propietario, uno de sus herederos se adjudicaba todo el fundo o gran parte de él, pagando a los restantes herederos el excedente de su cuota en dinero, lo que le resultaba fácil pues tenía cómodo acceso al crédito hipotecario¹⁵⁷.

En cuanto a la ganadería, ésta fue seriamente disminuida pues la mayor parte de las tierras se destinaron a los cereales. El ganado bovino se importó en gran cantidad desde Argentina. En cambio, el Estado fomentó la actividad ganadera ovina en el extremo sur a través de las concesiones de terrenos vacantes a la Sociedad Explotadora de Tierra del Fuego (familia Menéndez-Braun).

Las obras de regadío recibieron gran impulso con la regulación de las “asociaciones de canalistas”. Además, el Estado construyó algunos canales bajo una modalidad donde éste emitía bonos con garantía hipotecaria sobre los predios regados por el canal, quedando los propietarios obligados a pagar la deuda.

iii. Manufacturas.

En materia de las manufacturas, hasta 1878 la industria fabril nacional está basada en actividades derivadas de la agricultura – elaboración y reparación de maquinarias agrícolas y partes de molinos – y de las necesidades habitacionales surgidas de la urbanización. Asimismo, tienen importancia la construcción de ferrocarriles y las actividades accesorias a la industria salitrera.

Con la Guerra del Pacífico el Estado tuvo un importante rol de comprador, estimulando de esta manera la industria, como por ejemplo los sectores del vestuario y cuero y calzado, necesarios para abastecer los contingentes militares. Además, los mercados que se abrieron con la nueva conquista de territorios, incentivaron también la actividad económica.

Para autores como Villalobos, Chile carecía de auténticas industrias. Las que existían habían crecido al amparo de situaciones arancelarias muy

¹⁵⁷ Villalobos R., Sergio et al., ob. cit. [nota 124], p. 623.

excepcionales, precisaban de un limitado capital fijo y respondían, a menudo, a estímulos económicos transitorios¹⁵⁸.

En contraste, Salazar sostiene que “100 años antes de que se fundara la CORFO, la industrialización era un proceso tan significativo como para modificar la orientación comercial de las poderosas compañías mercantiles extranjeras y los tercos hábitos importadores de la oligarquía y los patrones nacionales”. Apoya su tesis en los índices de importaciones de maquinaria y otros bienes de producción¹⁵⁹.

Al contrario de lo que ocurrirá después de 1930 en esta época la incipiente industria se desarrolló sin el apoyo directo y decidido del Estado – y la clase política civil – sino que basada en la importación focalizada de maquinaria y el establecimiento de ciertas fundiciones.

iv. Comercio y transportes.

El comercio estuvo dominado por comerciantes ingleses constituidos en el puerto de Valparaíso¹⁶⁰. Su actividad se concentraba en importar bienes manufacturados del extranjero (y maquinarias) y exportar las materias primas nacionales. El mayor desarrollo del mercado y las estructuras empresariales internas permitieron que se constituyera una bolsa de valores en la ciudad de Santiago.

Los transportes y comunicaciones contaron con un decidido fomento estatal. Desde 1868 el Estado subvencionó la ruta por el Cabo de Hornos de la Pacific Steam Navigation Company. Cuando en 1872 nació la Compañía Sudamericana de Vapores, la subvención dada a la compañía extranjera se redujo en beneficio de ésta última que al año siguiente logró crecer hasta el Callao y Panamá. Durante el siglo XX, y como consecuencia del aislamiento de la Guerra, mediante una ley de cabotaje de 1922 se reservó en favor de las naves de bandera chilena, de propiedad de personas o sociedades chilenas o extranjeras domiciliadas en el país, el transporte de mercaderías entre puertos chilenos¹⁶¹.

Sin duda el medio de transporte de mayor relevancia económica fue el ferrocarril. La empresa de Enrique Meiggs había llegado en 1863 a completar la vía entre Santiago y Valparaíso. Por su parte, aunque el tren al

¹⁵⁸ Villalobos R., Sergio et al., ob. cit. [nota 124], p. 633.

¹⁵⁹ Salazar Vergara, Gabriel, “Historia de la acumulación...” ob cit. [nota 145], p. 107 y ss.

¹⁶⁰ Cavieres, Eduardo, “Comercio chileno y comerciantes ingleses. 1820.1880. Un ciclo de historia económica”, Santiago, Ed. Universitaria, 1988.

¹⁶¹ Villalobos R., Sergio et al., ob. cit. [nota 124], pp. 638-641.

sur había comenzado como una empresa privada su extensión hasta la zona de la frontera fue posible por la inyección de capitales estatales, que habían comprado parte de las acciones en 1873. En cambio, la red de ferrocarriles de la zona salitrera se constituía por breves tramos que más tarde lograron interconectarse. Para 1914 el ferrocarril unía Pisagua con Puerto Montt¹⁶².

En contraste, la preocupación por las vías ferroviarias significó abandonar el desarrollo de los caminos que, durante este período, no pasaban de ser conexiones aisladas de baja calidad. La falta de recursos estuvo acompañada de una confusión en materia de competencias públicas que redundaron en el menor desarrollo de este medio de comunicación.

5. Participación activa y directa del Estado en la economía (1930-1973).

a. Política económica.

Para el año 1929 la economía estadounidense se había ubicado en la cúspide de los mercados internacionales. La prosperidad económica de los años 20 creó las condiciones para un aumento nunca antes visto del crédito bancario y las transacciones bursátiles de valores futuros, sin el correspondiente crecimiento económico de los países europeos golpeados por la guerra y de las economías productoras de materias primas. Esta espiral especulativa cayó abruptamente en 1929 envolviendo a todos los países del mundo en una crisis global. Chile resultó particularmente afectado por dicha crisis que significó el término abrupto de la oferta de nuevos capitales, la caída violenta de los precios de las materias primas, la paralización de fábricas, en fin, la desocupación laboral. El cierre de los mercados para el salitre y el cobre fue total.

Bajo el influjo de los efectos de la Gran Depresión hubo un gran consenso político para optar por un esquema de desarrollo basado en la “industrialización por sustitución de importaciones”. En esta época puede decirse que existe una verdadera y consistente política de fomento estatal¹⁶³. En el ámbito de las ideas, se reciben las doctrinas de John M. Keynes y las políticas propuestas por la CEPAL¹⁶⁴. Luego de la Segunda

¹⁶² Sobre el auge y caída de este medio de transporte véase Thomson, Ian y Angerstein, Dietrich, “Historia del Ferrocarril en Chile”, Santiago, DIBAM, 2000.

¹⁶³ Salazar Vergara, Gabriel, et al. [nota 124], ob. cit., p. 37.

¹⁶⁴ CEPAL, “Antecedentes sobre el desarrollo de la economía chilena. 1925-1952”, Santiago, Ed. del Pacífico, 1954.

Guerra Mundial hubo dos fenómenos que marcaron las políticas económicas de los países en desarrollo. Por una parte, debieron obedecer a los lineamientos de los organismos de ayuda internacional (FMI, BID, etc.), única manera de acceder a los estímulos que éstos ofrecían. Por otra parte, la planificación formó parte de la vida económica no sólo de los países socialistas, sino de los gobiernos de todo signo.

Cabe resaltar que la política adoptada por el Estado en esta época no tenía como principal objetivo la eficiencia de las intervenciones en la economía sino más bien un fin estratégico, esto es, sentar las bases de un desarrollo industrial sostenible en el tiempo. Los órganos estatales responsables de dicha política fueron el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y la Corporación de Fomento de la Producción¹⁶⁵.

Como hemos visto la idea de “fomento” fue persistente en la política desde tiempos coloniales. Ya habían instituciones republicanas específicamente destinadas al fomento económico. Luego, la CORFO no se crea desde la nada, sino que es el resultado de una evolución institucional. En 1925 se había creado el Fondo de Servicios Eléctricos para favorecer la constitución de empresas concesionarias del servicio público. Durante los años que siguieron (1926-1928) se crean cuatro instituciones de crédito subvencionado: la Caja de Crédito Agrario, la Caja de Crédito Minero, la Caja de Crédito Carbonífero y la Caja de Colonización Agrícola, todas ellas destinadas a las empresas de menor tamaño. Luego, en 1934 se crea la Corporación de Ventas del Salitre y Yodo, que monopoliza la exportación del salitre. Finalmente en 1937 se creó la Sociedad Constructora de Establecimientos educacionales.

En materia de política monetaria, en 1927 fue creado el Banco Central¹⁶⁶, que controló la emisión de moneda en el país, así como el cambio con el dólar. Ello significó que el Banco Central fue empleado por los gobiernos como un instrumento de su política de estímulo a la demanda (aumentando la emisión de moneda y fijando el tipo de cambio), creando ciclos inflacionarios que marcaron el desarrollo de este período. “En lo esencial, la

¹⁶⁵ En general, sobre la CORFO véase Ortega Martínez, Luis y otros, “Corporación de Fomento de la Producción. 50 años de realizaciones: 1939-1989”, Ed. Departamento de Historia, Universidad de Santiago de Chile, Santiago, 1989.

¹⁶⁶ El Banco Central fue creado a propuesta de la denominada “misión Kemmerer”. Dicho comité, presidido por el economista norteamericano Edwin Kemmerer fue traída al país por la Junta Militar de 1925 con el objeto de dar una solución al problema fiscal y monetario. Los cambios institucionales más importantes que trajo fueron, por una parte, el mencionado Banco Central, que centralizó la emisión de moneda y el tipo de cambio y, por otra parte, la Contraloría General de la República que tuvo por misión fiscalizar la legalidad de todos los ingresos y gastos del Gobierno.

inflación parecía derivar de una competencia entre los grupos sociales capaces de presionar – empresarios, empleados, obreros – con el objeto de aumentar su cuota de participación en el ingreso nacional¹⁶⁷. Esta crisis motivó que el Gobierno de Ibáñez (1955) convocara a una nueva misión extranjera¹⁶⁸ que propuso varios cambios con el objeto de controlar la emisión inorgánica de circulante y las políticas proteccionistas. Sin embargo, estas propuestas fueron extremadamente impopulares y fracasaron. Los ciclos inflacionarios afectaron por igual a todos los gobiernos, aunque hubo algunos períodos de alivio. Para 1973 la inflación alcanzó índices mayores al 300% anual.

En cuanto a la política fiscal, los impuestos sobre la renta y las herencias no sólo fueron mantenidos, sino que se perfeccionaron y aumentaron para hacer frente a los mayores gastos fiscales. Los impuestos fueron creciendo inorgánicamente, haciendo el sistema tributario progresivamente más intrincado para sostener un Estado y una burocracia cada vez mayores. A fines del período la situación era crítica: “más de la mitad de los gastos corrientes se destinaba a remuneraciones y pagos previsionales de la administración pública, y el resto, a subsidiar servicios como la locomoción colectiva particular o a cubrir gastos de operación de empresas estatales, como ferrocarriles y transportes colectivos”¹⁶⁹.

En este período las técnicas de fomento no sólo se hacen más complejas y variadas, sino que se intensifican. Toda la actividad del Estado puede entenderse como un plan dirigido al objetivo del desarrollo industrial y social: el gasto público, la emisión de moneda, la creación de empresas públicas, asociaciones público-privadas, servicios públicos y concesiones, propaganda, expropiaciones, fijación de precios, cuotas y, en fin, subvenciones de todo tipo.

b. Actividades económicas por sector.

i. Minería.

En materia minera, en esta época se vio el fin del ciclo del salitre. La demanda internacional del mineral disminuyó constantemente durante las

¹⁶⁷ Villalobos Rivera, Sergio, et al., ob. cit. [nota 124], p. 769.

¹⁶⁸ Dicha misión estaba confiada a la firma norteamericana Klein-Sacks, de ahí que sea conocida por dicho nombre. Sus propuestas se basaban en el control de las remuneraciones y en la eliminación de los reajustes automáticos; en la reducción de los gastos públicos; en la limitación del crédito bancario y, en lo relativo a política cambiaria, en la implantación de una tasa de cambio única y fluctuante.

¹⁶⁹ Villalobos R., Sergio et al., ob. cit. [nota 124], p. 794-795.

primeras décadas del siglo XX. El Gobierno intentó implementar políticas de estímulo que rescataran a la industria. En 1930 se creó la Corporación de Salitres de Chile, sociedad anónima con participación estatal. El Fisco se comprometió a aportar para la explotación los terrenos pertenecientes a la reserva fiscal. Luego, en 1934 se creó la Corporación de Ventas de Salitre y Yodo, sociedad anónima que tenía el monopolio de compra, venta y distribución de dichos productos, por un período de 35 años. Las utilidades de la empresa se repartían entre el Fisco y la empresa privada (25% y 75% respectivamente). Ante el riesgo de una total paralización de la actividad salitrera, en 1968 se fundó la Sociedad Química y Minera de Chile, con aportes de la única empresa privada subsistente y de la CORFO.

Por el contrario, el cobre se consolida como la mayor exportación chilena. Las guerras del siglo XX generaron aumentos extraordinarios de la demanda del metal (a pesar del control de precios impuesto por el principal comprador y beligerante, los Estados Unidos). A mediados de siglo el Estado dictó una “Ley de Nuevo Trato”, por la que se creó el Departamento del Cobre (antecedente de CODELCO), se fijó un impuesto del 50% sobre las ventas, más otro de 25% que podía ser menor en la medida que aumentara la producción.

En materia de fomento a la pequeña y mediana minería, en 1960 se fusionaron la Caja de Crédito Minero y la Empresa Nacional de Fundiciones en la Empresa Nacional de Minería, con participación estatal.

A partir de 1964 el Estado cambió totalmente su relación con los inversionistas norteamericanos. Primero, Frei Montalva inició este proceso comprando las acciones, a precio de mercado, de las empresas explotadoras de modo de lograr el control de ellas. El aumento que experimentó el precio del cobre significó una gran alza en la existencia de divisas en el país. Luego, Allende culminó por expropiar el resto de la propiedad de las empresas traspasándolas completamente al Estado, bajo el control de CODELCO. La propiedad de la riqueza mineral se transformó en un problema constitucional de primer orden, siendo necesario reformar la Constitución de 1925 para materializar esta adquisición a través de títulos – no en efectivo – según una tasación donde participaba el Consejo de Defensa del Estado y la Contraloría.

ii. Industria: la Corporación de Fomento de la Producción.

Es en esta época en que puede decirse que el concepto de “fomento” económico forma parte de las doctrinas económicas y se materializa en políticas públicas que le dan aplicación. La primera manifestación se encuentra en el “plan de fomento”, elaborado por el Departamento de Industrias del Ministerio de Hacienda en 1927. Pero sólo a partir de 1938 se

puede afirmar que los Gobiernos se comprometieron directamente en la industrialización del país, planificada desde el poder público.

En este plan jugó un rol trascendental la Corporación de Fomento de la Producción creada en 1939 con la misión, temporal, de impulsar el desarrollo del país para recuperarse del terremoto de ese mismo año (ley N° 6.334)¹⁷⁰. Su política consistió en un impulso directo de la industria interna a través de subvenciones, créditos, inversiones directas y, finalmente, la fundación de empresas estatales, tales como ENDESA (generación y distribución de electricidad), CAP (acero), ENAP (petróleo), etc. Las fuentes de financiamiento de la Corporación provinieron tanto del presupuesto nacional como de créditos extranjeros.

Cabe destacar que en la ley original de 1939 se le otorgaba una importante representación a los dirigentes del gremio empresarial en el directorio de la Corporación. Ello explica que la CORFO no fue sólo el brazo empresarial del Estado, sino que una institución de fomento de los empresarios privados¹⁷¹.

Los pilares del plan estatal de industrialización fueron, por una parte la siderurgia fundamentalmente a través de la fundición de Huachipato que inició su funcionamiento en 1950 en manos de CAP. Por otra parte, la electrificación del país, a cargo de ENDESA, fue el segundo pilar del desarrollo. Este plan suponía la interconexión de las zonas del país, de modo que pudieran transmitirse los excedentes de una a otra, aprovechando plenamente la generación energética.

También se estimuló la industria alimentaria (producción de azúcar de remolacha por IANSA) y la industria química (Sociedad Petroquímica Chilena). Asimismo, se estimuló la instalación de armaduras mecánicas y electrónicas en el norte del país.

Los efectos de dichas políticas se hicieron notar rápidamente. Durante esta época el sector industrial creció a una tasa promedio de 7% (1937-1950). Sin embargo, como se ha dicho, este crecimiento inicial debe matizarse con el hecho que la inflación fue un grave problema (alrededor del 30% anual).

¹⁷⁰ Las funciones de la CORFO fueron modificadas después, en 1941, a través de la Ley N° 6.640. Luego, su estatuto orgánico fue alterado en 1960, mediante el DFL N° 211. Se trata de un órgano que goza de gran autonomía, de modo que las modificaciones más importantes que ha sufrido se han adoptado mediante resoluciones y acuerdos del propio organismo. La evolución de la CORFO en los años posteriores siguió de cerca las vicisitudes generales de la economía.

¹⁷¹ Correa Sutil, Sofía et al., "Historia del siglo XX chileno", Santiago, Ed. Sudamericana, 2001, p. 144.

El mercado alcanzó un equilibrio en el mediano plazo y entre 1950 y 1970 la economía chilena creció a tasas menores, alrededor del 3,8%¹⁷².

iii. Agricultura.

En cuanto a la agricultura, la capacidad de producción de los campos era muy inferior a las necesidades del crecimiento urbano e industrial. A comienzos de este período existían grandes extensiones de terrenos (de propiedad pública o incluso privada) sin explotar, o infraexplotados. Hacia 1930 se observa una baja de precios agrícolas. Ello se explica, en parte, porque los estímulos recibidos por la actividad manufacturera desviaron recursos en perjuicio del agro. Además, el gobierno influyó directamente en la baja de precios de los alimentos, como una medida populista.

Con todo, también desarrolló políticas de fomento como la fijación de aranceles favorables para la importación de tractores y cosechadoras, el desarrollo de la fruticultura, la importación de ganado fino y el fomento de cultivos industriales, así como de eucaliptus y pino insigne. Con la creación de la CORFO se pretendió implementar un plan agrario con el objeto de orientar las explotaciones agrícolas hacia los cultivos intensivos, mediante la mecanización, capacitación de los patrones y empleados, etc.

No obstante, la agricultura no lograba recuperarse. Hacia los años sesenta, la evaluación era que las causas de la depresión agrícola se debían a la estructura de la propiedad agrícola. Esta evaluación era compartida por sectores influyentes de la Iglesia Católica. Para ciertos economistas colaboraba a esta situación el control de precios sobre los productos agrícolas que falseaba el equilibrio de mercado. Finalmente, Chile se unió a la “Alianza para el Progreso” impulsada por el gobierno de Kennedy, donde uno de los puntos claves era la introducción de una reforma agraria¹⁷³.

Así, mediante distintas leyes de los años 1962 (criterio de infra-explotación) y 1967 (criterio de la sobre-extensión) se implementó la reforma agraria en Chile, a cargo de la Corporación de la Reforma Agraria y el Instituto de Desarrollo Agropecuario. Con las reformas constitucionales de 1967 se posibilitó el pago de la indemnización por las expropiaciones con posterioridad a la toma de posesión de los terrenos por los comuneros, bajo la forma de “asentamientos”. La reforma agraria demostró (sobretudo entre 1968 y 1971) positivos resultados económicos. Sin embargo, dicha situación era totalmente distinta en 1972, en parte por la grave crisis internacional que se comenzaba a desarrollar. Fuera de su importancia económica debe

¹⁷² Departamento de Estado de los EEUU (<http://www.state.gov/r/pa/ei/bgn/1981.htm>).

¹⁷³ Correa Sutil, Sofía, et. al., ob. cit. [nota 171], p. 220 y ss, 248 y ss.

resaltarse que la reforma agraria significó el fin de la hacienda en Chile, como institución social¹⁷⁴.

La reforma agraria significó también un cambio en la tenencia de las aguas. La ley de 1967 vino a dejar sin efecto varias disposiciones del Código de Aguas de 1951, pasando éstas al dominio público absoluto bajo administración de la Dirección General de Aguas. Todas las obras de regadío deberían contar con autorización de dicha entidad. Bajo este nuevo régimen, de dominio público, las superficies regadas aumentaron considerablemente.

iv. Transportes y comunicaciones.

En materia de transporte marítimo, si bien en 1939 se intentó incentivar la actividad naviera interna, los ferrocarriles primero y luego las carreteras pusieron fin al comercio “de cabotaje”. A mediados de siglo se dictaron estatutos que pretendían fomentar esta actividad para sacarla de su decadencia, reservándole cuotas del comercio externo y fijando aranceles favorables para las naves de bandera nacional.

Por su parte, el transporte terrestre pasó de estar dominado por los ferrocarriles para dar lugar al auge del transporte por carreteras mediante vehículos motorizados. Durante el tercer cuarto del siglo XX se logró conectar toda la carretera Panamericana mediante vías pavimentadas.

El recién nacido transporte aéreo estuvo a cargo de la empresa estatal Línea Aérea Nacional, que conectó las grandes ciudades, aunque con un tráfico bastante bajo, por sus elevados costos y su vulnerabilidad climática.

6. Dictadura militar y transformación neoliberal (1973-2009).

a. Política económica.

La dictadura aplicó un tratamiento de shock en la economía a partir de 1975, con la intención explícita de hacer de Chile un sistema basado en las doctrinas monetaristas de “vanguardia”, de la mano de teóricos como Frederick von Hayek y Milton Friedman. El objetivo era desestatizar el manejo de la economía y confiar su funcionamiento a los mecanismos espontáneos del mercado¹⁷⁵. Las empresas estatales debieron autofinanciarse, se disminuyó el número de funcionarios públicos, se desregularon los mercados financieros y se privatizó la mayor parte de las

¹⁷⁴ Ídem.

¹⁷⁵ Büchi Buc, Hernán, “La transformación económica de Chile. Del estatismo a la libertad económica”, Bogotá, Ed. Norma, 1993.

empresas que habían pasado a manos del Estado. Se desreguló también el mercado del trabajo, haciendo libre la afiliación sindical y se pusieron trabas a la negociación colectiva. Las empresas estatales no sólo se restituyeron a sus antiguos dueños, sino que también otras se privatizaron a precios privilegiados.

“Después de la caída del producto interno bruto de 13,3% en 1975, se obtuvo una recuperación de 3,2% en 1976; de ahí en adelante las tasas de crecimiento de – 8,3% en 1977, de 7,8% en 1978, de 7,1% en 1979, y de 7,7% en 1980”.

“En un solo año el gasto por habitante se redujo en educación en un 21%, en salud en un 23%, y en vivienda en un 43%, la pensión mínima se vio disminuida en un tercio. Las tasas de desempleo, si en los primeros años alcanzaron a ser tres veces superiores a la media histórica, luego se volvieron crónicas, hasta llegar al 30% entre 1982 y 1983.”¹⁷⁶.

“Entre 1970 y 1980, el número de familias en condiciones de pobreza creció del 28% al 44%”¹⁷⁷.

Cabe destacar que durante el primer decenio de funcionamiento del “nuevo modelo” se vivieron dos recesiones de una severidad absolutamente fuera de lo común (12,95 de caída del PGB en 1975, y 14,1% en 1982)¹⁷⁸.

Para 1989, el resultado de estas políticas fue una caída dramática en el estándar de vida de las clases más pobres, un aumento impactante de los índices de pobreza total, una disminución de las remuneraciones reales, y un aumento significativo de la brecha entre ricos y pobres.

De este modo, las políticas económicas que siguieron al restablecimiento de la democracia han tenido por objetivo primario el subsanar este déficit de “participación en el bienestar” por los grupos más desaventajados de la sociedad, pero sin cuestionar el modelo de desarrollo adoptado durante los años 70¹⁷⁹. Ello puede atribuirse al menos a dos causas. Primero, en 1990 se hicieron patentes el fracaso de las economías centralmente planificadas y las dificultades del Estado de bienestar para sustentarse en el tiempo, incluso en países mucho más ricos que Chile. Por lo tanto, no había

¹⁷⁶ Correa Sutil, Sofía, et. al., ob. cit. [nota 170], p. 293.

¹⁷⁷ Ibídem, p. 294.

¹⁷⁸ Salazar Vergara, Gabriel, et al., ob. cit. [nota 126], p. 53.

¹⁷⁹ Un análisis crítico de la política económica 1990-2010, con énfasis en la continuidad con el período 1975-1989, en Fazio, Hugo y Parada, Magali, “Veinte años de política económica de la Concertación”, Ed. LOM, 2010.

verdaderamente alternativas doctrinarias para fórmulas distintas de desarrollo económico. Segundo, al menos hasta 2005 pervivieron serios obstáculos a la democracia (“enclaves autoritarios” de la Constitución, como los senadores designados, incidencia del poder militar sobre las autoridades civiles, sobrerrepresentación de grupos minoritarios reaccionarios, etc.), con lo que posibles proyectos socializadores han fracasado antes de nacer.

Hoy en día, el desarrollo económico sigue dependiendo en gran medida (90% de las exportaciones) de la explotación de recursos naturales básicos, de la existencia de mercados extranjeros para dichos productos, y del interés extranjero por invertir capitales y transferir tecnologías hacia Chile.

A pesar de todo lo hecho, en 2010, por primera vez desde 1990 se experimentó un aumento de la cantidad total de personas viviendo bajo la definición oficial de pobreza.

Las técnicas jurídicas se hicieron más complejas, aunque de signo contrario a las del período anterior, pues el rol debía disminuir su rol gestor, manteniéndose como regulador de la economía. De este modo pueden mencionarse como las técnicas típicas de este período a las privatizaciones, autorizaciones previas, concesiones privadas, fiscalización pública de actividades privadas, subsidios a los más pobres y liberalización de precios y aranceles.

b. Actividades económicas por sector.

Durante la década de 1980 se experimentaron al menos dos fenómenos que cambiaron totalmente la fisonomía del mercado de capitales¹⁸⁰. Se buscó intencionalmente trasladar el impulso económico desde el Estado a la empresa privada.

No obstante, a poco andar, la crisis financiera de 1982 significó que el Estado – paradójicamente – debió hacerse cargo de gran parte de las pérdidas económicas de la banca. El Estado intervino la casi totalidad del sistema financiero y se hizo cargo de la deuda.

Después de esta primera reacción “estatista”, el Ministro de Hacienda Hernán Büchi impulsó una reactivación de la política neoliberal. Se retomó el proceso privatizador, tanto sobre empresas que el Estado había adquirido por la crisis, así como las empresas de energía y comunicaciones, es decir, dos sectores estratégicos para la política desarrollista del período anterior (ENDESA, ENTEL, CTC, LAN, etc.). Además, se abrió el mercado interno, disminuyendo los aranceles, manteniendo el dólar caro, etc.

¹⁸⁰ Salazar Vergara, Gabriel, et al. [nota 126], pp. 56 y ss.

Además, el mercado financiero no sólo estuvo impulsado por la acumulación de capitales privados propios de los llamados “grupos económicos”, sino que en dos medidas inéditas se transfirieron enormes recursos privados desde los trabajadores dependientes hacia los grupos económicos al crear los sistemas de ahorro para la jubilación y seguro de salud, obligatorios y colectivos, administrados por empresas privadas. Con ello se pusieron a disposición de los grandes inversionistas el ahorro previsional de toda la población trabajadora. Esta medida buscaba, por una parte, desgravar el presupuesto fiscal del cuidado de la salud y vejez de las personas y, por otra parte, estimular la inversión privada.

Ambos sistemas, de salud y pensiones, eminentemente privados fueron modificados en ciertos aspectos esenciales a partir del año 2002 donde se les introdujeron reformas que tendían a socializar los costos y mejorar la situación de las personas de menores ingresos (Plan AUGE de 2002 y Reforma previsional de 2008).

En lo relativo a la minería, la nueva Constitución mantuvo las disposiciones que hacían al Estado propietario de la riqueza mineral. Con todo, mediante el establecimiento de concesiones “judiciales” sobre los recursos más importantes, protegidas del mismo modo que el derecho de propiedad, y que sólo pueden ser expropiadas indemnizándose las ganancias futuras (lucro cesante), la posición del empresario minero se vio fortalecida frente al Estado¹⁸¹.

Sólo en 2005 fue posible establecer una “regalía minera”, de modo de hacer participar al Estado en las utilidades de la gran minería del cobre.

La explotación del cobre por parte de la estatal CODELCO es la principal exportación chilena hasta el día de hoy. Con todo, las exportaciones privadas han aumentado hasta superar en 1994 a las estatales.

En materia agrícola, los militares no retrotrajeron el proceso de reforma agraria. Por el contrario, lo llevaron a término. El mayor cambio introducido fue la privatización de la propiedad agrícola, bajo la forma de unidades productivas relativamente pequeñas. Se propició la formación de un “mercado propiamente tal” de las tierras agrícolas, servidas por una masa laboral temporera¹⁸².

En el año 1981 se promulgó un nuevo Código de Aguas que, manteniendo en sus rasgos más esenciales el régimen introducido con ocasión de la

¹⁸¹ Piñera E., José, “Fundamentos de la ley orgánica constitucional sobre concesiones mineras”, Santiago, Ed. Jurídica, 1987, 2ª ed.

¹⁸² Correa, Sofía, et. al, ob. cit. [nota 171], p. 296.

reforma agraria, optó por proteger la posición del concesionario de las aguas, similar a lo que ocurrió con los derechos sobre las minas.

Desde 1990 las políticas han estado orientadas a apoyar, justamente, la entrada a este mercado de los grupos más postergados (predios mal regados, pequeños, de propietarios no capacitados), así como de fortalecer la protección laboral del campesinado (temporeros).

Los propietarios de estas parcelas de menor tamaño se beneficiaron de políticas focalizadas del Estado para estimular las exportaciones “no tradicionales” y técnicas innovadoras de riego.

Sobre los cimientos de la eliminación de los latifundios y la creación de un mercado de las aguas¹⁸³, se desarrolló todo un sector productivo “no tradicional” (agroindustrial, silvícola y pesquero) que constituye hoy en día una parte importante de las exportaciones chilenas¹⁸⁴.

7. Diagnóstico de la evolución histórica.

- a. El fomento de las actividades productivas, entendido como una finalidad del Estado, ha estado presente durante toda nuestra historia.
- b. Incluso durante las épocas más “liberales” (1830-1930 y desde 1973) el fomento público cumple un papel fundamental en el impulso económico.
- c. Sin embargo, es necesario anotar que hay una diferencia de “sentido” con la intervención Estatal que se vive en aquellos momentos de mayor intervención estatal (siglo XVIII y entre 1930 y 1973).
- d. En los períodos “liberales”, el Estado asume como su responsabilidad el crear las condiciones que permitan un desarrollo comercial e industrial, el cual pertenecía “naturalmente” a los empresarios privados. Se reconoce una comunidad de intereses entre Estado y empresariado, nacional y extranjero.
- e. En cambio, en los períodos intervencionistas el Estado se atribuye a sí la función de prestar directamente los servicios y proveer de los bienes necesarios para el bienestar de la sociedad; aunque para ello recurra continuamente a la colaboración privada, mediante concesiones u otras técnicas.

¹⁸³ Aunque las técnicas de explotación se remontan a políticas adoptadas durante los años 60 por el estímulo de la CORFO.

¹⁸⁴ Según los estudios del Departamento de Estado de los EEUU (<http://www.state.gov/r/pa/ei/bgn/1981.htm>).

- f. Una manifestación de la continuidad del fomento es la existencia hasta hoy en día de instituciones creadas en el período 1930-1973 (o incluso antes), que ejecutan políticas de ayudas públicas.
- g. El fomento prospera en los períodos de mayor estabilidad política. Ello demuestra que es una manifestación de soluciones de compromiso, donde existen los medios institucionales para alcanzar arreglos políticos duraderos.

CAPÍTULO II.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.

Una vez que se han entregado un contexto doctrinario e histórico suficiente para el estudio de la subvención, en el presente capítulo nos dedicaremos a dilucidar su concepto.

Ante todo se distinguirá un concepto amplio y restringido de subvención, adoptándose una definición restringida.

Luego, se analizarán los tres elementos del concepto restringido de subvención: objetivo, subjetivo y teleológico.

I. CONCEPTO AMPLIO Y RESTRINGIDO.

1. Debate doctrinario.

La subvención, en cuanto fenómeno jurídico, es, a la vez, una medida de intervención administrativa y un gasto presupuestario. Por lo tanto, es objeto de estudio tanto por el derecho administrativo como por el derecho financiero.

Para el derecho financiero, la subvención está comprendida dentro de los gastos de transferencia¹⁸⁵.

En nuestro país, precisamente en el ámbito del derecho financiero Araneda trata a las subvenciones como un gasto de transferencia, dentro de los gastos no rentables. Para el autor “las subvenciones ejercen una función de estímulo o compensación, y pueden dividirse en administrativas, económicas y sociales”¹⁸⁶. La clasificación atiende al destinatario y a la finalidad a la cual se dirigen¹⁸⁷.

El hecho que la subvención sea a la vez un fenómeno administrativo y financiero tiene relevancia en nuestro país pues algunas subvenciones sólo tienen respaldo normativo en la Ley de Presupuestos. Este hecho tiene, para Pascual, una explicación basada en nuestra tradición jurídica pues “históricamente, importantes conjuntos normativos del ordenamiento

¹⁸⁵ Pascual García, José, “Régimen jurídico de las subvenciones públicas”, Ed. BOE, Madrid, 1996, p. 29.

¹⁸⁶ Araneda Dorr, Hugo, “Finanzas Públicas, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed., 1980, p. 50.

¹⁸⁷ Las subvenciones administrativas se otorgan a los órganos administrativos autónomos, para suplir su presupuesto y cumplir tareas de utilidad general. Las subvenciones económicas se entregan a las empresas privadas como un medio de fomento económico. Las subvenciones sociales se entregan a “simples personas privadas” para “objetivos de trascendencia social”. (Araneda Dorr, Hugo, ob. cit. [nota 186], p. 50-51.

administrativo, como la contratación administrativa o la legislación del Patrimonio del Estado, han nacido incardinados en leyes presupuestarias de las que se han desgajado; trayectoria que previsiblemente sea la que recorra la normativa sobre subvenciones”¹⁸⁸.

Ahora, en el derecho administrativo se ha discutido el empleo de un concepto amplio o uno restringido de subvención¹⁸⁹. El concepto amplio entiende por subvención todo beneficio económico percibido de la Administración con objeto de fomentar o impulsar determinadas actuaciones que pueden considerarse de interés general. Con este concepto se abarcan prácticamente todas las medidas de fomento económico^{190 191}.

En efecto, Díaz Lema parte de un concepto de ‘subvenciones a la economía’, donde la unidad de las categorías está dada por la finalidad perseguida con su establecimiento y otorgamiento: el fomento y promoción de la economía. Añade que la unidad dogmática de estas subvenciones queda demostrada por la coincidencia de régimen a la luz de los principios de subsidiariedad y legalidad de la actividad administrativa¹⁹².

Frente a ese concepto, la doctrina mayoritaria se acoge a un concepto restringido, esto es, “atribución patrimonial, principalmente entrega de dinero, que se recibe de la Administración a fondo perdido y que moralmente debe ser aplicado a una determinada finalidad”¹⁹³.

El surgimiento de esta dualidad de conceptos puede explicarse, por una parte, por la proliferación de modalidades¹⁹⁴ a partir de la subvención

¹⁸⁸ Pascual García, José, ob. cit. [nota 185], p. 31.

¹⁸⁹ El debate en la doctrina española, influida por la ubicación de la actividad subvencional dentro de las técnicas de fomento económico, puede verse en Fernández Farreres, Germán, “De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el derecho español”, en RAP Nº 113, 1987.

¹⁹⁰ Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, “Derecho Administrativo Económico”, T. I, Madrid, Ed. La Ley, p. 451.

¹⁹¹ Maljar, Daniel, ob. cit. [nota 5], p. 294.

¹⁹² Fernández Farreres, Germán, “De nuevo ...” ob cit. [nota 189], p. 41. Las referencias a Díaz Lema corresponden a su “Subvenciones y Crédito Oficial en España, Ed. IEF, Madrid, 1985.

¹⁹³ Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit. [nota 190], p. 450-451.

¹⁹⁴ “Esas modalidades giran en torno a lo que técnicamente se configura como una obligación de pago, que se constituye o altera en beneficio de la persona o entidad subvencionada. Esa obligación de pago se base y tiene la naturaleza de:

1º) Obligación unilateral de entrega de cantidad, asumida por el subvencionante frente al subvencionado. Es el caso típico, y puede ser una cantidad fija o un porcentaje del costo de la obra o servicio;

2º) Liberación de deuda. La entidad beneficiaria obtiene una reducción parcial o total de una obligación de pago pasada o futura. Son características, en este sentido, las exenciones y

propiamente tal (bonificaciones, primas, aportes, créditos, exenciones, etc.) y, por otra parte, porque la misma técnica subvencional se emplea más allá de la finalidad de fomento, es decir, como un medio de colaboración inter-administrativa o suplemento presupuestario de los órganos de la Administración¹⁹⁵.

En este trabajo se empleará la concepción **estricta** de subvención, atendiendo más bien a su estructura jurídica y no, exclusivamente, a su perspectiva finalista – de promoción o estímulo económico – en un sentido similar a Fernández Farreres¹⁹⁶.

A nuestro juicio, el concepto estricto es el que más se aviene con el derecho positivo nacional, toda vez que la finalidad perseguida es un elemento accesorio o secundario a la luz de la estructura jurídica de la subvención, particularmente para explicar el conjunto de potestades que la ley otorga a la Administración para asegurar la vinculación de los fondos al servicio del interés público por el particular beneficiario (v. infra, capítulo III).

En segundo lugar, porque los medios específicos a través de los cuales se fomenta la economía son variados y el derecho positivo los dota de regímenes diversos¹⁹⁷. Conviene, aunque sólo sea por lograr la claridad en el estudio de los distintos fenómenos, estudiarlos por separado.

En tercer lugar, el concepto restringido de subvención resalta el carácter instrumental de la subvención: que el particular se encuentra en la necesidad jurídica de realizar ciertas prestaciones y que la Administración posee un poder de intervención que tiene por causa y origen a la subvención¹⁹⁸.

bonificaciones tributarias que un ente obtiene de otro, en el ejercicio de una actividad determinada. También, la exención de la fianza que debiera prestar un ente que asume la posición de concesionario de otro;

3º) Contrato de crédito. La subvención consiste, entonces, en la concesión de un préstamo en condiciones más favorables de las que se dan en el mercado de capitales: exención del pago de intereses, o pago de un bajo interés, o plazos amplios para la devolución.” (Morell Ocaña, Luis, ob. cit., p. 111.

¹⁹⁵ Morell Ocaña, Luis, ob. cit. [nota 55], p. 111.

¹⁹⁶ Fernández Farreres, German, ob. cit. [nota 84], p. 71.

¹⁹⁷ Fernández Farreres, Germán, “De nuevo...” ob. cit. [nota 189], p. 44.

¹⁹⁸ “En tal concepto concurren, de forma fehaciente por demás, las dos notas que con carácter general se establecieron como determinantes de la actividad administrativa de fomento. Por una parte, su carácter instrumental con el fin de que el sector privado lleve a cabo determinadas actuaciones. También, técnica de ordenación por la Administración pública de esas mismas actuaciones. Dos notas que las subvenciones evidencian de forma muy manifiesta”. Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit. [nota 190], p. 477.

2. Recepción legal.

Ante todo, cabe señalar que la primera definición – que podríamos llamar amplísima – fue la adoptada por el GATT en que se define a las subvenciones como todo beneficio “que cause o amenace causar un daño importante a una rama de producción nacional ya existente o que retrase de manera importante la creación de una rama de producción nacional” (artículo VI).

En contraste, la legislación administrativa ha adoptado una definición restringida. Ello ha ocurrido con ocasión de la regulación de la transparencia y publicidad de la actividad administrativa.

Por una parte, la ley N° 19.862, de 2003, sobre Registros de Personas Jurídicas Receptoras de Fondos Públicos, hace una definición de “transferencias”, para efectos de la obligación de llevar registro, según la cual “se entenderá por transferencias *las subvenciones a personas jurídicas, sin prestación recíproca en bienes o servicios, y, en especial, subsidios para financiamiento de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de éstos; sea que estos recursos se asignen a través de fondos concursables o en virtud de leyes permanentes o subsidios, subvenciones en áreas especiales, o contraprestaciones establecidas en estatutos especiales, y otras de similar naturaleza, todo esto según se determine en el reglamento*”¹⁹⁹.

Los elementos de esta definición son, en primer lugar, la transferencia de fondos. De este modo, sólo se aplica a las transferencias de fondos presupuestarios, es decir, de dinero, y no a las transferencias en especie.

En segundo lugar, en cuanto al beneficiario se trata exclusivamente de las personas jurídicas.

En tercer lugar, expresamente se refiere al carácter gratuito de la atribución, esto es, a la inexistencia de una obligación de restitución.

En tercer lugar, el destino de los fondos es la financiación de “actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de éstos”. Puede verse que el elemento teleológico no es claro en la ley pues no hay una clara vinculación de los recursos al cumplimiento de una finalidad de interés público, aunque puede considerarse que tal vinculación es implícita.

¹⁹⁹ Artículo 2° de la ley N° 19.862. El reglamento respectivo reitera la definición en su artículo 3°, pero agrega a la consideración de “transferencias” la donación que da origen al crédito fiscal regulado en el artículo 8° de la ley N° 18.985, en el artículo 69 de la ley N° 18.681, en el artículo 3° de la ley N° 19.247, y en el Párrafo 5° del Título IV de la ley N° 19.712.

En cuarto lugar, el modo a través del cual se realiza la asignación es irrelevante. En esta materia la ley es amplísima.

Por otra parte, en la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, se ordena a los órganos de la Administración mantener a disposición del público los antecedentes sobre “las transferencias de fondos públicos que efectúen, incluyendo todo aporte económico entregado a personas jurídicas o naturales, directamente o mediante procedimientos concursales, sin que éstas o aquéllas realicen una contraprestación recíproca en bienes o servicios”²⁰⁰.

Esta definición es, técnicamente, idéntica a la definición adoptada por la concepción estricta de subvención pues se extiende, en primer lugar, no sólo a las transferencias de dinero, sino “todo otro aporte económico”.

En segundo lugar, se extiende la calidad de beneficiario no sólo a las personas jurídicas, sino también a las personas naturales.

En tercer lugar, se mantiene la amplitud en el modo de atribución, pero de manera más clara: “directamente o a través de procedimientos concursales.

Finalmente, se mantiene también el carácter objetivamente gratuito de las atribuciones, toda vez que los beneficiarios no deben realizar una contraprestación.

En cualquier caso, el ordenamiento jurídico nacional no es uniforme en la denominación de esta técnica administrativa. Para los efectos de este trabajo incluiremos en el estudio de las subvenciones toda clase de actos que se denominan indistintamente subvenciones, subsidios, aportes no reembolsables y fondos concursables.

3. Definición.

Conforme a lo expuesto, en este trabajo se entenderá por subvención, en consecuencia, *toda transferencia patrimonial no devolutiva, realizada por la Administración en favor de un particular, vinculada a la realización por éste de una conducta calificada de interés público.*

Seguimos la definición de Fernández, quien entiende por subvención a las “atribuciones patrimoniales dinerarias que se conceden por entes públicos a favor de particulares, a fondo perdido y afectadamente al fin que justifica su otorgamiento”²⁰¹.

²⁰⁰ Artículo 7° letra f), ley N° 20.285.

²⁰¹ Fernández Farreres, Germán, “Subvenciones”, en Santiago Muñoz Machado (dir.), “Diccionario de Derecho Administrativo”, T. II, Ed. Iustel, Madrid, 2005, p. 2474.

Esta definición es, hoy en día, la más extendida en la doctrina española²⁰². En la doctrina nacional, pueden verse los trabajos de Gallo²⁰³.

En cambio, Camacho, en Chile, adopta un concepto amplísimo de subvención, definiéndola como “todos aquellos incentivos económicos que conceden ayudas materiales, financieras, crediticias o tributarias, con cargo a traspasos gratuitos de fondos públicos que de modo directo determinan la percepción de una cantidad, la dispensa de un pago obligatorio o un beneficio específico de carácter patrimonial con lo cual inciden favorablemente en la situación patrimonial de las personas beneficiarias²⁰⁴”.

II. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL CONCEPTO.

Siguiendo a Fernández Farreres distinguimos tres elementos propios de la subvención, atendiendo a su estructura jurídica, que permiten distinguirla de otras figuras próximas y, además, explicar el fenómeno subvencional en nuestro derecho positivo.

²⁰² “Aquella técnica propia de la Administración de fomento, que consiste en la atribución patrimonial, básicamente de carácter dinerario, que se recibe a fondo perdido con el fin de llevar a cabo la realización de determinados comportamientos –de hacer o de abstenerse-, que han sido considerados de interés general y a cuya plena efectiva realización aquélla queda vinculada.” (Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit. [nota 190], p. 480.); “otorgamiento de una cantidad de dinero por una Administración Pública a un tercero con una finalidad concreta de interés público y sin contrapartida del beneficiario” (Pascual García, José, ob. cit. [nota 185], p. 37.); “entrega gratuita de fondos públicos, procedentes de los impuestos, para cubrir parcialmente el costo de determinadas actividades que se consideran de interés público o de interés social” (Ariño Ortiz, Gaspar, ob. cit. [nota 14], p. 300.); “ventajas económicas de carácter directo consistentes en atribuciones patrimoniales gratuitas (a fondo perdido) de fondos públicos en favor de un particular” (Ahumada de Ramos, Francisco, ob. cit. [nota 14], p. 159); “una donación dineraria de carácter modal destinada a promover fines o actividades de interés público” (Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit. [nota 9], T. II, p. 355.356); el mismo autor en ediciones anteriores “atribuciones patrimoniales a fondo perdido (esto es, sin devolución de su importe) realizadas por una Administración a favor de un particular (lo que excluye las transferencias de capital realizadas por un ente público a favor de otro, que la legislación presupuestaria sigue denominado equívocamente subvenciones de capital) y destinadas necesariamente a financiar el desarrollo de una actividad de interés público”; “una aportación dineraria con cargo a fondos públicos realizada a favor de personas públicas o privadas, sin contraprestación directa por quien la recibe y para fines de interés público” (Sánchez Morón, Miguel, ob. cit. [nota 76], p. 769).

²⁰³ Para Pedro Gallo, es “toda cantidad de dinero, bienes muebles e inmuebles y exenciones, otorgadas discrecionalmente por el Estado y las corporaciones públicas a título gratuito, simples o condicionadas, que tengan por objeto la satisfacción de necesidades” (Pedro L. Gallo y Jorge Miranda C, “Las subvenciones estatales. Doctrina, legislación y jurisprudencia”, Ed. Universitaria; Santiago, 1963, p. 29 y 30).

²⁰⁴ Camacho, Gladys, “La actividad sustancial de la Administración del Estado” en Rolando Pantoja Bauzá (dir.) “Derecho Administrativo Chileno”, Ed. Porrúa, México DF, 2007, p. 555.

En primer lugar, el elemento objetivo constituido por la transferencia patrimonial a fondo perdido.

En segundo lugar, el elemento subjetivo, esto es, de una parte, la Administración Pública y, de otra, un sujeto particular.

En tercer lugar, el elemento teleológico, que constituye la vinculación o afectación a una actividad de interés público.

1. Elemento objetivo.

Ante todo, desde el punto de vista del objeto²⁰⁵, la subvención consiste en una transferencia patrimonial²⁰⁶.

Aunque normalmente esta transferencia de carácter económico recaerá sobre una suma de dinero, esto es, sobre fondos presupuestarios, Fernández Farreres concibe que la subvención puede consistir en dinero u otra clase de bienes²⁰⁷. En cambio, otros autores consideran que siempre ha de consistir en dinero²⁰⁸.

En este trabajo se acepta la posición de Fernández, con la salvedad que, siempre que la operación pueda incorporarse en otra figura jurídica (v.gr. explotación de obra pública, concesión de uso gratuito), habrá de quedar referida a ella y no al concepto estricto de subvención²⁰⁹.

Es necesario agregar que la atribución subvencional es siempre **no devolutiva**, es decir, a fondo perdido²¹⁰. Sobre este punto hay prácticamente unanimidad en la doctrina²¹¹.

²⁰⁵ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 164, trata conjuntamente con el objeto el carácter finalista de la subvención. En esta parte seguiremos el sistema de Fernández Farreres, que los separa.

²⁰⁶ Fernández Farreres, Germán, ob. cit. [nota 84], p. 78.

²⁰⁷ Fernández Farreres, Germán, ob. cit. [nota 84], p. 97; Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit. [nota 190], p. 481; Gimeno Feliú, José María, "La técnica de fomento del desarrollo económico: la subvención", en José Bermejo Vera (dir.), "Derecho administrativo. Parte especial", Thomson-Civitas, Madrid, 6ª ed., 2005, p. 946.

²⁰⁸ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit. [nota 9], p. 356; Pascual García, José, ob. cit. [nota 185], p. 34.

²⁰⁹ Fernández Farreres, Germán, ob. cit. [nota 84], p. 99.

²¹⁰ Fernández Farreres, ob. cit., p. 107; Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit., p. 481; Gimeno Feliú, José María, "La técnica..." ob. cit. [nota 207], p. 946.

²¹¹ Cassagne conserva la denominación de subvención para algunos casos en que hay lugar a restitución: "En principio, la subvención no genera contraprestación o compensación, salvo que hubiera al respecto alguna estipulación expresa establecida en un acto o contrato administrativo" (Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", T. II, 7ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 468).

Lo anterior, no excluye la conversión – prevista por la norma jurídica – de una subvención en una relación distinta (normalmente un préstamo)²¹², por hechos sobrevinientes.

Esta caracterización de la subvención como transferencia patrimonial no devolutiva permite distinguirla de las exenciones fiscales, la devolución tributaria, las garantías estatales y particularmente de los créditos públicos²¹³.

a. Distinción de la exención tributaria.

Cabe distinguir la subvención de la exención tributaria²¹⁴, esencialmente, porque en ésta no existe una transferencia o desplazamiento patrimonial²¹⁵, sino todo lo contrario, una obligación de dar que era debida se extingue sin transferencia.

Aunque en ambas figuras hay un efecto fiscal negativo, en las exenciones no hay salida de fondos²¹⁶.

Además, en la exención se supone la preexistencia de una obligación tributaria²¹⁷ que se hace, por una causa prevista en la norma, ineficaz.

Es necesario anotar que, normalmente, las leyes de fomento acompañan el otorgamiento de subvenciones con la dispensa de exenciones tributarias. Muchas veces *por la realización del mismo hecho*²¹⁸.

b. Distinción de la devolución de impuestos.

Es necesario distinguir la subvención de la devolución de impuestos²¹⁹ porque en ésta se supone, al igual que en el caso anterior, la existencia de una deuda tributaria, pero que, en este caso,

²¹² Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 109.

²¹³ Véase Ariño Ortiz, Gaspar, ob. cit. [nota 14], p. 300; Parada Vásquez, Ramón, ob. cit. [nota 13], p. 465.

²¹⁴ Véase Morell Ocaña, Luis, ob. cit. [nota 55], p. 115.

²¹⁵ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 112.

²¹⁶ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 114.

²¹⁷ Fernández Ferreres, ob. cit. [nota 84], p. 113.

²¹⁸ Véase DL 2.565 sobre Fomento Forestal; ley N° 18.450 sobre Fomento de la privada en obras de riego y drenaje; ley N° 18.910 orgánica del Instituto de Desarrollo Agropecuario; ley N° 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas; etc.

²¹⁹ Véase Morell Ocaña, Luis, ob. cit. [nota 55], ídem.

ha sido pagada, a cuyo valor se corresponde el monto de la transferencia a fondo perdido posteriormente realizada²²⁰.

La devolución tiene como causa un pago anteriormente realizado por el deudor de una obligación tributaria²²¹.

Según Fernández, si el monto de lo restituido fuera superior a lo pagado a título de tributo podría estarse, en principio, ante una subvención²²², pero habría que analizar el punto caso a caso.

c. Distinción de las garantías estatales.

Corresponde distinguir a la subvención de la “garantía estatal”, fundamentalmente porque la estructura de la garantía obedece a un contrato accesorio, celebrado por la Administración para el caso que no se cumpla por el beneficiario su obligación principal²²³.

En cuanto tal, hecho el pago por la Administración nace, en principio, una obligación de restitución para el beneficiario. Puede que esa obligación se extinga, por ejemplo, por prescripción, pero eso no altera la estructura de la relación jurídica.

En nuestro país el aval o garantía del Estado es una técnica de fomento que se emplea frecuentemente²²⁴.

d. Distinción de los créditos.

Finalmente, es necesario distinguir la subvención de los créditos públicos²²⁵, fundamentalmente porque mientras la subvención opera siempre a fondo perdido, sin deber de restitución, en los créditos, por definición, está presente la obligación de restituir las sumas

²²⁰ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 122.

²²¹ Son buenos ejemplo de lo mencionado la ley N° 18.708 que establece un sistema de reintegro de derechos y demás gravámenes aduaneros que indica a favor de los exportadores y el DS N° 348 de 1975, Economía, que fija disposiciones por las cuales los exportadores podrán recuperar el impuesto al valor agregado.

²²² Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 123-124.

²²³ “El aval se configura como un contrato de garantía, accesorio de otro principal que supone para el avalista – es decir, la Administración – la contracción de una obligación de cumplimiento de la obligación principal garantizada para el caso de que el avalado no la cumpla” (Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 126).

²²⁴ Véase el DL N° 3.472, que crea el Fondo de Garantía para pequeños empresarios, el artículo 2° del DS N° 793 de 2004, Hacienda y la Ley N° 20.027 sobre crédito con garantía del Estado al financiamiento de la educación superior.

²²⁵ Véase Morell Ocaña, Luis, ob. cit. [nota 55], p. 116-117.

(reajustadas y con intereses, en su caso) recibidas por el beneficiario²²⁶.

Ahora bien, perfectamente pueden existir “créditos subvencionados”, es decir, operaciones onerosas en las que la Administración soporta sin contraprestación los intereses o parte del capital. En ellos cabe distinguir dos planos, primero, el de la relación crediticia, y, segundo, el de la eventual subvención²²⁷. Ambas situaciones son distinguibles y se regirán por sus reglas propias.

El crédito público en nuestro país es una técnica que asume dos formas. En primer lugar, algunas empresas del Estado, por ejemplo Banco Estado, que se rigen por el derecho privado, celebran como parte de su giro operaciones de carácter crediticio. En segundo lugar, y fuera de este supuesto estrictamente empresarial, numerosas instituciones realizan operaciones de crédito público así CORFO (denominadas asignaciones reembolsables) y las Universidades del Estado, cuando otorgan créditos para financiar el arancel de los estudiantes.

Un supuesto aún distinto opera en aquellos casos en que la ley crea un estatuto especial de fomento al que se acogen las instituciones financieras. Se trata de un contrato dirigido, cuyas cláusulas son establecidas por ley. La entidad prestadora recibe una subvención – propiamente tal – por el hecho de otorgar estos créditos especiales a los interesados. Es lo que ocurre en los créditos subvencionados a la vivienda de hasta 2000 UF²²⁸.

²²⁶ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 128.

²²⁷ Fernández Farreres, Germán, ob. cit. [nota 84], p. 131-132.

²²⁸ Las instituciones financieras deben acreditarse ante el Ministerio mediante la suscripción de un convenio aprobado por decreto supremo, que deberá contar con la aprobación DIPRES (artículo 31 DS N° 40, de 2004, Vivienda y Urbanismo). Junto con ello el reglamento regula dos hipótesis de crédito subvencionado. Por una parte, el “subsidio implícito”, esto es, el pago que efectúa el Ministerio o el SERVIU en caso que la venta de las letras de crédito emitidas para financiar los préstamos en algunas de las bolsas de valores resultare un producido menor que el “valor par” de las respectivas letras. En tal caso, este subsidio cubrirá en todo o en parte la diferencia entre dicho producido y el valor par de las letras cuya emisión financia el crédito, con un monto máximo de 80 UF (artículo 33). Por otra parte, el “subsidio a la originación”, es decir, un subsidio que adicional destinado a solventar los costos de originación y administración del crédito o mutuo, tratándose de viviendas que no excedan de 600 UF, u otros valores más altos según su ubicación geográfica (artículo 34).

2. Elemento subjetivo.

La subvención da lugar a una relación entre dos sujetos, de una parte, la Administración Pública – concretamente, uno de sus órganos – y, de otra un sujeto beneficiario.

a. El sujeto otorgante.

En la parte activa de la relación subvencional encontramos siempre a una entidad pública administrativa, sea que goce de personalidad jurídica propia o no²²⁹.

Ahora bien, cierto sector de la doctrina extiende también el carácter de subvención a aquellas transferencias a fondo perdido realizadas por entes privados, financiadas con fondos del presupuesto público, siempre que pueda considerarse que tales entes están ejerciendo potestades públicas²³⁰.

En el extremo, se plantea la hipótesis de “subvenciones” otorgadas por entes públicos, pero financiadas con fondos privados²³¹.

Para nosotros, si una condición de validez de la subvención es su provisión presupuestaria (v. infra), entonces, es evidente que lo que la define es el origen público de sus recursos²³². En consecuencia, sólo

²²⁹ Fernández Farreres, Germán, ob. cit. [nota 84], p. 133; De la Riva M., Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 144.

²³⁰ Fernández, Farreres, ob. cit., [nota 84] p. 136, 140-141. En el mismo sentido Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit. [nota 190], p. 484. Para De la Riva “Basta, entonces, con comprobar que *quien otorga* el beneficio es una persona jurídica pública para confirmar que estamos ante una ayuda y no frente a una donación. Aun cuando el dador inmediato de la contribución fuera un organismo privado, si los fondos... provienen, en todo o en parte, del sector público, parecería un contrasentido no admitir que el aporte configura una ayuda pública” De la Riva M., Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 146.

²³¹ Fernández Farreres, Germán, ob. cit. [nota 84], p. 135. Para Martín-Retortillo “es cierto que, en la práctica generalidad de los casos, la atribución patrimonial que la subvención representa es de fondos públicos. No obstante, hay supuestos que merecen también la consideración de subvenciones – su otorgamiento y distribución se realiza de acuerdo con procedimientos de derecho público – y, sin embargo, no se dan esas circunstancias: así, aquéllos en los que mediante la constitución de los correspondientes Fondos, financiados con caudales inequívocamente privados, se subvenciona la gestión de determinadas empresas” Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit. [nota 190], p. 482.

²³² “El elemento clave para poder atribuir al sector público la calidad de sujeto dispensador de los beneficios estriba en el origen público de los fondos transferidos” De la Riva M., Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 145.

son subvenciones las otorgadas por un órgano de la Administración del Estado, con cargo a fondos públicos.

En el derecho nacional, aunque no se plantea este problema directamente, sí existen ayudas que, siendo financiadas con cargo al patrimonio de un OAE ocurre que éste se forma no sólo por los aportes de la ley de presupuestos, sino que con ingresos de origen privado como liberalidades (herencias, legados y donaciones).

El caso más paradigmático es del Fondo Mixto de Apoyo Social que es formado con el 33% de las donaciones de personas jurídicas, regidas por la ley N° 19.885. El resto de este patrimonio se forma por los aportes de la ley de Presupuestos, de ahí que se le denomine “mixto”.

Además, pueden encontrarse los llamados fondos concursables, que son patrimonios públicos afectados al financiamiento de actividades privadas de interés público, y que se forman también por aportes privados. Ciertamente, se trata de patrimonios públicos, pues una vez adquiridas las liberalidades por el respectivo OAE, pierden su naturaleza jurídico privada.

En materia de fomento a la recuperación de barrios, las ayudas son financiadas directamente por el presupuesto de los respectivos SERVIU. Además, podrán concurrir con aportes adicionales el Gobierno Regional, los Municipios u otros servicios públicos, e incluso personas naturales corporaciones o fundaciones de ayuda a la comunidad (artículo 4° DS N° 14 de 2007, Vivienda).

Cabe preguntarse si es posible hablar de subvenciones totalmente privadas. A propósito de una norma tributaria española que eximía a de gravamen a las “subvenciones cualquiera sea su origen”, Fernández dice que “nada obstan a que el legislador tributario sujete a una tarifa proporcional, y, por tanto, a un tipo impositivo menos gravoso o, incluso, las declare exentas, a ciertas *donaciones* dirigidas a fomentar actividades de utilidad o interés general”²³³. Sin embargo, no es posible considerar que los sujetos privados otorguen verdaderas “subvenciones”, fuera de los supuestos examinados y, en tal caso, estamos ante simples donaciones modales de derecho privado que ceden en beneficio de una persona distinta del asignatario. Lo mismo puede decirse para el caso chileno.

La ley regula especialmente el caso de las subvenciones otorgadas por municipalidades.

²³³ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 161.

Las subvenciones municipales son una especie de ayuda destinada a personas jurídicas, públicas o privadas, sin fines de lucro, que colaboren directamente en el cumplimiento de las funciones del Municipio o bien a las corporaciones y fundaciones de las que formen parte (artículo 5º letra g) y artículo 132 LOCM).

Las funciones de las municipalidades son las señaladas en los artículos 3º y 4º LOCM.

Las subvenciones se otorgan por el alcalde, con acuerdo del Concejo (artículo 65 letra g).

Existe un tope máximo para las subvenciones: no pueden exceder, en conjunto, al 7% del presupuesto municipal.

Se exceptúan de este límite:

- Las subvenciones y aportes que las municipalidades destinen a las actividades de educación, de salud o de atención de menores que les hayan sido traspasadas en virtud de lo establecido en el DFL N° 1/3.063, cualquiera sea su forma de administración, ni las destinadas a los Cuerpos de Bomberos.
- Las subvenciones o aportes que las Municipalidades de Santiago, Vitacura, Providencia y Las Condes efectúen a la Corporación Cultural de la I. Municipalidad de Santiago, para el financiamiento de actividades de carácter cultural que beneficien a los habitantes de dichas comunas (artículo 5º letra g) LOCM).

En cuanto al control, corresponde al concejo ejercer el control político mediante la solicitud de informes a las entidades de toda clase que reciban aportes o subvenciones municipales. El informe consistirá sólo en el destino dado a los aportes o subvenciones municipales percibidos (artículo 79 letra j) LOCM).

Además, a la unidad municipal de control ejerce la contraloría administrativa al realizar la auditoría operativa interna de la municipalidad, controlar la ejecución financiera y presupuestaria municipal, representar al alcalde los actos municipales que estime ilegales, informando al concejo y colaborando con el concejo en su función fiscalizadora (artículo 29 LOCM).

Por último, la Contraloría General de la República puede constituir en cuentadante y hacer efectiva la responsabilidad consiguiente, a cualquier funcionario municipal que haya causado detrimento al patrimonio municipal.

Para los efectos de determinar la responsabilidad de los funcionarios municipales, la Contraloría podrá fijar, según el grado de intervención que les haya cabido en el hecho, la proporción en que deban concurrir al pago de las obligaciones o aplicar las normas relativas a la responsabilidad solidaria (artículo 54 LOCM).

b. El sujeto beneficiario.

i. El particular como beneficiario.

En principio, el beneficiario de las subvenciones es un particular, una persona natural o jurídica – existente o en vías de creación (muchas veces, en virtud de la propia atribución subvencional) – de derecho privado²³⁴.

En esta materia, como en otras, nuestro derecho público adopta un principio de titularidad amplísimo.

En el caso del fomento a las artes, se reconoce también una amplia titularidad, donde pueden presentarse personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras (véanse, DS N° 65, de 2004, Educación, sobre Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y de las Artes; DS N° 151, de 2005, Educación, sobre Fomento Audiovisual; DS N° 187, de 2004, Educación, sobre Fomento a la Música).

Con todo, en ciertos casos, la subvención se destina *solamente a sujetos que se encuentran en una situación jurídica calificada por un título administrativo previo* (v. infra, con detalle, capítulo III, sección II), o sea, quien ha sido autorizado, certificado, registrado, etc. En el derecho chileno, la Ley N° 19.862, establece que a las personas jurídicas que reciban subvenciones sólo pueden percibirlas si se encuentran registradas (v. infra).

No existe una regulación general de las inhabilidades para recibir las subvenciones. En cada caso, la ley establece inhabilidades para la recepción de alguna ayuda en particular²³⁵.

²³⁴ Fernández Farreres, ob cit. [nota 84], p. 163-164. En el mismo sentido Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit. [nota 190], p. 485.

²³⁵ Así, por ejemplo, en el fomento al desarrollo agropecuario, de acuerdo con la resolución N° 306 de INDAP, por una parte, no pueden postular quienes estén recibiendo simultáneamente otros incentivos regulados por la Resolución, para cofinanciar un mismo apoyo con el mismo objetivo, salvo en situaciones de emergencia (artículo 11 letra b). Por otra parte, están inhabilitados quienes tengan deudas morosas con INDAP, adquiridas en forma directa o en calidad de aval o codeudor solidario (artículo 11 letra c). Véase también el artículo 14, DS N° 40 de 2004, Vivienda, para la subvención a la vivienda; artículo 6° DS N° 174, de 2005, Vivienda, sobre vivienda solidaria; DS N° 145, de 2007, Vivienda, sobre vivienda rural. La inhabilidad para impetrar la subvención es una sanción específica señalada en el artículo 52 del DFL N° 1 de 1998, Educación, sobre subvención a la educación escolar. En el caso del fomento a las artes, están inhabilitados para postular quienes, habiendo obtenido financiamiento con anterioridad de este Fondo, o de los otros fondos administrados por el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, no hayan dado término satisfactorio a los respectivos proyectos y estén afectos a sanción administrativa y aquellos que, sin autorización administrativa, mantengan pendiente el término de ejecución de proyecto a la fecha de apertura del concurso (artículo 50). En el fomento deportivo, el DS N° 46, de 2001, SEGEOB, señala que no tienen derecho a postular las organizaciones que (i) sean propietarias

Cuando la ley no ha establecido inhabilidades especiales, la administración debe de todos modos cuidar el respeto a la probidad, como principio general de actuación de la administración. Acá, es aplicable lo que dispone el artículo 53 LOCBGAE según el cual la preeminencia del interés general se expresa en la imparcialidad de las decisiones del poder público. Asimismo, según el artículo 62 de la misma ley se tipifica como una infracción al principio de probidad el 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.

En relación con él, también el artículo 12 LBPA que establece el principio de abstención dispone que las autoridades y funcionarios de la Administración deben abstenerse de intervenir cuando exista un interés involucrado.

El principal problema en relación a este aspecto es que la ley denomina subvenciones a ciertas asignaciones a fondo perdido realizadas a favor de sujetos que no tienen estrictamente naturaleza

de un recinto deportivo, salvo que estuvieren postulando a la habilitación o construcción en el mismo recinto; (ii) sean propietarias de un inmueble destinado a la práctica del deporte y al funcionamiento de la respectiva organización; (iii) las que ya hubieren sido beneficiarias del subsidio, salvo que dicho beneficio hubiere vencido, o hubiere sido renunciado; y (iv) las que tengan rendición de cuentas pendiente, por haber vencido el plazo otorgado sin haberlas presentado o por haber sido reprobadas o rechazadas por el Instituto (artículo 7º Reglamento). En la subvención a colaboradores del SENAME se regulan ciertos conflictos de interés en su artículo 7º de la ley N° 20.032. En el Fondo Mixto de Apoyo social se establecen las inhabilidades en el artículo 17 del Reglamento (DS N° 266 de 2004, Planificación), para las instituciones que no hayan dado cumplimiento a sus deberes o su rendición de cuentas esté pendiente o rechazada o hayan sido sancionadas por infracciones tributarias o laborales (artículos 34 y 35 del Reglamento). El artículo 28 de la Ley 20.500 establece que serán inhábiles para presentar proyectos al Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público, las organizaciones relacionadas con miembros que formen parte del Consejo Nacional en virtud de la letra e) del artículo 22, o de los consejos regionales en virtud de la letra a) del artículo 23, que por sí tengan vinculación con aquellas organizaciones por interés patrimonial o por la realización de labores remuneradas. La misma inhabilidad se aplicará respecto de los reemplazantes a que se refieren los artículos señalados. Las autoridades que deben formar parte de los consejos señalados en el inciso anterior, o sus reemplazantes, según sea el caso, que se encuentren vinculados con alguna asociación o fundación por intereses patrimoniales o por la realización de labores remuneradas en ellas, ya sea por sí o por personas ligadas a él hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad, se encontrarán inhabilitados para presentar proyectos y participar en las discusiones y votaciones que se refieran a la respectiva asociación o fundación. La misma inhabilidad del inciso anterior se aplicará a los miembros elegidos como representantes de las organizaciones de interés público, cuando personas ligadas a ellos hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad se encuentren vinculadas con alguna asociación o fundación por intereses patrimoniales o por la realización de labores remuneradas en ellas.

jurídico privada. Para Villar Ezcurra, sólo son subvenciones las otorgadas a sujetos privados, de modo que excluye las transferencias entre órganos administrativo, las subvenciones a concesionarios de servicios públicos y las “subvenciones obligatorias de Corporaciones”²³⁶.

Además, por el hecho de recibir una subvención, el receptor no altera su naturaleza jurídica privada. O sea, no se integra en la Administración del Estado.

Cabe destacar que la Contraloría General de la República ha sostenido, en relación a las entidades que reciben subvenciones, que “en estos entes jurídico está presente de un modo predominante el interés público, y aunque no es posible considerarlos como organismos integrantes de la Administración del Estado, se justifica que se les apliquen determinadas normas que les exigen brindar información o ser controlados en términos similares a los órganos públicos, justamente para resguardar dicho interés y cautelar que la actuación del Estado, a través de ellos, respete la preceptiva orgánica correspondiente, y no adolezca de irregularidades”²³⁷.

A la luz de lo anterior, a continuación se examinarán ciertas hipótesis que resultan conflictivas a la luz del elemento subjetivo analizado.

ii. **El concesionario como beneficiario.**

Históricamente, es en la concesión de obras y servicios públicos donde tiene su origen el instituto de la subvención²³⁸. Fernández, acepta la existencia de subvenciones otorgadas en favor de concesionarios de servicios públicos toda vez que “responden... en muchos supuestos, a la necesidad de compensar las cargas específicas a que la Administración titular del servicio somete la gestión pública del concesionario, específica y concretamente determinadas en función de la incidencia que normalmente la

²³⁶ Villar Ezcurra, ob. cit. [nota 4], p. 120-121. En un similar sentido Ariño excluye las “subvenciones que no pueden considerarse de fomento”: dotaciones a gestores de servicios públicos y consignación a entidades públicas (Ariño Ortiz, Gaspar, ob. cit. [nota 14], p. 301).

²³⁷ Dictamen N° 75.508-2010; Dictamen N° 37.493-2010, ambos sobre corporaciones municipales de educación y salud. En el mismo sentido Dictamen N° 31.866 de 2010; N° 21.456 de 2009; 48.890 de 2007 y 32.256 de 2008.

²³⁸ Villar Palasí, José Luis, “Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político”, en RAP N° N° 14, 1954, pp. 16 y ss

imposición de precios políticos tienen en la economía empresarial del gestor concesionario”²³⁹.

Ahora bien, son a su juicio más bien compensaciones o indemnizaciones que pretenden mantener el equilibrio económico de la concesión. Se trata de “una técnica de colaboración financiera de la Administración titular del servicio público concedido con el concesionario”²⁴⁰.

El análisis que se haga de las subvenciones a concesionarios de servicios u obras públicas debe estar por lo tanto matizado por su carácter accesorio a la concesión, como técnica administrativa de carácter principal en este caso. Vemos acá, una manifestación de la intercambiabilidad de las técnicas administrativas²⁴¹.

iii. Los órganos administrativos como beneficiarios. El caso de las empresas públicas.

Cabe preguntarse si es posible admitir subvenciones a favor de otros órganos de la Administración del Estado.

De la Riva se muestra crítico de esta noción. Para él “la idea de que la propia Administración pública, en cualquiera de sus formas, pueda resultar sujeto pasivo de una relación subvencional se me presenta, a primera vista, como un contrasentido. Todo ente público tiende naturalmente a la consecución del interés público, razón por la cual no parece necesario el despliegue de actividad administrativa alguna por parte de otra persona pública para estimularlo en esa dirección. No se advierte, por otra parte, que se verifique en el caso la coincidencia de las voluntades pública y privada que... está a la base de la noción misma de ayudas públicas”²⁴². Para él no son más que transferencias de presupuesto²⁴³.

²³⁹ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 191-192.

²⁴⁰ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 200. Véase también Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit. [nota 190], p. 485, para quien en este caso la subvención juega roles muy diversos: “garantizar el equilibrio económico-financiero de la concesión cubrir el déficit de la explotación en función del cálculo anticipadamente previsto de la misma, bien de forma total, bien hasta un límite determinado; también asegurando un determinado beneficio al concesionario, lo que supone que no sólo se establece con éste una determinada vinculación sino también un auténtico *consorcio de riesgos*, en cuanto estos son asumidos en parte por la Administración”

²⁴¹ Villar Palasí, José Luis, ob. cit. [nota 238], p. 58.

²⁴² De la Riva M., Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 150.

²⁴³ De la Riva M., Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 151.

Fernández critica también la inclusión de la subvención a entes administrativos en el concepto estricto de subvención.

Desde luego, cuando se trata de órganos que no gozan de individualidad propia, distinta del otorgante, es claro que se emplea la subvención como una manifestación más de la potestad de dirección (en su vertiente financiera) del segundo sobre el primero.

Tratándose de entes con personalidad jurídica propia o “autónomos” para Fernández “ninguna duda cabe de que el término subvención se ha impuesto en el ámbito del Derecho financiero... para designar las transferencias presupuestarias estatales a favor de entidades estatales autónomas. Ninguna duda cabe, sin embargo, de que tales “subvenciones”, al margen de espejismos semánticos, nada tienen que ver con el concepto de subvención... que, a mi juicio, sigue presentando una vida actualidad y que, ni se ha transformado en simple y pura técnica contable-presupuestaria, ni se ha diluido en una mera técnica jurídica al servicio de una mayor flexibilidad presupuestaria en el gasto público”²⁴⁴

Lo que ocurre es que en algunos supuestos específicos tales “subvenciones” consistirán en dotaciones extraordinarias afectadas al cumplimiento de una actividad específica y sujetas a un *control* especial orientado a verificar la satisfacción de dicha finalidad²⁴⁵.

Respecto del caso específico de las empresas públicas Fernández distingue dos situaciones. Por una parte, las transferencias que hace el Estado actuando como propietario para cubrir los déficits en la gestión, como consecuencia de las cargas impuestas por el mismo carácter público de las empresas²⁴⁶ y, por otra parte, la cobertura global y automática de los resultados negativos del balance de una empresa. Mientras en el primer caso estaríamos ante meras aportaciones de capital que hace del Estado a una empresa de cuya propiedad participa, en el segundo caso, estaríamos ante auténticas subvenciones²⁴⁷.

²⁴⁴ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 178. Admitiendo lisa y llanamente las subvenciones a entes públicos véase Camacho, Gladys, “La actividad...” ob. cit. [nota 204], p. 558.

²⁴⁵ De la Riva M., Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 151-152.

²⁴⁶ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 185.

²⁴⁷ “Cuando ese mecanismo tendente a cubrir global y automáticamente los déficits de empresas públicas recae sobre empresas que no actúan en régimen de monopolio... la ‘subvención compensadora’ presenta una estrecha relación con los principios y reglas que ordenan ese libre y leal juego de la competencia e incide en la propia posición que dentro del mercado ocupan los

De la Riva, propone el siguiente test: “cuando no es verosímil que el agente privado, en condiciones semejantes, realizara un aporte de capital, la transferencia deberá considerarse como una ayuda”²⁴⁸. Gladys Camacho, se pronuncia en el mismo sentido²⁴⁹.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en dos ocasiones sobre transferencias a empresas públicas.

En 1996 conoció de la impugnación en contra de un proyecto de ley que aumentaba el presupuesto de CORFO, con la intención expresa de que ésta transfiriera los fondos, a su vez, a ENACAR SA, sociedad el Estado que explotaba los yacimientos carboníferos al sur de Concepción. En lo que importa para este estudio, el Tribunal sostuvo que no existía infracción al artículo 19 N° 22 toda vez que el proyecto no constituía una excepción al derecho común, sino una aplicación de éste²⁵⁰.

En 2008 el Tribunal conoció del caso de tres decretos supremos que posibilitaron el financiamiento del sistema de transporte de la ciudad de Santiago a través de un préstamo con el Banco Interamericano de Desarrollo. En ese caso, el Tribunal afirmó que se infringía el artículo 19 N° 22 toda vez que se otorgaba un beneficio económico a una empresa estatal – Banco Estado y la Cuenta Única de Reembolso - sin estar habilitado por una ley específica²⁵¹.

competidores empresarios privados. De ahí que, atendiendo a la iniciativa empresarial privada, pueda considerarse que estamos ante auténticas subvenciones cuando el Estado se limite a absorber los resultados negativos de la empresa que arroje el balance del ejercicio..., sin correspondencia a las cargas y gravámenes que, por su carácter público, puedan pesar sobre ella”. Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 187.

²⁴⁸ De la Riva M., Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 156.

²⁴⁹ “Lo que está proscrito por el ordenamiento jurídico es que la empresa del Estado se beneficie con incentivos por la única razón de ser una empresa pública” (Camacho, Gladys, “La actividad...” ob. cit. [nota 204], p. 559.

²⁵⁰ “Que, no se divisa en el proyecto impugnado una discriminación arbitraria al tenor de lo señalado precedentemente, pues éste en definitiva, se limita, tal como se ha dicho a la aplicación del mecanismo legal de la capitalización de ENACAR, no constituyendo, en caso alguno, una excepción a la legislación que regula la actividad empresarial del Estado, razones todas que conducen a que el requerimiento interpuesto sea rechazado.” STC 249, C. 10°.

²⁵¹ “Que, entonces, el préstamo que se analiza permite el desembolso de dinero por parte del mismo Estado (es un crédito conferido por una empresa del Estado como el Banco del Estado) para beneficiar a un sector de la vida nacional: el del transporte público de la ciudad de Santiago para que éste no incremente un alza desmedida de las tarifas que se cobran a los usuarios y, al mismo tiempo, para que no se produzca un desmedro en el funcionamiento del sistema. En otras palabras, se está otorgando un beneficio al sector del transporte público de la ciudad de Santiago por medio de un decreto supremo y no por ley.” STC 1153 C. 65°.

La interpretación del Tribunal sobre el artículo 19 N° 22 es aplicable a todas las medidas de fomento.

iv. Las Municipalidades y sus órganos como beneficiarios.

La subvención aparece, por último, como vehículo empleado por la administración central para el financiamiento de entes locales o territoriales menores. Específicamente, se usa el término para referirse al financiamiento especial dado para sufragar servicios que se han traspasado a tales entes²⁵².

Con todo, a juicio de Fernández “el concepto de subvención debe quedar restringido a aquellas atribuciones patrimoniales que se otorgan o conceden afectadamente. Otorgamiento afectado al fin en atención al cual se concede la atribución patrimonial”²⁵³.

Siendo las subvenciones transferencias afectadas, en el caso de entes locales que gozan de autonomía propia (democrática y constitucional²⁵⁴), no puede hablarse propiamente de subvención, pues la intervención del otorgante queda severamente limitada, al punto que *no puede considerarse que tengan un poder de dirección sobre el beneficiario*.

Cuando se otorguen, “ni deben implicar indirectamente la asunción competencial absoluta y exclusiva del Estado así como la gestión de los servicios administrativos que se presten en su demarcación territorial, ni deben restringir la plena capacidad gestora de las entidades locales... Lo que no quiere decir que éstas queden exentas del control de su actividad financiera. Pero ese control, lógicamente, debe residenciarse ante los órganos e instituciones competentes, entre los cuales, en mi criterio, la Administración estatal debe ocupar un lugar secundario”²⁵⁵.

²⁵² Fernández Farreres, ob. cit [nota 84]., p. 206-207. Para el caso chileno véanse Ojeda Ojeda, Bernardo, “Servicios Traspasados”, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, s/f y Morales Palacios, Luis Elías, “De los servicios traspasados a las municipalidades”, Ed. Congreso, 1998.

²⁵³ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 208.

²⁵⁴ “Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna” (artículo 118 inc. 4º)

²⁵⁵ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 223-224.

Puede concluirse que en las denominadas subvenciones interadministrativas “si en relación con tales transferencias se quiere mantener el concepto institucional de subvención, debe hacerse siendo muy consciente de que, como se ha dicho... éste sufre entonces un evidente desdoblamiento, en cuanto expresa realidades de signo totalmente distinto: la ‘subvención’, en su caso, para una entidad pública, poco tiene que ver institucionalmente con la subvención que, como medida de fomento, se puede otorgar a los particulares”²⁵⁶.

En nuestro derecho comúnmente se coloca en el extremo pasivo de la subvención, junto a sujetos privados, a los municipios o a “toda persona jurídica”, sin limitación a su carácter privado.

Este empleo generalizado de la misma expresión y el mismo régimen jurídico hacen imposible realizar una distinción clara sobre el régimen, pero es necesario señalar las siguientes precisiones.

Por una parte, la subvención se sujetará no sólo a las reglas propias del régimen jurídico que las instituye, sino que además, se ajustarán a las normas sobre administración financiera del Estado.

Por otra parte, en materia de control, el estatuto que se aplica a los privados (inhabilidades, medidas rescisorias, etc.), no puede ser trasladado sin más al caso de las municipalidades.

La subvención más importante que es transferida a municipios o corporaciones constituidas por éstos es la **subvención a la educación escolar**. Le ley (DFL N° 2, de 1998, Educación) se pone en la hipótesis que reciban la subvención los establecimientos que las municipalidades “tomen a su cargo”, conforme al DL N° 3.063.

Estos establecimientos se rigen por las siguientes reglas. En primer lugar, deben cumplir con los requisitos señalados en el artículo 6° (requisitos generales para impetrar la subvención).

En segundo lugar, cuando los servicios educacionales se administren directamente por las municipalidades, éstas deberán nombrar especialmente una persona encargada de la educación que asumirá la calidad de sostenedor, “con todos los derechos y las obligaciones que a éste competen (artículo 4°).

En tercer lugar, su presupuesto anual debe ser aprobado por el Concejo municipal.

En cuarto lugar, deben informar mensualmente al Concejo de la ejecución presupuestaria conforme al artículo 16 LOAFE

²⁵⁶ Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit. [nota 190], p. 486.

Además, tratándose de la subvención especial para prestar el servicio educacional bajo régimen de **jornada escolar completa**, la ley N° 19.532 dispone los sostenedores municipales que proyecten crear y sostener nuevos establecimientos y los sostenedores subvencionados que proyecten incorporar un nuevo nivel de enseñanza, siempre que se ubiquen en comunas o localidades en que la capacidad de la infraestructura de los establecimientos existentes sea insuficiente para atender a la población (artículo 5º, 5º bis y 6º).

Al respecto también puede verse el DS N° 39 de 1996, Vivienda y Urbanismo, Reglamento del **Programa de Mejoramiento Comunitario – Infraestructura Social**.

Se contempla también la participación de las municipalidades en igualdad de condiciones con sujetos privados, en el **fomento a las artes** (DS N° 65 de 2004, Educación.) y el **fomento a la música** (DS N° 187 de 2004, Educación).

c. **Entidades colaboradoras.**

Junto a los sujetos principales de la relación administrativa se encuentran entes que colaboran en la gestión de la subvención, tanto en el extremo activo o pasivo de ella.

En el derecho nacional, encontramos ejemplos de esta colaboración en el subsidio habitacional donde buena parte de la responsabilidad en el otorgamiento descansa en las Entidades de Gestión Inmobiliaria Social (EGIS²⁵⁷) - personas jurídicas públicas o privadas, con o sin fines de lucro, tales como cooperativas abiertas de vivienda, corporaciones, fundaciones e inmobiliarias -, que organizan y patrocinan grupos de postulaciones colectivas al subsidio habitacional y el desarrollo de proyectos habitacionales (letra d), artículo 1º y letra b), artículo 13 DS N° 40 de 2004, Vivienda).

Lo mismo ocurre en el Fondo Solidario de Vivienda en el que las Entidades de Gestión Inmobiliaria Social (EGIS) actúan como entidades colaboradoras siempre que suscriban un “convenio marco” con la SEREMI respectiva y cuenten con oficinas adecuadas para la atención de público en las regiones en que operan (artículo 43 y 52, DS N° 174 de 2005, Vivienda).

Este convenio establece las acciones, condiciones, compromisos y obligaciones que asume la EGIS para la preparación, desarrollo y ejecución de los proyectos y demás estipulaciones necesarias (artículo 43 inc. 1º).

²⁵⁷ Reguladas en la Res. N° 533 de 1997, Vivienda.

En virtud de este convenio el SERVIU pagará a la EGIS los honorarios que se fijen por resolución MINVU, por las actividades, trámites y gestiones que le corresponde realizar en el Programa, estando prohibido hacer cobro alguno a los postulantes. Sin embargo, podrá cobrar a los postulantes los derechos y aranceles no considerados en el financiamiento del proyecto, bajo la obligación de rendir cuenta que deberá ser aprobada expresamente por el beneficiario (artículo 43 inc. 2º).

La EGIS actúa como gestora de los proyectos de construcción y adquisición de viviendas usadas. Le corresponde, por tanto, formular los proyectos habitacionales, los que deben pasar por un proceso de calificación en varias etapas: preparación (artículo 9º), ingreso al Banco de Proyectos (artículo 10º), estudio y observaciones (artículos 11 y 12), y finalmente calificación.

Asimismo, en el Sistema de Subsidio Habitacional Rural, las familias son asesoradas por Prestadores de Asistencia Técnica, o PSAT, cuyas funciones principales son organizar la demanda, elaborar el proyecto habitacional, el plan de habilitación social y la gestión para la ejecución de las obras.

Los Prestadores deben suscribir convenio con la respectiva SEREMI para presentar proyectos y perciben un honorario pagado por dichas labores. No están autorizadas para exigir cobros por sus servicios a las familias, sin embargo pueden solicitar fondos a rendir para cubrir derechos y aranceles. De estos cobros debe rendir cuenta a la familia de dichos gastos, como requisito previo al pago de la última cuota de sus honorarios (artículo 9º DS N° 145 de 2007, Vivienda).

En el caso del Fondo de Desarrollo Indígena que regula el DS N° 396 de 1993, Planificación, se establece que la CONADI debe celebrar convenios con organismos públicos y privados (incluso Gobiernos Regionales y Municipalidades), para efectos de lograr la inversión de los recursos, conforme a las reglas generales de la LOCBGAE.

La operación de este fondo supone la participación de “entidades colaboradoras ejecutoras”. Se trata, por una parte de instituciones colaboradoras que ejecuten para terceros y, por otra parte, de instituciones constituidas por beneficiarios de los programas y proyectos del fondo (comunidades y/o asociaciones). Estas entidades deben estar inscritas en un Registro de la Corporación (artículo 3º, letra a), DS N° 346 de 1993, Planificación).

3. Elemento teleológico.

La doctrina es absolutamente unánime en que la subvención se encuentra orientada a la realización de una actividad de interés público de parte del beneficiario. En virtud de la subvención se origina una situación pasiva para el beneficiario quien se encuentra en la necesidad jurídica de desplegar una determinada conducta²⁵⁸.

Como contrapartida, para la Administración se originan potestades de control y dirección de tal actividad (v. infra capítulo III, sección III).

Es la naturaleza misma de los fondos lo que justifica la situación para una y otra parte: “en la medida en que las subvenciones afectan al gasto público es ineludible que su aplicación obedezca a motivos de interés general ya que, de otra forma, carecerían de justificación... Lo importante es que como consecuencia de la ‘contraprestación obligada’ el particular se somete a un control de la Administración propio de la actividad de policía (aunque con un fundamento especial que se apoya en la sumisión previa y voluntaria del particular)”²⁵⁹.

El elemento teleológico pretende realzar el carácter finalista de la subvención “en concreto, para garantizar *en todos sus términos* el cumplimiento de la afectación de los fondos a determinados comportamientos, así como también la obligación de devolverlos, caso de que la Administración constate de modo fehaciente el incumplimiento de las cargas asumidas”²⁶⁰.

Para explicar este elemento teleológico la doctrina ha recurrido a distintas nociones.

En primer lugar, encontramos quienes recurren a la teoría de los elementos accesorios del acto administrativo, que califican a la subvención de acto modal o acto condicional. En esta posición podemos ubicar a Villar Palasí y Nieves Borrego.

En segundo lugar, otros autores califican la situación que origina la subvención como una carga o un deber jurídico. En esta posición están los autores Fernández Farreres y De la Riva.

²⁵⁸ Morell Ocaña, Luis, ob. cit. [nota 55], p. 112; Ahumada de Ramos, Francisco, “Materiales...” ob. cit. [nota 14], p. 162. En un sentido algo distinto Pascual García, José, ob. cit. [nota 184], p. 35.

²⁵⁹ Villar Ezcurra, José Luis, ob. cit. [nota 4] p. 123.

²⁶⁰ Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit. [nota 190], p. 487.

a. Doctrinas que se apoyan en la existencia de elementos accesorios al acto jurídico subvencional.

Los elementos accesorios pueden definirse como cláusulas que se agregan al acto administrativo y que - sin afectar su validez y existencia - alteran su eficacia²⁶¹.

De este modo, se ha explicado a la subvención como acto condicional o como un acto modal.

i. Doctrina de la subvención como acto condicional.

A juicio de Villar Palasí la subvención es un acto sujeto a la condición resolutoria de no cumplir el beneficiario con su obligación. En efecto, “la subvención aparece otorgada bajo la condición de cumplimiento por la entidad subvencionada”. Se trata de “una efectiva condición resolutoria”²⁶².

Sin embargo, en la práctica no todos los supuestos encajan fácilmente en esa definición²⁶³. Así, se otorgan perfectamente subvenciones que se liquidan inmediatamente. Ahí la condición desaparecería, porque el hecho futuro e incierto sería imposible²⁶⁴.

Parece, entonces, mejor estimar que la subvención se otorga bajo condición suspensiva, porque del hecho futuro e incierto depende el nacimiento de la obligación de restituir²⁶⁵.

Pero, en realidad, no se ha suspendido la eficacia del acto subvencional: es eficaz desde su origen.

Además, no puede considerarse que la imposición de la “condición” sea voluntaria por parte del otorgante²⁶⁶. Si no dependiera de la voluntad de las partes, no puede considerarse una condición, elemento accidental del acto administrativo²⁶⁷.

²⁶¹ Bocanegra Sierra, Raúl, “Lecciones sobre el acto administrativo”, Thomson-Civitas, Madrid, 3ª ed., 2006, p. 91 ss.

²⁶² Villar Palasí, “Las técnicas...” ob. cit. [nota 238], p. 90 y 91.

²⁶³ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 255.

²⁶⁴ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 255.

²⁶⁵ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 256-257.

²⁶⁶ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 258-259.

²⁶⁷ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 259.

Por el contrario, es la norma jurídica la que establece el fin al cual se afecta la subvención. La afectación viene exigida siempre por la norma jurídica²⁶⁸.

ii. **Doctrina de la subvención como acto modal.**

Para Nieves Borrego, la subvención es un acto sujeto a modo, “porque el negocio o acto de subvención surte y despliega todos sus efectos jurídicos desde el mismo momento de la perfección del acto” En ella “el beneficiario queda obligado a invertir lo percibido en la finalidad o actividad por la que se subvenciona, obligación o carga resultado de la inserción en el acto típico de una cláusula modal”²⁶⁹.

La razón fundamental se hace radicar en el hecho que “incumplimiento de la carga modal no da lugar necesariamente a la resolución del negocio”²⁷⁰.

Creemos que la doctrina de la subvención como acto modal debe ser rechazada, primero, porque la subvención no puede ser calificada de liberalidad, luego, no puede estar acompañada de un “modo”, propiamente tal²⁷¹.

En segundo lugar, porque la “obligación” que asume el beneficiario no nace de la introducción de algún elemento accesorio o accidental por la voluntad de “las partes”, sino que deriva de la norma jurídica misma. Por ella viene exigida de manera imprescindible²⁷², es esencial.

Como sostiene Fernández “el ‘deber’ del beneficiario de dar cumplido destino al fin por el que se otorga la subvención no es resultado de una estipulación negocial que la Administración pueda introducir voluntaria y discrecionalmente en el contenido típico del acto de subvención. Por eso se defiende que la nota de afectación de la subvención al fin por el que se otorga no es accidental al concepto de

²⁶⁸ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 260.

²⁶⁹ Nieves Borrego, Julio, “Estudio sistemático y consideración jurídico administrativa de la subvención”, en Revista de Administración Pública, Nº 42, 1963, p. 29-30; Fernández Farreres, ob. cit., [nota 84] p. 261.

²⁷⁰ Nieves Borrego, Julio, ob. cit. [nota 269], p. 45 ss; Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 262.

²⁷¹ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 263-264 y 265. Para la doctrina civilista “el modo es la carga que se impone a quien se otorga una liberalidad” (Abeliuk Manasevich, René, “Las obligaciones”, T. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., 1993, p. 447).

²⁷² Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 265.

subvención, sino elemento imprescindible, requisito *sine qua non*, a la vez que delimitador y caracterizador del mismo”²⁷³.

En conexión con esta teoría, para Díaz Lema, la naturaleza de la subvención no puede ser otra que la de “resolución administrativa acompañada de cláusulas modales y de una condición: el cumplimiento del fin específico de la subvención”²⁷⁴. Agrega que “el cumplimiento del fin es una condición resolutoria o tiene una eficacia análoga; mientras que, por el contrario, las demás cláusulas accesorias son modos que obligan, desde luego, al beneficiario, y la Administración puede exigir su cumplimiento, incluso con los medios que la Ley de Procedimiento Administrativo pone a su alcance, pero nada le autoriza, en caso de incumplimiento, a revocar la resolución principal, a no ser que la norma así lo prevea”²⁷⁵.

Sin embargo, esta explicación de Díaz se apoya en una distinción entre fines primarios (la “obligación” asumida por el beneficiario) y secundarios (el fomento de la economía). Pero sucede que ambos, en realidad, forman un todo inescindible del objeto de la subvención²⁷⁶. Forman el núcleo de su carácter afectado.

Además, Díaz se apoya en el hecho de que el incumplimiento de las “condiciones” no da lugar necesariamente a la ineficacia del acto²⁷⁷.

No obstante, en la realidad, “la plena eficacia y consumación de toda subvención queda subordinada al cumplimiento del fin por el que se otorga, siendo éste, por tanto, presupuesto ineludible de aquella”²⁷⁸.

b. Doctrina de la subvención como acto que origina una carga.

Fernández explica la afectación de los fondos transferidos afirmando que por su recepción el beneficiario asume la “carga” de realizar la conducta prevista por la norma subvencional.

Entendemos por carga la “situación jurídica subjetiva pasiva, de deber (en este caso, del beneficiario de la medida de fomento) de realizar

²⁷³ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 266.

²⁷⁴ Díaz Lema, José Manuel, ob. cit. [nota 192], p. 161.

²⁷⁵ Díaz Lema, José Manuel, ob. cit. [nota 192], p. 166.

²⁷⁶ Fernández Farreres, Germán, “De nuevo...”, ob. cit. [nota 189], p. 45-46.

²⁷⁷ Fernández Farreres, Germán, “De nuevo...”, ob. cit. [nota 189], p. 46.

²⁷⁸ Fernández Farreres, Germán, “De nuevo...”, ob. cit. [nota 189], p. 47.

determinada conducta en interés propio, pues de lo contrario, su incumplimiento supone la pérdida de alguna ventaja (en este caso, la atribución en que consisten la ayuda y la subvención) para cuya obtención esa conducta es requisito imprescindible”²⁷⁹.

En efecto, “la subvención es origen inmediato y directo de la acción del particular en la manera en que se desarrolla, por lo que sin la subvención aquél no realizaría la actividad, o de hacerlo no se ajustaría necesariamente a los fines y objetivos más adecuados para el interés público y general”²⁸⁰.

Fernández agrega que “la subvención, pues, permite a través del ofrecimiento y otorgamiento de un beneficio económico-patrimonial a los particulares, la adecuación de éstos en el ejercicio de sus actividades privadas propias a los fines públicos cuya plena actualización, la Administración, trata de conseguir, de garantizar y tutelar precisamente a través de la subvención. De ahí que la subvención ante todo siga siendo una técnica básica de la acción de fomento o de incentivo”²⁸¹.

A juicio de Fernández, la carga asumida por el beneficiario no puede tener, en caso alguno, la calificación de accesoria o accidental. La vinculación de los fondos transferidos a la actividad calificada como de interés público no es un elemento accesorio, sino **esencial** del concepto de subvención.

Tampoco se trata de una determinación que dependa de la voluntad del ente otorgante, sino que es un elemento esencial, prefijado por la norma²⁸².

Por su parte, es posible distinguir la obligación de la carga pues “mientras que el comportamiento que se impone al obligado tiende a la satisfacción de un interés de otro sujeto, en el caso del gravado con una carga la misma se dirige o conecta a un interés propio del sujeto. La idea de interés a la que se dirige la obligación o la carga aparece, pues, como fundamental en la distinción entre ambas figuras”²⁸³.

²⁷⁹ Gimeno Feliú, José María, “Las técnicas...”, ob. cit. [nota 207], p. 948-949.

²⁸⁰ Fernández Farreres, Germán, ob. cit. [nota 84], p. 231-232.

²⁸¹ Fernández Farreres, Germán, ob. cit. [nota 84], p. 232.

²⁸² Fernández Farreres, Germán, ob. cit. [nota 84], p. 247.

²⁸³ Fernández Farreres, Germán, ob. cit. [nota 84], p. 421.

c. Explicación alternativa: la subvención da origen a un deber jurídico.

En contra de la caracterización de Fernández, De la Riva califica la situación pasiva del beneficiario como un “deber jurídico”.

Desde luego, no puede dársele la calificación de obligación, porque no nace un crédito exigible para un acreedor, titular de un derecho subjetivo²⁸⁴. Pero tampoco puede calificársele de carga, aun cuando refleja adecuadamente el carácter instrumental del compromiso adoptado por el beneficiario, porque “tal noción soslaya toda consideración del interés público concomitantemente favorecido mediante la satisfacción de la actividad a la que se afecta la ayuda, tal como expresamente lo reconoce ese mismo autor”²⁸⁵.

En consecuencia, el autor adopta el concepto de “deber” toda vez que no es posible identificar un sujeto titular de un derecho de crédito específico, sino más bien un “gravamen *genérico* a cargo del beneficiario de la ayuda, quien ve limitada la ventaja que le ha sido acordada, la cual sólo podrá ser aplicada al destino previsto en el acto de su concesión”. Como contrapartida “la Administración conserva el poder de controlar el exacto cumplimiento de dicho deber y, en caso de que el sujeto beneficiado omita hacerlo, declarar cesado el derecho del que éste fuera titular, disponer la consecuente devolución de la suma percibida, e incluso imponer las sanciones pertinentes”²⁸⁶.

Como explica García de Enterría, la imposición de deberes no es privativa de los actos de gravamen, sino que los actos favorables constituyen también un cauce para la exigencia de comportamientos concretos, como ocurre precisamente en las subvenciones²⁸⁷.

A mi juicio la calificación de De la Riva es la que mejor se adapta a la situación de nuestro derecho positivo, en cuanto explica la actitud que adopta la Administración frente al incumplimiento del infractor.

En la práctica, la conducta desviada del beneficiario se enfrenta de una manera gradual. La Administración reaccionará dirigiendo la

²⁸⁴ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 176. Véase García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, “Curso de derecho administrativo, T. II, La Ley, Buenos Aires, 1ª ed. de la 9ª ed. española, p. 31.

²⁸⁵ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 176.

²⁸⁶ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 176-177.

²⁸⁷ García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, “Curso...” ob cit. [nota 284], T. II., p. 33.

acción del incumplidor a la conformidad con la norma. La ineficacia de la subvención estará dada por causales tasadas o por la imposibilidad total de llevar al beneficiario a adecuarse a la norma. Por lo tanto, no resultan útiles las nociones de condición o modo empleadas por la doctrina comparada.

d. Expresión del carácter afectado de las subvenciones en el derecho positivo nacional.

En el capítulo siguiente de esta obra se demostrará, con las respectivas referencias normativas, cómo el legislador ha configurado - sin excepción - un estatuto jurídico afectado para las actividades subvencionadas, otorgando a los órganos administrativos poderes de intervención sobre el beneficiario.

Pero vale la pena detenerse en este capítulo en demostrar cómo el legislador, para otorgar una ayuda somete al particular a una regulación precisa sobre el modo en que debe desarrollar su actividad. Es lo que hemos denominado los “deberes” del beneficiario.

Este elemento, como se ha insistido, forma parte del concepto de subvención y está siempre presente. Es lo que justifica los poderes de intervención de los órganos administrativos, fundamentalmente la facultad de comprobar el cumplimiento de los deberes y de declarar caducada la subvención cuando no se cumple con su carácter afectado.

Como sostiene De la Cuétara: “Es evidente que los fondos públicos no se entregan “porque sí”, y que a su entrega acompaña ineludiblemente el régimen jurídico público. Una actividad subvencionada se mueve en la frontera entre lo público y lo privado, pero mientras perciba la subvención, el tinte de lo público no podrá ser borrado completamente”²⁸⁸.

En el capítulo siguiente examinaremos, con todo, cuáles son los límites que debe respetar el legislador al establecer estos poderes.

En virtud de la ley N° 20.500, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, contamos ya con una definición que entrega criterios hermenéuticos sobre qué debe entenderse como una entidad privada que persigue fines de interés público (aunque, en principio la definición de la ley es sólo para las personas jurídicas). Se entiende por tal una entidad cuya finalidad es la promoción del interés

²⁸⁸ De la Cuétara, ob. cit [nota 18]., p. 317.

general, en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente o cualquier otra de bien común, en especial las que recurran al voluntariado (artículo 15).

Señalaremos como ejemplos los siguientes.

En las **subvenciones a la vivienda y al desarrollo urbano**, puede mencionarse la subvención para viviendas de hasta 2000 UF, en las que el beneficio debe ser destinado, exclusivamente, a la adquisición o construcción de un inmueble que deberá destinarse sólo al uso habitacional del beneficiario y su grupo familiar (artículo 2º, DS N° 40 de 2004, Vivienda y Urbanismo). Para el beneficiario se crea un régimen especial, de modo que tiene prohibido enajenar la vivienda durante cinco años, contados desde la fecha de la inscripción de la prohibición correspondiente, salvo que cuente con autorización (artículo 43). Las “sanciones” que prevé el reglamento frente al incumplimiento de las cargas tienen efecto rescisorio: ineficacia de la solicitud de postulación, exclusión de la nómina de seleccionados, caducidad del certificado de subsidio, restitución del subsidio a su valor reajustado, etc.

En la subvención a la vivienda a familias en condición de pobreza o indigencia, el reglamento dispone que el certificado de subsidio habitacional, sólo podrá aplicarse al financiamiento del proyecto seleccionado con el cual el beneficiario hubiere postulado y, por otra parte, el reglamento dispone expresamente que el subsidio habitacional obtenido conforme a él sólo podrá invertirse en el financiamiento del proyecto seleccionado (artículo 42 inc. 2º, DS N° 174, de 2005, Vivienda y Urbanismo).

La EGIS debe acreditar el inicio de las obras de construcción dentro de 90 días - prorrogables hasta por 30 días más - de emitido el certificado. Si así no lo hace el SERVIU declarará caducados los certificados correspondientes, notificando este hecho por carta certificada. Si se hubieren realizado anticipos, estos deben restituirse actualizados. Si no hubiere restitución, se harán efectivas las hipotecas y garantías (artículo 49).

En el **fomento forestal**, el beneficiario debe ajustarse a un “plan de manejo” que está claramente delimitado por la ley (artículo 21 y siguientes DL N° 2565). Además, se somete al deber de reforestar (artículo 22).

Cabe destacar el caso especial de la **subvención a la educación escolar**. En ella, para que los establecimientos educacionales puedan impetrar el beneficio de la subvención deberán cumplir con los requisitos que señala la ley (artículo 6º inc. 1º, DFL N° 2, de 1998, Educación).

En primer lugar, deben gozar de reconocimiento oficial del Estado, conforme a la LGE.

Pueden impetrar la subvención los establecimientos que impartan educación básica y media o prebásica en el 1º y 2º nivel de transición, siempre que los párvulos tengan a lo menos cuatro y cinco años, respectivamente (artículo 7º DFL N° 2, de 1998, Educación).

En segundo lugar, al menos un 15% de los alumnos de los establecimientos deben presentar condiciones de vulnerabilidad económica, salvo que no se hayan presentado postulaciones suficientes para cubrir dicho porcentaje. La definición de la se remite a la potestad reglamentaria, la que deberá considerar como criterios el nivel socioeconómico de la familia, el nivel de escolaridad de los padres o apoderados y el entorno del establecimiento.

En tercer lugar, los cursos deben ajustarse a los mínimos y máximos de alumnos por curso que, en cada caso y para atender las exigencias pedagógicas, señale el reglamento. El Ministerio podrá autorizar, fundadamente, la matrícula en exceso. Sin esta autorización, el número de alumnos matriculados en exceso no dará derecho a percibir subvención ni será considerado para los cálculos de la subvención mensual por asistencia.

El Ministerio de educación resolverá privativamente y sin ulterior recurso cualquier conflicto en la aplicación de esta norma.

En cuarto lugar, deben contar con los cursos o ciclos de educación correspondientes al nivel de enseñanza que proporcionen.

En quinto lugar, deben contar con un reglamento interno que rija las relaciones entre el establecimiento, los alumnos y los padres y apoderados. La ley fija el contenido mínimo – y máximo, en materia de disciplina - de ese reglamento y su publicidad. Se sanciona como infracción grave el incumplimiento de esta norma.

En sexto lugar, deben contar con un “cartel” que enuncie los principales punto de la LGE y la LSEE, sobre admisión, reglamento interno y disciplina el que será proveído por el Ministerio.

En séptimo lugar, se prohíbe para ingresar o permanecer en el establecimiento el exigir cobros ni aportes económicos, directos, indirectos o de terceros, tales como fundaciones, corporaciones, entidades culturales, deportivas, etc., o de cualquier naturaleza que excedan los derechos de escolaridad y matrícula autorizados por la ley .

El incumplimiento de compromisos económicos contraídos por el padre o apoderado con motivo del contrato de matrícula u otros con el establecimiento, no podrá servir de fundamento para la aplicación de ningún tipo de sanción a los alumnos, ni la retención de documentación académica, sin perjuicio del ejercicio de otros derechos por parte del establecimiento.

Si los establecimientos implementan procesos de selección, la matrícula será fijada en su monto y condiciones por el Ministerio.

En octavo lugar, los establecimientos deben estar al día en el pago de las remuneraciones y cotizaciones previsionales de su personal.

Por último, si el sostenedor es una persona jurídica, ninguno de sus socios, directores o miembros, en su caso, podrá tener obligaciones pendientes derivadas de cobros indebidos a padres o apoderados o deudas laborales o previsionales, originadas por la prestación de servicios educacionales

realizados con anterioridad, sea que haya sido sostenedor-persona natural, o socio, director o miembro del sostenedor-persona jurídica de la o las administraciones en que nacieron las obligaciones que se encuentren pendientes (artículo 6º inc. 2º DFL N° 2, de 1998, Educación).

Tratándose de los establecimientos educacionales acogidos al régimen de **jornada escolar completa** (JEC) deben cumplir, además, con los siguientes requisitos (artículo 6º inc. 3º DFL N° 2, de 1998, Educación)

En primer lugar, deben destinar un mínimo de 38 horas semanales de trabajo escolar para la educación general básica de 3º a 8º nivel, y de 42 horas para la educación media humanístico-científica y técnico-profesional.

En segundo lugar, deben destinar un tiempo semanal y diario de permanencia de los alumnos en el establecimiento que permita la adecuada alternancia del trabajo escolar con los recreos y su alimentación, y el mayor tiempo que éstos representen.

En tercer lugar, asegurar que dentro de las actividades curriculares no lectivas, los profesionales de la educación que desarrollen labores docentes y tengan una designación o contrato de 20 o más horas cronológicas de trabajo semanal en el establecimiento, destinen un tiempo no inferior a dos horas cronológicas semanales, o su equivalente quincenal o mensual, para la realización de actividades de trabajo técnico-pedagógico en equipo.

En la **subvención escolar preferencial**, regulada por la ley N° 20.248, Son beneficiarios de esta subvención los establecimientos educacionales regidos por la LSEE que impartan enseñanza regular diurna, cuyo sostenedor haya suscrito el convenio de igualdad de oportunidades y excelencia educativa.

La ley fija los requisitos y obligaciones que deben cumplir los sostenedores para impetrar esta subvención (artículo 6º)

- i. Deben eximir a los alumnos prioritarios de los cobros establecidos para la modalidad de "financiamiento compartido" de la LSEE. Estos alumnos no podrán ser objeto de cobro obligatorio alguno que condicione la postulación, ingreso o permanencia del alumno en ese establecimiento.
- ii. Deben aceptar a los alumnos que postulen entre el primer nivel de transición y sexto básico, de acuerdo a procesos de admisión que en ningún caso podrán considerar el rendimiento escolar pasado o potencial del postulante. Asimismo, en dichos procesos no será requisito la presentación de antecedentes socioeconómicos de la familia del postulante. Además, el establecimiento deberá hacer público en estos procesos su proyecto educativo.
- iii. Deben informar a los postulantes al establecimiento y a los padres y apoderados sobre el proyecto educativo y su reglamento interno.
Los padres y apoderados de los alumnos postulantes que opten por un establecimiento educacional, deberán aceptar por escrito el proyecto educativo de éste.

- iv. Deben retener en el establecimiento a los alumnos, entre primer nivel de transición y sexto básico, sin que el rendimiento escolar sea obstáculo para la renovación de su matrícula. Los alumnos tendrán derecho a repetir de curso en un mismo establecimiento a lo menos en una oportunidad en cada nivel de enseñanza, sin que por esa causal les sea cancelada o no renovada su matrícula.
- v. Deben destinar la subvención y los aportes que contempla esta ley a la implementación de las medidas comprendidas en el Plan de Mejoramiento Educativo, con especial énfasis en los alumnos prioritarios, e impulsar una asistencia técnico-pedagógica especial para mejorar el rendimiento escolar de los alumnos con bajo rendimiento académico.

Para efectos de acceder a la subvención preferencial, los establecimientos son clasificados en atención a los resultados educativos de sus alumnos, de manera descendente en establecimientos educacionales autónomos, emergentes y en recuperación .

Cada uno de estos establecimientos tiene un régimen especial que tiene por consecuencia la necesidad de mayor apoyo de parte del Ministerio o de las instituciones acreditadas (v. título I, párrafos 2º a 4º LSEP).

Los establecimientos incorporados a este régimen de subvención *recibirán supervisión y apoyo permanentes del Ministerio de Educación* para su desempeño en los aspectos pedagógicos, el que verificará el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley, según la categoría en que ha sido clasificado el establecimiento (artículo 17 LSEP y 19 Reglamento).

La función de apoyo y/o asesoría a los establecimientos educacionales será desarrollada directamente por el Ministerio de Educación o por medio de entidades externas inscritas en el Registro de Personas o Entidades Pedagógicas de Apoyo (artículo 30 LSEP y 20 y siguientes, Reglamento).

El Registro se encuentra regulado en los artículos 28 y siguientes del Reglamento.

En el caso del **fomento deportivo**, el DS N° 46 de 2001, SEGEOB, señala que los bienes inmuebles adquiridos y las obras construidas o habilitadas, en todo o parte, con los recursos del Fondo, no se podrán enajenar, gravar, prometer gravar o enajenar, sino con autorización del Instituto.

La autorización se dará sólo si se restituyen al Instituto los recursos aportados.

Deberá restituirse al Instituto aquella parte del precio de venta equivalente a la proporción del aporte en el precio original de compra del inmueble. Si el aporte se hubiere circunscrito sólo a edificaciones e instalaciones deportivas propiamente tales, deberá restituirse el capital aportado, debidamente reajustado, deducida la depreciación que determine el Servicio de Impuestos Internos.

Con todo, cuando el inmueble en su conjunto o sus edificaciones e instalaciones sean objeto de un cambio del destino deportivo que motivó el

aporte, sin que exista enajenación de ellos, se restituirá el capital aportado, debidamente reajustado.

En todo caso, los recursos provenientes de las restituciones de dichos aportes, deberán destinarse por el Instituto al financiamiento de obras deportivas o recreativas en la misma Región, donde se encontrare ubicado el inmueble.

Puede observarse también lo que ocurre en materia de **radiodifusión televisiva** en que el Consejo Nacional de televisión otorga dos clases de subvenciones. Por una parte, el Fondo CNTV (artículo 12 letra b) ley N° 18.838) para la producción, transmisión o difusión de programas de alto nivel cultural o de interés nacional o regional.

Por otra parte, el denominado “Fondo Antenas” (artículo 13 bis, Ley N° 18.838), se otorga para financiar la transmisión y difusión de programas televisivos en zonas fronterizas, extremas o apartadas del territorio nacional en que, por su lejanía o escasa población, no exista interés comercial que incentive a concesionarias a prestar ese servicio. Hay una complementariedad entre las concesiones que otorga el Consejo Nacional de Televisión esta subvención.

Un caso de subvención afectada territorialmente se encuentra en el **Fondo de Fomento y Desarrollo de las regiones extremas** de Tarapacá, Aysén y Magallanes y provincias de Chiloé y de Palena. Se otorga para bonificar las inversiones y reinversiones productivas de los pequeños y medianos inversionistas hasta un 20% de los montos invertidos (DL N° 3529, artículo 38 y sus modificaciones).

En el caso de la **subvención a la protección de menores**, la ley N° 20.032 establece expresamente como su objeto el que el Servicio Nacional de Menores vele para que la acción desarrollada por sus colaboradores acreditados respete y promueva los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes sujetos de atención y se ajuste a lo dispuesto en la ley. En la misma ley y su reglamento (DS N° 841, de 2005, Justicia), se detallan las actividades subvencionadas: oficinas de protección de los derechos del niño, niña y adolescente, centros residenciales, programas y diagnóstico.

En el caso del **Fondo Mixto de Apoyo Social**, éste se otorga a fundaciones o corporaciones y a organizaciones comunitarias funcionales o territoriales para financiar proyectos o programas de apoyo a personas de escasos recursos o discapacitados (artículo 7° DS N° 266, de 2004, Planificación). Además, hasta el 5% del Fondo se puede destinar a financiar proyectos de desarrollo institucional de las corporaciones o fundaciones y de las organizaciones comunitarias funcionales o territoriales (artículo 30 del Reglamento). Estas instituciones deben además, en toda publicación, escrito, propaganda o difusión de cualquier naturaleza referida a un proyecto o programa financiado total o parcialmente por el Fondo, especificar que tal financiamiento lo ha sido con recursos del Fondo Mixto de Apoyo Social creado por la ley N° 19.885.

El **Fondo Nacional de Capacitación** se otorga para las actividades que produzcan un incremento en la calidad y cobertura de los programas de

capacitación, con el fin de contribuir al incremento de la productividad y competitividad de las empresas y la economía en general (artículo 44 Ley N° 19.518). Para ello, la ley señala seis clases de programas o líneas de acción subvencionables. La ley señala que la subvención no tiene carácter lucrativo, o sea, sólo se puede usar para reembolsar gastos previos (artículo 50 y 53).

En el **Fondo para Asociaciones de Consumidores** las sumas se otorgan para difundir el conocimiento de la ley, informar orientar y educar, estudiar y proponer medidas y participar en los procesos de fijación de tarifas. Los recursos no pueden destinarse a la representación judicial (artículo 3° DS N° 37 de 2005, Economía). En todo escrito, propaganda o difusión, cualquiera sea su naturaleza, referidos al proyecto financiado total o parcialmente por el Fondo deberá indicarse que su financiamiento se hace con recursos del Fondo para Iniciativas de las Asociaciones de Consumidores establecido en la ley N° 19.496.

Incluso, en ciertos casos el otorgamiento de la subvención genera la constitución de otra técnica de intervención, como una concesión o autorización.

En el caso del **Fomento a las Telecomunicaciones**, que busca aumentar la cobertura de los servicios de telecomunicaciones en áreas rurales y urbanas de bajos ingresos, la Ley N° 19.724, que creó el fondo de desarrollo de las telecomunicaciones señala que asignado un proyecto, la Subsecretaría de Telecomunicaciones deberá tramitar las concesiones, permisos o licencias, para poder hacer efectiva la subvención otorgada.

El carácter afectado de las ayudas es, como se justificará a lo largo de este trabajo, el título que sirve de fundamento a las potestades de intervención de la Administración otorgante.

El Tribunal Constitucional ha destacado que:

“Al otorgar estos beneficios, el legislador puede perfectamente establecer condiciones o requisitos para su obtención o para su mantención, para lograr la finalidad pública que se busca obtener con la transferencia. Estas transferencias no son un regalo, sino una donación moral o condicionada al cumplimiento de determinados fines para recibirlos y al logro de resultados que se estiman valiosos” (STC rol N° 1295, C. 90°).

Es justamente para lograr que se respete y cumpla con la afectación que la ley prescribe que la Administración posee ciertos poderes sobre el administrado en orden a conducir su comportamiento a los intereses generales.

Es necesario destacar, en cuanto a la destinación de las subvenciones, que la ley sobre transparencia, límite y control del gasto electoral ha fijado una limitación general. En su artículo 25 se

prohíbe que se destinen subvenciones a aportes de campaña electoral. La norma establece dos condiciones, por una parte, se aplica sólo a personas jurídicas, no a personas naturales que reciban subvenciones. Por otra parte, para entenderse comprendida en la prohibición la subvención del Estado debe representar más del 15% de sus ingresos en cualquiera de los dos últimos años calendarios. Si además se relaciona esta norma con el artículo siguiente, se concluye que esta prohibición se aplica sólo a las personas jurídicas, *con fines de lucro*.

Además, el artículo 26 de la misma norma prohíbe absolutamente a las personas jurídicas sin fines de lucro realizar aportes de campaña. La extensión de la actividad de fomento estatal hace difícil pensar en alguna de estas personas jurídicas que no reciba, actual o potencialmente, subvenciones.

e. Delimitación de figuras afines: subsidios, primas, premios y becas.

El carácter afectado de los fondos transferidos que constituyen la subvención plantea el problema de si constituyen subvención o no ciertos casos en que las sumas se entregan a posteriori: cuando las cargas ya han sido cumplidas²⁸⁹. El caso normal, será que las transferencias se realicen de manera previa al cumplimiento de las cargas impuestas²⁹⁰.

Fernández considera que en ambos casos estamos ante subvenciones, pero que la diferencia está en el control: “dada la plena eficacia de la subvención otorgada con anterioridad al cumplimiento del beneficiario, dará lugar a la necesidad de controlar rigurosamente *a posteriori* el puntual cumplimiento de las cargas”²⁹¹.

En el derecho nacional, la regulación general de los premios nacionales está en la Ley N° 19.169. Ella mezcla una técnica de fomento honorífico y económico.

Como se ha pretendido demostrar con anterioridad la subvención está siempre vinculada a la realización de una cierta conducta por parte del beneficiario de ella. Ello lleva a plantearse la delimitación de la institución subvencional de los subsidios, primas, premios y becas.

²⁸⁹ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 268.

²⁹⁰ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 268-269.

²⁹¹ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 269

En primer lugar, tratándose de los llamados “**subsidios**”, de acuerdo con la definición que se viene adoptando en este trabajo, coincidimos con Fernández²⁹² con que deben excluirse del concepto estricto tales beneficios que, con carácter asistencial, no importan carga alguna. En este punto, la doctrina ha alcanzado algún nivel de acuerdo²⁹³. Los subsidios no buscan que el beneficiario alcance el interés general, sino más bien que éste salga de una situación de necesidad o carencia.

Compartimos con De la Riva que conviene reservar para esta clase de ayudas la denominación de “subsidijs”²⁹⁴, tanto por razones estrictamente gramaticales como por su empleo usual en nuestra legislación (v.gr. subsidio al consumo de electricidad –DS N° 208 de 2005, Hacienda – subsidio al consumo de agua potable - DS N° 195 de 1998, Hacienda).

En segundo lugar, tratándose de lo que en el derecho comparado de denomina “**primas**”, esto es, “aquellas atribuciones patrimoniales ‘gratuitas’ otorgadas por la Administración a determinados particulares por la realización de una concreta actividad considerada de interés público y general”²⁹⁵, aunque Fernández las excluye del concepto de subvención porque en ellas no existe relación previa entre el beneficiario y la Administración que determine las cargas²⁹⁶, parece claro que tales transferencias, en nuestro ordenamiento, no tienen un tratamiento distinto de las subvenciones, y por lo tanto, se las considera dentro del concepto estricto usado en el presente trabajo²⁹⁷.

En tercer lugar, en cambio, los llamados **premios** “para la concesión del mismo, es presupuesto previo la realización de la actividad, sin

²⁹² Fernández Farreres, Germán, ob. cit. [nota 84], nota 214, p. 234. “Se excluyen todo un amplio conjunto de ‘ayudas’ que bajo los términos de ‘auxilios’, ‘subsidijs’ e, incluso, ‘subvenciones’, la Administración otorga a determinados particulares en atención a la situación objetiva en la que se encuentran, con un claro y marcado carácter social, de ayudas y prestación a los sectores de la sociedad más necesitados”.

²⁹³ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 164-165. En el mismo sentido Sánchez Morón, Miguel, ob. cit. [nota 76], p. 766.

²⁹⁴ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 167. El uso de este término no es pacífico en la doctrina. Dan definiciones distintas de él Villar Ezcurra, ob. cit. [nota 4], p. 122 y Maljar, Daniel, ob. cit. [nota 5], p. 292.

²⁹⁵ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 270.

²⁹⁶ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 277-278.

²⁹⁷ Villar Ezcurra, José Luis, ob. cit. [nota 4], p. 121.

entablarse relación jurídica previa alguna entre el otorgante y el aspirante al premio”²⁹⁸.

Como aclara Fernández “el premio se concede *por* la realización de una actividad normalmente meritoria y sobresaliente, y no *para* la realización futura de esa acción”²⁹⁹.

Por último, tratándose de las **becas** en su estructura no hay nada que las distinga de las subvenciones propiamente tales³⁰⁰.

III. CLASIFICACION.

Una vez que se ha delimitado precisamente el concepto, a continuación expondremos brevemente algunas clasificaciones posibles de la subvención, atendiendo a los sujetos que intervienen, al objeto sobre el cual recae, al procedimiento en que se otorgan, a las cargas que traen aparejadas y, finalmente, según las materias subvencionadas.

No se trata de un simple ejercicio de enumeración, sino que se sigue minuciosamente los efectos jurídicos diversos que están presentes en uno u otro tipo de subvención.

1. Según los sujetos.

En primer lugar, atendiendo a los sujetos que otorgan las subvenciones, puede distinguirse entre subvenciones otorgadas por las municipalidades y subvenciones otorgadas por otros OAE.

Las subvenciones municipales están reguladas en sus aspectos básicos, en el artículo 5º de la LOCM. Se caracterizan por su dispersión normativa pues, toda vez que las municipalidades gozan de autonomía organizatoria y presupuestaria según la Constitución (artículo 119 y 120), cada municipio puede regularlas como estime conveniente.

Son una especie de ayuda destinada a personas jurídicas, públicas o privadas, sin fines de lucro, que colaboren directamente en el cumplimiento de las funciones del Municipio o bien a las corporaciones y fundaciones de las que formen parte (artículo 5º letra g) y artículo 132 LOCM).

Las funciones de las municipalidades son las señaladas en los artículos 3º y 4º LOCM.

²⁹⁸ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 280.

²⁹⁹ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 281. Villar Ezcurra los incluye dentro del género de las subvenciones (Villar Ezcurra, José Luis, ob. cit. [nota 4], p. 122).

³⁰⁰ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 281; Villar Ezcurra, José Luis, ob. cit. [nota 4], p. 122.

Las subvenciones se otorgan por el alcalde, con acuerdo del Concejo (artículo 65 letra g).

Existe un tope máximo para las subvenciones: no pueden exceder, en conjunto, al 7% del presupuesto municipal.

Se exceptúan de este límite:

- Las subvenciones y aportes que las municipalidades destinen a las actividades de educación, de salud o de atención de menores que les hayan sido traspasadas en virtud de lo establecido en el DFL N° 1/3.063, cualquiera sea su forma de administración, ni las destinadas a los Cuerpos de Bomberos.
- Las subvenciones o aportes que las Municipalidades de Santiago, Vitacura, Providencia y Las Condes efectúen a la Corporación Cultural de la I. Municipalidad de Santiago, para el financiamiento de actividades de carácter cultural que beneficien a los habitantes de dichas comunas (artículo 5° letra g) LOCM).

En cambio, las subvenciones que otorgan otros OAE no gozan del mismo ámbito de autonomía y, a falta de atribución especial, se regulan en leyes y decretos supremos.

En segundo lugar, atendiendo a los sujetos que reciben las subvenciones, puede distinguirse entre las subvenciones a personas jurídicas sin fines de lucro y las demás.

La relevancia de esta distinción es que, conforme a la ley N° 19.862, las personas jurídicas receptoras de fondos públicos, que no persiguen fines de lucro, deben ingresar a un registro especial, del que ya se hizo mención.

En cambio, los demás receptores de fondos públicos, sólo deben cumplir con las normas generales de transparencia de la Ley N° 20.285.

2. Según el objeto.

Según el objeto sobre el que recae la subvención podemos distinguir entre subvenciones en dinero y subvenciones reales.

La mayor parte de las subvenciones reguladas por nuestra legislación son subvenciones en dinero. Es el caso típico. Eso significa que, por la percepción de la subvención el beneficiario adquiere el dominio del dinero, sin que ello signifique que las sumas pierdan su carácter afectado ni que se extinga la obligación de restitución en los casos de incumplimiento del fin de interés público involucrado.

Además, la legislación actual admite ciertos casos de subvenciones que se otorgan en bienes, incluso inmuebles. Por una parte, la Ley N° 20.285 prevé que la subvención pueda consistir en dinero o en otra cosa, por otra parte, la Ley N° 19.712 precisamente faculta a entregar como subvención bienes inmuebles en los cuales desarrollar actividades deportivas.

3. Según el procedimiento para otorgarlas.

Como se detallará más adelante, del estudio de la normativa vigente en materia de subvenciones es posible distinguir tres procedimientos típicos a través de los cuales se entregan las subvenciones. En el próximo capítulo se analizan en detalle cada una de estas subvenciones.

En primer lugar, se distinguen aquellas subvenciones que se otorgan sin mediar un procedimiento de selección, sino que se entregan a todos aquellos sujetos que cumplen con ciertas condiciones cualificadas que la ley prevé. Entonces, se entrega la subvención a todos los potenciales beneficiarios, sin que quepa elegirlos. Llamamos a esta clase de subvenciones “regladas”. Por ejemplo, es lo que ocurre en la subvención a la educación gratuita y en el fomento forestal.

En segundo lugar, encontramos aquellas subvenciones que se otorgan previo proceso concursal de selección de los beneficiarios.

Dentro de este tipo de subvenciones podemos distinguir según el tipo de procedimiento concursal.

Por una parte, existen aquellos procedimientos que se materializan en la emisión de un título transferible (o certificado de subvención). Por ejemplo, es lo que ocurre en el fomento a la vivienda económica o en el fomento agrícola.

Por otra parte, existen aquellos procedimientos que culminan en la suscripción de un convenio entre la Administración y el beneficiario. Por ejemplo, es lo que ocurre con el fomento a la cultura y a las artes, o a la investigación científica.

Cabe destacar que los procedimientos concursales son los más usados hoy en día.

En tercer lugar, hay subvenciones que se otorgan directamente, mediante una selección discrecional del beneficiario por parte de la Administración. Se trata de un mecanismo excepcional, que requiere texto legal expreso.

4. Según las cargas que imponen.

Fernández Farreres identifica una clasificación de las subvenciones que atienden a los derechos constitucionales que son afectados por ellas. A su

juicio la intensidad que tiene el poder público para definir y poner requisitos a la actividad subvencionada es más débil en el caso que esa actividad esté amparada por derechos fundamentales.

“La subvención es una atribución patrimonial afectada en el sentido de que vincula al beneficiario a dar cumplido destino a lo percibido, según la finalidad material que se persiga con su otorgamiento. Finalidad que, como se ha visto, se limita a una doble posibilidad, de menor a mayor grado de intensidad: o bien posibilitando económicamente al beneficiario para que pueda cumplir la actividad o desarrollar la conducta propia, considerada, no obstante, por el ente otorgante y por el ordenamiento como de interés público – con libertad, por tanto, y sin sujeción a otros compromisos que el de hacer efectiva y actual esa actividad o conducta -, o bien induciendo al beneficiario, como consecuencia de la subvención, a la realización de una concreta y determinada conducta o actividad con arreglo a los objetivos que, aquí sí, fije el ente otorgante – con una mayor restricción, por ende, de su libertad de acción, de actuación”³⁰¹.

Por ello, distingue entre subvenciones de actividad y subvenciones de resultado.

En cualquier caso, para el autor resulta imposible concebir una auténtica subvención sin al menos la carga de emplear la atribución patrimonial en que consiste la subvención en la actividad para la que se otorgan, incluso cuando tal actividad consiste en el ejercicio de un derecho fundamental³⁰².

5. Según la materia.

Como se ha dicho insistentemente hoy en día la actividad promocional del Estado interviene en prácticamente todos los sectores de la vida social.

Según los distintos tipos de subvenciones que se han descubierto a lo largo de la presente investigación proponemos la siguiente clasificación material de las subvenciones.

En primer lugar, podemos encontrar las subvenciones a la vivienda y al desarrollo urbano. Se trata de ayudas dispensadas por el Estado, a través de sus organismos, para promover la construcción de viviendas económicas y recuperar zonas urbanas y, además, proteger las viviendas acogidas a este régimen. Entre las subvenciones pertenecientes a este grupo podemos

³⁰¹ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 245-246.

³⁰² Fernández Farreres, Germán, “De nuevo...” [nota 189], ob. cit., p. 75.

señalar la subvención para viviendas de hasta 2000 UF³⁰³, la subvención para viviendas hasta 650 UF o “solidaria”³⁰⁴, la subvención a la vivienda rural³⁰⁵, el fomento a la recuperación de barrios³⁰⁶, el fomento a la pavimentación³⁰⁷, el fomento al mejoramiento de espacios públicos, el fomento a la infraestructura social³⁰⁸ y el fomento a los condominios en viviendas sociales.

En segundo lugar, encontramos las subvenciones agrícolas y forestales. Se trata de aquellas destinadas a promover la producción del pequeño productor agrícola y el desarrollo de ciertas actividades económicas consideradas estratégicas. Pueden considerarse incluidas dentro de esta categoría las subvenciones de fomento al riego (Ley N° 18.450 sobre Fomento de la Inversión Privada en Obras de Riego y Drenaje y DS N° 397 de 1996, Ministerio de Agricultura); de fomento al desarrollo agropecuario (Ley N° 18.910 orgánica del Instituto de Desarrollo Agropecuario); de fomento forestal (DL 2.565 de 1979 y DS N° 193 de 1998, Ministerio de Agricultura); de fomento a la explotación de tierras indígenas (Ley N° 19.253 sobre Fomento Indígena, DS N° 395 de 1993 sobre Fondo de Tierras y Aguas Indígenas y DS N° 396 de 1993 sobre Fondo de Desarrollo Indígena); de protección medioambiental (Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente) y el fomento de la conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo³⁰⁹.

En tercer lugar, pueden mencionarse las subvenciones educacionales. Se trata de aquellas transferencias directas a los establecimientos de educación básica, media y superior, con el objeto de desarrollar la actividad educativa y de investigación. Se incluyen en esta categoría, ante todo, la subvención a la educación gratuita³¹⁰, además, encontramos la subvención especial para ingresar a la JEC³¹¹, la subvención a la educación

³⁰³ DS N° 40, de 2004, Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

³⁰⁴ DS N° 174, de 2005, Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

³⁰⁵ DS N° 145, de 2007, Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

³⁰⁶ DS N° 14, de 2007, Ministerio de Vivienda y Urbanismo

³⁰⁷ DS N° 114, de 1994, Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

³⁰⁸ DS N° 39, de 1996, Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

³⁰⁹ Ley N° 20.283 y DS N° 95 de 2009, Ministerio de Agricultura.

³¹⁰ Regulada en el DFL N° 2 de 1998, Educación, Ley de Subvenciones del Estado a establecimientos educacionales y su Reglamento, el DS N° 8.144 de 1980.

³¹¹ Ley N° 19.532 y DS N° 755 de 1997, Ministerio de Educación.

preferencial³¹², subvención y crédito subvencionado a la educación superior³¹³ y las becas de estudio en el extranjero³¹⁴.

En cuarto lugar, existe un grupo importante de subvenciones dirigidas a la promoción de las artes, la cultura y el deporte. En esta clase se encuentran el Fondo Nacional de la Cultura y las Artes³¹⁵, el Fomento audiovisual³¹⁶, el Fomento de la música³¹⁷, el Fomento del libro y la lectura³¹⁸ y el Fomento deportivo³¹⁹.

En quinto lugar, identificamos las subvenciones al transporte y las telecomunicaciones. En esta categoría de subvenciones incluimos el fomento de las telecomunicaciones³²⁰, el fomento de la radiodifusión televisiva³²¹ y el fomento a medios de comunicación locales³²² y el subsidio al transporte público urbano³²³.

En sexto lugar, se identifican subvenciones de protección social, esto es, transferencias hechas para cumplir fines públicos de inclusión social de grupos en situación de vulnerabilidad – no asistenciales. En esta clase encontramos el fomento a la capacitación y al empleo³²⁴, el fondo concursable para asociaciones de consumidores³²⁵, el fondo de solidaridad e inversión social³²⁶ y el fomento de la prevención del abuso de las drogas ilícitas³²⁷.

³¹² Ley N° 20.248 y DS N° 235 de 2008, Ministerio de Educación.

³¹³ DFL N° 4 de 1981, DFL N° 33 de 1981, Educación, sobre financiamiento directo y Ley N° 20.027 y Ley N° 20.330, sobre créditos.

³¹⁴ DS N° 664, de 2008, Ministerio de Educación.

³¹⁵ Ley N° 19.891 y DS N° 65 de 2004, Ministerio de Educación.

³¹⁶ Ley N° 19.891 y DS N° 151 de 2005, Ministerio de Educación.

³¹⁷ Ley N° 19.928 y DS N° 187 de 2004, Ministerio de Educación.

³¹⁸ Ley N° 19.227 y DS N° 587 de 1993, Ministerio de Educación.

³¹⁹ Ley N° 19.712 y DS N° 46 de 2001, SEGEOB.

³²⁰ Ley N° 19.302.

³²¹ Ley N° 18.838.

³²² Ley N° 20.433.

³²³ Ley N° 20.378.

³²⁴ Ley N° 19.518.

³²⁵ Ley N° 19.496.

³²⁶ Ley N° 18.989.

³²⁷ Ley N° 20.000.

Por último, existe un importante grupo de subvenciones cuya administración corresponde exclusivamente a la CORFO y que están destinadas al fomento productivo e industrial. Su clasificación resulta casi imposible, por la propia flexibilidad y autonomía del órgano competente. Dependerá de las llamadas "líneas de acción" que adopte el citado organismo. Hoy en día dichas líneas son, por ejemplo, financiamiento a proyectos asociativos de fomento, financiamiento para el fomento a la calidad en empresas, financiamiento para el programa de fomento al cine y la industria audiovisual, financiamiento para el programa de desarrollo de proveedores, financiamiento para la creación de incubadoras, financiamiento para el fortalecimiento de incubadoras, financiamiento para el programa preinversión medio ambiente, financiamiento para el programa de desarrollo de consorcios, financiamiento para negocios tecnológicos, programa capital semilla, fondo de desarrollo y modernización de microempresas.

IV. NATURALEZA JURÍDICA.

La doctrina ha discutido arduamente el punto de la naturaleza jurídica de la subvención.

Con todo, en este trabajo se aborda la cuestión con cierto escepticismo, pues el problema de la naturaleza jurídica de la subvención no puede recibir una respuesta unitaria, a espaldas de su régimen jurídico. Sólo dilucidado el específico régimen, podrán encontrarse las constantes que dictan la naturaleza jurídica de la institución.

En esta misma posición encontramos a Santamaría Pastor, Ariño Ortiz y Pascual García³²⁸.

Entre los dogmáticos, por una parte, un sector de la doctrina entiende a la subvención como un contrato, asimilándola a la donación. Esta doctrina es sostenida por Nieves Borrego, en España, y Maljar, en Argentina.

Por otra parte, otro sector, actualmente mayoritario, le define como un acto administrativo unilateral necesitado de aceptación del beneficiario. La doctrina es desarrollada principalmente por Fernández Farreres y, prácticamente, la totalidad de la doctrina posterior a él.

Para nosotros y teniendo en cuenta exclusivamente el derecho positivo resulta inadecuado adoptar una de estas doctrinas estrictamente, pues pueden encontrarse subvenciones cuyo otorgamiento responde al esquema

³²⁸ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit. [nota 9], T. II, p. 357; Ariño Ortiz, Gaspar, ob. cit. [nota 14], p. 301; Morell Ocaña, Luis, ob. cit. [nota 55], p. 112; Pascual García, José, ob. cit. [nota 185], p. 84 ss.

típico del acto unilateral, y otras que se otorgan en forma de contrato, o en el seno de un convenio complejo en el que, junto a otras obligaciones, la Administración se compromete a otorgar una subvención.

Con esta salvedad se examinan a continuación, brevemente las doctrinas señaladas.

1. Doctrina de la naturaleza contractual de la subvención.

Nieves Borrego define a la subvención como una “donación modal *ob causam futuram*, de Derecho administrativo, por la cual un organismo público asume parte de la carga financiera de otro organismo de rango inferior o de un particular que tengan jurídicamente la consideración de terceros – con una finalidad de interés general, pero específica y determinada”³²⁹.

Nieves otorga una importancia gravitante a la voluntad del beneficiario. A su juicio, dado que ésta es condición de validez de la subvención, la institución no puede entenderse sino como un contrato: “al necesitarse la solicitud y la aceptación del subvencionado, es evidente que éste contribuye a la formación del vínculo contractual, de tal manera que no existiendo una y otra no existe contrato subvencional”³³⁰.

Además, del hecho que la donación esté acompañada de un modo, Nieves concluye que necesariamente la subvención es un contrato gratuito, es decir, una liberalidad³³¹.

La calificación de contrato de donación sirve, además, para afirmar la aplicación supletoria de las reglas del Código Civil³³².

Como hemos dicho antes, la doctrina mayoritaria rechaza actualmente esta caracterización, entre otras razones, porque, la calificación de contrato no garantiza mejor los derechos del beneficiario³³³.

Frente a ello, como sostiene S. Martín-Retortillo, puede resultar perfectamente en una amenaza a la igualdad ante la ley: “el contrato... no presenta la tipificación general que caracteriza a la norma: los tratamientos

³²⁹ Nieves Borrego, Julio, ob. cit. [nota 269], p. 28. En idéntico sentido Maljar, Daniel, ob. cit., [nota 5], p. 296 y ss.

³³⁰ Nieves Borrego, Julio, ob. cit., p. 41.

³³¹ Nieves Borrego, Julio, ob. cit. [nota 269], p. 45.

³³² Nieves Borrego, Julio, ob. cit. [nota 269], p. 53.

³³³ Fernández Farreres, Germán, “La subvención...” ob. cit. [nota 84], p. 396.

de favor, de desigualdad – a pesar del papel directo que aquí ha de jugar la jurisdicción revisora -, tienen puerta abierta”³³⁴.

Además, según Scheuing, puede resultar en un peligro para la libertad del administrado: “en efecto, interpretado en el sentido de una libertad contractual para la Administración, la fórmula del contrato tiene el riesgo de que la Administración reclame poderes y privilegios que la Ley le ha deliberadamente negado”³³⁵.

En cuanto a la importancia dada a la concurrencia de la voluntad del beneficiario, por una parte, la necesidad de ésta no es suficiente para calificar a la subvención como un contrato. De este modo, la doctrina mayoritaria califica a la subvención como un acto administrativo necesitado de aceptación.

Por otra parte, la “contraprestación” del beneficiario sería condición de eficacia de la transferencia patrimonial. Pero no puede calificarse jurídicamente como una “contraprestación” a tal acto. No existe acá una obligación en sentido jurídico, sino, como hemos dicho, un “deber” jurídico.

A juicio de Fernández “la estructura de la relación de subvención reserva en dos momentos distintos un lugar destacable a la voluntad y la acción del particular; primero, en relación a la propia validez del acto – de ahí la calificación, tal como se verá más detalladamente, de acto administrativo necesitado de aceptación -, y, segundo, con relación a la eficacia plena de la atribución, que sólo será tal cuando el particular cumpla la carga jurídica – que no obligación – resultante del carácter afectado de toda subvención. Pero esa voluntad, sin embargo, no es determinante de una relación jurídico-bilateral calificable como contrato”³³⁶.

2. Doctrina de la naturaleza unilateral de la subvención.

Actualmente, y en base a las críticas expuestas, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en calificar a la subvención como un acto administrativo unilateral³³⁷.

³³⁴ Citado por Fernández Farreres, Germán, “La subvención...” ob. cit. [nota 84], p. 396.

³³⁵ Citado por Fernández Farreres, Germán, “La subvención...” ob. cit. [nota 84], p. 396.

³³⁶ Fernández Farreres, Germán, “La subvención...” ob. cit. [nota 84], p. 402-403.

³³⁷ De la Riva, Ignacio, ob. cit [nota 6], p. 178. “La subvención administrativa implica, en el caso de las subvenciones especiales, más un derecho de colaboración que una pretensión positiva, revistiendo la forma jurídica de un *acto administrativo necesitado de aceptación (empfangsbedürftige)* o un acto de necesaria colaboración (Forsthoff, *Mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt*)” (Villar Palasí, José Luis, “Las técnicas...” ob. cit. [nota 238], p. 69).

En efecto, en la subvención no hay una relación sinalagmática. Pero no por ello es una liberalidad³³⁸.

Además, como ya se ha dicho, la institución contractual no tiene por qué resultar más garantista de los derechos del administrado. La subvención como acto unilateral vincula también a la Administración a respetar sus efectos. Desde ya, el beneficiario tiene un auténtico derecho subjetivo a recibir su importe, cumpliendo las condiciones legales³³⁹.

Finalmente, la calificación adoptada permite explicar fácilmente que la afectación es un elemento esencial de la subvención, no es una modalidad o un elemento accidental: “la afectación de la ventaja otorgada no es susceptible de ser catalogada como una estipulación accidental del acto dispensador, lo cual evidencia que el interés público cuya satisfacción se procura mediante el cumplimiento de la actividad a cargo del beneficiario está íntimamente conectado con la esencia del acto subvencional, mostrando así a las claras la imposibilidad de considerar a este último como una modalidad de actuación gratuita”³⁴⁰.

3. Importancia del medio jurídico empleado.

Si bien no es posible adoptar un dogma sobre la naturaleza jurídica de la cual participan todas las subvenciones en el derecho nacional, sí es posible extraer consecuencias que tendrá en la práctica el empleo por la autoridad del instrumento contractual o unilateral.

Puede observarse que en nuestro ordenamiento generalmente se emplea la forma unilateral para el otorgamiento de las subvenciones, pero en no pocos casos se emplean “convenios” o contratos públicos y, aún en ciertos casos, se utilizan medios inequívocamente de derecho privado.

La elección por la vía contractual tiene en efecto consecuencias prácticas que lo distinguen del uso de actos administrativos unilaterales.

En primer lugar, pues cuando se utiliza la vía contractual se aplican reglas de probidad más estrictas. En ausencia de una habilitación especial, el funcionario respectivo tiene un deber disciplinario de adoptar el procedimiento contractual que asegure la libre concurrencia y objetividad (artículo 9º y 62 LOCBGAE).

³³⁸ Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit. [nota 190], p. 482-483; Morell Ocaña, Luis ob. cit. [nota 55], p. 113.

³³⁹ Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit. [nota 190], p. 483; De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 178,179,180 y 181, cita a Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 396-397.

³⁴⁰ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 184.

En segundo lugar, porque el contrato o convenio puede incluir “sanciones” no expresamente previstas por la ley y que pueden ser aplicadas directamente por la Administración. Muchas veces es la misma norma subvencional la que autoriza que el contrato incluya tales cláusulas exorbitantes³⁴¹. La necesidad de mantener el apego de la actividad subvencionada a los fines que justifican el otorgamiento del beneficio justifica también, en ausencia de una regla expresa, que las bases de convocatoria establezcan estas cláusulas, las que son, en todo caso, aceptadas por el beneficiario.

En tercer lugar, porque se utilizan igualmente medios de ejecución bilaterales del contrato como el recurso a cauciones de derecho privado o acciones judiciales *previas* a la ejecución administrativa. El empleo de formas contractuales para perfeccionar el otorgamiento de la subvención abre para la Administración el empleo no sólo de los medios tradicionales de poder público sino que, además, modalidades de actividad típicas del derecho privado.

Pueden señalarse como ejemplos destacados los siguientes:

En materia de **fomento a la vivienda**, las prohibiciones que forman parte del estatuto especial al que se somete el beneficiario se incluyen en el contrato, de derecho privado, que celebra para adquirir o construir la vivienda y se inscriben en el mismo registro que para la propiedad privada³⁴². Lo mismo ocurre con el fomento deportivo³⁴³.

También, en el fomento al desarrollo agropecuario, el postulante suscribe y entrega el INDAP una “carta compromiso” en que acepta los elementos de su situación pasiva frente al otorgante (artículo 11 Res. N° 306).

En el caso de la **subvención escolar preferencial**, Ley N° 20.248, la suscripción de un convenio de igualdad de oportunidades es un requisito habilitante para acceder a la subvención preferencial.

Tiene una duración de un año y en él deben consignarse los “compromisos esenciales” que adquiere el beneficiario (artículo 7° LSEP y artículo 17 Reglamento):

³⁴¹ Véase artículo 48 DS N° 65 de 2004, Educación, Reglamento del Fondo Nacional de Desarrollo de la Cultura y las Artes; artículo 30 DS N° 151 de 2005, Educación, Reglamento del Fondo de fomento Audiovisual; artículo 23 DS N° 187 de 2004, Educación, Reglamento del Fondo para el Fomento de la Música Nacional.

³⁴² Véase el artículo 43 del DS N° 40 de 2004, Vivienda, Reglamento del subsidio habitacional.

³⁴³ Véase el artículo 25 del DS N° 46 de 2001, SEGEOB, Reglamento del Fondo Nacional del Deporte.

En materia de **fomento a la cultura y las artes**, el Convenio debe incluir las cauciones, que adoptan formas contractuales de derecho civil y comercial, que la Administración requiera³⁴⁴.

En el **fomento a los medios de comunicación social de alcance local**, se celebra un convenio de ejecución entre el medio respectivo y el Gobierno Regional. En él se señalan los derechos y obligaciones de “las partes”, el compromiso de aplicar con exclusividad los recursos a los objetivos previstos en el proyecto, de rendir garantía suficiente del fiel cumplimiento del convenio y de informar al Secretario Regional de Gobierno, con la periodicidad que para el caso se convenga, tanto acerca de los avances del proyecto, como de su plena realización (artículo 31 DS N° 45, de 2001, SEGEGOB).

En la **subvención a colaboradores del SENAME** el convenio tiene un contenido mínimo regulado por la ley (artículo 26, ley N° 20.032) el que incluye la actividad subvencionada, los objetivos específicos y los resultados esperados, así como los medios de evaluación específicos, el monto de la subvención, el número de menores destinatarios de los programas, el plazo de duración y el proyecto del colaborador.

En el **Fondo Mixto de Apoyo Social**, en convenio se celebra entre el Ministerio de Planificación y el asignatario, y en él se señalan, entre otras, las garantías especiales que debe rendir el beneficiario para la restitución de los recursos, para el caso de incumplimiento.

En el **Fondo para Asociaciones de Consumidores** se celebra un convenio de ejecución en el que se establecen los derechos y obligaciones “de las partes”, los montos asignados y sus objetivos y las garantías que los caucionan (artículo 17 ley N° 19.518).

³⁴⁴ Véase el artículo 53 del DS N° 65 de 2004, Educación, Reglamento del Fondo Nacional de Desarrollo de la Cultura y las Artes.

CAPÍTULO III.- RÉGIMEN JURÍDICO.

En este capítulo se analizarán las reglas legales y constitucionales que modelan a la subvención como una técnica de intervención de fomento en particular, a la luz de la definición conceptual alcanzada en el capítulo anterior.

Ante todo, se analizarán los principios constitucionales que actúan como límite al establecimiento y otorgamiento de subvenciones.

Luego, se distinguirán tres procedimientos típicos que el legislador ha diseñado para acceder a las subvenciones.

Finalmente, se hace un estudio detallado el régimen de derechos, deberes y potestades que origina la subvención para el beneficiario y para la Administración.

I. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

En materia de subvenciones y fomento la Constitución establece, de manera explícita, tres principios que resultan relevantes. Estos son los principios de legalidad, igualdad y transparencia.

Se ha hecho acá una opción por una noción restringida de los principios, evitando una aproximación “maximalista” que, a través de la explicación de los principios, expone totalmente el régimen jurídico de las subvenciones.

Una aproximación tal, como la de De la Riva,³⁴⁵ utiliza a los principios como un pretexto para analizar toda la institución jurídica y corre el riesgo de darle una importancia que no se merecen a ciertas nociones doctrinarias que no tienen respaldo en el texto de la Constitución, ni en la ley, ni gozan de la abstracción necesaria para alcanzar el nivel de principios, como ocurre con el llamado principio “de subsidiariedad”.

1. Legalidad.

a. Reserva legal.

En aquellos países como España o Alemania en que sus respectivas constituciones establecen una reserva legal genérica para aquellos actos

³⁴⁵ El autor identifica dos clases de principios: materiales y formales. Entre los materiales señala el principio de subsidiariedad, de igualdad, de proporcionalidad y de eficacia. Entre los principios formales incluye la legalidad y reserva de ley, la transparencia y el control.

ablatorios de situaciones jurídicas positivas, se planteó el problema de si el otorgamiento de subvenciones estaba sujeto a reserva legal o no.

Como afirma Santamaría Pastor “la actividad de promoción no parecía necesitar de disciplina jurídica de ningún tipo, al estar basada en hipotéticos principios de liberalidad y de no restricción de la libertad de los particulares”³⁴⁶. En ese sentido, Villar Ezcurra estima que la actividad de fomento se desenvuelve en el campo de las potestades implícitas³⁴⁷.

Para el caso chileno, la Constitución respondió expresamente la pregunta. Por una parte, en cuanto gasto, la subvención está sujeta a la legalidad propia del presupuesto (artículo 65 inc. 3º de la Constitución)³⁴⁸.

Pero, además, en cuanto las subvenciones implican necesariamente una selección – de beneficiarios, de hechos o conductas que se estiman más valiosas por realizar de una manera particular el interés público -, encierran una amenaza a los derechos de no discriminación.

Precisamente, esta es la idea que se encuentra recogida en nuestro artículo 19 N° 22, conforme al cual el establecimiento de “beneficios directos o indirectos” en favor de una región, sector o actividad se sujeta a reserva legal.

Según la clasificación de las reservas legales que hace Gonzalo García³⁴⁹, quien distingue entre reservas regulatorias, complementarias, limitativas y negativas, la reserva que se establece en este caso es limitativa. Ello,

³⁴⁶ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit. [nota 9], T. II, p. 345.

³⁴⁷ “Cabría deducir de aquí que la actividad de fomento, en sentido estricto (es decir, sin utilizar técnicas de limitación o coacción), podría desenvolverse en el ámbito de lo que, doctrinariamente, se conoce como ‘potestades implícitas’ o inherentes al ejercicio de una actividad cuya competencia sí se encuentra explícitamente atribuida por una norma. Si la Administración tiene competencia reconocida para intervenir o regular un determinado sector podrá utilizar las técnicas de fomento aunque no se encuentren expresamente previstas en la Constitución y siempre, claro está, que ello no colisione con otros principios constitucionales (especialmente el de igualdad de trato) o con las normas de la Comunidad Europea en materia de libre competencia. Por lo demás la doctrina de las ‘potestades implícitas o inherentes’ sólo es predicable de la cobertura constitucional pero no así del principio de legalidad en la medida que toda actuación de la Administración pública (incluida la de fomento) debe encontrarse prevista en una norma. Otra cosa es que, en el caso de la actividad de fomento, la norma habilitante pueda asumir la forma de reglamento ya que para este tipo de actividad no existe más reserva legal que la que exige la propia LGP respecto a las ayudas de tipo económico de origen presupuestario” (Villar Ezcurra, José Luis, ob. cit. [nota 4], p. 119-120)

³⁴⁸ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit. [nota 9], T. II, p. 346; Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit. [nota 190], p. 459.

³⁴⁹ García Pino, Gonzalo, “La reserva legal de derechos constitucionales: ¿Poder legislativo contra la Administración?”, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2004, pp. 170 y ss.

porque la Constitución requiere que la ley señale las excepciones a la igualdad de trato económico.

Coincidente con lo anterior, Sebastián Martín-Retortillo aborda la sujeción al principio de legalidad desde esta doble perspectiva, administrativa y presupuestaria. Por una parte, la necesidad de una norma sustantiva que establezca “las hipótesis de hecho que podrán dar lugar a la acción administrativa de fomento, las medidas que a tal fin puedan adoptarse, las condiciones básicas para acceder a ellas, la cuantía que, en su caso, puedan alcanzar, etc. Es después la Administración la que actualiza estas previsiones legales”³⁵⁰. Por otra parte, y de manera adicional, se necesita de la norma presupuestaria que haga operativa la norma sustantiva al autorizar el gasto necesario para su cumplimiento³⁵¹.

En el caso chileno esta exigencia se cumple mediante la Ley de Presupuestos del Sector Público, la que debe dotar al órgano respectivo de los recursos necesarios y ocasionalmente dará prescripciones adicionales o “glosas”.

En otros casos, la doble exigencia de la legalidad respecto de las subvenciones – de la actuación administrativa y del gasto – se realiza en un solo acto normativo, mediante la simple previsión presupuestaria. Es decir, la ley de presupuestos establece directa y conjuntamente con el gasto la facultad de otorgar subvenciones³⁵².

Una norma de esta clase cumple, al menos, con la legalidad presupuestaria, pero habrá que determinar en el ejercicio concreto de la facultad si se incumple o no con algún límite al ejercicio de potestades discrecionales como la arbitrariedad, por infracción a la igualdad o algún otro valor constitucional.

Antes de finalizar esta sección debe quedar establecido, atendida la múltiple tipología de normas legales que establece el artículo 66 de la Constitución,

³⁵⁰ Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit. [nota 190], p. 460.

³⁵¹ “En *primer* lugar, en cuanto son las previsiones presupuestarias las que necesariamente condicionan el alcance y eficacia práctica de todas las medidas de fomento. Su enunciado normativo... de nada sirve si no va acompañado de las correspondientes dotaciones presupuestarias... En *segundo* lugar, y desde perspectiva inversa o más bien complementaria de la que acaba de señalarse insistir en que es siempre la ley sustantiva la que necesariamente debe *establecer* las medidas de fomento que puedan otorgarse... El presupuesto se limita simplemente a posibilitar su gasto.” Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit. [nota 190], p. 463.

³⁵² Véase Presupuesto del Sector Público del año 2011, Partida 50, Capítulo 01, Programa 02, “Subsidios”, Subtítulo 24, ítem 002.

a qué clase de ley se refiere la Constitución cuando establece la reserva legal en materia de subvenciones.

A nuestro juicio, la regulación de las subvenciones se encuentra entregada al ámbito de la ley común³⁵³.

En las subvenciones intervienen distintos criterios para atraer la competencia sobre ellas al legislador común y excluir las mayorías calificadas.

Las subvenciones – como ya se ha recalcado – son una modalidad de gasto público, y la administración financiera es una cuestión que típicamente pertenece al legislador común fijar y al Presidente ejecutar directamente.

De acuerdo con la Constitución, la determinación de las potestades de los órganos administrativos y de los procedimientos para hacerlas efectivas son materia de ley simple (véanse los artículos 63 N° 18 y 65 inc. 4° N° 2).

El fundamento de lo anterior radica en el resguardo del esquema financiero diseñado por la Constitución, pues, aquello que significa nuevos gastos - nuevos órganos, nuevas potestades – está reservado a la autoridad que tiene la dirección financiera del país. Como debido contrapeso, la mayoría que se exige para aprobar o rechazar esa legislación es la simple mayoría de los diputados y senadores presentes.

b. Ámbito del reglamento de ejecución.

Una vez que se ha determinado que existe una reserva legal para la actividad subvencional (otorgamiento de beneficios directos), debe examinarse, como una cuestión distinta, cómo se aplican en la práctica las restricciones que impone tal reserva. En otras palabras qué condiciones debe cumplir la ley en esta materia y si es posible la colaboración reglamentaria.

La doctrina y la jurisprudencia entienden hoy en día, casi sin excepciones, que en materia de reserva de ley nuestra Constitución establece distintos niveles de exigencia³⁵⁴. Así, por una parte, habría una reserva de ley absoluta ahí donde sólo a la ley le corresponde regular. Por otra parte,

³⁵³ En el mismo sentido Fernando Vohringer, “Derecho Constitucional Económico”, T. I, Ed. Universidad Católica, Santiago, 2ª ed., 2006, p. 288.

³⁵⁴ La doctrina y la jurisprudencia al respecto son abundantes. Para conocer el estado actual de la cuestión: Carmona Santander, Carlos, “El artículo 93 N° 16 de la Constitución: estado de la cuestión y proyecciones”, en Revista de Derecho Público, N° 72, 2010, pp. 52 y ss; y la completa doctrina y jurisprudencia ahí citada.

habría una reserva de ley relativa en aquellas materias que pueden ser reguladas, además, por el reglamento.

Lo anterior, no debe ser interpretado en ningún caso como una prohibición constitucional para que intervenga la potestad reglamentaria, pues justamente corresponde a la potestad reglamentaria “de ejecución” disciplinar, subordinada a la ley, todas aquellas materias que pertenecen al dominio legal.

Así, para Gonzalo García, que distingue entre reservas regulatorias, complementadas, limitativas o prohibitivas; tratándose de la reserva del artículo 19 N° 22, estaríamos ante una del tipo limitativo, es decir, donde “la colaboración reglamentaria viene a ejecutar la reserva legal en aspectos accesorios, pero que le otorgan eficacia a la limitación”³⁵⁵.

No debe olvidarse, además, que en nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido que la reserva de ley debe moderarse por el hecho que las subvenciones no sólo producen – eventualmente – efectos negativos en la libre competencia o la igualdad en el trato económico, sino que también son, en ciertos casos, el presupuesto necesario para el ejercicio de derechos sociales reconocidos por la propia Constitución como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección de la salud y el acceso a la educación gratuita³⁵⁶.

Al respecto resulta muy reveladora la sentencia de de 26 de junio de 2001, donde se expresa que

“Si bien las normas legales en que se funda el D.S. N° 20 en estudio no cumplen a cabalidad con los requisitos de “determinación” de los derechos que podrán ser afectados y “especificidad” de las medidas que se autorizan para llevar a cabo tal objetivo que la Carta Fundamental exige a fin de restringir o limitar los derechos comprometidos en el caso sub-lite, esta Magistratura ha llegado a la convicción que tales requisitos resultan aceptables en este caso y sólo para aplicación a él. Ello, en consideración de que la medida de restricción vehicular, establecida con el carácter de excepcional y en situaciones de emergencia y pre-emergencia ambiental obedece al cumplimiento de un deber del Estado consagrado en el inciso primero del número 8° del artículo 19 de la Constitución y está destinada a proteger el derecho más preciado de los asegurados por nuestro Código Político, cual es la vida humana y la integridad física y

³⁵⁵ García Pino, Gonzalo, ob. cit. [nota 349], p. 184.

³⁵⁶ En el mismo sentido Gimeno Feliú, José María, “La actividad...” ob. cit. [nota 207], p. 944.

psíquica de las personas. Obrar de otra manera y declarar la inconstitucionalidad del D.S. N° 20 podría generar una vulneración de mayor entidad de nuestra Carta Fundamental, al no permitir la ejecución de una restricción de derechos que, atendida la situación ambiental existente, resulta necesaria para proteger la salud de la población y, por ende, lograr el bien común, finalidad primordial del Estado, establecida en el artículo 1º de la Constitución” (C. 46º, STC rol 325).

Este criterio ha sido reafirmado por el Tribunal Constitucional en sentencia de 19 de junio de 2007:

“Que la legislación sobre subvenciones es un medio –entre otros posibles- que el Estado utiliza para cumplir el deber que la Constitución le impone en el artículo 19 N° 10º, incisos cuarto y quinto, de concurrir a financiar un sistema gratuito que asegure el acceso de toda la población al segundo nivel de la educación parvularia y a los niveles básico y medio de educación, como también el deber del artículo 1º, inciso quinto, de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. A través de la subvención se procura que todas las personas gocen efectivamente del derecho a la educación, pero las normas que fijan su monto, clases y requisitos para impetrarla, no tienen el carácter de una ley que regule un derecho constitucional y, por tal razón, ha sido posible que esa legislación esté contenida en un decreto con fuerza de ley, denominado usualmente Ley de Subvenciones, lo que no sería constitucionalmente procedente si la misma tuviese el carácter de ley regulatoria de un derecho constitucional, ya que, atendido lo dispuesto en el artículo 64, inciso segundo, de la Carta Fundamental, se prohíbe delegar facultades legislativas al Presidente de la República en materias comprendidas en las garantías constitucionales;” (C. 8º, STC N° 771 de 2007)

“Que, al no contener en su texto la Constitución Política una disposición específica que fije el ámbito de la legislación sobre subvenciones, en el caso de esta ley ésta encuentra su fundamento principal en el N° 20 del artículo 63 de la Carta Fundamental que señala como materia de ley: “Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”. Estas leyes son las que, en ocasiones, se denominan leyes de bases, toda vez que el sistema de fuentes del derecho contemplado en la Constitución permite aprobar sobre cualquier asunto en que no esté vedada la intervención del legislador, pero sólo en sus aspectos fundamentales;” (C. 10º, STC N° 771 de 2007)

Fuera de lo anterior, para el Tribunal la reserva de ley se encuentra moderada aún más tratándose de la ejecución presupuestaria, de la cual la actividad subvencional es una rama más. A juicio del tribunal la importancia del presupuesto hace que deba dotarse al Presidente de todos los medios necesarios para el cumplimiento del objetivo final del gasto público.

“El principio de legalidad aplicado a la Ley de Presupuestos requiere de una interpretación constitucional flexible, racional y lógica ya que este instrumento, aunque formalmente es una ley, reúne características que le dan una categoría especial en el ordenamiento jurídico. Es, en definitiva, la herramienta con que cuenta el Estado para satisfacer gran parte de las necesidades públicas.

La diversidad de situaciones que pueden presentarse en la ejecución de la Ley de Presupuestos imposibilitan una previsión total por parte del legislador. En efecto, lo complejo y dinámico no puede regularse íntegramente con anticipación, ni puede tampoco su normativa reducirse a esquemas interpretativos apriorísticos.

En esta contingencia, el otorgamiento al Ejecutivo de facultades de ejecución resulta inevitable para el buen funcionamiento de la acción estatal.

Si no se reconociere al órgano administrativo la posibilidad de acción directa, la Ley de Presupuestos quedaría congelada y sin operatividad. Con razón se sostiene en la doctrina de que el Ejecutivo es el órgano estatal encargado de instrumentar y efectivizar esta ley” (C. 18º, STC Rol 254, 26.04.1997).

De este modo, resulta natural que la doctrina concluya que en la regulación de las subvenciones se admite una importante colaboración reglamentaria. Camacho describe el sistema chileno como uno en que “normalmente se deja que sea el reglamento el que establezca los requisitos, condiciones y finalmente los montos de la subvención”³⁵⁷.

En el caso español, para Villar, “como quiera que las medidas de fomento no implican, de suyo, limitación de derechos ni utilización de la coacción, su atribución a través de reglamento resulta muy frecuente (utilizando los mecanismos de ‘leyes en blanco’ o delegaciones normativas). En cualquier caso, la norma que reconozca y autorice la utilización de subvenciones debe respetar el principio de igualdad de trato lo cual se traduce en una reducción necesaria del ámbito de la discrecionalidad (mediante la

³⁵⁷ Camacho, Gladys, “La actividad...” ob. cit. [nota 204], p. 556.

descripción por la norma de los requisitos necesarios para obtener la subvención así como de la cuantía y demás condiciones de la misma)³⁵⁸.

A juicio de De la Riva, la intervención del reglamento es inevitable pues, de impedirlo “se corre el riesgo de introducir en el centro de la escena político-social un elemento estructural desproporcionado, de consecuencias paralizantes”³⁵⁹. Junto a ello propone como elementos mínimos de densidad normativa en la ley habilitante los siguientes: “la precisa determinación de la materia subvencionada, la descripción de los posibles beneficiarios de las medidas de favorecimiento, los requisitos básicos para acceder a las ayudas, los criterios generales de selección, y la enumeración de los beneficios a ser concedidos y de las cargas u obligaciones que puedan imponerse a los favorecidos”³⁶⁰.

c. Admisibilidad de normas inferiores al reglamento.

Más allá de la intervención del reglamento, en materia de subvenciones parte importante de su regulación se encuentra en normas de jerarquía normativa inferior. Precisamente, el problema de las normas infrarreglamentarias cobra acá su mayor relevancia pues el tratamiento de la ley, muchas veces escueto, hace que la regulación definitiva se encuentre en instrucciones y circulares (típicamente en las bases de convocatoria o en los “convenios de ejecución”).

La existencia de esta regulación de menor jerarquía puede conciliarse con los principios constitucionales a la luz de la llamada “doctrina de la reducción unilateral del ejercicio de una potestad discrecional”.

De este modo, donde el legislador ha entregado un ámbito de decisión autónomo se entiende que, implícitamente, la Administración está capacitada para dictar las normas específicas que aseguren una aplicación objetiva e imparcial de tales facultades.

En el derecho francés, se habla en este caso de “directivas” administrativas, cuya eficacia “aparece como un sucedáneo del poder reglamentario. Constituye un sistema que permite paliar los inconvenientes de la imposibilidad en que se encuentran las autoridades administrativas, en ausencia de textos, de establecer disposiciones generales e impersonales que regulen la adopción de las medidas individuales. Como el dictado de normas de conjunto previas a la adopción de medidas individuales

³⁵⁸ Villar Ezcurra, José Luis, ob. cit. [nota 4], p. 123.

³⁵⁹ De la Riva, Ignacio, “Ayudas...” ob. cit. [nota 6], p. 218.

³⁶⁰ De la Riva, Ignacio, “Ayudas...”, ob. cit. [nota 6], p. 223.

constituye una garantía tanto para la Administración como para los administrados, se reconoce a las autoridades el poder de dictar directivas, sin renunciar a su poder de apreciación, sin limitar el de los órganos inferiores y sin dictar ninguna nueva condición”³⁶¹.

La doctrina española ha señalado que, incluso, existe un grave riesgo para el interés general si no se reconociera una potestad para emanar esta clase de actos, pues “si no se les da un régimen jurídico adecuado, se deja a la Administración actuando en numerosas ocasiones al borde de la legalidad. Y hace que... los poderes que necesita se busquen por otras vías paralelas y no siempre legales”³⁶².

Más aún, existen principios constitucionales que ordenan que la Administración ejerza esta clase de facultades.

A juicio de Morote Sarrón “Para el ejercicio de cualquier potestad pública, los órganos de la Administración, antes de dictar el acto administrativo aplicativo de ella, pueden y deben interpretar los términos en los que esta potestad está atribuida y en los supuestos en que la Ley o el reglamento les conceda discrecionalidad deben elegir la solución que mejor se adapte a los intereses públicos o limitar el abanico de posibilidades a unas pocas”.³⁶³

A través de ellas, la Administración realiza “otros principios constitucionales que deben guiar la labor del ejecutivo como son la igualdad, la seguridad jurídica o la interdicción de la arbitrariedad”³⁶⁴.

En nuestro ordenamiento se autoriza expresamente en varios casos a la autoridad concedente para fijar, con carácter general, las normas para la “aplicación práctica” de las subvenciones en cada caso.

El caso paradigmático es la fijación de las bases de concursos públicos (Véase DS N° 40 de 2004, Vivienda, Reglamento del Subsidio Habitacional; DS N° 174 de 2005, Vivienda, Reglamento del Programa Fondo Solidario de Vivienda; DS N° 145 de 2007, Vivienda, Reglamento sobre Subsidio a la Vivienda Rural; Resolución N° 306 del INDAP; artículo 6° Ley N° 18.450, sobre fomento a la inversión privada en obras de riego; artículo 15 DL N° 2565, sobre fomento forestal; artículo 67, Ley N° 19.300, sobre fondo de protección ambiental; Ley 19.532, sobre subvención especial para financiar la prestación educativa bajo régimen de jornada escolar completa).

³⁶¹ Silva Cencio, Jorge, “Directivas, circulares e instrucciones de servicio en el derecho francés”, en RDP N° 25-26, 1979, p. 92.

³⁶² Morote Sarrión, José Vicente, “Las circulares normativas de la Administración Pública”, Ed. Tirant lo Blanch, 2001, p. 223-224.

³⁶³ Morote Sarrión, José Vicente, ob. cit. [nota 362], p. 237

³⁶⁴ *Ibidem*.

El DFL N° 33 de 1981, Educación, que creó el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, señala que la adjudicación de los recursos se realiza a través de un procedimiento concursal. El reglamento establece los requisitos formales que deben cumplir los postulantes, pero el resto de las reglas de otorgamiento se establecen en “normas internas” del Consejo.

En el caso de los colaboradores del SENAME, las bases se fijan para cada convocatoria y el reglamento señala un contenido mínimo de las bases (artículo 14 y 15, DS N° 841, de 2005, Justicia).

En ciertos casos, es la propia ley la que convoca la potestad reglamentaria subordinada, por ejemplo, ordenando establecer “programas de subvenciones”, con carácter general y duraderos.

En el caso del fomento a las Telecomunicaciones, la ley N° 19.724 señala que corresponde a la Subsecretaría de Telecomunicaciones elaborar un programa anual de proyectos subsidiables, el que debe ser aprobado por el Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones.

En el mayor nivel de precisión, esta regulación se hace a través de la elaboración de las bases de convocatoria que en algunos procedimientos es una fase inexcusable, donde el OAE respectivo puede fijar los procedimientos y condiciones que aseguren el cumplimiento de la finalidad legal que se les atribuye.

Un caso relevante es el de los fondos concursables que otorga el Consejo Nacional de Televisión, en que la ley se limita a ordenar que sean concedidos previo concurso público, pero el desarrollo normativo de ese concurso se encuentra únicamente en las convocatorias anuales que hace dicho organismo³⁶⁵.

En el caso del fomento a los medios de comunicación de alcance local, es el reglamento el que fija un programa y distribución de los fondos, entregando a la Secretaría de Comunicaciones de SEGEOB la facultad de fijar anualmente las bases de los concursos (artículo 2° y 3° DS N° 45, de 2001, SEGEOB).

2. Igualdad.

a. Concepciones de igualdad en la Constitución.

En el caso de nuestra Constitución la igualdad ocupa roles muy diferentes. Intentaremos aclarar el sentido en que se emplea el concepto en sus diferentes disposiciones.

³⁶⁵ Por ejemplo en http://www.cntv.cl/medios/Fondos/Antena/2010/BASES_ANTENAS_2010.pdf [consultado en enero 2011].

La igualdad ocupa en la Constitución un rol primordial, junto a la libertad. Desde ya, el artículo 1º comienza diciendo que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Esta concepción de la igualdad, por una parte, se contrapone a situaciones u ordenaciones en los cuales no *todos*, sino más bien unos *pocos*, disfrutan de bienes y derechos de los que otros carecen³⁶⁶.

Por otra parte, tiene por objeto aquellas cualidades que constituyen la esencia del hombre, la naturaleza humana: la dignidad y los derechos fundamentales³⁶⁷.

Pero la máxima no tiene un significado unívoco, sino tantos significados como respuestas haya a la pregunta ¿igualdad *en qué*?

Fuera de esta formulación más abstracta de la igualdad, la Constitución proclama en varias disposiciones el amparo a la igualdad “ante la ley”³⁶⁸, también denominada “isonomía”³⁶⁹. Esta forma de igualdad busca evitar un Estado de órdenes o de castas; el Estado en que los ciudadanos están divididos en categorías jurídicas diversas y distintas; dispuestas en un orden jerárquico rígido, de ahí que las superiores tengan privilegios que las inferiores no tienen, mientras éstas tienen cargas de las que aquéllas están exentas³⁷⁰. Contra lo que esta prescripción reacciona es contra la discriminación por nacimiento (el principio aristocrático), y no contra otras formas de discriminación³⁷¹.

Junto con la igualdad ante la ley, la Constitución ha prohibido las “discriminaciones arbitrarias”. La Constitución ha sido particularmente genérica en la consagración del principio. En virtud de él se ordena excluir toda discriminación introducida o no eliminada sin justificación³⁷². Pero no entrega antecedentes sobre qué clase de diferenciación será relevante o irrelevante para establecer el juicio “arbitrariedad” de la discriminación.

Ahora bien, la Constitución establece, además, mandatos más fuertes para realizar la igualdad. Entre estos mandatos se encuentra la noción de

³⁶⁶ Bobbio, Norberto, “Igualdad y libertad”, Ed. Paidós, Barcelona, 2000, p. 68.

³⁶⁷ Bobbio, Norberto, “Igualdad...” ob. cit. [nota 366], p. 69.

³⁶⁸ Así en el artículo 15 inc. 1º; art. 18 inc. 1º; art. 19 N° 2, N° 3 inc. 1º y 4º, N° 16 inc. 3º, N° 17 y N° 20, N° 22; art. 38 inc. 1º.

³⁶⁹ Cea Egaña, José Luis, “Derecho Constitucional Chileno”, T. II, Ed. Universidad Católica, 2003, p. 119 ss.

³⁷⁰ Bobbio, Norberto, “Igualdad...” ob. cit. [nota 366], p. 72.

³⁷¹ Bobbio, Norberto, “Igualdad...” ob. cit. [nota 366], p. 73.

³⁷² Bobbio, Norberto, “Igualdad...” ob. cit. [nota 366], p. 74.

igualdad de oportunidades (artículo 1º inc. 5º) que apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales. Resulta necesario resaltar que, precisamente, para situar a individuos que parten, por razón de su nacimiento u origen social, en condiciones desiguales, es necesario favorecer a los más desposeídos y desfavorecer a los más acomodados, es decir, introducir artificialmente, o bien imperativamente, discriminaciones de otro modo no existentes³⁷³.

En ese sentido es comprendida la igualdad de oportunidades por Cea, quien afirma que “es decir de solidaridad, que incumbe cumplir no sólo al Estado, sino que a los individuos y grupos de la Sociedad Civil entera, darle o dispensarle beneficios y privilegios a esas personas desaventajadas, precisamente para sacarlas del rezago en que se hallan”³⁷⁴.

La Constitución otorga una completa protección a la igualdad formal. No obstante, una mera igualación en capacidades jurídicas puede poner fin a la servidumbre física, pero no acaba con la explotación económica. En este respecto, no debe pasarse por alto que la Constitución ordena al legislador establecer, respecto de ciertos bienes, la igualdad en el goce de satisfacciones materiales, esto es igualdad económica. En definitiva, se trata de distribuir el bienestar, tratándose de esos bienes específicos, de manera igualitaria. Esto se realiza mediante la remoción de obstáculos de orden económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos³⁷⁵.

Así ocurre en materia de “bien común” – que debe asegurarse “a todos y cada uno” (art. 1º inc. 4º)-, del acceso a la salud (art. 19 N° 9 inc. 2º), de la educación gratuita (art. 19 N° 10 inc. 4º y 5º), del acceso a prestaciones básicas uniformes de seguridad social (art. 19 N° 18 inc. 3º), etc.

Puede concluirse que “la Constitución entrega a la sociedad política organizada la misión de, por una parte, eliminar los obstáculos que crean una desigualdad entre las personas y, por otra, de crear el ambiente social para que en el hecho exista esa igualdad”³⁷⁶.

³⁷³ Bobbio, Norberto, “Igualdad...” ob. cit. [nota 366], p. 78-79.

³⁷⁴ Cea Egaña, José Luis, “Derecho constitucional...” ob. cit. [nota 369], T. II, p. 125.

³⁷⁵ Pizzorusso, Alessandro, “Lecciones de Derecho Constitucional”, T. I, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 172.

³⁷⁶ Silva Bascuñán, Alejandro, “Tratado de Derecho Constitucional”, 2ª ed., T. XI, Ed. Jurídica de Chile, 2006, p. 111.

En su caso, la igualdad sustancial justificará las excepciones – aparentes – que debe experimentar la igualdad formal con vistas a eliminar los efectos de las discriminaciones del pasado o las disparidades de hecho originadas en la injusticia de la naturaleza³⁷⁷.

Ahora bien, en lo que respecta a la igualdad relevante para juzgar a las subvenciones, lo primero que debe considerarse es que el principio juega un papel ambivalente³⁷⁸. Por una parte, la igualdad obliga al Estado a limitarse en la dispensación de ayudas pues es inherente a la entrega de éstas la selección de los destinatarios y, por lo tanto, la diferenciación.

Por otra parte, es justamente en orden a realizar la igualdad – material y sustantiva – que el Estado se encuentra en la necesidad de otorgar las subvenciones y en general las ayudas públicas.

b. Límites que impone la igualdad al establecimiento y otorgamiento de subvenciones.

Respecto del primer punto, resulta obvio que las medidas de fomento no pueden, por definición, beneficiar a la totalidad de los sujetos privados. La Administración debe, por lo tanto, elegir quién recibirá las ayudas. “selección que supone necesariamente optar por favorecer a unos y dejar de hacerlo con otros”³⁷⁹. En otras palabras, beneficiar significa seleccionar a unos y dejar fuera a otros.

La Constitución prevé que la ley puede beneficiar algún “sector”, “actividad” o “zona geográfica”. La doctrina y la jurisprudencia constitucionales entienden que:

“con la expresión “sector” se alude a una parte de la actividad productiva o económica del país. Ejemplo, los agricultores, los acuicultores. Con la voz “actividad” se refiere la Constitución a emprendimientos determinados, con características operativas específicas; por ejemplo: los productores lecheros. Finalmente, con la expresión “zona geográfica” se alude al desarrollo económico que se lleva a cabo en un lugar del territorio nacional, que puede o no corresponder a la división político administrativa del país. En todo caso, el legislador, cuando establezca el beneficio o el gravamen, debe individualizar claramente el sector, actividad o zona geográfica.”

³⁷⁷ Pizzorusso, Alessandro, ob. cit. [nota 375], p. 173.

³⁷⁸ Sobre esta ambivalencia véase de la Riva, Ignacio, “Ayudas...” ob. cit. [nota 6], p. 201.

³⁷⁹ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 161.

(STC N° 1295, C. 92°. En el mismo sentido se expresa Humberto Nogueira³⁸⁰)

En consecuencia, no se trata de un poder que pueda ejercerse libremente: “Su adjudicación debe llevarse a cabo mediante cauces procedimentalizados, esto es, *mediante procedimientos administrativos licitatorios o de carácter competitivo*”³⁸¹.

Esta igualdad como objetividad se cautela ciertamente a través de reglas procedimentales como la motivación del acto de otorgamiento³⁸², exigencias que se encuentran comprendidas hoy en el principio de legalidad.

Debido al riesgo que el otorgamiento de subvenciones significa para los demás potenciales beneficiarios, como se ha dicho más arriba, la Constitución cautela estrechamente el ejercicio de esta facultad. Por lo tanto, la dispensa de ayudas debe estar autorizada por ley. Pero, más aún, la Constitución ordena que la entrega de beneficios “directos e indirectos” no puede significar jamás una discriminación arbitraria.

Entonces, la Constitución *autoriza* al legislador para hacer discriminaciones o distinciones; en fin, apartarse de una igualdad formal estricta. Resulta lícito hacer estas discriminaciones siempre que no constituyan una arbitrariedad. La Constitución no tiene, por tanto, un mandato absoluto de igualdad, reconociendo al legislador un ámbito propio para establecer distinciones³⁸³.

Resulta necesario, entonces, precisar qué se entiende por discriminación arbitraria para la Constitución. La pregunta es cuándo, al otorgar una subvención estará la ley discriminando arbitrariamente.

La pregunta, distinta a nuestro juicio de cuál es el alcance legítimo de la intervención en la libertad del beneficiario se responderá en la sección siguiente.

Al efecto, la doctrina ha propuesto distintos “test” o conjunto de criterios para evaluar la “razonabilidad” de una medida en concreto.

³⁸⁰ Nogueira Alcalá, Humberto, “Derechos fundamentales y garantías constitucionales”, T. IV, Santiago, Ed. Librotecnia, 2010, p. 161.

³⁸¹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit. [nota 9], T. II, p. 347.

³⁸² Véase el artículo 11 de la LBPA. En el mismo sentido de la Riva, “Ayudas...” ob. cit. [nota 6], p. 205; Fernandois Vohringer, Arturo, “Derecho ...” ob. cit. [nota 353], p. 276 y ss.

³⁸³ La justificación de la admisibilidad de tales distinciones fue, explícitamente, el crear un estatuto privilegiado para los inversores extranjeros. Es decir, se encuentra en el origen de las distinciones admisibles la finalidad de fomento económico. Véase sesión N° 393 CENC de 04.07.1978.

La teoría de la justicia otorga un punto de partida muy básico para aproximarnos a la legitimidad de las diferencias que resultan admisibles. Usemos la teoría de la justicia de Rawls, que puede considerarse la más extendida actualmente. Conforme a esta teoría, el segundo principio de la justicia o “principio de la diferencia”, dispone que “las diferencias sociales y económicas deben cumplir dos condiciones: primero, deben estar adscritas a cargos y posiciones disponibles para todos bajo condiciones de una justa igualdad de oportunidades y, segundo, deben actuar para el mayor beneficio de los miembros de la sociedad más desaventajados”³⁸⁴.

Con todo, el aporte de Rawls, demasiado abstracto, entrega pocos elementos para el análisis dogmático constitucional pues resta aún por definir quién está legitimado para establecer diferencias y a través de qué procedimientos, y qué criterios son los relevantes para determinar la mayor o menor ventaja.

Entre los constitucionalistas, Pizzorusso propone un test de razonabilidad el que “consiste en una obra de cotejo entre hipótesis normativas que requiere distintas operaciones lógicas, desde la individualización e interpretación de las hipótesis normativas mismas hasta la comparación entre ellas, desde la identificación de los contextos normativos que pueden repercutir, de un modo u otro, sobre su alcance real hasta la búsqueda de las eventuales disposiciones constitucionales que especifiquen el principio de igualdad u su alcance”³⁸⁵.

Entre los autores chilenos, la doctrina más tradicional interpreta que la discriminación arbitraria es aquella “sin fundamentación en la justicia natural o en la equidad más elemental e inconcusa, basada en el simple capricho del legislador”³⁸⁶; “contraria a una concepción elemental de lo que es ético o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable”³⁸⁷.

³⁸⁴ Rawls, John, “Justice as Fairness: A restatement”, Ed. Harvard University Press, Boston, 2ª ed., 2001, p. 42. Traducción propia. Una versión más antigua del principio es la siguiente “Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y b) unidos a los cargos y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades” (Rawls, John, “Teoría de la Justicia”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México DF, 2ª ed., 1995, p. 280).

³⁸⁵ Pizzorusso, Alessandro, ob. cit. [nota 375], p. 169. Además, el autor advierte del poder que gana el Tribunal Constitucional al entregársele un control de este tipo.

³⁸⁶ Silva Bascuñán, Alejandro, “Tratado...” ob. cit. [nota 376], T. XI, p. 124

³⁸⁷ Evans de la Cuadra, Enrique, “Los Derechos Constitucionales”, T. III, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., 2004, p. 203

Esta forma de entender a la arbitrariedad es, con todo, incompleta, pues lleva a pensar que *cualquier* limitación puede imponerse siempre que se apoye en *alguna* razón. Y resulta muy difícil encontrar diferenciaciones que no tengan *al menos una* razón en su favor.

Frente a ello, Atria propone un test de tres pasos para determinar si determinada discriminación resulta arbitraria a la luz del derecho a la igualdad. El autor propone que “para emitir un juicio *completo* sobre la constitucionalidad de una regla (en cuanto a la igualdad ante la ley), el juez debe, en primer lugar, determinar la finalidad de la ley; luego deberá conectar (o intentar hacerlo) dicha finalidad con algún interés constitucionalmente protegido, y por último deberá evaluar la racionalidad y proporcionalidad en el uso de esa discriminación legal para conseguir ese objetivo”³⁸⁸.

A su vez, Miguel Ángel Fernández ofrece una “secuencia de enjuiciamiento” para apreciar la igualdad de cuatro etapas sucesivas.

En primer lugar, se debe determinar el sentido y alcance de la norma cuya compatibilidad con el principio de igualdad se va a examinar³⁸⁹. Se trata de identificar los términos del juicio. Esto no es otra cosa que interpretar la norma.

En segundo lugar, corresponde “fijar la regla de justicia”, es decir el criterio sobre el cual se realiza la comparación entre los términos³⁹⁰.

En tercer lugar, debe resolverse si la diferencia o igualación respeta el principio jurídico de igualdad. De acuerdo con el autor, resulta imposible utilizar un modelo para apreciar la razonabilidad, de modo que el juez resuelve acá basándose exclusivamente en su prudencia³⁹¹.

En cuarto lugar, es necesario determinar los efectos que produce la declaración que un determinado precepto no respeta el principio de igualdad, lo que dependerá de los diferentes medios de control de constitucionalidad dispuestos por el derecho positivo³⁹².

³⁸⁸ Atria Lemaitre, Fernando, “Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional”, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, 1997, p. 118. Véanse pp. 106 y ss.

³⁸⁹ Fernández González, Miguel Ángel, “Principio constitucional de igualdad ante la ley”, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2001, p. 222 y siguientes.

³⁹⁰ Fernández González, Miguel Ángel, “Principio...”, ob. cit, [nota 389], p. 248 y siguientes.

³⁹¹ Fernández González, Miguel Ángel, “Principio...”, ob. cit, [nota 389], p. 256 y siguientes.

³⁹² Fernández González, Miguel Ángel, “Principio...”, ob. cit, [nota 389], p. 275 y siguientes.

Específicamente en el ámbito económico, Ferandois ofrece también un juicio de tres niveles para determinar cuándo una discriminación no deviene en arbitraria. En primer lugar, se trata de una distinción que “no distingue, al imponer regulaciones, restricciones o al conceder beneficios entre quienes se encuentran vinculados por un elemento esencial común y que, por tanto, pertenecen a la misma categoría de sujetos”³⁹³.

Para precisar la determinación de una categoría, con todo, el autor atiende a un criterio sumamente ambiguo: “iguales son aquellos que gozan de la misma cualidad esencial; desiguales, aquéllos que poseen distintas cualidades esenciales”³⁹⁴, de modo que estamos ante una petición de principios ¿cuáles son, entonces, las cualidades esenciales que definen a un grupo frente a otro?

En segundo lugar, las discriminaciones son admisibles cuando son proporcionales “en el medio propuesto por la norma en relación al fin que persigue la norma”.

Finalmente, debe ser “proporcional en la entidad o intensidad de la regulación en relación a la sofisticación del agrupamiento de sujetos destinatarios de la norma”³⁹⁵.

De este modo sería arbitrario un precepto cuando, “definiendo un grupo pequeño, poco relevante o irrelevante para el ordenamiento, imponga requisitos o atribuya beneficios de entidad considerable, desproporcionada para el grupo referido, omitiendo a sus pares para esos efectos”³⁹⁶.

Este último elemento nos lleva a un resultado absurdo en materia económica. Resultaría que una medida muy grave – un gravamen elevado – respecto de un grupo muy reducido – los ciudadanos especialmente ricos – resulta “presumiblemente” inconstitucional. La solución, como puede verse, impide el establecimiento de cualquier medida redistributiva del ingreso (v.gr. impuestos proporcionales, cargas a la propiedad, prestaciones personales obligatorias, etc.).

A mayor abundamiento, cabe destacar que a esta finalidad de asegurar el respeto a la igualdad económica *contribuye* el reconocimiento de una facultad de reducir unilateralmente el ejercicio de facultades discrecionales;

³⁹³ Ferandois Vohringer, Arturo, “Derecho ...” ob. cit. [nota 353], p. 263.

³⁹⁴ Ferandois Vohringer, Arturo, “Derecho...” ob. cit., [nota 353], p. 261.

³⁹⁵ Ferandois Vohringer, Arturo, “Derecho...” ob. cit., [nota 353], p. 263.

³⁹⁶ Ferandois Vohringer, Arturo, “Derecho...” ob. cit., [nota 353], p. 262.

mediante la dictación de instrucciones y circulares; así se cautela un ejercicio uniforme de la potestad³⁹⁷, tal como se ha analizado más arriba.

c. La igualdad exige también la promoción de los derechos.

En cuanto al segundo punto anunciado, el principio de igualdad no sólo es un límite para la actividad estatal, sino que exige del Estado la modificación de las condiciones materiales de la población con el objeto de asegurar ciertos niveles de bienestar. La definición de ellos corresponde al legislador. Esta conclusión queda clara si se atiende a las disposiciones Constitucionales que aluden al principio habilitando al legislador y al Estado.

En este sentido cobra importancia el mandato constitucional contenido en el artículo 1º inc. 4º según el cual el Estado tiene el deber de “promover el bien común”, contribuyendo a 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” constitucionales.

Esta tarea tiene especificaciones, por ejemplo, en materia de medioambiente, salud, educación, y seguridad social. Así, se dispone que el Estado tiene el deber de proteger el medio ambiente (artículo 19 N° 8 inc. 1º); tiene que asegurar el acceso a las prestaciones de salud (artículo 19 N° 9 inc. 2º); debe asegurar la gratuidad de la educación parvularia, básica y media (artículo 19 N° 10 inc. 4º y 5º); tiene que asegurar el acceso a prestaciones básicas uniformes en materia de seguridad social (artículo 19 N° 18 inc. 3º).

La Constitución se pone en la hipótesis precisamente que para lograr estas finalidades se impongan gravámenes a los derechos del resto de la población, pues la protección del medio ambiente tiene como contrapartida gravámenes a la propiedad (artículo 19 N° 8 inc. 2º), la sociedad entera tiene el deber de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación (artículo 19 N° 10 inc. 7º); y la ley puede establecer cotizaciones obligatorias para financiar el sistema de seguridad social (artículo 19 N° 18 inc. 3º).

Estos gravámenes atienden al criterio de la mayor capacidad económica: según la propiedad (como materia de medio ambiente, art. 19 N° 8 inc. 3º) y el patrimonio, porque la medida de la contribución a las cargas tributarias es justamente “proporcional” a las rentas, de modo que a mayor renta, mayor será la carga (artículo 19 N° 20).

³⁹⁷ En sentido similar de la Riva, Ignacio, “Ayudas...” ob. cit. [nota 6], p. 205.

3. Publicidad y transparencia.

a. Formulación del principio.

De acuerdo con la Constitución son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. El secreto o reserva sólo puede establecerse mediante una ley de quórum calificado (artículo 8º). Las exigencias concretas del principio de publicidad están desarrolladas en la Ley sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública, N° 20.285 (LTAIP).

La doctrina ha entendido que este principio “consiste en que las personas naturales y jurídicas, sin discriminación alguna, puedan acceder al texto de los actos y resoluciones de los órganos estatales, a sus antecedentes y fundamentos, así como a los procedimientos utilizados para llevarlos a cabo o, en su caso, los motivos para abstenerse de hacerlo”³⁹⁸.

Llama la atención que los sistemas constitucionales comparados no contemplan necesariamente, de manera expresa, la publicidad en el ejercicio de las funciones públicas. De hecho, la incorporación explícita en nuestra propia Constitución es novedosa – y en algún grado innecesaria³⁹⁹ pues se extrae implícitamente de otras reglas constitucionales ya existentes.

La importancia del principio de publicidad en materia de subvenciones arranca del hecho que sólo mediante el conocimiento por parte del público del establecimiento y del otorgamiento de las subvenciones puede cumplirse con el acceso a éstas en igualdad de condiciones, posibilitando a los damnificados en sus intereses reaccionar de manera eficaz contra las medidas que consideren violatorias de sus derechos. Resulta necesario pues evitar que la dispensa de

³⁹⁸ Cea Egaña, José Luis, “Derecho...” ob. cit. [nota 369], T. I, Ed. Universidad Católica, Santiago, 2ª ed., 2008, p. 267.

³⁹⁹ Véase Ramírez Arrayas, José Antonio, “Principio de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: alcances de la nueva Constitución de 2005”, en Zúñiga Urbina, Francisco, “Reforma Constitucional”, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2005, pp. 237 y ss. Desde ya, por una parte, existía un importante desarrollo legislativo del principio y, por otra parte, fue necesario su desarrollo legislativo y reglamentario para darle la amplia eficacia que tiene hoy. En contra de este último aspecto Fernández, Miguel Ángel, “El principio de publicidad e los actos estatales en el nuevo artículo 8º inciso 2º de la Constitución”, en Zúñiga Urbina, Francisco, “Reforma...” ob. cit., pp. 191 y ss esp. 202 y ss.

subvenciones se desarrolle únicamente ante la vista de las partes directamente implicadas⁴⁰⁰.

Preliminarmente, puede decirse que la publicidad juega un papel importante en dos fases de la actividad subvencional. Por una parte, y de manera previa, la publicidad exige que se hagan públicas las convocatorias a recibir recursos públicos mediante subvenciones.

Por otra parte, y de manera posterior, es necesario conocer quiénes han sido los beneficiarios y montos de las subvenciones. Este requisito se cumple muchas veces porque el acto administrativo respectivo debe ser publicado en el Diario Oficial.

En cualquier caso, la publicidad puede materializarse a través de numerosas vías, siempre que asegure que cualquier interesado se halle capacitado para buscar la información y acceder a ella⁴⁰¹. En general, es aplicable el régimen común de la publicidad de los actos administrativos⁴⁰².

Es interesante notar que en materia de transparencia, el Tribunal Constitucional he considerado hoy en día constituye uno de los nuevos principios del presupuesto público:

“Que no es extraño, entonces, que estos deberes de información permitan afirmar que se ha configurado un nuevo principio que regula al presupuesto. Además de los clásicos de legalidad (no se puede gastar sin autorización previa), equilibrio presupuestario (los gastos deben corresponder a los ingresos, sin que pueda haber gastos desfinanciados), preponderancia del Ejecutivo (iniciativa exclusiva, reducidas potestades del Congreso, exclusividad en la ejecución), anualidad (presupuesto dura un año), unidad (un solo presupuesto para todo el sector público), universalidad (todos los ingresos y todos los gastos que efectúa el Estado se reflejan en el presupuesto; por excepción cabe el tributo de afectación) y especialidad

⁴⁰⁰ De la Riva, Ignacio, “Ayudas...” ob. cit. [nota 6], p. 225-226.

⁴⁰¹ Cea Egaña, José Luis, “Derecho...” ob. cit. [nota 369], T I, p. 267. Es común la publicación en periódicos de circulación local, páginas web y afiches. Véanse DS N° 40, de 2004, Vivienda, sobre subvención para viviendas de hasta 2000 UF; DS N° 174 de 2005, Vivienda, sobre subvención para viviendas de hasta 650 UF; artículo 6° Ley 18.450 y artículo 3° DS N° 397, de 1996, Agricultura, sobre fomento a la inversión en obras privadas de riego. En el mismo sentido, artículo 6° DS 45 de 2001, SEGEOB.

⁴⁰² Véase el artículo 16 y 45 y siguientes de la LBPA. En la sección siguiente, sobre “procedimiento” se detallan estas medidas de publicidad.

(fecha de presentación y de despacho definidas, tramitación distinta al resto de las leyes, publicación en el Diario Oficial de sólo un resumen de ella, modificación vía potestad reglamentaria), existe ahora el de transparencia. Éste obliga al Ejecutivo a entregar cierta información de la ejecución presupuestaria al Congreso Nacional;”⁴⁰³

b. Deberes de Transparencia.

La ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública regula la transparencia desde dos puntos de vista, activa y pasiva. Ambos afectan a la actividad subvencional.

i. Activa.

En primer lugar, en cuanto al deber de transparencia activa, como ya se ha aludido al definir a la subvención en el derecho positivo nacional, la ley define a las subvenciones precisamente al regular su publicidad. En efecto, los órganos de la Administración del Estado se encuentran en el deber de mantener a disposición del público, a través de medios electrónicos, los antecedentes actualizados relativos a subvenciones (artículo 7° letra f).

Además de este deber general, es necesario llevar un registro de las transferencias. La ley intenta armonizar este mandato con el de la ley N° 19.862 que crea otro registro de personas jurídicas receptoras de fondos públicos. Como ya se ha analizado, el alcance de ambas disposiciones es diferente de modo que los órganos de la Administración del Estado respectivos se encontrarán, en su caso, obligados a mantener dos registros distintos, uno específico regido por la ley N° 19.862⁴⁰⁴, y otro subsidiario, que abarca todas las demás

⁴⁰³ STC rol 1867, C. 30°.

⁴⁰⁴ La ley N° 19.862 creó los registros de las personas jurídicas receptoras de fondos públicos. Su reglamento es el DS N° 375 de 2003, Hacienda.

En cuanto a su ámbito de aplicación, por una parte, las entidades que se encuentran obligadas a llevar los registros son los órganos y servicios públicos incluidos en la Ley de Presupuestos y los municipios que efectúen “transferencias” de fondos públicos (artículo 1° inc. 1° ley N° 19.862 y art. 1° letra a), Reglamento).

Están obligadas a llevar registros además, las instituciones que aprueben transferencias o que sancionen la asignación de fondos públicos recibidos con cargo a la partida presupuestaria Tesoro Público y las instituciones que autoricen donaciones con derecho a crédito fiscal o franquicias tributarias (artículo 1° inc. 2° y 3° ley N° 19.862 y art. 1° letras b) y c), Reglamento).

Por otra parte, las entidades que están obligadas a registrarse, son las entidades – personas jurídicas – susceptibles de recibir recursos públicos contemplados anualmente en la Ley de Presupuestos; las entidades receptoras de transferencia de fondos públicos; aquellas entidades

que reciban las donaciones que señala el reglamento (aquellas reguladas en el artículo 8º de la ley 18.985, artículo 69 de la ley 18.681, artículo 3º de la ley 19.247 y en el párrafo 5º, título IV, ley Nº 19.712.); y las personas jurídicas o naturales que realicen la donación correspondiente (artículo 1º inc. 4º y 5º ley Nº 19.862 y art. 2º, Reglamento).

El hecho que determina el ingreso al registro es la recepción de “transferencias de fondos públicos”, las que la ley ha definido como “las subvenciones a personas jurídicas, sin prestación recíproca en bienes o servicios, y, en especial, subsidios para financiamiento de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de éstos; sea que estos recursos se asignen a través de fondos concursables o en virtud de leyes permanentes o subsidios, subvenciones en áreas especiales, o contraprestaciones establecidas en estatutos especiales, y otras de similar naturaleza” (artículo 2º ley N 19.862 y art. 3º, Reglamento; El artículo 3º inc. 2º extiende el concepto de “transferencia” a las donaciones ya referidas).

Como hemos concluido antes, esta definición comparte varios de los elementos del concepto de subvención empleado en este trabajo, pero guarda importantes diferencias. Cabe ahora destacar, desde ya, que sólo se sujetan a la inscripción en el registro las transferencias hechas a “personas jurídicas”.

En cuanto a la forma de llevar los registros, éstos deben llevarse por medios computacionales y estar permanentes y de conocimiento público. Los sujetos otorgantes “de menor tamaño” podrán ser autorizados para llevar registros simplificados (artículo 4º, Reglamento).

Los registros deben tener información tanto del otorgante como del receptor (Artículo 4º ley Nº 19.862 y art. 5º, Reglamento.)

La importancia de estos registros es que actúan como requisito habilitante para recibir y para otorgar las transferencias.

De este modo, de una parte, a las entidades receptoras sólo se les podrá cursar la transferencia de fondos una vez que se encuentren debidamente inscritas en el Registro correspondiente.

La entidad que no se encuentre debidamente inscrita en el Registro correspondiente y que reciba recursos públicos deberá restituir los valores percibidos por este concepto, reajustados, más el interés máximo convencional (artículo 6º inc. 1 y 3º ley Nº 19.862 y art. 8º Reglamento).

De otra parte, se aplicará a los funcionarios que otorgaren recursos públicos a alguna de las entidades que no estén inscritas la sanción que corresponda de acuerdo a su régimen administrativo (artículo 6º inc. 2º ley Nº 19.862 y art. 8, Reglamento; El artículo 7º inc. 4º y 5º regula el régimen municipal).

La ley crea dos registros centralizados. Por una parte, el Registro Central de Colaboradores el Estado, dependiente de la Secretaría y Administración General del Ministerio de Hacienda, en el cual se registrará y acopiará toda la información asentada y proporcionada por cada uno de los registros que llevarán los órganos y servicios públicos incluidos en la Ley de Presupuestos y que asignen fondos de carácter público (artículo 9º ley Nº 18.962 y art. 7º inc. 1º a 3º Reglamento).

Por otra parte, el Registro Central de Colaboradores de las Municipalidades, dependiente de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, en el cual se registrará y acopiará toda la información asentada y proporcionada por cada uno de los registros que llevarán los municipios respectivo de las transferencias de fondos públicos a entidades receptoras de dichos fondos (artículo 10º ley Nº 18.962 y art. 7º inc. 4º Reglamento).

Cada uno de los registros subordinados debe enviar la información asentada en ellos a los dos registros centrales y estará sometido a la superintendencia del respectivo Ministerio (artículos 9º y 10 Reglamento).

subvenciones, regido por la ley N° 20.285 (artículo 7° inc. 4°). Ambos deben estar disponibles a través del sitio electrónico del servicio respectivo.

La técnica registral consiste en una medida de control del destino de las subvenciones que materializa la publicidad y acceso público respecto de los beneficiarios de los recursos del Estado.

La Contraloría ha enfatizado que “si bien, la señalada ley y su reglamento no lo indican expresamente, del contexto y espíritu de dichos cuerpos normativos, es dable entender que las obligadas a la exigencia en comento son las instituciones de derecho privado, toda vez que el propósito que persigue esa normativa, al exigir que los beneficiarios de recursos públicos se inscriban en tales catastros, es, desde luego, establecer un medio para poder individualizar adecuadamente a los receptores de esos caudales, respecto de las cuales no existe otro sistema de control que posibilite, en definitiva, resguardar debidamente el patrimonio estatal, considerando que muchas transferencias de la ley de presupuestos, atendido el carácter temporal de dicho texto, no cumplen con los supuestos que establece el artículo 25 de la ley N° 10.336, para su fiscalización por parte de la Contraloría General.”⁴⁰⁵.

El problema de interpretación más importante que se presentará respecto del deber de transparencia activa será determinar cuándo estamos en presencia de una transferencia de las definidas en el artículo 7° letra f) y, además, cómo delimitar el alcance de los dos registros que debe llevar cada órgano de la Administración del Estado según sea aplicable la ley N° 19.862, o no.

ii. Pasiva.

En segundo lugar, es necesario determinar cómo alcanza a las subvenciones el derecho al acceso a la información pública, esto es, el deber de transparencia pasiva de los órganos de la Administración del Estado.

Además, estos registros comparten recíprocamente información (artículo 10 ley N° 19.862 y art. 12 Reglamento).

Estos registros tienen carácter público y cualquier persona tiene libre acceso a los registros subordinados y a los registros centralizados (artículo 8° ley N° 19.862).

⁴⁰⁵ Dictamen N° 38.921 de 2008 y N° 51.611 de 2007.

Al respecto debe atenderse a lo prescrito en el artículo 10 de la ley N° 20.285. Un análisis dogmático de la norma⁴⁰⁶, permite llegar a la conclusión que el artículo realiza un distingo fundamental entre las distintas causas que hacen pública determinada información. La ley elabora distintos niveles, que no se comunican entre sí.

Así, en primer lugar, es pública la información “de” los órganos de la Administración del Estado.

En este caso, se encuentran, por una parte, las normas que establecen las subvenciones y que regulan su otorgamiento, cualquiera sea su naturaleza. Son actos de la Administración o constituyen su estatuto jurídico, son la expresión del ejercicio de una potestad pública, de modo que no pueden sino ser públicos. Por otra parte, al mismo régimen de publicidad se sujetan todos los actos singulares de otorgamiento de subvenciones.

La norma alcanza no solamente a los actos, sino que a “sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación”.

Lo anterior ha llevado a la doctrina a considerar que “para que exista derecho de acceso a los fundamentos y al procedimiento, debe existir un acto administrativo dictado que permita acceder a la información, que finalmente se encuentra en el expediente administrativo y que sirve de base al acto terminal en donde deben constar los fundamentos de la decisión”⁴⁰⁷.

En segundo lugar, es pública la información “elaborada con presupuesto público”. Esta causal no atiende a un criterio formal como el anterior (“actos y resoluciones”), sino que al origen de su financiamiento.

Abarca la información que no tiene su origen en una potestad pública, sino en recursos públicos. Esta norma tiene como destinatarios los beneficiarios de las subvenciones, en la medida que la actividad subvencionada involucra la elaboración de información. Los límites a

⁴⁰⁶ En esta parte seguimos las ideas expuestas por Jiménez, Guillermo, “Información de carácter público en la ley N° 20.285”, artículo sin editar.

⁴⁰⁷ Cordero Vega, Luis, “Delimitando la Ley de Acceso a la Información: Los dilemas tras la regulación”, en Raúl Letelier y Enrique Rajevic, “Transparencia en la Administración Pública”, Santiago, Ed. Abeledo Perrot, 2010, p. 36. En el mismo sentido, Camacho, Glays, “Algunas precisiones sobre el Concepto de Información Pública”, en Raúl Letelier y Enrique Rajevic, ob. cit, p. 56.

esta disposición deben ser bien delineados, pues una interpretación expansiva puede llevar a conclusiones absurdas. Por ejemplo, si bien resulta comprensible que la información que recabe un agricultor que es subvencionado, mucha de la información que se elabore con fondos públicos estará necesariamente protegida por la propiedad industrial o intelectual; así, los estudios o proyectos de nuevas plantaciones, técnicas de riego. Para el caso de las becas de estudio, se tratará de las tesis elaboradas con los fondos de becas, etc.

Debe destacarse que la Contraloría ha considerado que la sujeción al principio de transparencia por los receptos de subvenciones “no implica que tales entidades se sometan a las potestades normativas ni a la fiscalización o supervigilancia del Consejo para la Transparencia, razón por la cual no compete a ese organismo impartir instrucciones destinadas a regular el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información pública por parte de las señaladas corporaciones”⁴⁰⁸.

En tercer lugar, es pública la información que obre en poder de los órganos de la Administración. Esta información es pública en atención a que su actual detentador es un órgano de la Administración del Estado, por tanto, no atiende a su origen en una potestad pública, ni al origen de su financiamiento. Se trata de la información que no siendo elaborada por la Administración, ni por otro sujeto con fondos públicos, se encuentra en poder de la Administración por cualquier otra razón. Por tal motivo, no se exige ninguna formalización – como ocurre en el primer caso – de modo que será pública “cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”.

¿Cómo se armoniza entonces el criterio formal – acto administrativo y sus fundamentos – con el criterio material – información creada con presupuesto público e información en poder de la Administración?

Para Camacho, “la noción de información pública comprende tanto la información cuya titularidad se reconoce a la Administración, como aquella información privada que está en manos del Estado, pero sólo a título de mero detentador”, a lo que agrega que “el derecho a la autodeterminación informativa [de los individuos] debe estar en el centro del sistema”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ Dictamen N° 45.508 de 2010.

⁴⁰⁹ Camacho, Gladys, ob. cit. [nota 406], p. 54.

De la misma manera, para Viñuela “en la práctica, el legislador ha priorizado como objeto de protección suyo el libre acceso a cualquier información que tengan en su poder los órganos administrativos, contrariando con ello el resguardo de otros bienes jurídicos igualmente dignos de protección, incluso poniendo en riesgo algunos derechos protegidos en calidad de garantías constitucionales que aseguran precisamente la protección de la privacidad de las personas y de su intimidad, así como de ciertos productos de su ingenio y creatividad”⁴¹⁰.

Frente a la petición de información del particular, son aplicables todas las causales de secreto o reserva que establece el artículo 21 de la ley.

Debe tenerse presente que, según Cordero, “las causales de denegación de la información son excepcionales, que operan *ex post* a la solicitud, salvo texto legal específico, y que obligan a los organismos administrativos a formalizar la negativa (mediante resolución) con indicación precisa y concreta del fundamento de la denegación (motivación sustantiva), de manera que sea posible saber las razones de la negativa y poder hacer efectivos los controles posteriores en vía administrativa (Consejo de la Transparencia) y contenciosa (Corte de Apelaciones respectiva)”⁴¹¹.

Puede presumirse que serán especialmente relevantes para el caso de las subvenciones aquellas que atienden a los derechos de carácter comercial o económico del beneficiario (artículo 21 N° 2) y las que dicen relación con los intereses económicos o comerciales del país (artículo 2° N° 4).

El Tribunal Constitucional le ha dado una interpretación amplia a la noción de “derechos” que pueden considerarse afectados para denegar el acceso a la información⁴¹².

II. PROCEDIMIENTO.

Los principios que hemos analizado anteriormente son principios configuradores, es decir, modelan a las subvenciones como herramientas para lograr el interés público.

⁴¹⁰ Viñuela, Mauricio, “La titularidad y el objeto del derecho al acceso: una visión integrada de dicho derecho”, en Raúl Letelier y Enrique Rajevic, ob. cit, p. 180.

⁴¹¹ Cordero Vega, Luis, ob. cit. [nota 406], p. 33.

⁴¹² STC rol N° 634 de 2007, C. 23°.

Tanto la legalidad como la igualdad y la publicidad buscan, al ser aplicados, a buscar la *objetividad* en el otorgamiento de las ayudas. De lo que se trata es evitar las desviaciones que provienen, de una parte, pues la autoridad tenderá a buscar aumentar su legitimidad a través de ellas – o sea, aumentar su poder por la dispensa de las subvenciones – y, de otra parte, los particulares buscarán apropiarse de las ayudas, sin sujetarse a las cargas – que le significan un costo económico.

Es posible identificar tres modelos en cuanto al procedimiento de asignación de las subvenciones.

En primer lugar, existe una modalidad de asignación para sujetos “cualificados”, que se encuentren en la situación objetivamente reglada por la norma.

En segundo lugar, encontramos la asignación mediante concurso público.

Finalmente, el modo más tradicional de los empleados es la asignación directa por la Administración.

No es posible, a priori, decir que la objetividad es mejor servida mediante un procedimiento u otro. Ciertamente el legislador contemporáneo ha hecho del concurso público el modelo preferido, pero también a través de la asignación directa – que posee importantes controles políticos – puede lograrse eficazmente el interés público.

1. Asignación reglada.

En la asignación reglada de subvenciones, las sumas se transfieren a todos los sujetos que cuentan con una condición jurídica cualificada (“sostenedor”, “predio de aptitud preferentemente forestal”, “universidad integrante del consejo de rectores”, etc.), sin necesidad de elegirlos.

Los recursos se transfieren hasta que alcance el presupuesto. Por lo tanto, se plantea el problema sobre qué ocurre cuando los recursos no son suficientes. Para el caso español Ahumada de Ramos ha dicho que “para que la falta de dotación presupuestaria pueda ser invocada por la Administración para denegar una subvención o para limitar su cuantía es preciso que dicha circunstancia venga expresamente prevista en la norma reguladora de la subvención de que se trate”⁴¹³.

En este sistema la norma crea un estatuto especial al cual el beneficiario literalmente “se adhiere”. La Administración comprueba el efectivo

⁴¹³ Ahumada de Ramos, Francisco, “Materiales...” ob. cit. [nota 14], p. 161.

cumplimiento de este estatuto y entonces nace para el beneficiario el derecho a recibir la subvención.

En otras palabras, la Administración *no elige al beneficiario*. Ahora bien, la norma habilitante normalmente regula un procedimiento para alcanzar la calidad especial que da derecho a obtener la subvención⁴¹⁴.

El caso más paradigmático en el derecho chileno es la **subvención a la educación gratuita** que otorga el Estado a los sostenedores de establecimientos educacionales. Son “sostenedores” las personas naturales o jurídicas que asumen ante el Estado la responsabilidad de mantener en funcionamiento un establecimiento educacional⁴¹⁵.

La calidad de “sostenedor” es supuesto previo para impetrar la subvención. Con todo, la ley se encarga de establecer requisitos adicionales (v. artículo 6º DFL Nº 2 de 1998, Educación: matrícula de alumnos en situación vulnerable, requisitos para el personal docente, etc.).

En la misma situación se encuentran las subvenciones relacionadas o derivadas de la subvención a la educación gratuita, así la subvención escolar preferencial y la subvención al “financiamiento compartido”.

La **subvención escolar preferencial** es una clase de ayuda destinada al mejoramiento de la calidad de la educación de los establecimientos educacionales subvencionados que atiendan alumnos “prioritarios” que estén cursando primer o segundo nivel de transición de la educación parvularia y la educación general básica (artículo 1º Ley Nº 20.248, ley de subvención escolar preferencial y art. 1º DS Nº 235 de 2008, Educación, Reglamento).

La postulación para ingresar al régimen de subvención escolar preferencial se realizará en el mes de agosto de cada año en la correspondiente SEREMI, para incorporarse a dicho régimen a contar del inicio del año escolar siguiente.

Puede ubicarse en esta categoría también el aporte directo e indirecto del Estado a las Universidades del Consejo de Rectores. El DFL Nº 3 de 1981, Educación, regula el financiamiento de las Universidades y establece dos clases de ayudas del Estado.

Por una parte, el denominado **Aporte Fiscal Directo**, destinado al financiamiento de las universidades existentes al 31.12.1980 y de las instituciones que de ellas se derivaren, esto es, las integrantes del Consejo de Rectores⁴¹⁶ (artículo 1º).

⁴¹⁴ Véanse artículo 12 inc. 7º DL 2565, sobre Fomento Forestal; artículo 8º DFL Nº 2 de 1998, Educación, sobre subvención del Estado a los Establecimientos Educacionales; artículo 12 Ley Nº 20.248, sobre Subvención Escolar Preferencial; artículo 4º y siguientes DFL Nº 3 de 1981, Educación, sobre Financiamiento de las Universidades.

⁴¹⁵ Véase artículo 2º DFL Nº 2 de 1998, Educación.

⁴¹⁶ Véase la ley Nº 11.575, artículo 36, letra c).

El aporte se determina anualmente en la Ley de Presupuestos y tiene dos componentes. Primero, un 95% se determina sobre la base del aporte recibido en el año 1989 y, segundo, un 5% se determina sobre la base de los criterios de calidad que establece la ley⁴¹⁷. La distribución se hace anualmente mediante DS (artículo 2º).

Por otra parte, se establece el denominado **Aporte Fiscal Indirecto**, destinado a todas las universidades, institutos profesionales y centros de formación técnica, reconocidos por el Estado como instituciones de educación superior.

La ayuda se distribuye entre las instituciones de educación superior que hayan seleccionado a los 27.500 puntajes más altos en la PAA (hoy PSU) (artículo 3º).

Lo mismo ocurre con el **fomento forestal**. La subvención forestal se encuentra regulada en el DL 2565 y en el DS N° 193 de 1998, Agricultura, y es una atribución patrimonial ("bonificación") que se otorga una sola vez por cada superficie, equivalente a un porcentaje de los costos netos de las actividades que señala la ley y siempre que tales actividades cuenten con la aprobación de calificación de terrenos de aptitud preferentemente forestal respectiva (artículo 12 DL 2565).

La calificación de terrenos de aptitud preferentemente forestal es una certificación que otorga CONAF sobre los terrenos que, por las condiciones de clima y suelo, no deban ararse en forma permanente, estén cubiertos o no de vegetación, excluyendo los que sin sufrir degradación puedan ser utilizados en agricultura, fruticultura o ganadería intensiva (artículo 4º y 2º DL 2565).

En el caso del llamado **subsidio para el transporte público remunerado**, regulado por la ley N° 20.378, la ley destina un monto global de gastos, que se distribuye territorialmente y según cada una de las categorías de servicios de transporte, según una fórmula (artículo 2º y 3º de la ley). Por tal razón, el otorgamiento del subsidio está directamente vinculado al título habilitante con que debe gozar el prestador del servicio, esto es, autorización o concesión según corresponda de acuerdo con la ley N° 18.696. El pago de la subvención se hace periódicamente, según esté determinado en los respectivos títulos (artículos 3º, 4º, 5º y 9º, DS N° 5, de 2010, Transportes y Telecomunicaciones).

El financiamiento público a las **campañas electorales** se otorga, en principio, a los partidos políticos (artículo 13 bis y 14, Ley N° 19.884). Para

⁴¹⁷ El artículo 2º señala como variables para determinar el nivel y progreso académicos de las instituciones los siguientes: alumnos de pregrado/número de carreras de pregrado; alumnos de pregrado/jornadas académicas completas equivalentes totales; jornadas académicas completas equivalentes con grado académico de magíster y doctor/jornadas académicas completas equivalentes totales; número de proyectos financiados por el Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología y otros organismos/jornadas académicas completas equivalentes totales; y número de publicaciones incorporadas a revistas científicas de reconocimiento internacional/jornadas académicas completas equivalentes totales.

otorgar el financiamiento a candidatos independientes se señalan requisitos especiales (artículo 14, inciso primero, última parte). El financiamiento se materializa en un título de crédito endosable (artículo 14 bis).

La creación del estatuto “cualificado” que hemos descrito debe someterse a los límites generales que establece nuestra Constitución para la regulación de los derechos, particularmente cuando recae en derechos básicos como la libertad de enseñanza (v. infra).

2. Concurso público.

a. Generalidades.

La asignación mediante concurso público es actualmente el modelo preferido por el legislador para el otorgamiento de subvenciones.

En ausencia de una regulación general, el modelo del concurso público nos servirá de paradigma de régimen jurídico. Aunque no existe un único modelo de concurso en nuestro ordenamiento, es posible observar constantes, que se describen a continuación. Algunos estatutos especiales se alejan o acercan más al modelo general, pero en todos encontramos la *elección competitiva de los postulantes*, elemento común a todos los concursos.

La estructura general del procedimiento es la siguiente.

- i. Se inicia por la convocatoria que realiza la autoridad, nacional o regional. Esta convocatoria es realizada con una publicidad adicional a la de los actos administrativos comunes, pues se dispone la publicación en periódicos o medios electrónicos.

En la convocatoria se dan a conocer las “bases de postulación”, sea que se hayan elaborado de manera previa, con carácter general, o que se aprueben precisamente para el concurso al que se convoca.

En las bases se especifican las condiciones que deberá cumplir tanto el proyecto, como la ejecución de la actividad o, incluso, el control que ejercerá la autoridad.

- ii. Luego, se abre el plazo para presentar postulaciones. Para facilitar la verificación por la autoridad del cumplimiento de los requisitos mínimos para postular, se prevé la obligación de acreditarlos mediante documentos e incluso existe una etapa de examen de admisibilidad. Para hacer el procedimiento más eficaz, se ordena a la autoridad proveer de formularios o medios electrónicos para realizar la postulación, o ambos.

- iii. Presentadas las postulaciones, la Administración realiza el proceso de selección. Este proceso puede estar compuesto de dos sub-etapas. Por una parte, la evaluación, donde a los proyectos se les da un “valor” o puntaje de acuerdo a los criterios objetivos que señala la ley, el reglamento o, en su caso, las bases de postulación. Por otra parte, la selección, donde se establece qué proyectos en concreto recibirán financiamiento.

En ambas etapas la Administración puede contar con la opinión de comités de expertos.

- iv. El proceso termina con la comunicación de los seleccionados al público en general y a los beneficiarios en particular. De acuerdo con Jorge Bermúdez “si transcurre el plazo y no hay resolución expresa, se puede entender que no se concede la subvención aplicándose la regla del silencio administrativo negativo consagrada en el artículo 65 de la LBPA”⁴¹⁸.
- v. Antes del perfeccionamiento de la subvención se inserta, , en favor de los omitidos, una etapa de impugnación, la que puede fundarse en vicios de imparcialidad de los evaluadores⁴¹⁹.

Ahora bien, la subvención se perfecciona con la recepción propiamente tal de la atribución patrimonial en que consiste. Aquí pueden encontrarse dos formas para cumplir con el trámite. Cuando el legislador emplea la expresión “subsidios”, se entrega al beneficiario un “certificado”, o título transferible, que la Administración paga cuando verifica el cumplimiento de las condiciones de la subvención.

Ese certificado se hace *abstracto*, es decir, se independiza de su causa – el carácter de beneficiario – y adquiere carácter transferible. Esta circunstancia permite que el beneficiario acceda a fuentes de financiamiento, pues su subvención adquiere un valor en el mercado.

Por su parte, en los fondos concursables la asignación requiere de la suscripción de un “convenio” entre la Administración y el beneficiario. En este caso la entrega queda perfecta cuando se comprueba que se ha dado cabal cumplimiento al convenio respectivo.

⁴¹⁸ Bermúdez Soto, Jorge, ob. cit. [nota 1], p. 198.

⁴¹⁹ Estos medios de impugnación deben entenderse supletoriamente en relación a los establecidos por la LBPA. Constituyen recursos contra actos de trámite que hacen imposible continuar el procedimiento, al menos respecto del interesado.

b. Tipología.

Dentro de la categoría de la asignación de subvenciones por concurso público es posible describir, como ya se ha adelantado, dos modelos regulatorios que son empleados por el legislador hoy en día y que destacan por su unidad de régimen. Se trata de los fondos concursables y los llamados “subsidios”.

i. Fondos Concursables.

Los fondos concursables son patrimonios creados por la ley y administrados por un órgano de la Administración del Estado, normativamente destinados a financiar actividades de interés público, realizadas por sujetos distintos del ente otorgante.

Se caracterizan porque son administradas por órganos administrativos con carácter descentralizado.

Son asignados mediante concurso público resuelto por la autoridad respectiva con la participación de órganos colegiados, con carácter técnico, que colaboran en la etapa de selección⁴²⁰.

Finalmente, su entrega requiere de la suscripción de un convenio entre el otorgante y el beneficiario. Las sumas pueden entregarse antes de iniciar la ejecución o cuando ésta ya ha concluido. Sin embargo, la asignación sólo queda perfecta cuando la Administración comprueba que los recursos se han empleado satisfactoriamente en la actividad que originó la subvención.

Son, hoy en día, el medio de fomento típico que emplea el legislador para otorgar subvenciones.

Así, el **Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes**, está destinado a financiar, total o parcialmente, proyectos, programas, actividades y medidas de fomento, ejecución, difusión y conservación de las artes y el patrimonio cultural en sus diversas modalidades y manifestaciones (artículo 28 ley N° 19.981).

En él, se distinguen seis líneas de financiamiento: fomento de las artes, desarrollo cultural regional, conservación y difusión del patrimonio cultural, desarrollo de las culturas indígenas, desarrollo de infraestructura y becas y pasantías.

Por su parte, el capítulo III de la ley N° 19.891 crea el **Fondo de fomento Audiovisual**, destinado a otorgar ayudas para el financiamiento de

⁴²⁰ Por ejemplo, en el caso del Fondo de la Cultura y las Artes la evaluación y selección de los proyectos se realiza por Comités de Especialistas y Jurados, respectivamente. Están sujetos a incompatibilidades e inhabilidades. Los perjudicados pueden impugnar el proceso de selección basándose en tales causales (artículos 12 y siguientes DS N° 65 de 2004, Educación).

proyectos, programas y acciones de fomento de la actividad audiovisual nacional (artículo 8º).

Cabe destacar que el fondo tiene tres “líneas de acción”. En primer lugar, los “programas y subvenciones” reembolsables hasta un 50%, siempre que generen ingresos netos en la comercialización de la producción audiovisual.

En segundo lugar, “programas y subvenciones” no reembolsables.

En tercer lugar, premios anuales a las obras audiovisuales, autores, artistas, técnicos, productores y actividades de difusión y preservación patrimonial de la producción audiovisual nacional (artículo 9º ley N° 19.891).

El título II de la ley N° 19.928 sobre fomento de la música chilena, crea un **Fondo para el Fomento de la Música Nacional**, destinado a financiar las actividades y objetivos del Consejo de Fomento de la Música Nacional, esto es, la difusión de la música nacional y el otorgamiento de becas de estudio; estudios y campañas de promoción y el estímulo a las orquestas juveniles (artículo 5º ley n° 19.928).

Dado que el Fondo se distribuye entre todas las funciones que le corresponden al Consejo, se distinguen tres modalidades de asignación: concurso público, licitación y asignación directa. Sólo la primera y la tercera se destinan a ayudas, pues la licitación se reserva para la contratación de servicios con cargo al Fondo.

La distribución mediante concurso público está destinada al fomento de la interpretación y ejecución del repertorio de música nacional, mediante colaboración con festivales y certámenes en los cuales se convoque a autores, compositores, intérpretes, investigadores y recopiladores nacionales; al fomento, reconocimiento, apoyo y estímulo de actividades de instituciones, medios de comunicación y personas naturales y jurídicas que se destaquen en la difusión de la música nacional; al apoyo de establecimientos educacionales de nivel prebásico, básico, medio y superior en la difusión y conocimiento del repertorio de música nacional; y al fomento de la producción de fonogramas de música nacional y apoyo a la publicación, promoción y difusión de dichos fonogramas (artículo 7º DS N° 187 de 2004, Educación).

A su vez, el **Fondo Nacional para el Fomento del Deporte**, creado por la ley N° 19.712, se destina a financiar, total o parcialmente, proyectos, programas, actividades y medidas de fomento, ejecución, práctica y desarrollo del deporte en sus diversas modalidades y manifestaciones (artículo 41).

La ley N° 20.378 regula, además del subsidio al transporte remunerado del que ya se trató, un **Programa de Apoyo al Transporte Regional**. En él, se dispone de una cantidad total de recursos de los cuales se puede disponer mediante concurso (artículo 5º, letra a) de la ley y DS N° 4, de 2010, Transportes y Telecomunicaciones). La entrega final de los recursos se formaliza a través de un convenio que se celebra entre el Ministerio de Transportes u otras entidades con presencia local.

En la misma situación se encuentra la subvención especial para la prestación del servicio educacional bajo régimen **de jornada escolar completa** (artículo 7º Ley Nº 19.532 y 100 y siguientes del Reglamento, DS Nº 755, de 1997, Educación). El otorgamiento se perfecciona con la celebración de un convenio (artículo 8º Ley Nº 19.532).

Lo mismo ocurre en el fomento a la investigación científica y tecnológica. El DFL Nº 33 de 1981, Educación, creó el **Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico**, destinado a financiar proyectos y programas de investigación científica o tecnológica.

Su reglamento es el DS Nº 834 de 1982, Educación.

Se forma por los aportes de la Ley de Presupuestos. Además, se complementa por las herencias, legados y donaciones con que sea favorecido (fondos fiduciarios) y con los recursos provenientes de la asistencia técnica internacional que no tengan una destinación específica.

Es administrado por el Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, integrado por el Ministro de Educación, el Ministro de Hacienda y el Ministro de Planificación, o sus representantes.

Del Consejo Nacional dependen a su vez el Consejo Superior de Ciencia y el Consejo Superior de Desarrollo Tecnológico.

CONICYT tiene a su cargo la distribución “con total autonomía” de los recursos del Fondo.

La ley establece que la adjudicación de los recursos se realiza a través de un procedimiento concursal.

El reglamento establece los requisitos formales que deben cumplir los postulantes, pero el resto de las reglas de otorgamiento se establecen en “normas internas” del Consejo.

Un caso especial lo representa el fomento a las telecomunicaciones. El **Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones** se asigna por concurso público (artículo 28 F y 28 G, Ley Nº 19.724 y DS Nº 353, de 2001, Transportes y Telecomunicaciones). Su formalización no es a través de un convenio sino que mediante el otorgamiento de un título administrativo habilitante, según las reglas generales de la ley general de telecomunicaciones.

En el caso de las **subvenciones a la radiodifusión televisiva**, tanto el Fondo CNTV como el Fondo “Antenas” deben otorgarse, por expreso mandato legal, mediante concurso público (artículo 12 b) y 13 bis, ley Nº 18.838). El desarrollo normativo de esos concursos ha sido abordado por el Consejo mediante resoluciones.

También las **subvenciones a los medios de comunicación de alcance local**, el otorgamiento sigue este modelo, véase el DS Nº 45, de 2001, SEGEOB. El otorgamiento se formaliza mediante la suscripción de un convenio de ejecución.

Asimismo, el **Fondo Mixto de Apoyo Social** se otorga a través de este procedimiento (artículos 11 y siguientes del DS Nº 266 de 2004,

Planificación). Sus destinatarios son entidades sometidas a un registro especial. Del mismo modo, el otorgamiento se formaliza mediante la suscripción de un convenio de ejecución.

El **Fondo de Capacitación y Empleo**, en principio, los destinatarios son los empleadores, los organismos técnicos de capacitación y las Universidades, Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica reconocidos por el Ministerio de Educación, y las Municipalidades, todos quienes deben estar en el registro respectivo (artículo 12 y 47 Ley N° 19.518). El procedimiento de asignación es concursal (licitación pública).

El **Fondo Concursable para Asociaciones de Consumidores** creado por el artículo 11 bis de la ley N° 19.496, se otorga sólo a las asociaciones registradas que tengan a lo menos 6 meses de vigencia. El procedimiento es concursal y se materializa a través de un convenio (artículo 11 a 17 DS N° 37 de 2005, Economía).

Asimismo, el Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público emplea el procedimiento concursal para la asignación de sus recursos. Cabe llamar la atención que el Fondo es administrado por consejos regionales, según bases generales que fije el Consejo Nacional (artículo 21 y siguientes Ley N° 20.500).

ii. **Subsidios mediante títulos transferibles.**

En nuestro ordenamiento, se llaman “subsidios”⁴²¹ a ciertas ayudas que se entregan por una sola vez al beneficiario, destinadas a una actividad que resulta de interés público.

Se caracterizan porque, la entrega se perfecciona por la emisión de un título transferible o certificado de subsidio.

El caso típico de esta forma de asignación es el sistema de subsidios a la vivienda.

El llamado “subsidio” habitacional es una ayuda estatal directa, que se otorga por una sola vez al beneficiario, sin cargo de restitución por parte de éste, y que constituye un complemento del ahorro que necesariamente deberá tener el beneficiario y, en su caso, del crédito habitacional que contrate, para financiar la adquisición o construcción de una vivienda económica, esto es, aquella definida por el artículo 162 LGUC (artículo 1° letra e), DS N° 40 de 2004, Vivienda).

En la misma situación se encuentra el Fondo Solidario de Vivienda, en sus dos modalidades, regulado en el DS N° 174 de 2005, Vivienda. La subvención consiste en una ayuda estatal directa, que se otorga por una sola vez al beneficiario sin cargo de restitución por parte de éste y que

⁴²¹ No debe olvidarse que la misma expresión se utiliza para describir las prestaciones o transferencias de carácter asistencial que se otorga a ciertas personas a causa de la situación objetiva de necesidad en que se encuentran. Para distinguirlos llamaremos a los subsidios que se tratan en esta sección “subsidios mediante títulos transferibles”.

constituye un complemento del ahorro que necesariamente deberá tener el beneficiario, destinado a las familias que viven en condiciones de vulnerabilidad (artículo 2º).

El reglamento regula dos clases de subvenciones según su destinatario. Por una parte, el programa Fondo Solidario de Vivienda I, destinado a las familias que viven en condiciones de pobreza o indigencia.

Por otra parte, el programa Fondo Solidario de Vivienda II, destinado a las familias comprendidas dentro del 40% de los hogares con mayor vulnerabilidad (artículo 2º).

Asimismo, el sistema de subsidio habitacional rural, que se encuentra regulado en el DS N° 145 de 2007, Vivienda, consiste en una ayuda estatal directa, que se otorga por una sola vez al beneficiario, sin cargo de restitución por parte de éste, y que constituye un complemento del ahorro, para la construcción de una vivienda emplazada en cualquier lugar del país, excepto las áreas urbanas de localidades de más de 2.500 habitantes, destinado a familias comprendidas dentro del quintil de mayor vulnerabilidad del país, que cuenten con terreno apto para ello.

Puede mencionarse también el subsidio para el deporte esto es, una ayuda estatal directa que se otorga por una sola vez al beneficiario, sin cargo de restitución, y que constituye un complemento del ahorro previo que necesariamente deberá tener el beneficiario, para financiar (i) la adquisición, construcción y habilitación de recintos deportivos y (ii) para la adquisición de inmuebles destinados a la práctica del deporte y al funcionamiento de las organizaciones deportivas (artículo 51 ley N° 19.712)

Una vez otorgado el certificado y destinado a la finalidad prevista para la concesión de la subvención, el negocio jurídico – de derecho privado – respectivo contendrá el régimen de afectación al interés público.

Así, en el caso del subsidio a la vivienda, en el contrato de adquisición de la vivienda respectiva consta la prohibición de enajenar y el deber de destinar el inmueble al fin habitacional⁴²².

Es lo que ocurre también en el Fomento a la Inversión en Obras Privadas de riego, que se regulan en la Ley N° 18.450 y el DS N° 397, de 1996, de Agricultura. Se inicia por convocatoria trimestral. Los proyectos de postulación deben estar suscritos por consultores acreditados. La selección se hace por orden de prelación según puntajes objetivos. Los resultados se publican en el D.O. y en un diario de circulación nacional. El procedimiento termina con la emisión de un “certificado de bonificación al riego y drenaje”.

⁴²² Véanse especialmente los artículos 43 y siguientes del DS N° 40 de 2004, Vivienda. La prohibición se inscribe en el Conservador de Bienes Raíces respectivo. Puede sostenerse que la inscripción tiene por efecto hacer oponible a terceros y darle publicidad a la prohibición, pero produce efectos respecto de las partes en virtud del acto administrativo que otorga el certificado de subsidio.

Cabe destacar asimismo el Fondo de conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo, creado por la ley N° 20.283 – desarrollada por el DS N° 95, de 2008, Agricultura. El procedimiento de otorgamiento es mediante concurso público (artículo 24 de la ley en relación a los artículos 10 a 23 del reglamento). Una vez otorgado el beneficio – o, incluso, si se ha declarado provisionalmente – el titular puede disponer de él, transfiriéndolo (artículo 34 de la ley).

Un caso especial, en que concurren varias formas de selección es el de los colaboradores del SENAME. En primer lugar, porque los destinatarios de la subvención deben ser personas jurídicas acreditadas o personas naturales profesionales⁴²³, o sea, deben poseer previamente una calidad jurídica especial y estar incorporados en un registro. En segundo lugar, porque el otorgamiento de la subvención requiere la selección mediante concurso público. En tercer lugar, se celebra un convenio con el destinatario. También se prevé la asignación directa para el caso que el concurso fracase o en emergencias⁴²⁴.

3. Asignación directa.

Esta es la modalidad más excepcional de asignación de subvenciones. Es posible encontrar manifestaciones de esta asignación en dos áreas.

En primer lugar, cuando la norma solamente establece la facultad de otorgar la subvención, pero sin relación a otra norma que regule el procedimiento ni las condiciones objetivas para la asignación.

Eso es lo que ocurre, por ejemplo, con la ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2011 partida 50, capítulo 01, programa 02, subtítulo 24, ítem 01002.

La glosa respectiva señala requisitos formales mínimos y medios de control político de la subvención: "Sólo se podrán otorgar a personas jurídicas del sector privado que no persigan fines de lucro. La Dirección de Presupuestos elaborará trimestralmente una nómina de los decretos totalmente tramitados en el período, que dispongan subvenciones con cargo a esta asignación, identificando sus destinatarios y finalidad, la que remitirá a las Comisiones

⁴²³ Deben ser personas jurídicas sin fines de lucro que, con el objeto de desarrollar las acciones previstas en la ley, sean reconocidas como tales, en la forma y condiciones exigidas por la ley y su reglamento (artículo 4° N° 1, Ley N° 20.032 y DS N° 841, de 2005, Justicia). También, pueden ser beneficiarios las personas naturales que tengan idoneidad y título profesional para el desarrollo de la línea de acción de diagnóstico (artículo 6° Ley N° 20.032).

⁴²⁴ El concurso público, que sigue la estructura señalada en esta sección se regula en los artículos 25 de la Ley N° 20.032 y 11 a 22 del Reglamento, DS N° 841, de 2005, Justicia.

de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputados dentro de los 15 días siguientes al de vencimiento del respectivo trimestre”.

Cabe destacar que en relación a estos deberes de información, el Tribunal Constitucional ha resuelto lo siguiente:

“Que no es extraño, entonces, que estos deberes de información permitan afirmar que se ha configurado un nuevo principio que regula al presupuesto. Además de los clásicos de legalidad (no se puede gastar sin autorización previa), equilibrio presupuestario (los gastos deben corresponder a los ingresos, sin que pueda haber gastos desfinanciados), preponderancia del Ejecutivo (iniciativa exclusiva, reducidas potestades del Congreso, exclusividad en la ejecución), anualidad (presupuesto dura un año), unidad (un solo presupuesto para todo el sector público), universalidad (todos los ingresos y todos los gastos que efectúa el Estado se reflejan en el presupuesto; por excepción cabe el tributo de afectación) y especialidad (fecha de presentación y de despacho definidas, tramitación distinta al resto de las leyes, publicación en el Diario Oficial de sólo un resumen de ella, modificación vía potestad reglamentaria), existe ahora el de transparencia. Éste obliga al Ejecutivo a entregar cierta información de la ejecución presupuestaria al Congreso Nacional;⁴²⁵”

En este mismo caso se encuentran las subvenciones municipales, que son una especie de ayuda destinada a personas jurídicas, públicas o privadas, sin fines de lucro, que colaboren directamente en el cumplimiento de las funciones del Municipio o bien a las corporaciones y fundaciones de las que formen parte (artículo 5º letra g) y artículo 132 LOCM). La ley no establece un procedimiento especial de asignación.

En ambos casos, nada impide que la autoridad pueda reducir unilateralmente el ámbito de discrecionalidad a través de resoluciones o bases de convocatoria a presentar proyectos.

En segundo lugar, encontramos casos de asignación directa cuando en una subvención que se otorga normalmente por concurso público, excepcionalmente la ley o el reglamento reservan un espacio para la asignación directa.

Así, en el **Fondo de desarrollo indígena** regulado por el DS N° 396 de 1993, Planificación, se contempla la asignación de recursos “directamente” para proyectos o programas que sólo sea posible ejecutarlos a través de universidades, organismos de investigación o entidades de alta especialización, los cuales no necesitarán estar inscritos en el Registro. En

⁴²⁵ STC rol 1867, C. 30º.

este caso se requiere aprobación específica del Consejo CONADI (artículo 4°).

Asimismo, el **Fondo de Protección Ambiental**, los proyectos o actividades de protección ambiental, cuyo monto no exceda de 500 UF, son seleccionados por el Director Ejecutivo CONAMA, según bases definidas por el Consejo Directivo (artículo 67 Ley N° 19.300).

En la ley N° 19.532, sobre subvención a la prestación educacional en **jornada escolar completa**, la subvención o “aporte de capital” puede, excepcionalmente y mediante decreto supremo fundado, asignarse por procedimientos distintos al concurso o eximir de algunos requisitos para acceder, en situaciones especiales de necesidad pública, alta vulnerabilidad o fuerza mayor (artículo 7° ley N° 19.532 y artículo 153 DS N° 755 de 1997, Educación).

En el **Fondo de Fomento Audiovisual**, excepcionalmente, la ley reserva un 20% de los recursos para que puedan ser asignados directamente por el Consejo, sin concurso público, para financiar actividades destinadas a mejorar la comercialización de obras audiovisuales nacionales en el extranjero; para financiar programas y proyectos de resguardo del patrimonio audiovisual chileno y universal; para otorgar subvenciones para el desarrollo de festivales nacionales de obras audiovisuales; y para apoyar programas para el desarrollo de iniciativas de formación y acción cultural realizadas por salas de cine arte y centros culturales (artículos 7° N° 16 y 9 letras e), g) y h) ley N° 19.891). Acá, el reglamento dispone reglas de imparcialidad, y regula el convenio de ejecución, el cumplimiento de los proyectos y control de estos fondos (DS N° 151 de 2005, Educación).

En el Fondo **de Fomento de la Música Nacional**, la asignación directa se emplea para financiar proyectos, a iniciativa de los beneficiarios potenciales. Los proyectos son evaluados por Comités de Especialistas, nombrados por el Presidente del Consejo. La aprobación definitiva de los proyectos se realiza por el Presidente mediante resolución. La elección debe someterse a los criterios señalados en el reglamento, esto es, excelencia y calidad de la postulación, impacto social y artístico, descentralización, pertinencia respecto de las políticas de desarrollo definidas por el Consejo (artículo 28 DS N° 187 de 2004, Educación, Reglamento del Fondo). Los aportes se perfeccionan mediante la suscripción de convenios de colaboración entre el Consejo y las entidades receptoras. Si se trata de becas, debe individualizarse a los beneficiarios (artículo 29 Reglamento).

Lo mismo ocurre con el **Fondo de Fomento del Deporte**, donde se reserva una parte para el financiamiento de proyectos deportivos que se encuentren dentro de los fines del Fondo, a iniciativa de los propios postulantes. El Instituto selecciona los proyectos priorizando aquellos destinados al deporte escolar, el monto de aporte de la contraparte, la relación con los planes comunales o regionales de desarrollo deportivo y la proyección de mediano y largo plazo de los proyectos. Para ello debe establecer los parámetros de selección previamente (artículo 19 DS N° 46 de 2001, Reglamento del Fondo de Fomento del Deporte).

Del mismo modo, tratándose del **Fondo de conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo**, los recursos excedentes, o sea, la diferencia que no haya sido entregada a través del sistema concursal, puede entregarse directamente por razones fundadas (artículo 30, ley N° 20.283, en relación a los artículos 25 y siguientes del DS N° 95, de 2008, Agricultura).

Puede concluirse que esta forma de asignación es empleada excepcionalmente. La regla general es que se empleen otras formas de asignación donde la elección del beneficiario resulta más objetiva.

III. CONTENIDO DE LA RELACIÓN SUBVENCIONAL.

La sección final del presente capítulo está destinada a observar cuáles son los derechos, deberes y potestades que crea la subvención, por una parte, para el beneficiario y, por otra parte, para la Administración otorgante.

Se agrega, al final del capítulo, un título sobre el control financiero de la subvención, que presenta una complejidad especial en el derecho chileno, por la presencia de distintos órganos de control.

1. Situación del beneficiario.

La posición jurídica del beneficiario tiene un elemento activo y otro pasivo, es decir, el receptor tiene derecho a percibir la subvención, siempre que cumpla con la actividad prevista en la norma jurídica.

Aunque en principio el poder público es libre de regular dicha actividad, debe hacerlo respetando la esfera individual del beneficiario, cuando afecta derechos fundamentales.

a. Sobre el beneficiario recae el deber de realizar la actividad subvencionada.

Como se ha demostrado largamente, forma parte del concepto mismo de subvención, y así lo confirman los múltiples ejemplos en nuestro positivo, su carácter afectado a una finalidad de carácter público. De este elemento teleológico se desprenden el haz de consecuencias que conforman el contenido de la relación subvencional.

Tratándose del beneficiario este contenido tiene dos caras, una activa y otra pasiva. Ambas, se insiste, están determinadas por este carácter finalista de la subvención.

“Del acto de otorgamiento surge un auténtico y efectivo derecho subjetivo a favor del beneficiario, sin perjuicio de que en la relación jurídica entablada, junto a esa situación jurídica activa, el mismo beneficiario aparezca inmerso en una situación jurídica pasiva..., configurándose así una relación jurídica compleja en cuanto que, desde la perspectiva del ente beneficiario de la ayuda, coexiste una situación de poder... y una situación de deber”⁴²⁶.

⁴²⁶ Fernández Farreres, Germán, “De nuevo...” [nota 189], ob. cit., p. 51.

En cuanto al primer aspecto, el activo, resulta necesario distinguir la situación en que se encuentra el beneficiario frente a la norma que establece la subvención y ante el acto de otorgamiento.

La verdad es que ante el primero no puede afirmarse siquiera que exista un beneficiario, pues éste se define propiamente por el acto de otorgamiento. Por lo tanto, antes de un acto de otorgamiento, no hay situación activa ni pasiva, en el mejor caso habrá una expectativa de obtener la subvención. Ahora bien, verificado el acto de otorgamiento el beneficiario propiamente tal es titular de un verdadero derecho subjetivo.

Así lo expresa Gimeno al decir que la “discrecionalidad administrativa es residenciable tanto en el otorgamiento como en la elección del beneficiario de la subvención, no así en su revocabilidad”⁴²⁷ (v. infra, sección siguiente).

La doctrina comparada y nacional está conteste en que el beneficiario tiene, respecto de la subvención que ya ha sido otorgada, un derecho subjetivo a percibir la suma de su importe. Por lo tanto, respecto de la revocación de las subvenciones resulta aplicable el artículo 61 de la LBPA.^{428 429} En otras palabras la revocación no puede amagar derechos adquiridos legítimamente.

En cuanto al segundo aspecto, se revela el contenido del deber que constituye la afectación de las subvenciones desde el punto de vista del beneficiario. Sus obligaciones consisten principalmente en “la realización de la actividad que constituye el fundamento de la subvención que le fue concedida... Esta obligación se refuerza con otras de carácter instrumental”⁴³⁰.

En consecuencia, el primer deber del beneficiario consiste en aplicar los fondos entregados a la finalidad prevista en la norma y que justifica el otorgamiento de la subvención. Este deber principal tiene otros accesorios, que son correlativos a potestades de control de la Administración otorgante sobre la situación de aquél, en cuanto destinatario de fondos públicos.

⁴²⁷ Gimeno Feliu, José María, “Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)”, en RAP N° 137, 1995, p. 180.

⁴²⁸ “Sus derechos se ciñen a la percepción de la cantidad en que la subvención concedida consiste... derecho subjetivo perfecto, no una manera expectativa... La Administración, por tanto, carece de un poder de revocación... que sólo podrá ejercerse en los supuestos de ilegalidad...” (Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit. [nota 9], T. II, p. 365).

⁴²⁹ “El principal derecho que surge a favor del beneficiario una vez concedida la subvención es el relativo a su pago, que configura un derecho subjetivo plenamente exigible” (Camacho, Gladys, “La actividad...” ob. cit. [nota 204], p. 562).

⁴³⁰ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit. [nota 9], T. II, p. 366.

En este sentido, Camacho, siguiendo la caracterización de Fernández de la subvención como un acto necesario de aceptación por parte del beneficiario expresa de manera muy reveladora que al someterse al recibir los fondos el beneficiario “acepta los términos y modalidades relativas a la acreditación o comprobación del cumplimiento de su actividad y de la evaluación...así como también el sujetarse a las normas de fiscalización y control financiero”⁴³¹.

En este mismo sentido, y vinculado al carácter afectado de las subvenciones, si bien el derecho del beneficiario queda perfecto por el acto de otorgamiento, su plena eficacia y la exigibilidad de la atribución, está supeditada al cumplimiento de la actividad subvencionada. Es decir, “la plena eficacia y consumación de la subvención queda subordinada al cumplimiento de la carga de afectar, carga que no es otra cosa que presupuesto ineludible de aquélla”⁴³².

Dicho directamente, la obligación de pago, la exigibilidad de la obligación económica, queda pendiente del cumplimiento por el beneficiario de la correspondiente carga jurídica a que se supeditó el acceso efectivo al beneficio concedido.

Tratándose del **fomento al riego**, se dispone que las bonificaciones se pagan una vez que las obras estén totalmente ejecutadas y recibidas (artículo 7º, Ley Nº 18.450).

En el **fomento forestal**, DL Nº 2565, el artículo 16 dispone que las bonificaciones se pagarán cada vez que los beneficiarios acrediten que la nueva superficie forestada o las intervenciones de manejo respectivas.

La ley Nº 20.283 – sobre **bosque nativo** - es clara en expresar que “sólo se podrán percibir las bonificaciones adjudicadas, *previa acreditación de la ejecución de las actividades comprometidas* en el plan de manejo aprobado... Si no se hubieren realizado todas las actividades comprometidas, sólo se pagará el monto de la bonificación correspondiente a las actividades efectivamente realizadas, siempre que no constituyan un incumplimiento del plan de manejo” (artículo 29).

En el caso de la **subvención a tierras y aguas indígenas**, se precisa que el certificado de subsidio se paga directamente al vendedor, sólo cuando se certifique la realización de la operación financiada (artículo 4º, Reglamento, DS Nº 395, de 1993, Planificación).

En la **subvención a la educación escolar**, para hacer efectivo el derecho a la subvención, los establecimientos educacionales subvencionados deberán presentar una solicitud al SEREMI respectivo, acompañando los

⁴³¹ Camacho, Gladys, “La actividad...” ob. cit. [nota 204], p. 562.

⁴³² Fernández Farreres, Germán, “La subvención...” ob. cit. [nota 84], p. 422.

documentos que acrediten el cumplimiento de las condiciones para impetrar la subvención (artículo 12º, Reglamento, DS N° 8.144, de 1980, Educación).

Para proceder al pago mensual, los establecimientos subvencionados deberán remitir mensualmente, a más tardar el segundo día del mes, a las SEREMI respectivas la documentación que acredite el cumplimiento de la asistencia, los cobros realizados por concepto de escolaridad, matrícula u cuota de Centro de Padres y los ingresos por concepto de donaciones (artículo 14, Reglamento, DS N° 8.144, de 1980, Educación).

El aporte que constituye la subvención especial para prestar el servicio educacional bajo el régimen de **jornada escolar completa** se entrega sobre la base del cumplimiento efectivo del programa contemplado en los contratos respectivos, pudiendo suspenderse en cualquier momento ante su incumplimiento o modificación injustificada (artículo 5º Ley N° 19.532).

En el financiamiento público de **las campañas electorales**, la devolución de los gastos efectuados por los candidatos y partidos se hace finalizado el proceso electoral y rendida la cuenta respectiva ante el Servicio Electoral (artículo 15, Ley 19.884).

En la subvención a los **colaboradores del SENAME**, el pago se realiza mensualmente (artículo 53 DS N° 841, de 2005, Justicia). Para cada una de las líneas de acción o actividades subvencionadas se exige acreditar el cumplimiento de los fines que la justifican (artículo 57 DS N° 841, de 2005, Justicia).

En otros casos, la subvención se paga anticipadamente, pero su plena eficacia requiere que se compruebe totalmente la realización de la actividad subvencionada.

Por ejemplo, en el **Fondo Mixto de Apoyo Social**, el Ministerio de Planificación debe certificar la total ejecución de los respectivos proyectos y programas, hecho lo cual devuelve las cauciones rendidas según el convenio (artículo 29º, DS N° 266, de 2004, Planificación).

En el **Fondo para Asociaciones de Consumidores** corresponde al Secretario Ejecutivo del Consejo certificar la total ejecución del proyecto respectivo, para así restituir las cauciones respectivas (artículo 18 DS N° 37 de 2005, Economía).

Frente a ello, “el incumplimiento de la carga jurídica determina de un modo natural la no exigibilidad de la subvención o, en el supuesto de que se hubiera ya pagado..., la devolución íntegra de la suma percibida”⁴³³.

Lo anterior permite concluir que cuando la Administración, como reacción al incumplimiento de la carga jurídica que constituye la subvención, pone término a ésta, solicitando la restitución de lo percibido – más los intereses

⁴³³ Fernández Farreres, Germán, “La subvención...” ob. cit. [nota 84], p. 424.

– no estamos en presencia de un acto resolutorio o revocatorio, sino de la consecuencia natural o intrínseca al incumplimiento propiamente dicho. Se trataría de una caducidad, esto es, de la extinción del acto administrativo favorable por el incumplimiento de la obligación contenida en él (v. infra).

Ello ocurre porque, como se viene diciendo, si hay incumplimiento, la obligación de pago no es exigible, porque el derecho del beneficiario sólo se hace efectivo cuando se verifica el deber jurídico que constituye el supuesto de la subvención⁴³⁴.

Finalmente, es importante no confundir el incumplimiento de la carga o deber subvencional con la renuncia. En rigor la renuncia es un acto de desistimiento de un derecho que no conlleva otras consecuencias que su extinción⁴³⁵. Este efecto no requiere previsión normativa expresa pues la consecuencia se sigue intrínsecamente de la relación jurídica misma que se establece entre sujeto otorgante y beneficiario⁴³⁶.

b. Límites a la intervención de la Administración en la esfera del beneficiario.

i. El contenido esencial de los derechos.

Como se ha insistido a lo largo de este trabajo, la subvención es una atribución patrimonial afectada al cumplimiento de una actividad de interés público. Al establecer la subvención, la norma delimita una actividad en manos privadas para ajustarla a los términos que, a juicio de la autoridad, realizan el interés público.

Ya se ha dicho que en la selección de estas actividades y en la delimitación de ellas el Estado goza de un importante ámbito de discrecionalidad.

⁴³⁴ “Cuando hay incumplimiento de la carga jurídica asumida por el beneficiario y la subvención hubiera sido liquidada anticipadamente el efecto consistente en la devolución de lo percibido más los intereses no es consecuencia de la declaración resolutoria de la Administración, sino del incumplimiento propiamente dicho. La declaración administrativa no tiene, pues, ningún efecto constitutivo de la obligación que recae en el beneficiario de la subvención de reintegrar lo indebidamente percibido, de suerte que, en última instancia..., por encima de los estrictos términos literales en que se expresan las normas comentadas procederá automáticamente la devolución de la subvención... Si hay incumplimiento, la obligación de pago no es exigible, lo que significa que si el pago ya se realizó procede automáticamente la devolución de lo que resulta ser una percepción indebida. Otra cosa es, no obstante, que la obligación de pago pueda atemperarse al grado de incumplimiento y, en consecuencia, no siempre proceda necesariamente la íntegra devolución más los intereses de lo ya percibido”. (Fernández Farreres, Germán, “La subvención...” ob. cit [nota 84], p. 428).

⁴³⁵ Fernández Farreres, Germán, “La subvención...” ob. cit. [nota 84], p. 438.

⁴³⁶ Fernández Farreres, Germán, “La subvención...” ob. cit. [nota 84], p. 441-442.

Sin embargo, cabe preguntarse qué límites deben reconocerse a la intervención que realiza, en esta configuración, del poder público. Lo anterior, toda vez que, en virtud de la subvención, quien ejercía una actividad libre asume voluntariamente las cargas tasadas por la ley, es necesario preguntarse hasta dónde pueden llegar esas cargas legítimamente.

La aproximación de Fernández Farreres consiste en distinguir entre subvenciones de actividad y subvenciones de resultado.

A su juicio la intensidad que tiene el poder público para definir y poner requisitos a la actividad subvencionada es más débil en el caso que esa actividad esté amparada por derechos fundamentales.

“La subvención es una atribución patrimonial afectada en el sentido de que vincula al beneficiario a dar cumplimiento destino a lo percibido, según la finalidad material que se persiga con su otorgamiento. Finalidad que, como se ha visto, se limita a una doble posibilidad, de menor a mayor grado de intensidad: o bien posibilitando económicamente al beneficiario para que pueda cumplir la actividad o desarrollar la conducta propia, considerada, no obstante, por el ente otorgante y por el ordenamiento como de interés público – con libertad, por tanto, y sin sujeción a otros compromisos que el de hacer efectiva y actual esa actividad o conducta -, o bien induciendo al beneficiario, como consecuencia de la subvención, a la realización de una concreta y determinada conducta o actividad con arreglo a los objetivos que, aquí sí, fije el ente otorgante – con una mayor restricción, por ende, de su libertad de acción, de actuación”⁴³⁷.

La concepción de Fernández es relevante para el caso nacional porque hace radicar el límite que pueden importar las cargas a la actividad subvencionada en el contenido esencial de los derechos, en términos similares al artículo 19 N° 26 de nuestra Constitución.

“El otorgamiento de subvenciones no puede configurarse como un medio o mecanismo tendente a condicionar – restringiéndolo de manera indebida – el ejercicio de los derechos fundamentales, y ello a través de la imposición de cargas jurídicas que inciden directamente con el **contenido esencial** de tales derechos. Se confirma, así, la consistencia de la distinción entre ‘subvenciones de actividad’ y ‘subvenciones de resultado’, en cuanto que diverso puede ser el

⁴³⁷ Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 245-246.

alcance de las cargas jurídicas con que se acompañe el otorgamiento en atención a la actividad y fin con que aquéllas se otorguen”⁴³⁸.

En cualquier caso, para el autor resulta imposible concebir una auténtica subvención sin al menos la carga de emplear la atribución patrimonial en que consiste la subvención en la actividad para la que se otorgan, incluso cuando tal actividad consiste en el ejercicio de un derecho fundamental⁴³⁹.

De la Riva tiene una aproximación similar. De acuerdo con este autor, existen unos “*subsídios* que se otorgan a determinadas personas o entidades no *para* que adopten alguna conducta en particular, sino *en razón* de la actividad que desempeñan”⁴⁴⁰. En este segundo caso, la capacidad para imponer deberes asociados al ejercicio de la actividad se encontraría más limitada, “pues a nadie escapa que cuando la dispensación de las ventajas acordadas se sujeta a la adopción de una conducta absolutamente delimitada, ello lleva consigo un margen más ajustado para el ejercicio de la libertad”⁴⁴¹.

Es necesario detenerse en una posición crítica en nuestro ordenamiento de parte de Sebastián Soto.

El autor utiliza la noción de “condiciones inconstitucionales”, originada en un puñado de fallos de la Corte Suprema norteamericana, para sostener que “el Estado no podría exigir que el receptor de un beneficio público renuncie a alguno de sus derechos fundamentales. Esto, aun cuando el Estado mismo no esté en la obligación de conceder ese beneficio”⁴⁴².

El autor trata de ofrecer ciertos criterios para identificar cuándo las condiciones serían inconstitucionales. Para ello recurre, en primer lugar, a las cuatro sentencias norteamericanas que han acogido la doctrina. Se trata de casos en que la libertad amenazada era la libertad de expresión y la propiedad, y donde el Tribunal hizo un análisis de ponderación con el interés público que se pretendía alcanzar. Al no haber un nexo esencial entre el interés legítimo del Estado y la condición impuesta, se originaba la inconstitucionalidad⁴⁴³.

⁴³⁸ Fernández Farreres, Germán, “De nuevo...” [nota 189], ob. cit., p. 73.

⁴³⁹ Fernández Farreres, Germán, “De nuevo...” [nota 189], ob. cit., p. 75.

⁴⁴⁰ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 169.

⁴⁴¹ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 171.

⁴⁴² Soto Velasco, Sebastián, “Subsidios, permisos y condiciones: la doctrina de las condiciones inconstitucionales en Estados Unidos y su aplicación en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, V. 36, 2009, p. 116.

⁴⁴³ Soto Velasco, Sebastián, “Subsidios...” ob. cit. [nota 442], pp. 120-123.

En segundo lugar, alude a los autores norteamericanos que defienden esta doctrina, quienes utilizan los criterios más disímiles para analizar la constitucionalidad (previsibilidad, finalidad represiva, escrutinio estricto, etc.)⁴⁴⁴.

En tercer lugar, interpreta el artículo 19 N° 26 de la Constitución chilena, para así extender la aplicación de este precepto no sólo a los casos de actos de gravamen de derechos, sino a las subvenciones y autorizaciones, el autor afirma que:

“No es consistente argumentar que el marco constitucional protege los derechos fundamentales en ciertas circunstancias y no en otras donde esos mismos derechos están en riesgo. Por ello cuando las condiciones que imponga el Estado para recibir un subsidio o para dar un permiso que no está obligado a entregar importan imponer sobre el titular del derecho cargas no razonables, injustificadas o intolerables”.

Finalmente, el autor se apoya en un fallo del Tribunal Constitucional que, a su juicio, acogería la doctrina de las “condiciones inconstitucionales”. Así, estima que en STC rol N° 410 (control preventivo ley sobre subvención a la jornada escolar completa), el Tribunal fijó limitaciones a la capacidad que tiene el Estado de condicionar la entrega de recursos públicos⁴⁴⁵. Cita además otras sentencias donde considera que hubo un espacio para aplicar la doctrina, pero que, en definitiva, no se aplicó⁴⁴⁶.

La posición de Sebastián Soto debe ser rechazada. Desde ya, porque la doctrina de las condiciones inconstitucionales no es aceptada por la jurisprudencia más importante y ni siquiera tiene coherencia entre los autores que la defienden⁴⁴⁷. En consecuencia, pasando por alto las diferencias entre los sistemas, ni siquiera ahí donde ha sido ideada la noción tiene una consistencia que la haga digna de imitación.

En segundo lugar, el autor omite completamente la diferencia entre actos de gravamen y actos favorables, es decir, entre aquellos que limitan derechos (como las sanciones) y aquellos que amplían la esfera subjetiva del administrado. Tanto las subvenciones y autorizaciones (o subsidios y permisos como él los llama) pertenecen a la categoría de actos favorables.

⁴⁴⁴ Soto Velasco, Sebastián, “Subsidios...” ob. cit. [nota 442], pp. 123-125.

⁴⁴⁵ Soto Velasco, Sebastián, “Subsidios...” ob. cit. [nota 442], pp. 130 y 131.

⁴⁴⁶ Soto Velasco, Sebastián, “Subsidios...” ob. cit. [nota 442], pp. 131-136

⁴⁴⁷ “Ni la Corte Suprema de Estados Unidos ni la academia de ese mismo país han logrado elaborar una convincente aplicación de la doctrina a los casos en que esta es aplicable” (Soto Velasco, Sebastián, “Subsidios...” ob. cit. [nota 442], p. 138).

Entre subvención y sanción no puede aplicarse un criterio de analogía como pretende Soto⁴⁴⁸.

En tercer lugar, incluso si se acepta la tesis central del autor, esto es, que el Estado tiene límites para establecer imponer condiciones a la hora de otorgar subvenciones y autorizaciones, la solución propuesta no entrega ningún criterio que sea distinto al principio de proporcionalidad.

En el presente trabajo, el punto de partida para evaluar cuáles son los límites de la potestad de la Administración para imponer cargas a las actividades sujetas a subvenciones será el hecho insoslayable que el particular que se ve afectado por estas cargas siempre se someterá a ellas de manera voluntaria. Es decir, la penetración administrativa en su esfera individual sólo ocurrirá si media su aceptación. Sin esa aceptación, su esfera individual permanece indemne, no se ve ampliada por el beneficio subvencional ni se ve afectada por las cargas que éste implica. La libertad del particular no sufre ninguna carga ni deber, si lisa y llanamente no recibe la subvención.

De hecho, normalmente el sujeto subvencionado que no quiera someterse a las cargas públicas que esta relación impone puede *realizar exactamente la misma actividad*, siempre que cuente con recursos propios. A través de la potestad para otorgar subvenciones se regula y se “ordena” a la actividad beneficiada. Pero estas regulaciones se encuentran lejos de ser imperativas, en términos absolutos, para sus destinatarios. Son eventuales o, por decirlo vulgarmente, optativas, pues el destinatario elegirá someterse a ellas o no.

Este es el hecho que nos permite distinguir meridianamente a las subvenciones de las medidas de gravamen (en lo que yerra Sebastián Soto).

Dicho eso, en el estado actual de nuestro derecho administrativo, no puede dejar de afirmarse que en la delimitación o configuración normativa de la actividad que se subvenciona así como en la imposición de cargas al sujeto subvencionado, y sólo en el caso en que la actividad consiste en el ejercicio de derechos fundamentales, la Administración no puede imponer cualquier clase de cargas.

Siendo inherente al concepto mismo de subvención que se impondrán cargas, para responder a la pregunta de hasta qué punto una libertad

⁴⁴⁸ Soto Velasco, Sebastián, “Subsidios...” ob. cit. [nota 442], p. 120.

fundamental puede ser afectada por ellas, puede recurrirse al principio de proporcionalidad para evaluar su legitimidad⁴⁴⁹.

Para que proceda aplicar este test es necesario, en primer lugar, que estemos en presencia de actividades subvencionadas que incidan en el ejercicio de una verdadera libertad fundamental. Sólo cuando el ciudadano pueda alegar una genuina inmunidad frente a la intervención estatal tiene sentido que la actividad que las estimula se someta a los controles que impone el principio de proporcionalidad.

En segundo lugar, es necesario que la subvención se haya otorgado. En efecto, sólo con posterioridad al acto de otorgamiento las cargas y deberes impuestos se individualizarán en su contenido y en su destinatario. Sólo en tal caso podrá éste sostener que tiene un derecho o interés legítimo afectado. Un examen de legitimidad en abstracto cederá, normalmente, en favor del legislador quien goza de una amplia discrecionalidad. Como sostiene Arroyo Jiménez, la proporcionalidad “es esencialmente un método de control cuya aplicación presupone que la decisión objeto de control ha sido ya adoptada”⁴⁵⁰.

La ventaja que tiene este principio es que, a diferencia de la propuesta de Soto, encuentra un gran apoyo en la doctrina y jurisprudencia comparadas (incluso la norteamericana que él cita) y, además, puede encontrar apoyo normativo explícito en el artículo 19 N° 26 de nuestra Constitución.

La aplicación de un juicio de proporcionalidad tiene su apoyo normativo en el artículo 19 N° 26 de la Constitución, mediante el cual se asegura a todas las personas “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten, en los casos que ella lo autoriza, no podrán... imponer condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Esta cláusula constitucional tiene por objeto proteger el libre ejercicio de los derechos frente a su regulación legal. La doctrina nacional entiende que en este artículo se acoge lo que la doctrina comparada denomina “principio de proporcionalidad”⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ Después de todo, el derecho administrativo es, en su totalidad, el resultado de la “ponderación” entre autoridad y libertad. Entonces, acá tiene el juicio de proporcionalidad un lugar natural donde desenvolverse.

⁴⁵⁰ Arroyo Jiménez, Luis, “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en Revista Electrónica InDret N° 2, 2009, p. 15.

⁴⁵¹ Varas, Paulino y Mohor, Salvador, “Acerca de la Esencia de los Derechos Constitucionales y de su Libre Ejercicio que Consagra el Artículo 19 N° 26 de la Constitución Política”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° XVIII, 1997, p. 165.

Por último, en su reciente sentencia de 2009, el Tribunal Constitucional ha aceptado que es consustancial al concepto de subvención su carácter afectado a un determinado fin, lo que implica la imposición de condiciones para su goce:

“Al otorgar estos beneficios, el legislador puede perfectamente establecer condiciones o requisitos para su obtención o para su mantención, para lograr la finalidad pública que se busca obtener con la transferencia. Estas transferencias no son un regalo, sino una donación modal o condicionada al cumplimiento de determinados fines para recibirlos y al logro de ciertos resultados que se estiman valiosos. Ello implica, en ciertos casos, restricciones de derechos.”
(STC rol N° 1295, C. 90°)

ii. Test de proporcionalidad.

Vale la pena, en todo caso, examinar el juicio de ponderación y la proporcionalidad, en su formulación original propuesta por Robert Alexy.

De acuerdo con Alexy, las normas de derecho fundamental obedecen a un modelo mixto de reglas y principios (en oposición a modelos puros de reglas o de principios). Para Alexy los textos constitucionales contienen normas cuyas condiciones de aplicación se determina sopesándolos con otros enunciados en conflicto, es decir, principios, y normas cuyas condiciones de aplicación son concretas, de modo que en caso de conflicto *siempre* se preferirá un enunciado por sobre otro⁴⁵².

Según el autor, los derechos fundamentales, en cuanto principios, “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”⁴⁵³.

Para establecer esa “mayor medida posible” es necesario confrontar los principios con sus opuestos, es decir, los que ordenan soluciones incompatibles. La ponderación es la forma de resolver esta incompatibilidad entre principios.

El carácter de principio de una norma implica lógicamente, para Alexy, el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

⁴⁵² Alexy, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, Madrid, CEPC, 1997, pp. 135 ss. En sentido análogo Prieto Sanchís, Luis, “Justicia constitucional y derechos fundamentales”, p. 187.

⁴⁵³ Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en REDC, N° 66, 2002, p. 26.

El subprincipio de idoneidad evalúa si una medida restrictiva de derechos sirve para realizar algún otro principio. Si esta medida restrictiva no realiza otro principio fundamental, no es idónea⁴⁵⁴.

El subprincipio de necesidad evalúa si “a causa de la existencia de un medio más benigno e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra”⁴⁵⁵. Es decir, si la medida restrictiva adoptada (que efectivamente realiza otro principio fundamental) causa o no un detrimento mayor que el bien producido.⁴⁵⁶

La aplicación en concreto dependerá de cuestiones de hecho (“la mayor realización de acuerdo a las posibilidades fácticas). Esto otorga al legislador un “margen de acción epistémico”⁴⁵⁷.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario (la “mayor realización de acuerdo a las posibilidades jurídicas”).

Para Alexy:

“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”⁴⁵⁸.

“La ley de la ponderación muestra que la ponderación se puede dividir en tres pasos. En el primer paso, es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”⁴⁵⁹.

La proporcionalidad en sentido estricto exige, por lo tanto, una cierta relación entre la afectación y la realización correlativas de sus principios contrapuestos, en la que son relevantes la *intensidad de la afectación o*

⁴⁵⁴ Alexy, Robert, ob. cit. [nota 453], pp. 27-29. En el mismo sentido Prieto Sanchís, ob. cit. [nota 452], p. 200.

⁴⁵⁵ Alexy, Robert, ob. cit. [nota 453], p. 29.

⁴⁵⁶ En el mismo sentido Prieto Sanchís, ob. cit. [nota 452], p. 201.

⁴⁵⁷ Alexy, Robert, ob. cit. [nota 453], p. 30. En el mismo sentido Prieto Sanchís, ob. cit. [nota 452], pp. 200 y 201.

⁴⁵⁸ Alexy, Robert, ob. cit. [nota 453], p. 31.

⁴⁵⁹ Alexy, Robert, ob. cit. [nota 453], p. 32.

realización. Se trata de determinar el grado de afectación de los principios en el caso concreto.

Además, es necesario analizar la *importancia* de los principios en juego o su “peso abstracto”.

Para Prieto Sanchís, “ya no se trata de indagar si en la práctica o desde un punto de vista técnico la medida es idónea o si existe otra menos gravosa, sino de valorar el grado de afectación o lesión de un principio, el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, por último, a la luz de todo ello, valorar la justificación o la falta de justificación de la medida en cuestión”⁴⁶⁰.

Mientras la intensidad se determina en concreto (al estudiar la adopción de una medida concreta), la importancia es un dato abstracto⁴⁶¹.

En la doctrina administrativa el test de proporcionalidad ha tenido acogida como técnica de examen de la razonabilidad de las intervenciones administrativas.

En el derecho español, Sarmiento Ramírez-Escudero propone el mismo test de tres niveles para evaluar, sucesivamente, la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El control de la adecuación implica determinar si la medida administrativa adoptada sirve para realizar, o no, un interés público legítimo. Se trata de buscar si el medio es coherente con el fin⁴⁶².

⁴⁶⁰ Prieto Sanchís, ob. cit. [nota 452], p. 202.

⁴⁶¹ La teoría de Alexy ha sido objeto de importantes críticas. Por una parte, ciertos autores, como Jürgen Habermas, consideran que la ponderación abre la Constitución a la subjetividad judicial en detrimento de las prerrogativas del legislador. Al ponderar el juez constitucional se convertiría en una instancia autoritaria que invade las competencias del legislador y que aumenta el peligro de juicios irracionales. La teoría de la ponderación fallaría porque las decisiones basadas en ella pueden adoptar cualquier contenido (Habermas, Jürgen, “Facticidad y validez”, Madrid, Trotta, 1998, p. 322, citado por Prieto Sanchís, ob. cit., p. 208 y Alexy, ob. cit., p. 14 y 32 ss). Por otra parte, otros autores como Böckenforde al aplicar el juicio de ponderación en el control abstracto de constitucionalidad de la ley, unido a la concepción de los principios como mandatos de optimización, la legislación se transforma en la exégesis de la Constitución. La Constitución sería el “huevo jurídico originario” que contiene todo el Derecho. De ella se podrían extraer por una simple operación lógica las soluciones a todas las preguntas jurídicas (Böckenforde, Ernst-Wolfgang, “Escritos sobre derechos fundamentales”, Baden-Baden, Nomos, 1993, citado por Alexy, ob. cit., p. 15 y 37 ss y Prieto Sanchís, ob. cit., p. 211). No obstante que estas críticas ponen en entredicho las bases mismas del juicio de proporcionalidad

⁴⁶² Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, “El control de proporcionalidad de la actividad administrativa”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 317 y ss.

Por su parte, el control de la necesidad lleva a evaluar si la medida administrativa es la menos restrictiva (frente a otras hipotéticas) para lograr ese fin⁴⁶³.

Finalmente, el control de la proporcionalidad en sentido estricto busca comprobar si la realización del interés público es tal que supera el posible sacrificio de los intereses individuales⁴⁶⁴.

Si una determinada intervención, en este caso, las cargas impuestas al beneficiario de la subvención logra superar todos estos tests, puede decirse que respeta el principio de proporcionalidad y, por lo tanto, es legítima.

Sarmiento agrega que el test de proporcionalidad debe aplicarse de manera diferenciada, en planos o “niveles” distintos según la naturaleza de la intervención. Así, habrá un estándar más estricto de aplicación del principio con las intervenciones que sean directamente lesivas (técnicas ablatorias) de las situaciones jurídicas individuales. Por el contrario, el estándar de control será más deferente con la actuación administrativa si la intervención se adopta dentro de un marco procedimental que es más sensible con el particular (por un órgano democrático, en un procedimiento participativo, en materias técnicas o tratándose de actos de alcance general)⁴⁶⁵.

Tratándose de las subvenciones, y como se viene diciendo, el hecho que la aceptación del particular sea un elemento esencial de la imposición de las cargas a las que el beneficio se somete, lleva a concluir que necesariamente el test de proporcionalidad debe aplicarse con deferencia en favor de la intervención administrativa.

En nuestra jurisprudencia constitucional, este test de proporcionalidad, aplicado con los mismos tres pasos, está teniendo una acogida cada vez mayor. El Tribunal Constitucional la ha utilizado para evaluar la constitucionalidad de distintas clases de medidas administrativas, a través del examen concreto de constitucionalidad, tales como apremio personal de arresto para el cumplimiento de obligaciones pecuniarias⁴⁶⁶, multas coercitivas por no pago de peaje electrónico⁴⁶⁷, turno obligatorio de los

⁴⁶³ Sarmiento Ramírez-Escudero, “El control de...”, ob. cit. [nota 462], pp. 334 y ss.

⁴⁶⁴ Sarmiento Ramírez-Escudero, “El control de...”, ob. cit. [nota 462], pp. 346 y ss.

⁴⁶⁵ Sarmiento Ramírez-Escudero, “El control de...”, ob. cit. [nota 462], pp. 179 y ss, 273 y ss y 471.

⁴⁶⁶ STC rol N° 519, C. 19º, con cita a STC rol N° 226 y 280.

⁴⁶⁷ STC rol N° 541, C. 15º.

abogados⁴⁶⁸, consignación previa de la multa administrativa para su impugnación⁴⁶⁹, etc.

En STC rol N° 1345 ha condensado el núcleo de su doctrina en materia de proporcionalidad:

“10º... Debe revisarse entonces si las limitaciones que establece la norma legal en examen se encuentran suficientemente determinadas por la ley y si están razonablemente justificadas; esto es, si persiguen un fin lícito, resultan idóneas para alcanzarlo y si la restricción que imponen puede estimarse proporcional al logro de esos fines lícitos que la justifican.”.

En consecuencia, a juicio de nuestro Tribunal Constitucional, la proporcionalidad de una intervención pública (por lo tanto, también las administrativas), está medida por su adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Como puede verse, una aplicación *in totum* de las conclusiones de la doctrina comparada.

Este test ha sido recientemente complementado por otro, en un caso específico de medidas de fomento o ayudas públicas, en que el Tribunal propone un test de la arbitrariedad del legislador:

“hay que buscar la justificación, el motivo que explica y funda la medida. No se trata con ello de que exista una razón que convenza o persuada a todos. Lo relevante es que esa razón exista, sea suficiente y coherente con la decisión, y no sea ilegítima; se trata de justificar, no de obligar a creer en esas razones.” (STC N° 1295, C. 96º).

2. Situación del otorgante.

a. Establecimiento y otorgamiento de subvenciones.

La decisión de instituir (o no hacerlo) determinada subvención se encuentra en manos del poder legislativo, o reglamentario de ejecución, como se ha visto más arriba. Se trata, por su naturaleza, de una facultad eminentemente discrecional.

En este mismo sentido Fernández ha expresado que “la *institución o creación* de una subvención entra normalmente en el ámbito de la decisión discrecional de la Administración, al disponer de un margen de apreciación notablemente amplio como veremos para fijar requisitos y condiciones... y,

⁴⁶⁸ STC roles N° 755, C. 40º, 1138, C. 37º y 1140, C. 31º.

⁴⁶⁹ STC roles N° 792 C. 10º, 1061 C. 17º, 1046 C. 22º y 1253, C. 16º.

frente al cual, excepcionalmente asiste derecho subjetivo patrimonial alguno al particular potencialmente beneficiario”⁴⁷⁰.

Eso no quiere decir, que la decisión de entregar una subvención sea completamente libre. La doctrina se encuentra de acuerdo en que es necesario acá introducir una distinción analítica entre el *acto de institución o establecimiento* de un régimen subvencional y el *acto individual de su otorgamiento*.

Como expresa Fernández Farrerez, “no poco cuidado debe tenerse en orden a distinguir con nitidez entre lo que es ‘institución o creación de la subvención’ y lo que son ‘las relaciones jurídicas concretas y singulares que surgen del acto de otorgamiento’; de manera que, si bien la Administración ‘puede cambiar o modificar los criterios determinantes del otorgamiento de subvenciones de una a otra convocatoria’, lo cierto es que, ‘otorgada una subvención en las condiciones que sean, hasta que no se consuman sus normales efectos jurídicos no es disponible, ni alterable, ni libremente revocable, en suma, por la Administración otorgante”⁴⁷¹.

De este modo, en la decisión de instituir, crear o establecer un régimen de subvenciones, juegan criterios de política social y económica que, en nuestro sistema institucional, pertenecen al ámbito propio de decisión de los titulares de la potestad legislativa y reglamentaria. Se trata de una decisión discrecional⁴⁷².

En consecuencia, estas autoridades tienen autonomía para, dentro de los límites constitucionales de carácter formal y material estudiados, seleccionar las actividades a beneficiar, los criterios para hacerlo, los montos de los beneficios, las condiciones de su entrega, las cargas a satisfacer, etc. Además, gozan de autonomía para modificar tales elementos en cualquier momento y de, incluso, ponerles fin.

Se ha dicho antes que la Administración tiene amplias facultades para establecer o eliminar, *discrecionalmente* las subvenciones. Por lo tanto,

⁴⁷⁰ Fernández Farreres, Germán, “La subvención...” ob. cit. [nota 84], p. 446. En Chile, el tema fue objeto de debate doctrinario con ocasión de la Constitución de 1833, véase Varas, Guillermo, ob. cit. [nota 100], p. 178 nota 2.

⁴⁷¹ Fernández Farreres, Germán, “De nuevo...”, ob. cit. [nota 189], p. 48; Fernández Farreres, Germán, “La subvención...” ob. cit. [nota 84], 445-446; García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, ob. cit. [nota 284], T. II, p. 34.

⁴⁷² En este sentido debe entenderse la afirmación de Silva Cimma, en el derecho nacional, quien sostiene que las subvenciones son “esencialmente precarias” (Silva Cimma, Enrique, “Derecho administrativo chileno y comparado. El servicio público”, 4ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1995, p. 278)

puede concluirse que, cuando se han otorgado subvenciones por un determinado período de tiempo⁴⁷³, o en virtud de otras circunstancias que desaparecen durante la vigencia del sistema⁴⁷⁴, no existe un derecho de parte de los beneficiarios actuales para exigir el mantenimiento de tales situaciones: “la Administración puede cancelar posteriormente el *sistema* subvencional establecido. Y ello, bien sea modificando la ordenación jurídica que al efecto lo pudo establecer, bien simplemente, dejándolo sin efectividad práctica: basta a tal fin no establecer la consignación presupuestaria obligada”⁴⁷⁵.

Nuestro Tribunal Constitucional, en cambio, ha dicho que, bajo ciertas condiciones, el Estado está obligado a otorgar la subvención:

“...el fundamento constitucional de tal legislación surge del artículo 19 Nº 10 inciso quinto del Código Político, en el sentido que el Estado concurre a financiar el sistema de subvenciones, ya que “La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población.” Fluye categóricamente del precepto transcrito que otorgar la subvención *no es una decisión de cumplimiento discrecional ni entregada a la magnanimidad del Estado*. Por el contrario, trátase de una obligación ineludible, cuya justificación radica en la importancia excepcional que tienen la educación y la enseñanza en el desarrollo libre de la personalidad y de la sociedad en general. Colígese de lo expuesto que pagar la subvención no es únicamente satisfacer una obligación primordial, sino que, ante la imposibilidad del Estado de cumplirla por sí solo, requiere compartirla con los establecimientos de enseñanza privados que acceden al beneficio referido;... al tenor de lo ya demostrado, *el Estado se encuentra obligado, por exigirlo así diversos y categóricos preceptos de la Carta Fundamental, a financiar por completo y, con mayor razón aún, a contribuir al financiamiento de la enseñanza gratuita, de nivel básico y medio.*”⁴⁷⁶

⁴⁷³ Es lo que ocurre con el fomento para el riego. Así, el fomento a la inversión privada en obras de riego y drenaje y sus objetos de numerosas prórrogas desde su inicio en 1985; la última de las cuales es de 2010, extinguiéndose en doce años. Igual cosa ocurre con el fomento forestal, o los subsidios al transporte público de pasajeros.

⁴⁷⁴ Es lo que ocurre con el subsidio a la vivienda para los damnificados por el terremoto de Concepción de 2010.

⁴⁷⁵ Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit. [nota 190], p. 483-484.

⁴⁷⁶ STC Rol 410, C. 19º y 21º.

Lo anterior no quiere decir que la selección del beneficiario sea completamente libre o arbitraria. Como se ha visto al estudiar el procedimiento de concesión de las subvenciones, existen múltiples maneras de hacer esa selección, con mayor o menor amplitud en la decisión del otorgante.

En cambio, tratándose del acto de otorgamiento, éste tiene por efecto crear en el particular un verdadero derecho subjetivo⁴⁷⁷. Se trata de un acto favorable con todas sus consecuencias en los términos de la LBPA (puede tener efecto retroactivo y el régimen de revocación es limitado, según los artículos 52 y 61)⁴⁷⁸.

Digamos que con el acto de otorgamiento se origina la relación subvencional (v. supra, sección anterior).

b. Excurso: Obligaciones internacionales en materia de comercio exterior.

En este trabajo se sostiene que los Estados – fundamentalmente el legislador – es soberano para establecer, modificar y eliminar las subvenciones de manera enteramente discrecional.

Sin embargo, nada impide – y así ha ocurrido en la práctica – que los Estados se comprometan mediante instrumentos internacionales de carácter bilateral o multilateral a no otorgar subvenciones o a hacerlo bajo determinadas condiciones.

Por lo tanto, resulta erróneo asumir un punto de partida de competencia internacional irrestricta. Ello negaría no sólo la soberanía del legislador, sino que también el bienestar económico y el progreso social⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ “La Administración puede cambiar o modificar los criterios determinantes del otorgamiento de subvenciones de una a otra convocatoria..., pero no menos cierto es que otorgada una subvención, en las condiciones que sean, hasta que no se consumen sus normales efectos jurídicos no es disponible, ni alterable ni libremente revocable, en suma, por la Administración otorgante” (Fernández Farreres, Germán, “La subvención...” ob. cit. [nota 84], p. 445-446.)

⁴⁷⁸ “No puede desconocerse que la subvención puede y debe encuadrarse entre los actos favorables sujetos a un concreto régimen de revocación según los casos de nulidad o de anulabilidad por vicios en el acto de otorgamiento. Y aunque no debe desestimarse la posibilidad de revocación del acto de otorgamiento de la subvención por motivos de oportunidad o de cambio de criterio, sabido es que tal revocación conlleva ineludiblemente la necesidad de indemnizar al particular, con lo que los efectos pretendidos con la revocación quedarían de hecho prácticamente anulados” (Fernández Farreres, Germán, “La subvención...” ob. cit. [nota 84], p. 447-449.)

⁴⁷⁹ Rodríguez Arana, Jaime, “Cuatro estudios de Derecho Administrativo Europeo”, Granada, Ed. Comares, 1999, p. 94.

Al respecto, son relevantes para nuestro país dos modelos de regulación. Por una parte, el modelo de la Unión Europea y, por otra parte, el modelo de la Organización Mundial de Comercio.

Cabe recordar que ambos estatutos se ocupan de las subvenciones en cuanto un medio para alterar el precio de los bienes que se exportan o se importan, es decir, se ocupan de una determinada clase de actos jurídicos.

i. Modelo de la Unión Europea.

En primer lugar, de acuerdo con el modelo de la Unión Europea, el Tratado de Roma – constitutivo de la comunidad económica – emplea una definición amplia de subvención. Su artículo 87.1 establece que “serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.”.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad ha entendido por ayudas del estado toda “prestación en metálico o en naturaleza acordada para el mantenimiento de una empresa al margen del pago por el comprador o usuario de los bienes y servicios que produce”⁴⁸⁰.

Luego, para el tratado, son ilícitas las subvenciones, siempre que se cumpla con las siguientes condiciones copulativas: que las otorgue un ente público a favor de empresas o producciones nacionales; que produzcan un *falseamiento de la competencia*; y, que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros⁴⁸¹.

Este supuesto principio de prohibición de las ayudas está sumamente atenuado por la existencia de amplias excepciones.

Por una parte, hay excepciones “absolutas”, esto es, que vienen expresamente ordenadas en el mismo Tratado, en su artículo 87.2⁴⁸², entre

⁴⁸⁰ Rodríguez Arana, Jaime, ob. cit. [nota 479], p. 96.

⁴⁸¹ Rodríguez Arana, Jaime, ob. cit. [nota 479], p. 97-99.

⁴⁸² “2. Serán compatibles con el mercado común:

a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;

b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;

c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división.”

las que destaca el bienestar de los consumidores. Se trata indiscutidamente de un concepto jurídico indeterminado.

Por otra parte, hay excepciones “relativas”, o sea, que dependen de una declaración de la autoridad comunitaria según el artículo 87.3⁴⁸³. La autoridad competente será, en principio, la Comisión, la que decidirá caso a caso la aplicabilidad de las excepciones citadas. La regla residual es que el Consejo puede dictar reglas generales en que apruebe “categorías de ayudas” autorizadas, aunque no ayudas o subvenciones específicas⁴⁸⁴.

El sistema de la Unión Europea tiene, además, un régimen especial de control administrativo y jurisdiccional de las subvenciones. A diferencia de lo que ocurre con el sistema de la OMC, el control es de “heterotutela”.

Al respecto, el tratado distingue entre el control de las ayudas existentes y el control de las ayudas nuevas o la modificación de las existentes. Por una parte, tratándose del control de las ayudas existentes, el Tratado encomienda a la Comisión su “control permanente”⁴⁸⁵. Por otra parte, tratándose del control de las ayudas nuevas o la modificación de las existentes, el Tratado crea un deber de comunicación previa⁴⁸⁶. La Comisión puede adoptar dos actitudes distintas: si entiende que hay compatibilidad de las subvenciones con el mercado común, no necesita

⁴⁸³ “3. Podrán considerarse compatibles con el mercado común:

- a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;
- b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
- c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;
- d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común;”.

⁴⁸⁴ Rodríguez Arana, Jaime, ob. cit., p. 107. El inciso respectivo señala que “3. Podrán considerarse compatibles con el mercado común: e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión.”

⁴⁸⁵ “1. La Comisión examinará permanentemente, junto con los Estados miembros, los regímenes de ayudas existentes en dichos Estados. Propondrá a éstos las medidas apropiadas que exija el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado común.”

⁴⁸⁶ “3. La Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones. Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado común con arreglo al artículo 87, la Comisión iniciará sin demora el procedimiento previsto en el apartado anterior. El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva.”.

adoptar una decisión formal al respecto, ya que el simple silencio y el transcurso del plazo de dos meses permite al Estado miembro concederlas; si, en cambio, la Comisión tiene dudas acerca de la compatibilidad no puede dilatar el “período de reflexión” (dos meses), sino que deberá iniciar el procedimiento represivo⁴⁸⁷.

El procedimiento represivo es el mismo para todas las ayudas, regulado en el artículo 88.2⁴⁸⁸, pero las medidas que puede adoptar la Comisión son distintas según se trate de ayudas existentes o de ayudas nuevas o de la modificación de ayudas existentes.

En el primer caso, el pronunciamiento que haga la Comisión puede determinar la supresión o modificación de la subvención.

En el segundo caso, hay que distinguir si se han puesto en aplicación o no. Si no se han puesto en aplicación, el pronunciamiento se limitará a decir que no se pueden aplicar. En cambio, si ya se han aplicado, la Comisión declarará en su decisión que la ayuda se suprima y, en su caso, impondrá la devolución de las sumas⁴⁸⁹.

El carácter flexible del supuesto principio de prohibición de las ayudas se expresa, además, en que la potestad residual para inaplicar las normas del

⁴⁸⁷ Rodríguez Arana, Jaime, ob. cit. [nota 479], p. 120.

⁴⁸⁸ “2. Si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado común en virtud del artículo 87, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine.

Si el Estado de que se trate no cumpliera esta decisión en el plazo establecido, la Comisión o cualquier otro Estado interesado podrá recurrir directamente al Tribunal de Justicia, no obstante lo dispuesto en los artículos 226 y 227.

A petición de un Estado miembro, el Consejo podrá decidir, por unanimidad y no obstante lo dispuesto en el artículo 87 o en los reglamentos previstos en el artículo 89, que la ayuda que ha concedido o va a conceder dicho Estado sea considerada compatible con el mercado común, cuando circunstancias excepcionales justifiquen dicha decisión. Si, con respecto a esta ayuda, la Comisión hubiere iniciado el procedimiento previsto en el párrafo primero del presente apartado, la petición del Estado interesado dirigida al Consejo tendrá por efecto la suspensión de dicho procedimiento hasta que este último se haya pronunciado sobre la cuestión.

Sin embargo, si el Consejo no se hubiere pronunciado dentro de los tres meses siguientes a la petición, la Comisión decidirá al respecto.”.

⁴⁸⁹ Rodríguez Arana, Jaime, ob. cit. [nota 479], p. 123.

Tratado y crear excepciones singulares o generales está permanentemente radicado en el Consejo Europeo, según el artículo 89⁴⁹⁰.

ii. Modelo de la Organización Mundial de Comercio.

En segundo lugar, según el modelo de la Organización Mundial de Comercio, expresado en el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT, General Agreement on Trade and Tariffs), las subvenciones son, junto al dumping, una conducta desleal a la luz del comercio internacional.

A diferencia de lo que ocurre con el sistema europeo, en que las subvenciones son objeto de “heterotutela” a través de las autoridades comunitarias, en el sistema de la OMC hay un régimen de autotutela, en que las subvenciones son contrarrestadas a través de la imposición unilateral de “medidas compensatorias” por el país afectado⁴⁹¹.

En todo caso, esas medidas sólo pueden adoptarse previa **consulta** (procedimiento administrativo bilateral) al Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC.

El régimen jurídico está determinado en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

Conforme a la definición de la OMC, son ilícitas las subvenciones que causen o amenacen un daño al comercio internacional.

Atendiendo a la respuesta jurídica ante las subvenciones o subsidios, se distingue, gráficamente, entre la “luz roja, luz amarilla y luz verde” de las subvenciones o subsidios internacionales.

En primer lugar, en el sistema de la OMC existen ciertas subvenciones que están prohibidas (“**luz roja**”). Se trata de las subvenciones a la exportación, es decir, aquellas que otorga el Estado, sea directa o indirectamente a los productores de mercancías a condición de que éstas sean exportadas a mercados exteriores⁴⁹².

El Acuerdo prohíbe estos subsidios bajo dos situaciones, que estén supeditados de jure o de facto a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones (artículo 3.a) o que estén

⁴⁹⁰ “ El Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar los reglamentos apropiados para la aplicación de los artículos 87 y 88 y determinar, en particular, las condiciones para la aplicación del apartado 3 del artículo 88 y las categorías de ayudas que quedan excluidas de tal procedimiento”.

⁴⁹¹ Pérez-Cotapos Contreras, Juan, “Los subsidios gubernamentales como prácticas desleales”, en Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, XXIV, 2003, p. 404-405.

⁴⁹² Pérez-Cotapos Contreras, Juan, ob. cit. [nota 491], p. 407.

supeditados al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre varias condiciones (artículo 3.b).

El Estado afectado puede iniciar el procedimiento de consulta respectivo y, de determinarse el carácter prohibido de la subvención, las subvenciones o subsidios deben quedar sin efecto. Si el Estado infractor no lo hace, pueden adoptarse medidas compensatorias.

Cabe destacar que el artículo 27 del Acuerdo establece una excepción general para los países en desarrollo, entre los que se encuentra Chile, sujeta a un plazo de diez años.

En segundo lugar, el Acuerdo distingue subvenciones recurribles, que dan derecho a ser examinadas en el procedimiento administrativo de consulta (“**luz amarilla**”). Se trata de subsidios que, sin ser prohibidos de plano, son susceptibles a la eventual imposición de derechos compensatorios.

Primero, en cuanto al elemento formal, es necesario que exista un beneficio económico transferido por el Estado; sea como una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Estado en cualquier forma - transferencias directas de fondos de parte del gobierno al exportador, condonación de impuestos, cuando el gobierno proporciona bienes o servicios o compra bienes, cual el gobierno realiza pagos a un mecanismo de financiación, etc. – (artículo 1.a.1 del Acuerdo), o bien, todo otro mecanismo de sostenimiento de los ingresos o de los precios que tenga directa o indirectamente por efecto aumentar las exportaciones de un producto cualquiera del territorio de un Estado o reducir las importaciones de este producto en su territorio (artículo 1.a.2 del Acuerdo, en relación al artículo XVI GATT).

Segundo, en cuanto al elemento subjetivo, es necesario que las subvenciones sean específicas. El principio es que una subvención es específica cuando la autoridad limita explícitamente el acceso a la subvención a determinadas empresas, grupos de empresas o ramas de producción (artículo 2.1.a del Acuerdo).

Por el contrario, no será específica cuando la autoridad otorgante establezca criterios o condiciones objetivas que rijan el derecho a obtener la subvención y su cuantía; si el beneficio se otorga en forma automática; si dichos criterios se respetan en forma estricta; si los criterios o condiciones de acceso están establecidos en alguna ley o norma emanada de la potestad reglamentaria (artículo 2.1.b del Acuerdo)⁴⁹³.

⁴⁹³ Pérez-Cotapos Contreras, Juan, ob. cit. [nota 491], p. 413.

Tercero, es necesario que exista un daño o amenaza de daño a la rama de la producción nacional como consecuencia de la subvención.

El artículo VI.6 del GATT dispone que “Ninguna parte contratante percibirá derechos antidumping o derechos compensatorios sobre la importación de un producto del territorio de otra parte contratante, a menos que determine que el efecto del dumping o de la subvención, según el caso, sea tal que cause o amenace causar un daño importante a una rama de producción nacional ya existente o que retrase de manera importante la creación de una rama de producción nacional.” La misma idea se recoge en el artículo 5.a del Acuerdo.

Por una parte, tratándose del daño actual, el Acuerdo ordena realizar un examen objetivo del volumen de las importaciones subvencionadas y del efecto de éstas en los precios de productos similares en el mercado interno y de la repercusión consiguiente de esas importaciones sobre los productos nacionales de tales productos (artículo 15.1 del Acuerdo).

Por otra parte, tratándose de la amenaza de daño, el Acuerdo establece que la existencia de una amenaza se debe basar en hechos y no simplemente en alegaciones conjeturas o posibilidades remotas, señalando ciertos criterios que ayudan en su determinación (artículo 15.7 del Acuerdo).

En el procedimiento de consulta es necesario demostrar una relación causal entre la subvención y el daño (artículos 11.2 y 15.5 del Acuerdo).

Si en el procedimiento de consulta se determina la existencia de una subvención que perjudica los intereses de uno de los Estados parte, éste puede imponer derechos compensatorios a las importaciones (artículo 19 del Acuerdo).

En tercer lugar, el Acuerdo distingue subvenciones no recurribles (“**luz verde**”).

Los criterios para determinar la estas subvenciones atiende, en primer lugar, a su carácter no específico y, en segundo lugar, a ciertas áreas de la economía nacional que se estiman dignas de protección - investigación y desarrollo, regiones desfavorecidas, exigencias ambientales, etc. – (artículo 8 del Acuerdo).

En conclusión, en el ámbito de la OMC tampoco existe una prohibición de subvencionar actividades, sino que se entregan criterios para moderar cierto tipo de subvenciones cuando producen daños graves.

En efecto, hay un amplio margen de apreciación para que los estados establezcan libremente subvenciones (“luz verde”) y, cuando existe un procedimiento de consulta se promueven las salidas amistosas entre los países en conflicto (“luz amarilla”).

c. La obligación primordial que asume la Administración es pagar la subvención.

El contenido de esta relación ha sido expresado de manera sintética y acertada por Gladys Camacho del siguiente modo: “La administración concedente tiene como principal obligación la de hacer efectiva la subvención al beneficiario, lo que da sustento a la amplia potestad de comprobación de la actividad esperada por parte de éste. En casos previstos por leyes especiales, las bases de los concursos o en su defecto por los convenios singulares, la administración se reserva la facultad para modificar la subvención, aplicar determinadas sanciones o incluso revocar su otorgamiento”⁴⁹⁴.

Como hemos dicho, con el acto de otorgamiento se origina la relación subvencional entre la Administración otorgante y el particular beneficiario. En virtud de esta relación la Administración otorgante adquiere una verdadera obligación de pago. Se encuentra jurídicamente obligada a satisfacer el pago de la subvención en favor del beneficiario^{495 496}.

En todo caso, la eficacia del acto, es decir, el goce pleno de sus efectos dependerá del hecho que el beneficiario cumpla efectivamente con las cargas impuestas y que la Administración acredite dicha circunstancia satisfactoriamente. Fernández expone esta circunstancia del siguiente modo:

“De ese mismo acto de otorgamiento sí que surge, en cambio, una obligación jurídica a cargo del ente administrativo otorgante, que no podrá eximirse del cumplimiento de la misma si el beneficiario cumple la correspondiente carga jurídica. El acto de otorgamiento de la subvención se muestra, por tanto, como un acto verdaderamente singular, ya que determinando el nacimiento de una obligación jurídica para la Administración supedita su eficacia, no obstante, al hecho de que el titular del derecho de crédito correspondiente – beneficiario de la subvención – cumpla la carga jurídica en que se resume el carácter afectado de toda subvención”⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ Camacho, Gladys, “La actividad ...” ob. cit. [nota 204], p. 562.

⁴⁹⁵ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit. [nota 9], T. II, p. 366.

⁴⁹⁶ Camacho, Gladys, “La actividad ...” ob. cit. [nota 204], p. 562.

⁴⁹⁷ Fernández Farreres, Germán, “La subvención...” ob. cit. [nota 84], p. 442.

d. La Administración ostenta frente al beneficiario poderes de control y dirección.

i. Fundamento.

La existencia de estos poderes en manos de la Administración se ha intentado explicar de diferentes modos.

Para un sector de la doctrina española más tradicional, la subvención implicaba la incorporación del particular en la gestión de una actividad de *servicio público*, la que quedaba, en virtud de la propia subvención, “publicada”. De ese modo, se les encontraba razón de ser a los poderes de control de la Administración, titular de la actividad, y el particular, gestor. Esa fue la opinión sustentada por Garrido Falla y Baena del Alcázar⁴⁹⁸.

Paralelamente, otro sector de la doctrina española ha afirmado que los poderes de intervención y control de la Administración otorgantes tienen su fundamento en una supuesta relación de sujeción especial. Para Sebastián Martín-Retortillo: “las medidas de fomento establecen un ordenamiento seccional que sitúa a quien las recibe en una relación de sujeción especial que incide en forma singular en la actuación que realiza, imponiéndole una serie de comportamientos, así como la asunción de distintos modos, cargas y obligaciones. Una situación que, en concreto, requiere que la Administración cuente, y cuente en términos suficientes, con la habilitación que le permita actualizar y modular debidamente todas esas situaciones”⁴⁹⁹.

En el mismo sentido se pronuncia Bermejo Vera, que justifica los poderes de la administración en el hecho que el beneficiario queda colocado en una situación de sujeción especial⁵⁰⁰.

Sin embargo, la doctrina más reciente afirma que la relación subvencional no crea un régimen de sujeción especial⁵⁰¹, sino que esta relación sólo compromete al sujeto pasivo de la ayuda a realizar

⁴⁹⁸ ““En cierto modo, el planteamiento expuesto viene a constituir una inequívoca publicatio de la actividad privada que recibe los auxilios, en cuanto queda sometida a la fiscalización del Tribunal [de cuentas] en todo lo que se refiere a su empleo efectivo en el cumplimiento de los fines concretos para cuya consecución se otorgaron. Objetivos y fines que, en definitiva, constituyen la causa última de tales ayudas”” (Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit. [nota 190], p. 466.)

⁴⁹⁹ Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit. [nota 190], p. 459.

⁵⁰⁰ Bermejo Vera, José, “Acción administrativa y potestades”, en, del mismo, “Derecho Administrativo. Parte Especial”, Madrid, Civitas, 2005, 6ª e., p. 61.

⁵⁰¹ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 185.

la actividad afectada en los términos pautados por la Administración, pero que en modo alguno acarrea su incorporación al ámbito de ésta ni altera la naturaleza privada que puede tener la actividad desplegada por aquél⁵⁰².

A nuestro juicio, por el hecho de la subvención, no se inserta al beneficiario en la Administración Pública. Antes bien, los poderes de control y dirección se justifican en el carácter teleológico de la subvención (v. supra), de modo que resulta innecesario recurrir a la doctrina de la sujeción especial⁵⁰³. *Pertenece a la estructura misma de la relación la existencia de estos poderes de control*. No estamos ante una excepción o morigeración de la legalidad administrativa, sino que ante un elemento de la estructura interna de la técnica subvencional, como se ha demostrado al tratar del concepto de subvención.

Como concluye De la Riva: “Así las cosas, los fuertes poderes de control de que está munida la Administración que concede la ayuda se explican no por la calificación del vínculo generado como relación de especial sujeción, sino por la sencilla razón de que el dinero o la atribución patrimonial verificada a favor del subvencionado es de procedencia administrativa y está destinado a una finalidad prefijada”⁵⁰⁴.

En el derecho nacional, Silva Cimma ha expresado categóricamente que “no se trata de dineros que se habrán entregado, por así decirlo, a fondo perdido. A la administración le importa que con esos dineros se cumpla el fin del establecimiento puesto que, en último término, es ese fin el que ha servido de fundamento a la subvención, aporte, o cualquier que sea el título a que esos recursos o bienes se entregan”⁵⁰⁵.

⁵⁰² De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 186.

⁵⁰³ En el mismo sentido Fernández Farreres, ob. cit. [nota 84], p. 167, donde el autor controvierte a la doctrina española “temprana” que considera que la subvención “publica” la actividad. Véase a Garrido Falla, Fernando, ob. cit. [nota 7] T. II, p. 328-329 y Baena de Alcázar, Mariano, ob. cit. [nota 53], p. 76. También Gimeno explica los poderes de control con fundamento en el carácter finalista de las subvenciones: Gimeno Feliú, José María, “Las técnicas...” ob. cit. [nota 207], p. 949.

⁵⁰⁴ De la Riva, Ignacio, ob. cit. [nota 6], p. 186-187.

⁵⁰⁵ Silva Cimma, Enrique, “El control público”, Caracas, Ediciones de la Contraloría General, 1976, p. 119. En el mismo sentido, del mismo, “Derecho administrativo chileno y comparado. El control público”, Santiago, Editorial Jurídica, 1994, pp. 108-111 y 180-181. Destacado añadido.

Concordante con la doctrina moderna, de acuerdo con la Contraloría General de la República, en virtud de la subvención el beneficiario no se transforma en un ente público (aunque sea creado por un acto administrativo y que todos sus fondos sean públicos), sino que conserva su naturaleza jurídica privada⁵⁰⁶.

Además la Contraloría ha afirmado que “los caudales percibidos por concepto de la subvención estatal aludida, ingresan al patrimonio del ente receptor, pasando a constituir ingresos propios de dichos establecimientos educacionales, los que, en todo caso, deben invertirse en el cumplimiento de la labor educativa a la cual está afecta dicha ayuda financiera de conformidad a la ley. Por consiguiente, cabe señalar que los recursos de que se trata si bien, al ingresar al patrimonio del plantel educacional respectivo, quedan, en su caso, desafectados de su naturaleza de caudales públicos, ello no significa que dicho establecimiento pueda destinarlos a cualquier objetivo, sino que debe invertirlos en el cumplimiento de la finalidad educacional para la cual han sido previstos.”⁵⁰⁷.

ii. Facultad de comprobar el cumplimiento de las cargas.

Todas las potestades administrativas son poderes de carácter finalista en el sentido que se otorgan para dar eficacia a determinada manifestación específica del interés público. Es esa satisfacción la que los justifica y, de hecho, los legitima como poder estatal. En consecuencia, la autoridad que se encuentra facultada para otorgar una subvención se encuentra también facultada, por ese solo hecho, para realizar las actividades de comprobación que sean necesarias para establecer que las cargas impuestas hayan sido cumplidas. En consecuencia, debe afirmarse que la Administración ostenta el “derecho” de exigir al beneficiario la completa realización de la actividad⁵⁰⁸.

Además, si se entiende que la subvención es una técnica de colaboración del particular en la realización del interés público; entonces, el beneficiario debe también colaborar con la Administración en la tarea de comprobación de que se ha cumplido dicha finalidad, que es la razón de ser de la subvención.

⁵⁰⁶ Dictamen N° 77.057 de 2010.

⁵⁰⁷ Dictamen N° 10.039 de 2008 y 27.348 de 2002.

⁵⁰⁸ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit. [nota 9], T. II, p. 366.

Dicho de otro modo, la administración concedente se encuentra dotada, de modo *implícito o inherente*, de facultades para verificar el cumplimiento de las cargas que impone el otorgamiento de la subvención.

Como ha expresado García de Enterría, la existencia de potestades inherentes debe, por una parte, ser posible de “deducirse, no de ninguna imagen ideal o abstracta de unos supuestos poderes ‘normales’ administrativos (imagen que arruinaría la exigencia de la legalidad en su función habilitante), sino de otros poderes expresamente reconocidos por la Ley y de la posición jurídica singular que ésta construye, como poderes concomitantes de tales”⁵⁰⁹.

Por otra parte, “este proceso deductivo no legitima por sí mismo ninguna interpretación extensiva, y ni siquiera analógica, de la legalidad como atributiva de poderes a la Administración; tal interpretación extensiva o la aplicación de la analogía están aquí más bien excluidas de principio. Se trata, simplemente, de hacer coherente el sistema legal, que ha de suponerse que responde a un orden de razón y no a un casuismo ciego, lo cual, por otra parte, está claro dese la doctrina general del ordenamiento”⁵¹⁰.

Desde luego, el régimen jurídico legal y reglamentario de cada subvención normalmente cuida otorgar al ente respectivo de los poderes de comprobación que al efecto resultan más efectivos.

En la **subvención para viviendas de hasta 2000 UF**, para comprobar que la subvención se ha destinado al fin previsto y pagar las sumas que constituyen el beneficio, la autoridad exige la presentación de los documentos que acrediten la operación respectiva, y la acreditación que la escritura y que la solicitud de recepción municipal de la construcción fueron ingresadas a trámite al Conservador de Bienes Raíces y al Municipio, respectivamente, durante la vigencia del certificado de subsidio (artículo 37, DS N° 40, de 2004, Vivienda y Urbanismo).

En el caso de la ley de **bosque nativo**, se dispone expresamente que “las bonificaciones se pagarán previa presentación de los informes que correspondan, los cuales deberán ser aprobados por la Corporación” de Fomento Forestal (artículo 29, ley N° 20.283).

Tratándose del **fomento al riego**, la ley N° 18.450, dispone que la bonificación respectiva se paga una vez que las obras estén totalmente ejecutadas y recibidas. Para tal efecto, la Comisión deberá pronunciarse

⁵⁰⁹ García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo”, T. I, Buenos Aires, 1ª ed. de la 12ª ed. española, 2004, p. 456.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 457.

sobre la recepción de las obras dentro del plazo de 90 días hábiles, a contar de la fecha en que el interesado comunique por escrito haber concluido la ejecución de las mismas. Si dicho organismo no se pronunciare o no formulare reparos dentro de ese lapso, las obras se tendrán por aprobadas (artículo 7º). Los adjudicatarios deberán comunicar a la Comisión, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha de emisión del certificado de bonificación, la fecha de inicio de la ejecución física de las obras. Asimismo, deberá comunicar el término de las obras, a más tardar el último día del plazo de ejecución o de su prórroga. Si no cumple con estos avisos la Comisión declarará abandonado el proyecto dentro de 30 días de emitido el certificado (artículo 18, Reglamento, DS N° 397, de 1996, Agricultura).

Para el caso del **fomento forestal**, el DL 2565 dispone que las bonificaciones se pagarán cada vez que los beneficiarios acrediten la nueva superficie forestada o las intervenciones de manejo indicadas en el plan de manejo, mediante un estudio técnico elaborado por un ingeniero forestal o ingeniero agrónomo especializado, previa aprobación de la Corporación. Esta deberá pronunciarse en un plazo de 180 días contado desde la presentación de la solicitud respectiva y si así no lo hiciera, dicha solicitud se dará por aprobada (artículo 16).

En la **subvención a la educación escolar**, el DFL N° 2, de 1998, Educación, establece que, por una parte, para fines de carácter estadístico, los sostenedores deberán entregar en el mes de marzo de cada año las informaciones que les solicite el Ministerio de Educación acerca de las subvenciones, derechos de matrícula, derechos de escolaridad y donaciones en la parte que se utilicen o inviertan en el pago de remuneraciones del personal, en la administración, reparación, mantención o ampliación de las instalaciones de los establecimientos beneficiados o en cualquier otra inversión destinada al servicio de la función docente. El incumplimiento de esta obligación es sancionado como falta (artículo 5º en relación al artículo 52 letra).

Por otra parte, para fines de rendición de cuentas, los sostenedores deberán mantener a disposición del Ministerio de Educación y de la comunidad educativa a través del Consejo Escolar, por un período mínimo de cinco años, un estado anual de resultados que de cuenta de todos los ingresos y gastos del período.

Si uno o más de los establecimientos educacionales bajo la administración de un sostenedor obtienen, en los períodos de evaluación que establezca el Ministerio, resultados inferiores a los estándares de desempeño educativo fijados por el mismo, estarán obligados a remitir a éste el estado de resultados mencionado. El incumplimiento de esta obligación es sancionado como infracción grave (artículo 5º en relación al artículo 50).

Los sostenedores de establecimientos educacionales adscritos al régimen de **subvención preferencial**, Ley N° 20.248, deberán mantener a disposición del Ministerio, por un período mínimo de cinco años, un estado anual de resultados que de cuenta de todos los ingresos provenientes del sector público y de los gastos.

Sin embargo, los sostenedores de establecimientos educacionales estarán obligados a enviar al Ministerio el estado de resultados antes referido, cuando uno o más de los establecimientos educacionales bajo su administración estén clasificados como emergentes o en recuperación.

Lo anterior, es sin perjuicio de las demás obligaciones legales de los sostenedores del sector municipal (artículo 32 LSEP y artículo 24 Reglamento).

Los sostenedores presentarán anualmente al Ministerio una rendición de cuentas de los ingresos percibidos por concepto de subvenciones y aportes establecidos en la LSEP y de los gastos asociados al Plan de Mejoramiento Educativo.

Esta rendición de cuentas deberá estar sustentada en la programación de actividades que realizarán las escuelas en el marco de sus planes de mejoramiento, tanto en el caso de las escuelas autónomas, como también de las emergentes y en recuperación, debiendo acreditar que (i) el total de los recursos de la subvención escolar preferencial se destinaron al plan de mejoramiento educativo y sus actividades asociadas, (ii) los gastos realizados cuentan con el respaldo documental y legal correspondiente, y (iii) las instituciones contratadas para asistencia técnica de las escuelas están inscritas en el Registro correspondiente (artículo 25 Reglamento).

Estas rendiciones deberán ser suscritas por el sostenedor y visadas por la institución de asistencia técnica (artículo 26 Reglamento).

Los estados de resultados y las rendiciones de cuentas estarán sujetos a auditorías por parte del Ministerio o empresas externas (artículo 27 Reglamento).

En el caso del **fomento a los medios de comunicación social de alcance local** se establecen obligaciones documentales (artículo 35 DS N° 45 de 2001, SEGEOB).

Es interesante destacar el caso del financiamiento de las **campañas electorales**. La Ley N° 19.884 obliga a designar un Administrador General Electoral, el que debe rendir cuenta de los gastos realizados en la campaña, incluidos los otorgados por el Estado (artículo 32 y 41). El procedimiento administrativo se desarrolla ante el Servicio Electoral y puede impugnarse de la resolución final ante el Tribunal Calificador de Elecciones (artículo 51).

En el **Fondo Mixto de Apoyo Social** se dispone que podrá requerirse la rendición de cuentas y la presentación de estados de avance y un informe final, en que se de cuenta de los resultados del programa y del uso detallado de los recursos asignados, todo ello, en los términos previstos en el convenio (DS N° 266, de 2004, Planificación).

En el caso del **Fondo de Capacitación y Empleo**, le corresponde al Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, supervigilar los programas de capacitación que desarrollan las empresas, autorizar y fiscalizar el uso de los incentivos y subsidios establecidos para ese fin (artículo 83, letra f) ley N° 19.518).

En el **Fondo para Asociaciones de Consumidores** corresponde al Secretario Ejecutivo del Consejo y al Director Nacional del SERNAC el control de la ejecución de los proyectos financiados en todo o parte con recursos del Fondo.

De las técnicas empleadas por estos estatutos destaca el otorgamiento de una potestad de inspeccionar la actividad del beneficiario.

Tratándose del **fomento al riesgo**, el reglamento dispone expresamente que los adjudicatarios deberán dar las facilidades necesarias para que la Comisión inspeccione la ejecución de la obra en cualquier etapa de su desarrollo, pudiendo encomendar algunas labores de apoyo a la inspección a consultores inscritos en la DGOP. De las inspecciones se llevará registro en un Libro de Obras con las observaciones y reparos. Si el reparo consistiere en el incumplimiento de las especificaciones técnicas de la obra, el interesado no podrá continuar con el desarrollo de la misma en tanto no subsane el reparo (artículo 21, Reglamento, DS N° 397, de 1996, Agricultura).

Para el caso del **fomento forestal**, el DL N° 2565 establece que Los funcionarios de la Corporación sólo podrán ingresar en los predios o centros de acopio para los efectos de controlar el cumplimiento de la ley, previa autorización del encargado de la administración de los mismos. En caso de negativa para autorizar el ingreso, la Corporación podrá solicitar al juez competente el auxilio de la fuerza pública, el cual, por resolución fundada y en mérito de los antecedentes proporcionados por la Corporación, la podrá conceder de inmediato, salvo que resolviere oír al afectado, en cuyo caso éste deberá comparecer dentro del plazo de 48 horas, contado desde su notificación (artículo 24 bis B).

Para la **subvención a la educación escolar**, los SEREMI son las autoridades que tienen la competencia fiscalizadora en materia de subvenciones (artículo 55 DFL N° 2, de 1998, Educación, y artículo 14 y 15 ley N° 18.956).

El Subsecretario de Educación podrá otorgar en forma nominativa y expresa a los funcionarios del Ministerio el carácter de Ministro de Fe para los efectos de esta fiscalización (artículo 57 y artículo 39, Reglamento, DS N° 8.144, de 1980, Educación).

Las Secretarías Regionales Ministeriales programarán y practicarán visitas periódicas a los establecimientos subvencionados de su jurisdicción para verificar el cumplimiento de las disposiciones que señala la ley y el reglamento (artículo 40, Reglamento, DS N° 8.144, de 1980, Educación).

En la subvención especial para la prestación del servicio educativo bajo régimen de **jornada escolar completa** el Ministerio de Educación tiene la facultad de supervisar, mediante inspecciones selectivas, cualquiera etapa del proceso de ejecución de las obras, asistir a su recepción final cuando corresponda y recabar los antecedentes e informes para el seguimiento y control de la inversión que estime pertinente (artículo 8° Ley N° 19.532).

En la **subvención a los medios de comunicación social de alcance local** se dispone que corresponde al Consejo Regional, con la asesoría del SEREMI de Gobierno velar por que la ejecución de los proyectos se ajuste a los términos del respectivo convenio, las bases y el reglamento, supervisarlos y evaluarlos periódicamente (artículo 33 DS N° 45 de 2001, SEGEGOB).

En la **subvención a los colaboradores del SENAME**, la inspección o evaluación está a cargo de funcionarios de propio órgano o puede delegarse en evaluadores independientes (artículo 36, inciso final, ley N° 20.032).

En el **Fondo Mixto de Apoyo Social**, se dispone la facultad del Ministerio de inspeccionar periódicamente los proyectos (artículo 28 DS N° 266, de 2004, Planificación).

En este ejercicio, de naturaleza claramente limitadora de los derechos del particular beneficiario, la Administración deberá observar dos prescripciones básicas. En primer lugar, el principio de proporcionalidad (v. supra) y el principio de mínima intervención.

Ello significará que deberá emplear, ante todo, simples técnicas de carácter preventivo y donde la responsabilidad de la información recae en manos particulares; sólo cuando estas técnicas resulten absolutamente insuficientes e ineficaces para obtener información fidedigna podrán emplearse técnicas represivas donde la Administración obtenga por sí misma la información relevante, es decir, inspecciones administrativas.

Las potestades de inspección, investigación o supervisión habilitan a la Administración para llevar a cabo funciones de comprobación o constatación de la legalidad⁵¹¹.

Se caracteriza porque, en primer lugar, se trata de una actividad de control preparatoria (o de trámite) de otra decisión. Por sí misma no tiene naturaleza ablativa o desfavorable sobre la esfera subjetiva del sujeto inspeccionado.

Para García Ureta, “no tiene por objeto la ablación de las posiciones activas o favorables del ciudadano, pero sí su ajuste a lo que la norma exige. De ahí que al concretarse tales limitaciones en cada caso no se esté ante un cercenamiento del derecho”⁵¹².

⁵¹¹ Bermejo Vera, José, “Acción administrativa y potestades”, en su “Derecho Administrativo. Parte Especial”, Civitas, Madrid, 2006, 6ª ed., p. 127. En el mismo sentido Rivero Ortega, Ricardo, “El Estado vigilante”, Madrid, Tecnos, 2000, p. 60 y 67; García Ureta, Agustín, “La potestad inspectora de las administraciones públicas”, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 28.

⁵¹² García Ureta, ob. cit. [nota 511], p. 54.

En segundo lugar, el particular se encuentra en el deber de colaborar con la Administración en la provisión de los datos o informaciones de hecho que son el objeto de la inspección. Esta es la sujeción correlativa a la potestad administrativa⁵¹³.

Se ha previsto expresamente este deber, por ejemplo, en el Fondo Mixto de Apoyo Social (artículo 28, DS N° 266, de 2004, Planificación). Asimismo, en el Fondo para Asociaciones de Consumidores (artículo 18 DS N° 37 de 2005, Economía).

En tercer lugar, en cuanto al procedimiento, la actividad inspectora se inicia de oficio o por denuncia privada y se formaliza en actas que dan cuenta de lo obrado⁵¹⁴.

Por ejemplo, el artículo 24 bis del DL N° 2565 establece que los funcionarios de CONAF deberán levantar un acta en que se consignen los hechos constitutivos de una infracción.

A su vez, el artículo 41, DS N° 8.144, de 1980, Educación, dispone que de cada una de las visitas practicadas por los funcionarios de la SEREMI deberá levantarse Acta en triplicado de las cuales un ejemplar quedará en el establecimiento, otro se enviará al sostenedor y el tercero quedará en el DEPROV. En dicha acta deberán registrarse los hechos constatados y las observaciones que estimen pertinentes los funcionarios que realicen la visita de fiscalización, especialmente las que signifiquen pérdida de requisitos o presuntas infracciones a las normas que regulan el derecho a impetrar subvenciones, y será firmada por éstos conjuntamente con el Director del Establecimiento, dejándose constancia en el caso que el director se niegue.

En cuarto lugar, en cuanto a la eficacia de las comprobaciones, aquello que consta en las actas tiene efectos convalidantes o certificantes - cuando en ellas se constata la legalidad de lo inspeccionado - constituyendo para quienes las soportan un aval o garantía de la corrección de su actividad⁵¹⁵.

Finalmente, la potestad inspectora requiere, en general, atribución normativa previa⁵¹⁶. Sin embargo, no faltan los casos en que esa

⁵¹³ Rivero Ortega, Ricardo, ob. cit. [nota 511], p. 75; García Ureta, Agustín, ob. cit. [nota 511], p. 51 y ss.

⁵¹⁴ Bermejo Vera, José, [nota 511] p. 131. Sobre las actas de inspección véanse Rivero Ortega, ob. cit. [nota 511], pp. 202 y ss; García Ureta, Agustín, ob. cit. [nota 511], pp. 179 y ss.

⁵¹⁵ Bermejo Vera, José, ob. cit. [nota 511], p. 132.

⁵¹⁶ Rivero Ortega, Ricardo, ob. cit. [nota 511], p. 92 y ss. Para el autor, "el ordenamiento conoce distintas formas de atribuir potestades a la Administración: autoatribución por vía reglamentaria, atribución implícita, utilización de cláusulas generales de apoderamiento, atribución en términos más reglados o más discrecionales" (p. 98). En el mismo sentido García Ureta, Agustín, ob. cit. [nota 511], p. 63.

atribución expresa no pasa de ser un mero apoderamiento general o simplemente está ausente.

En el **fomento al desarrollo agropecuario**, se establece, en términos generales, que cada instrumento considerará la supervisión del uso correcto del conjunto de incentivos otorgados al cliente, la calidad de los apoyos brindados por los instrumentos y las distorsiones que eventualmente pudieran ocurrir (artículo 30). El seguimiento y la evaluación de los resultados e impactos conseguidos por el conjunto de incentivos otorgados, así como los apoyos brindados por los instrumentos serán realizados por INDAP (artículo 31, Res. N° 306, INDAP).

En el caso del **Fomento a las Artes**, el DS N° 64, de 2004, Educación, señala expresamente que corresponderá al Consejo, a través del Secretario Ejecutivo y a los Directores Regionales, cuando corresponda, el control de la ejecución de los proyectos, lo que deberá recaer en el cumplimiento de las bases y las disposiciones del convenio (artículo 55, Reglamento).

El Secretario Ejecutivo o los Directores Regionales, según corresponda, certificarán la total ejecución del proyecto o la etapa que hubiere sido aprobada. Cumplido el trámite de la certificación de ejecución o de ejecución de etapa, el Secretario Ejecutivo o los Directores Regionales, según corresponda, procederán a hacer devolución de la caución que hubiera sido entregada.

Los responsables de los proyectos deberán colaborar con la realización de la supervisión y controles (artículo 56, Reglamento).

En el **fomento audiovisual**, el DS N° 151 de 2005, señala que corresponderá al Secretario Ejecutivo o al Director Regional del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes respectivo el control de la ejecución de los proyectos. Este deberá recaer en el estricto cumplimiento de la ley, de este Reglamento, de las bases, de los procedimientos y formularios de postulación, de los términos del convenio y de los plazos establecidos para su realización.

Las personas u organizaciones responsables de los proyectos deberán facilitar en todo momento las tareas de supervisión y control pertinentes.

Asimismo, corresponderá al Secretario Ejecutivo o a los Directores Regionales del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, según corresponda, certificar la total ejecución del proyecto o la etapa que hubiere sido aprobada (artículo 33 Reglamento).

En el **fomento a la música**, el DS N° 187, de 2004, Educación, establece que corresponderá al Secretario Ejecutivo del Consejo o al Director Regional del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes respectivo el control de la ejecución de los proyectos. Este deberá recaer en el estricto cumplimiento de las bases, de los procedimientos y formularios de postulación, de los términos del convenio y de los plazos establecidos para su realización.

Las personas u organizaciones responsables de los proyectos deberán colaborar con el Consejo en las tareas de supervisión y control pertinentes.

Asimismo, corresponderá al Secretario Ejecutivo del Consejo o a los Directores Regionales, según corresponda, certificar la total ejecución del proyecto o la etapa que hubiere sido aprobada.

Cumplido el trámite de la certificación de ejecución o de ejecución de etapa, el Secretario Ejecutivo del Consejo o los Directores Regionales según corresponda, procederán a hacer devolución de la caución que hubiera sido entregada (artículo 25 Reglamento).

En el **fomento deportivo**, el DS N° 46, de 2001, SEGEGOB, señala que corresponderá a la Dirección Nacional y a las respectivas Direcciones Regionales, en su caso, el control de la ejecución de los proyectos. Este deberá recaer en el estricto cumplimiento de las bases, de los procedimientos y formularios de postulación, de los términos del convenio y de los plazos establecidos para su realización.

Las personas u organizaciones responsables de los proyectos deberán colaborar con el Instituto en las tareas de supervisión y control pertinentes.

Asimismo, corresponderá a las citadas Direcciones emitir la certificación de la total ejecución de los respectivos proyectos. Cumplido el trámite de la certificación, se procederá a hacer devolución de la caución que hubiere sido entregada (artículo 18 Reglamento).

De esta abstracción en la definición o la omisión completa de ella no debe concluirse que la Administración carezca de los poderes necesarios para llevar a cabo la comprobación necesaria. Antes al contrario, la Administración se encuentra en la obligación de ejercer el poder de comprobación a través de los medios que resulten más eficaces.

En la práctica, este ejercicio requerirá de parte de la Administración de la verdadera autoatribución normativa de potestades de verificación.

Es decir, en ausencia de una atribución expresa por la ley de la potestad inspectora, resulta necesario que la Administración se atribuya a sí misma del poder de inspeccionar a través de una norma jurídica que tenga formalmente el carácter de un reglamento.

De acuerdo con García de Enterría, “no hay en este fenómeno de autohabilitación a través de normas reglamentarias ninguna quiebra del principio de legalidad, antes bien una confirmación del mismo en cuanto mecanismo formal. Pues la Administración utiliza para dictar el Reglamento una potestad que le ha sido previamente atribuida, la potestad reglamentaria; del ejercicio de esta potestad, por su virtud normativa, podrán surgir potestades nuevas de actuación concreta,

una vez creadas las cuales, y no hasta entonces, la acción concreta es ya posible”⁵¹⁷.

iii. Facultad de declarar la caducidad de la subvención.

La Administración posee además un “*poder de revocación* en los casos (entre otros) de incumplimiento, por parte del beneficiario, de sus deberes de dedicar la subvención a los fines para los que fue concedida o de las condiciones impuestas en el acto de otorgamiento, y de justificar adecuadamente el empleo de la misma o de impedir o dificultar que la Administración lo haga...; la revocación conlleva, obviamente, el deber de reintegro de las cantidades percibidas más el interés legal devengado”⁵¹⁸.

A nuestro juicio esta forma de “revocación” es, en rigor, la declaración de *caducidad* de la subvención.

Puede decirse que mientras la caducidad de un efecto “interno” de la relación subvencional, la revocación viene provocada “externamente”, como un mero instrumento represivo⁵¹⁹.

La caducidad es una institución general del derecho, de forma que no es específica del derecho administrativo. Puede decirse, así, que consiste en la extinción de ciertas situaciones activas que están acompañadas de la necesidad de cumplir con determinados deberes, originada justamente por el hecho de no haber observado éstos últimos⁵²⁰.

En el derecho administrativo es necesario distinguir la caducidad del acto administrativo de la caducidad del procedimiento. Mientras la caducidad del procedimiento es una manera extraordinaria de poner término al procedimiento administrativo, iniciado de oficio, por el hecho de haber incumplido la administración con la obligación de llevarlo a término⁵²¹; por su parte, la caducidad del acto es un modo de extinguir los actos administrativos favorables que opera frente al

⁵¹⁷ García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, “Curso...” ob. cit. [nota 509], T. I, pp. 455-456.

⁵¹⁸ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit. [nota 9], T. II, p. 366-367.

⁵¹⁹ Soria, Daniel Fernando, “La caducidad del acto administrativo” en “Acto administrativo y procedimiento”, Facultad de Derecho – Universidad Austral, Ediciones RAP, 2002, Buenos Aires, p. 264.

⁵²⁰ Soria, Daniel Fernando, ob. cit. [nota 519], p. 261.

⁵²¹ Véase Jaime Rodríguez Arana, “La caducidad en el derecho administrativo español”, Madrid, Ed. Montecorvo, 1993.

incumplimiento de los deberes que éste impone para el goce de sus efectos. Por su misma estructura, la caducidad ha recibido su mayor aplicación en el campo del contrato administrativo⁵²². Fuera de la materia contractual, siendo la subvención un acto administrativo favorable, está naturalmente sujeta a esta forma de extinción.

Se ha dicho que el fundamento de la caducidad radica en que “este es uno de los casos específicos donde debe primar el interés público por sobre la prerrogativas individuales, ya que se está en presencia de actos unilaterales de voluntad de la administración, que, privando del ejercicio de determinados bienes escasos a otros interesados, ha reconocido, en cambio, estas franquicias respecto de quienes pasaron a ser sus titulares. Ahora bien, esta titularidad representa un privilegio que ciertamente queda sujeto a determinadas cargas impuestas por el interés general de la colectividad. El incumplimiento de ellas dentro de los términos especificados de modo explícito, tanto en la ley como en el acto individual mismo, apareja la extinción, de pleno derecho, de las facultades conferidas por una decisión que sin duda era de privilegio.”⁵²³.

La caducidad ha recibido una interesante atención por la doctrina latinoamericana. Sin embargo, sus contornos resultan bastante difusos.

En primer lugar, la caducidad opera siempre sólo respecto de actos administrativos de naturaleza “mixta”, o sea, que son al mismo tiempo positivos y negativos. Debe entenderse que son actos que sujetan el goce efectivo de sus efectos favorables al cumplimiento de un “deber”⁵²⁴.

Aunque gran parte de la doctrina sostiene que son actos sujetos a “obligaciones”⁵²⁵, creemos que no se trata de “obligaciones”, sino de

⁵²² Marienhoff, Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo”, T. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 570-571; Cassagne, Juan Carlos, “El acto administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, 2ª ed., p. 382.

⁵²³ Madariaga Gutiérrez, Mónica, “Seguridad jurídica y Administración Pública en el siglo XXI”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, 2ª ed., pp. 105.

⁵²⁴ “La caducidad supone que el acto que se extingue fundamentalmente concedía un derecho, creando al mismo tiempo ciertos deberes: es el incumplimiento de los segundos lo que lleva a la extinción del primero y con ello del acto todo.” (Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, T. III, 9ª ed., 2007, p. XIII-18, www.gordillo.com)

⁵²⁵ Piccinni García, Doris, “Teoría del decaimiento de los actos administrativos”, Santiago, Editorial Jurídica, 1968, pp. 25-29.; Caldera Delgado, Hugo, “Manual de Derecho Administrativo”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1979, pp. 212-213; Madariaga Gutiérrez, Mónica, ob. cit. [nota 523], pp. 103 ss; Silva Cimma, Enrique, “Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y

deberes o cargas (v. supra, capítulo II)⁵²⁶. Ello, porque es inherente a la obligación que el interés que satisface pertenece exclusivamente al acreedor. En cambio, tratándose de las cargas o deberes el interés puede ser el del propio sujeto pasivo o el interés público.

Piccinni afirma que la caducidad exige siempre la presencia de un plazo como elemento adicional al incumplimiento del beneficiario⁵²⁷. Creemos que siendo efectiva su afirmación, es posible que existan plazos tácitos, tal como en el derecho común⁵²⁸.

Para Soria, es necesario que el incumplimiento sea “culpable”, en sentido amplio, es decir, atribuible o imputable a la persona que ha de ser desalojada de su situación subjetiva⁵²⁹.

En segundo lugar, es necesario que el incumplimiento sea de una entidad grave pues la Administración goza de otros medios menos gravosos para dirigir y controlar la conducta del interesado como aplicar multas u otras sanciones⁵³⁰.

Soria sostiene que es necesario “reconocerle a la Administración un cierto margen de maniobra para apreciar la razonabilidad de la medida”, lo que no sólo protege los derechos del beneficiario sino que es coherente con una mejor satisfacción de los intereses generales⁵³¹.

En tercer lugar, la caducidad debe ser declarada por la Administración⁵³². Esta declaración produce efectos hacia el futuro, no retroactivos. Antes de proceder a la declaración es necesario que la Administración le intime al interesado su retardo. Por esta razón se ha

bienes”, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1995, 4ª ed., p. 153; Sayagués Lazo, Enrique, “Tratado de Derecho Administrativo”, T. I, Ed. FCU, Montevideo, 2002, 8ª ed., p. 519; Gordillo, Agustín, ob. cit. [nota 524] p. XIII-17 a 19, www.gordillo.com.

⁵²⁶ Comadira, Julio y Escola, Héctor, “Derecho Administrativo Argentino”, Porrúa, México DF, 2006, pp. 397 y 398 y Moraga Klenner, Claudio, “La actividad formal de la Administración del Estado”, en Pantoja, Rolando, “Derecho Administrativo Chileno”, Porrúa, México DF, 2007, pp. 309-310. En el mismo sentido que se sostiene acá, véase Soria, Daniel Fernando, ob. cit. [nota 519], p. 282.

⁵²⁷ Piccinni García, Doris, ob. cit [nota 525], p. 27.

⁵²⁸ Madariaga Gutiérrez, Mónica; ob. cit. [nota 523], p. 104.

⁵²⁹ Soria, Daniel Fernando, ob. cit. [nota 519], p. 283.

⁵³⁰ Sayagués Lazo, Enrique, ob. cit. [nota 525], p. 519; Gordillo, Agustín, ob. cit. [nota 524], p. XIII-19.

⁵³¹ Soria, Daniel Fernando, ob. cit. [nota 519], p. 285.

⁵³² Piccinni García, Doris, ob. cit. [nota 525], p. 27;

señalado que es necesario que se notifique formalmente al beneficiario señalándole un plazo para cumplir, emplazándolo⁵³³.

Encontramos numerosos ejemplos de normas que expresamente prevén la declaración de caducidad como una potestad administrativa.

En el **fomento al desarrollo agropecuario**, se prevé que los beneficiarios que con el propósito de acogerse a los incentivos, proporcionen a INDAP antecedentes falsos, adulterados o maliciosamente incompletos, así como aquellos casos en que como resultado de la supervisión del uso de los incentivos entregados se detectaren irregularidades en el uso de dichos incentivos, deberán devolver la totalidad de los recursos entregados, reajustados y más intereses penales. Los intereses aplicables serán los vigentes para los créditos otorgados por INDAP a la fecha de la Resolución que otorgó el incentivo (artículo 32, Res. N° 306, INDAP).

Para el caso del **fomento al riego**, la ley N° 18.450, dispone que “en caso de un cambio de uso de suelo de predios beneficiados por esta ley, que hubiere sido solicitado por el propietario para otros fines, éste deberá restituir la bonificación percibida deduciendo en forma proporcional el tiempo de permanencia efectiva de las obras bonificadas, sobre el plazo total a que se refiere el artículo 14 de este cuerpo legal, restitución que se efectuará en las condiciones que determine el reglamento. Igual situación se aplicará a los agricultores de predios bonificados que eliminen o cambien de cultivo para el cual se asignó el subsidio, si a consecuencia de ello se deja sin aplicación los equipos de riego bonificados” (artículo 12º, en relación al artículo 26, Reglamento, DS N° 397, de 1996, Agricultura).

En la **subvención para tierras indígenas**, el DS N° 395, de 1993, Planificación, dispone que la subvención caducará por la pérdida de los requisitos habilitantes señalados en el artículo 20 de la ley (destinación del inmueble) y el no uso de él dentro del plazo de 6 meses contado desde la fecha de su recepción por parte del beneficiario. Este plazo es prorrogable por el Director mediante resolución fundada y en casos calificados por seis meses adicionales (artículo 5º).

En el caso del **fomento audiovisual**, el DS N° 151, de 2005, Educación, dispone que en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en el convenio, imputable al responsable del proyecto o postulación, el Presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes o el Director Regional del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes respectivo, en su caso, estará facultado para suspender parcial o totalmente los aportes al proyecto, para hacer efectiva la garantía y para dar término al convenio, sin perjuicio del derecho de accionar judicialmente para obtener la restitución de los fondos asignados (artículo 32 Reglamento).

Del mismo modo, en el **fomento a la música**, el DS N° 187, de 2004, Educación, dispone que en caso de incumplimiento imputable al

⁵³³ Sayagués Lazo, Enrique, ob. cit. [nota 525], p. 519; Gordillo, Agustín, ob. cit. [nota 457], p. XIII-19.

responsable del proyecto de las obligaciones establecidas en el convenio, el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, o el Director Regional de la Cultura y las Artes respectivo, estará facultado para suspender parcial o totalmente los aportes al proyecto, para hacer efectiva la garantía y para dar término al convenio, sin perjuicio del derecho de accionar judicialmente para obtener la restitución de los fondos asignados (artículo 24 Reglamento).

Lo mismo ocurre en el **fomento al deportivo**, en que se señala por el DS N° 46, de 2001, SEGEGOB, que en caso de incumplimiento imputable al asignatario de las obligaciones establecidas en el convenio, la autoridad correspondiente estará facultada para suspender parcial o totalmente los aportes al proyecto, para hacer efectiva la garantía y para dar término al convenio, sin perjuicio de lo cual el Instituto se reserva el derecho de accionar judicialmente para obtener la restitución de los fondos asignados.

En este último caso, la Dirección Nacional o la Dirección Regional respectiva podrá reasignar los recursos, recurriendo al listado priorizado de proyectos que se haya elaborado al momento de resolver los respectivos concursos (artículo 17 Reglamento).

En las **subvenciones a los medios de comunicación social de alcance local**, se dispone que el responsable de un proyecto incurriere en incumplimiento de sus obligaciones “contractuales”, el Consejo Regional podrá disponer la suspensión inmediata de los aportes (artículo 35, DS N° 45, de 2001, SEGEGOB).

En la **subvención a los colaboradores del SENAME** se dispone que dicho organismo estará facultado para poner término anticipado o modificar los convenios, cuando los objetivos no sean cumplidos, o los resultados no sean alcanzados en el grado acordado como mínimamente satisfactorio o, cuando los derechos de los niños, niñas o adolescentes no estén siendo debidamente respetados (artículo 37 Ley 20.032).

En el **Fondo Mixto de Apoyo Social**, el artículo 27° del DS N° 266, de 2004, Planificación, establece que el incumplimiento imputable al asignatario de las obligaciones establecidas en el convenio faculta a la autoridad correspondiente para suspender total o parcialmente los aportes al proyecto o programa, para hacer efectiva la garantía y para dar término anticipado al convenio.

En el **Fondo para Asociaciones de Consumidores**, el artículo 19 del DS N° 37 de 2005, establece que en caso de incumplimiento imputable el Director del SERNAC estará facultado para suspender totalmente los aportes al proyecto, para hacer efectiva la garantía y para dar término al convenio, sin perjuicio del derecho de accionar judicialmente para obtener la restitución de los fondos asignados.

De acuerdo con Madariaga, “La autoridad administrativa emitirá, por razones de certeza jurídica, un acto simplemente declarativo de la caducidad que ya ha operado, y cuyos efectos obligadamente se retrotraerán a la época establecida para que se hiciese efectiva dicha causal de término de la vigencia del acto. Esta pérdida no queda

sujeta al arbitrio de la autoridad – para disponerla cuando ella lo estime conveniente y adecuado, con una eventual prórroga tácita de los plazos legales -, sino que opera en el instante mismo en que se ha cumplido el término preestablecido para estos efectos.”⁵³⁴.

Sin embargo, dado que es necesario que la Administración goce de un margen de apreciación para determinar si la conducta ha sido suficientemente grave como para justificar la terminación de la subvención, debemos entender que la caducidad no opera de pleno derecho, sino que sólo cuando es declarada por la Administración.

Finalmente, gran parte de la doctrina ha señalado que la caducidad es una especie de “sanción administrativa”⁵³⁵.

Sin embargo, existe una diferencia radical entre caducidad de la subvención (que genera la cesación o reintegro) por incumplimiento de la finalidad para la cual se la otorgó de las sanciones administrativas, de la sanción administrativa.

A pesar de que algunos autores califican a la caducidad de la subvención como una especie de sanción, de tipo “rescisorio”,⁵³⁶ y aunque la ley califica, a veces, expresamente la caducidad como una sanción⁵³⁷, lo cierto es que independiente de la calificación del legislador hay que estarse a la finalidad de las instituciones.

En efecto, en la sanción administrativa “su relación con la infracción es puramente arbitraria y no tiene otro fundamento que la norma que anuda la sanción de que se trate a esa concreta infracción”. En cambio, en la caducidad y consecuente la devolución de la subvención, por incumplimiento de su fin, ella es la consecuencia inmediata de la propia estructura jurídica de la subvención y no una sanción administrativa propiamente dicha⁵³⁸.

⁵³⁴ Madariaga Gutiérrez, ob. cit. [nota 523], p. 104.

⁵³⁵ Particularmente, Soria, Daniel Fernando, ob. cit. [nota 519], p. 267. También, Piccinni García, Doris, ob. cit. [nota 525], pp. 27 y 29; Caldera Delgado, Hugo, ob. cit., [nota 525], p. 212; Madariaga Gutiérrez, ob. cit. [nota 523], p. 103; Silva Cimma, Enrique, ob. cit. [nota 525], p. 153; Sayagués Lazo, Enrique, ob. cit. [nota 525], p. 519; Moraga Klenner, Claudio, ob. cit. [nota 526], p. 309; Comadira, Julio y Escola, Héctor; ob. cit. [nota 526], p. 398.

⁵³⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás, Ramón, ob. cit. [nota 284], T. II, p. 172

⁵³⁷ Cfr. Subvención a la vivienda de hasta 2000 UF (DS Nº 40, de 2004, Vivienda y Urbanismo); Subvención al transporte urbano remunerado (artículo 8º de la ley Nº 20.378).

⁵³⁸ Huego Lora, Alejandro, “Sanciones administrativas”, Ed. Iustel, Madrid, 2006, pp. 230-231.

Para Alejandro Huergo, “Como regla general es claro que la revocación por incumplimiento no es una sanción. Al contrario: se trata de la respuesta prevista por la norma correspondiente ante el hecho de que, como consecuencia del incumplimiento por el particular de las obligaciones que ha asumido al recibir el acto favorable, éste ya no puede cumplir su finalidad, al haberse desviado de lo previsto cuando fue dictado”⁵³⁹.

Para Fernández Farreres claramente el reintegro (esto es, el efecto de la caducidad) no puede ser una sanción, apoyándose, por un lado, en consideraciones dogmáticas (el reintegro es, dentro de la construcción sistemática de la relación jurídica subvencional, un supuesto de inexigibilidad sobrevenida de su pago), y por otro en un argumento sistemático, como es que la normativa prevé que el incumplimiento del fin de la subvención pueda dar lugar, con independencia del reintegro, a la imposición de sanciones (multas, prohibición de optar a nuevas subvenciones en un plazo temporal determinado), de modo que el reintegro por sí mismo no es una sanción propiamente tal⁵⁴⁰.

Entendemos, por tanto, que la doctrina utiliza la noción de sanción en este caso en el sentido kelseniano, esto es, la consecuencia que se sigue de la inobservancia de una norma jurídica⁵⁴¹, noción hoy abandonada en la teoría del derecho después de la crítica de H. Hart⁵⁴². En efecto, la sanción como mecanismo de garantía de todas las normas jurídicas y como elemento característico del Derecho y diferenciador frente a la moral u otros órdenes normativos, es distinta a la sanción en sentido estricto como institución jurídica que intenta dotar de eficacia a algunas normas y que coexiste con otros

⁵³⁹ Huergo Lora, Alejandro, ob. cit. [nota 538], p. 350.

⁵⁴⁰ Fernández Farreres, Germán, “La subvención...” ob. cit. [nota 84], p. 429.

⁵⁴¹ “Si el derecho es concebido como un orden coactivo, una conducta sólo puede encontrarse ordenada jurídicamente en forma objetiva, y, por tanto, puede ser vista como el contenido de una obligación jurídica, si una norma jurídica enlaza a la conducta contraria un acto coactivo como sanción” (Kelsen, Hans, “Teoría pura del derecho”, México DF, Porrúa, 15ª ed., 2007, p. 129. Para un estudio de la evolución del concepto de sanción en la teoría de Kelsen (y la construcción de la norma como un imperativo hipotético), véanse del mismo “Teoría General del Derecho y del Estado”, México DF, Porrúa, 1995, pp. 71 y 72. y “Problemas Capitaes de la Teoría Jurídica del Estado”, México DF, Porrúa, 1987, *passim*, esp. p. 177 y ss.

⁵⁴² Hart, H. L. A., “El concepto de derecho”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, pp. 42-45.

mecanismos que también intentan garantizar la efectividad del ordenamiento⁵⁴³.

En consecuencia, debido al régimen jurídico específico y garantista que tienen las sanciones administrativas, nosotros usamos el concepto en su sentido estricto, propio del derecho administrativo.

Finalmente, en contra de la procedencia de la caducidad, algunos autores sostienen, de manera restrictiva que “el régimen de revocación de las subvenciones... sólo prevén dicha posibilidad para los casos en que el acto administrativo por el que se otorga la subvención se haya dictado con infracción del ordenamiento jurídico”⁵⁴⁴.

En realidad, ahí estaríamos ante un caso de invalidación del acto de otorgamiento, pues se le estaría haciendo un reproche de legalidad al acto, con todas las consecuencias que se siguen de ello.

Como sostiene Hugo Caldera, “De la invalidación se diferencia la caducidad desde dos aspectos; el primero, porque mientras la invalidación recae sobre un acto viciado la caducidad opera sobre un acto regular y válido; la segunda, por los efectos: los de la invalidación operan retroactivamente, es decir, borran o eliminan los efectos provocados por el acto invalidado; en cambio, la caducidad actúa sólo hacia lo futuro. La legalidad del acto que declara la caducidad está condicionada a que el motivo en que el acto se fundamenta haya sido considerado en el acto administrativo cuyos efectos se extinguen en virtud de la caducidad”⁵⁴⁵.

iv. Potestades específicas para controlar y dirigir al beneficiario.

Fuera de las dos facultades esenciales e inherentes a la relación que se entabla entre el beneficiario y la Administración concedente en virtud de la subvención, cada uno de los estatutos específicos regula otras técnicas adicionales que, por lo mismo, requieren atribución normativa expresa, con el objeto de cautelar el interés público involucrado.

⁵⁴³ Huergo Lora, Alejandro, ob. cit. [nota 538], p. 223.

⁵⁴⁴ Ahumada de Ramos, Francisco, “Materiales...” ob. cit. [nota 14], p. 162.

⁵⁴⁵ Caldera Delgado, Hugo, ob. cit [nota 525], p. 213

Entre éstas técnicas puede señalarse, en primer lugar, la facultad en manos de la Administración de modificar las cargas propias de la subvención, así como el monto del beneficio⁵⁴⁶.

La modificación puede ser cualitativa o cuantitativa. En el primer caso estamos ante un aumento o disminución de las cargas a que está sujeto el beneficiario, sin variar su naturaleza u objeto. En el segundo caso, en cambio, se está ante una sustitución de la naturaleza de las cargas, sea por su objeto o por su fin.

En segundo lugar, puede mencionarse la existencia de una verdadera potestad sancionadora en manos de la Administración que tiene por misión encauzar al beneficiario hacia el cumplimiento de las cargas, pero sin provocar la caducidad de la subvención⁵⁴⁷.

A diferencia de la caducidad, acá estaríamos frente a auténticas sanciones, toda vez que existe la imposición de un mal jurídico, por un órgano administrativo a través de un procedimiento administrativo, como consecuencia de una infracción administrativa con la finalidad de reprimir dicha conducta⁵⁴⁸.

Como sostiene Nieto “la potestad administrativa sancionadora forma parte ínsita de la competencia de gestión”⁵⁴⁹. Dicho de otro modo, la eficacia de cada una de las competencias que la ley atribuye a los órganos Administrativos requiere, como su consecuencia lógica, del ejercicio de la potestad sancionadora para restaurar el quebrantamiento del régimen jurídico que gobierna dicho ámbito de gestión.

Las condiciones de ejercicio, así como la polémica constitucional que acompaña a la potestad sancionadora de la Administración ameritan un estudio separado, de modo que los estudios generales sobre la potestad sancionadora, con la salvedad hecha antes sobre la

⁵⁴⁶ “La Administración también ostenta una potestad de modificación de la subvención; un poder que opera exclusivamente en los casos de alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención”. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit. [nota 9], T. II, p. 366.

⁵⁴⁷ “La Administración posee finalmente una amplia “potestad sancionadora para los casos de incumplimiento por el beneficiario de sus obligaciones antes mencionadas; infracciones que pueden ser sancionadas con multa..., además con la inhabilitación... de la posibilidad de obtener subvenciones públicas, así como de celebrar contratos con el Estado u otros Entes públicos”. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, ob. cit. [nota 9], T. II, p. 367.

⁵⁴⁸ Huergo Lora, Alejandro, ob. cit. [nota 538], p. 208.

⁵⁴⁹ Nieto García, Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador”, Madrid, Tecnos, 4ª ed., 2005, p. 85 y ss, esp. p. 96.

naturaleza jurídica de la caducidad son perfectamente aplicables tratándose de la relación subvencional⁵⁵⁰.

Por ahora, basta señalar que el régimen sustantivo de infracciones y sanciones requerirá siempre una definición legal previa, con la densidad normativa suficiente (en sus elementos esenciales) para que pueda intervenir la potestad reglamentaria en su desarrollo. En lo que dice relación con el procedimiento tiene aplicación, ante silencio de las leyes sectoriales, la LBPA, particularmente los derechos que le otorga al interesado. Tal régimen es el que emana de la interpretación consistente del Tribunal Constitucional que ha definido las garantías básicas de las sanciones y procedimiento sancionador⁵⁵¹.

En cualquier caso, en la legislación sectorial, se recurre frecuentemente a la potestad sancionadora administrativa para tutelar las subvenciones.

En la **subvención al riesgo**, hay, por una parte, sanciones penales para quien obtenga maliciosamente los beneficios y, por otra parte, sanciones

⁵⁵⁰ Los estudios básicos sobre la materia pueden encontrarse en García de Enterría, ob. cit. [nota 284], T. II, pp. 163 y ss así como en Santamaría Pastor, ob. cit. [nota 9], T. II, pp. 369 y la abundante doctrina ahí citada. Dichos estudios deben ser complementados con los desarrollos más recientes sobre la materia en Nieto García, Alejandro, ob. cit. [nota 481], passim y Huergo Lora, Alejandro, ob. cit. [nota 538], passim. Para el derecho nacional resultan útiles las obras de Rodríguez Collao, Luis, "Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas", en Revista de Derecho UCV, Tomo 11, 1987, pp. 117 a 163 y Bermúdez Soto, Jorge, "Elementos para definir las sanciones administrativas" en Revista Chilena de Derecho núm. esp., 1998, pp. 323 a 334. En contra de lo sostenido acá, véase Soto Kloss, Eduardo, "El Derecho Administrativo Penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la administración" en Boletín de Investigaciones PUC N° 44-45, 1980, pp. 95 a 103 y del mismo "Sanciones administrativas ¿camino de servidumbre?" en Gaceta Jurídica N° 296, pp. 76 a 88; Aróstica Maldonado, Iván "Algunos problemas del derecho administrativo penal" en RDJ T. LXXXV, 1988, 1ª parte, pp. 41 a 51; Aróstica Maldonado, Iván "Un lustro de sanciones administrativas (1988-1992)" en Revista de Derecho Público Vol. 50, 1991, pp. 173 a 195.

⁵⁵¹ La interpretación del TC puede sintetizarse brevemente como sigue: la sanción administrativa es legítima porque es un acto administrativo (STC rol 124, C. 171 y 18°); permite asegurar el funcionamiento de un servicio público (STC rol 287, c. 7°); la ley debe prever un debido proceso para la aplicación de las sanciones (STC rol 376 C. 34°, 35° y 37°; STC rol 389 C. 33°, 34° y 36°; STC rol 437, C. 16° y 17°); también tratándose de las sanciones disciplinarias (STC rol 747 C. 5°); e reglamento puede complementar este procedimiento (STC rol 388 C. 22° y 28°); la ley debe establecer un órgano imparcial que aplique la sanción (STC rol 783 c. 11°); el derecho administrativo sancionador es una manifestación de la potestad punitiva del Estado, por lo tanto se le aplican los mismos principios que en el derecho penal (STC rol 244 C. 9°); sólo la ley puede establecer las conductas ilícitas y la sanción aplicable (STC rol 244 C. 12 y 14); el principio de legalidad no impide la colaboración reglamentaria en materia (STC roles 480 C. 15° y 17°); los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado no son aplicables sin más a las sanciones administrativas (STC 747, C. 22°); la exigencia de la consignación judicial previa es siempre una afectación intolerable al acceso a la justicia (STC 946 C. 33°). Una síntesis de este desarrollo jurisprudencial en STC rol 1413.

administrativas para el profesional que haya suscrito los antecedentes. El artículo 13 de la ley N° 18.450 establece que “será sancionado por la Comisión Nacional de Riego, administrativamente, con la no admisión en futuros concursos de proyectos preparados por el infractor. De esta sanción podrá apelarse ante la Contraloría General de la República.”⁵⁵². A su vez, se sanciona la desafectación de los bienes con una multa penal (artículo 14 de la misma ley).

En la **subvención forestal**, DL N° 2565, el régimen sancionatorio es *sui generis*, toda vez que la aplicación de las sanciones pertenece al juzgado de policía local (véanse artículos 24 y siguientes).

Uno de los sistemas sancionatorios más sofisticados es el que establece el DFL N° 2, de 1998, Educación, para el caso de la **subvención a la educación escolar**. Primero, porque existe una verdadera tipificación de infracciones y sanciones, según si éstas son graves, menos graves o leves. El procedimiento es además completo, con trámites de iniciación, instrucción y resolución, otorgando oportunidades de ejercer defensas, recursos administrativos y judiciales. Además, se regulan las medidas cautelares. Cabe resaltar que las sanciones (señaladas en el artículo 52) pueden consistir en multas, privación total o parcial, definitiva o temporal de la subvención, revocación del reconocimiento oficial y la inhabilidad para administrar establecimientos educacionales. Por tanto, puede verse que la privación de la subvención – que no es “per se” una medida de carácter represivo – se somete al mismo régimen de las sanciones administrativas.

Este sistema es, además, supletorio para el caso de las subvenciones a preferenciales a la educación gratuita y para la subvención a la educación pagada.

En el caso del **subsidio al transporte remunerado de pasajeros**, la ley N° 20.378 dedica un título especial para las sanciones. Estas pueden consistir en amonestaciones por escrito, la suspensión parcial o total del subsidio, la cancelación de la inscripción del vehículo o del servicio, la caducidad de la concesión, multas o la restitución de la subvención (artículo 8°). Cabe anotar que en éste último caso la restitución puede ser “quintuplicada”. La ley regula también un procedimiento de aplicación y un contencioso administrativo especial (aunque usa el término “apelación”).

En el financiamiento público de las **campañas electorales** se establece una multa única equivalente al triple de las sumas indebidamente recibidas; la infracción a otras disposiciones se sanciona con una multa de 5 a 50 UTM (artículo 27 A). El procedimiento de aplicación es el del artículo 51 (ley N° 19.884).

En el **Fondo de Capacitación y Empleo** se prevé la sanción de multa de 3 a 50 UTM por infracciones a la ley N° 19.518. El procedimiento se señala en el artículo 75. Para las entidades registradas, se les puede sancionar con la remoción del registro en los casos del artículo 77, esto es, para las sanciones más graves.

⁵⁵² Obviamente, la voz apelación debe entenderse referida simplemente a una impugnación.

e. **Control financiero de la subvención.**

En palabras de Silva Cimma el control financiero “se extiende hoy día a toda la gestión económica del Estado, diga ella relación con ingresos, egresos, bienes nacionales, etc., sea que dicha gestión económica sea realizada por órganos administrativos centralizados propiamente tales, que tienen a su cargo la ejecución del presupuesto nacional, o con los bienes públicos en su más amplio sentido, que han pasado a constituir el patrimonio de institutos autónomos o empresas del Estado”⁵⁵³.

Como ya se ha sostenido, el régimen jurídico de las subvenciones depende de una doble vertiente: son un gasto público a la vez que una intervención administrativa en las actividades privadas.

Precisamente, en cuanto una forma de gasto público la subvención puede ser controlada tanto por la Administración activa como por la Contraloría General de la República.

i. **Control por la Administración otorgante.**

De acuerdo con la Constitución, artículos 32 N° 20 y 65 inc. 3°, al Gobierno le corresponde ejercer tanto un control de legalidad como de mérito del gasto. Los sujetos pasivos de este control serán tanto los órganos Administrativos que otorgan subvenciones así como los particulares beneficiarios.

De hecho, por la misma naturaleza de la Ley de Presupuestos, que se rige por el principio constitucional de unidad⁵⁵⁴, el control del Gobierno está, mayormente, centralizado.

Por una parte, le corresponde este control a la Dirección de Presupuestos, a quien la ley le encomienda regular y supervisar la ejecución del gasto público (art. 15° LOAFE). Los artículos 15 y 51

⁵⁵³ Silva Cimma, Enrique, ob. cit. [nota 505], p. 64.

⁵⁵⁴ Se entiende por tal la necesidad que en un solo instrumento se prevean todos los ingresos y gastos del Estado (art. 67 CPR). Véanse Araneda Dörr, Hugo, ob. cit. [nota 186], p. 76 y ss, y Matus Benavente, Manuel, “Finanzas Públicas”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1952, p. 227 y ss. Se ha dicho que el fundamento de la unidad presupuestaria radica en el hecho que “sólo la reunión ordenada de todas las autorizaciones en una decisión única, acompañada de una única estimación de los recursos financieros totales, es la que permite comparar las situaciones, analizar las prioridades y decidir racionalmente sobre la renta pública, sobre la forma de obtenerla y sobre el conjunto de los gastos públicos. De lo contrario, el Congreso estaría forzado a un análisis sucesivo de las decisiones para gastar, mecanismo que llevaría a un progresivo condicionamiento de la potestad legislativa. Es decir, si el presupuesto es un vehículo de la política del gobierno y una técnica de planificación, él debe ser único.” (Corti, Horacio, “Derecho Constitucional Presupuestario”, Buenos Aires, Ed. Lexis-Nexis, 2007, p. 187).

LOAFE ordenan la creación de un sistema de control financiero de carácter global, el que comprende todas las acciones orientadas a cautelar y fiscalizar la correcta administración de los recursos del Estado.

El artículo 52 agrega que, anualmente, se efectuará la evaluación de los *programas sociales, de fomento productivo* y de desarrollo institucional incluidos en los presupuestos de los servicios públicos.

Por su parte, a la Contraloría le corresponde ejercer sólo un control de legalidad. Si bien se limita el alcance de este control sólo al cumplimiento de la ley, es la propia LOC la que va ampliando los elementos que caben dentro de él. En cualquier caso, la Contraloría tiene prohibido realizar juicios de mérito.

La LOAFE delimita las competencias de la Administración activa y de la Contraloría. En el artículo 52 señala que, por una parte, la Contraloría sólo puede fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que dicen relación con la administración de los recursos del Estado y efectuar auditorías para verificar la recaudación, percepción e inversión de sus ingresos y de las entradas propias de los servicios públicos.

Por otra parte, la verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos son funciones que competen a la Administración del Estado, es decir, a los órganos de la Administración activa.

En un importante Dictamen (Nº 12.088 de 2007), la Contraloría ha desarrollado cómo debe cumplirse con este control. En efecto, sostiene que “las unidades operativas otorgantes serán responsables de exigir la rendición de cuentas de los fondos entregados a las personas o instituciones del sector privado; proceder a su revisión para determinar la correcta inversión de los fondos concedidos y el cumplimiento de los objetivos pactados; y, mantener a disposición de esta Contraloría General, los antecedentes relativos a la rendición de cuentas de las señaladas transferencias, de lo que se desprende que la inversión de la transferencia por el ente privado será examinada por este órgano Contralor en la sede de la Unidad Operativa otorgante.” A lo que agrega “respecto de las subvenciones y aportes previstos en leyes transitorias para finalidades determinadas, compete precisamente a las entidades que los otorgan velar por el cumplimiento de los objetivos a que la ley los destina, ya que las funciones que a ellas se les encomiendan no deben entenderse agotadas con la sola entrega de los recursos a los beneficiarios.

Asimismo, el servicio público otorgante, dotado por la ley de facultades amplias para efectuar transferencias, puede exigir al beneficiario, en el acto de aporte, tanto el empleo de los recursos en el cumplimiento de un objetivo determinado como la justificación de los gastos realizados con cargo a dichos fondos.”⁵⁵⁵

ii. Control por la Contraloría.

En cuanto al control de legalidad que ejerce la Contraloría, el beneficiario de una subvención está obligado a colaborar en el control financiero de la Contraloría pues debe rendirle cuenta. La doctrina ha caracterizado este control como uno de carácter financiero, externo y a posteriori⁵⁵⁶.

El artículo 25 LOCCGR dispone que la Contraloría General de la República “fiscalizará la correcta inversión de los fondos públicos que cualesquiera persona o instituciones de carácter privado perciban por leyes permanentes a título de subvención o aporte del Estado para una finalidad específica y determinada. Esta fiscalización tendrá solamente por objeto establecer si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad.”

La Contraloría ha interpretado que su control se limita al uso de los fondos públicos⁵⁵⁷. Por lo tanto, ha considerado que es incompetente para conocer de otros aspectos jurídicos relacionados con entes subvencionados⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ Antes de la vigencia de la Resolución N° 759 de 2003, véase Dictamen N° 23.983 de 2003.

⁵⁵⁶ Una caracterización general y análisis de cada una de las potestades en Silva Cimma, “El control...”, ob. cit. [nota 505], p. 127 y ss.

⁵⁵⁷ Sobre esta interpretación véase el Dictamen N° 40.644 de 2010 en que se sostuvo que “considerando que, según se expresara previamente, las corporaciones municipales son fiscalizadas por esta Contraloría General respecto del uso y destino de las subvenciones y aportes que reciban y, en general, de sus recursos, en los términos precisados anteriormente, es del caso señalar que, en la adopción de las decisiones relativas a la conservación o eliminación de aquella parte de su documentación vinculada, directa o indirectamente, con tales fondos, deberán considerar el plazo recién referido, a fin de responder adecuadamente a los requerimientos que, en el marco de dicha fiscalización, puedan ser formulados por este Organismo de Control”. Asimismo, ha calificado qué gastos son admisibles y qué otros no (Dictamen N° 62.096 de 2008 en relación a N° 4.570 de 1983).

⁵⁵⁸ “Sólo se encuentra facultado para fiscalizarlas en lo que se refiere al uso y destino de sus recursos, sea que éstos provengan de subvenciones y aportes fiscales otorgados por ley a título permanente” (Dictamen N° 77.057 de 2010. En el mismo sentido Dictamen N° 69.268 de 2010; N° 69.200 de 2010; N° 42.151 de 2010; 24.032 de 2010; N° 18.066 de 2010; N° 62.096 de 2008; N° 43.720 de 2008; N° 32.256 de 2008; N° 49.890 de 2007, N° 48.065 de 2005; N° 41.231 de 2005; todos ellos sobre corporaciones municipales de derecho privado. Véase también Dictamen N°

El parámetro de control para la Contraloría, es decir, cuál sea la “correcta inversión” de los recursos será exclusivamente que se cumpla la “finalidad” de la subvención por el beneficiario, es decir, el elemento teleológico de ella. Esa finalidad, cabe resaltar, es la que esté normativamente determinada, pues a la Contraloría le está vedado realizar juicio de mérito en lo absoluto (artículo 21 B LOCCGR⁵⁵⁹).

En relación a ello, la Contraloría se ha considerado atribuida para emitir dictámenes generales en relación a la inversión de fondos públicos⁵⁶⁰.

En consecuencia, todos los sujetos que administran o perciben fondos públicos se encuentran obligados a rendir cuentas. Las normas sobre esta rendición de cuentas están fijadas en la Resolución N° 759 de 2003, del Contralor General⁵⁶¹.

La primera etapa de la rendición de cuentas es el “examen de cuentas”. Si no existen reparos, la rendición termina con el examen. En cambio, si existen reparos, esto es, la tacha u objeción que el órgano de control formula a una cuenta una vez que ella ha sido examinada⁵⁶², se iniciará un juicio de cuentas, del que conocerá normalmente la Contraloría General de la República para perseguir la responsabilidad civil del funcionario respectivo.

De esta forma, y para el caso de las subvenciones, los reparos formulados en el examen de las cuentas darán lugar a un juicio de

10.888 de 2005 – sobre establecimiento educacional subvencionado – y N° 6.545 de 2005 – sobre bomberos..

⁵⁵⁹ “La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas.”

⁵⁶⁰ Dictamen N° 16.365 de 2010; N° 39.736 de 2007.

⁵⁶¹ Cabe destacar que mediante Dictamen N° 31.644 de 2004 se procedió a derogar el N° 6, sobre rendición de cuenta de las ONG, de dicha resolución, por decaimiento de la norma legal habilitante, es decir, la Ley de Presupuestos del Sector Público de 2003. No obstante, agregó que de todos modos “cuenta con facultades para acceder a los registros que deben llevar los servicios públicos incluidos en la Ley de Presupuestos y las Municipalidades que realicen transferencias de recursos a entidades privadas y asimismo para exigir que en ellos se incluyan los resultados de su fiscalización cuando ésta resulte procedente, como ocurre, precisamente, respecto de los fondos públicos que son transferidos a las organizaciones no gubernamentales que la Contraloría General fiscaliza en los términos que señala su Ley Orgánica N° 10.336.”.

⁵⁶² Silva Cimma, Enrique, ob. cit. [nota 505], p. 84. El reparo es un acto administrativo que pone inicio a la instrucción de un juicio de cuentas que se caracteriza por ser específico y fundamentado. Por una parte, debe ser específico en cuanto a los sujetos responsables y en cuanto al objeto, es decir, los fondos involucrados. Por otra parte, debe estar fundado en alguna causal legal. (p. 85).

cuentas, ya sea en contra del funcionario responsable del pago así como del beneficiario. Como anota Carlos Hanssen “existiendo cuestionamientos respecto de la finalidad que se les da a los aportes que reciben los sujetos de derecho privado, pretender hacer responsables únicamente a los funcionarios públicos otorgantes de esos aportes, resulta contraproducente y contrario a la normativa pertinente... por cuanto el cuestionamiento en la utilización de los fondos públicos no se produce en el otorgamiento de los mismos, sino que en la etapa de su aplicación efectiva, la cual es ejecutada por el receptor y no por el aportante”⁵⁶³.

Sin embargo, tratándose de los cuentadantes privados, el juicio de cuenta es conocido por la justicia ordinaria (artículo 85 LOCCGR⁵⁶⁴). Toda vez que se trataría de una acción para hacer efectiva la responsabilidad extracontractual fundada en un ilícito, se aplica el derecho común en la materia (artículos 2314 del Código Civil y la legislación procesal general).

En uso de sus potestades generales, la Contraloría puede, además, disponer auditorías sobre los órganos administrativos otorgantes, conforme al artículo 21 A LOCCGR. Además, puede realizar interpretaciones obligatorias en la materia según el artículo 6º inc. 2º, en ejercicio de su potestad dictaminadora.

iii. Controles descentralizados.

Fuera de los controles centralizados que se acaban de describir, la ley diseña distintos medios de control descentralizado. Por una parte, el

⁵⁶³ Hanssen Tallar, Carlos, “La función jurisdiccional de la Contraloría General de la República. El juicio de cuentas”, Santiago, Lexis Nexos, 2007, p. 37. Para un análisis del régimen anterior a la reforma de 2002 véase Caldera Delgado, Hugo, “El juicio de cuentas”, Santiago, Editorial Jurídica, 1980.

⁵⁶⁴ “Todo funcionario, como asimismo toda persona o entidad que reciba, custodie, administre o pague fondos de los mencionados en el artículo 1º, rendirá a la Contraloría las cuentas comprobadas de su manejo en la forma y plazos que determina esta ley.”

Cuando un funcionario, al ser requerido por la Contraloría, no presente debidamente documentado el estado de la cuenta de los valores que tenga a su cargo, se presumirá que ha cometido sustracción de dichos valores.

No obstante, la fiscalización de la inversión de los fondos fiscales que perciban personas o instituciones de carácter privado, por leyes permanentes, a título de subvención o aporte del Estado, para una finalidad específica y determinada, se limitará a establecer si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad. En caso de que se produzcan reparos sobre la materia, las acciones que procedieren serán entabladas ante la justicia ordinaria directamente por la Contraloría General o por el Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de poner los reparos en conocimiento del Presidente de la República, para los efectos que procedan.”

control de gestión que está a cargo del Consejo de Auditoría General de Gobierno y cada una de las Unidades Internas que se creen para tal efecto, conforme al DS N° 12 de 1997, MINSEGPRES. Este órgano ejercer un control de gestión, es decir, tiende a “verificar y evaluar la forma como los servicios públicos han realizado su actividad, la consonancia de esa actividad con las decisiones, planes y programas preestablecidos, y el cumplimiento o incumplimiento por parte del fiscalizado de los objetivos y metas previamente trazados, especialmente en la inversión de los caudales y bienes puestos al servicio de la Administración”⁵⁶⁵. Es natural que este control se confíe a órganos de la Administración activa pues “a la par que controlar, por esta vía se ejerce una importante labor de cooperación con la administración”⁵⁶⁶.

Por otra parte, como ya se ha dicho, cada uno de los órganos Administrativos otorgantes ejerce controles descentralizados. Desde luego, ejercen controles de legalidad al exigir que se destinen los fondos de la subvención a los fines de interés público para el cual se entregan. Pero además, se ejerce un control sustantivo, es decir, de eficiencia y eficacia, al entregar los fondos a aquellas actividades que resultan más aptas y beneficiosas para tal interés (artículo 3° LOCBGAE y art. 52 LOAFE).

A pesar que en el control financiero concurren simultáneamente la administración activa y la Contraloría, ésta ha tendido a armonizar su potestad con la de los órganos concedentes. En general, sus dictámenes demuestran que ha sido deferente con ellos (véase los dictámenes N° 23983 de 2003, 6545 de 2005 y 37.351 de 2008⁵⁶⁷).

Con ocasión de las intervenciones del Contralor ante los órganos colegisladores éste ha intentado recelar de su actual extensión ante

⁵⁶⁵ Silva Cimma, “El control...” ob. cit. [nota 505], p. 59.

⁵⁶⁶ Silva Cimma, “El control...” ob. cit. [nota 505], p. 60.

⁵⁶⁷ Este último señala que “Como puede apreciarse, corresponde al Ministerio de Educación velar por el estricto cumplimiento y la correcta aplicación de la normativa sobre subvenciones del Estado a establecimientos educacionales, naturaleza que tiene el colegio particular subvencionado que dirige la reclamante, sin perjuicio de las atribuciones fiscalizadoras que sobre la materia, corresponden a este Ente Contralor, conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, a las que se ha referido, especialmente, la jurisprudencia contenida, entre otros, en los dictámenes N°s 1.736, de 2003; 10.888, de 2005, y 10.039, de 2008, y cuyo objetivo, en síntesis, es verificar que se haya dado cumplimiento a la finalidad a la que están destinadas las subvenciones, lo que no dice relación con la reclamación.”

los intentos de racionalizarla (véanse los dictámenes N° 39736 de 2007 y 3261 de 2010).

Finalmente, la ley establece un control formal del gasto mediante la exigencia de llevar los registros que señala la ley N° 19.862; ya analizado a propósito de la publicidad de las subvenciones.

CONCLUSIONES.

1. El otorgamiento de subvenciones ha planteado en la dogmática administrativa la necesidad de explicar su ubicación sistemática dentro del contexto de la actividad material de la Administración.

a. En la tradición hispanoamericana se encuentra muy extendida la noción de fomento administrativo, esto es, la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos.

Se ha considerado siempre a la subvención como un típico “medio de fomento”. Esta clasificación incluso ha sido adoptada por nuestro Tribunal Constitucional.

b. Esta noción, que es sumamente útil para explicar las subvenciones sólo ha tenido una recepción muy marginal fuera de los países hispanoamericanos, particularmente en Francia y Alemania.

c. Frente a lo anterior, autores como López Muñiz y De la Riva han propuesto reemplazar el concepto de fomento administrativo por el de “ayudas públicas”, las que se han definido como toda dispensación mediata o inmediata de bienes a determinados administrados de forma directa o indirecta, con carácter no devolutivo y en razón de ciertas actividades que les son propias, a cuya realización dichos bienes quedan afectados.

d. Estos conceptos han recibido una amplia aceptación en nuestro país. De una parte, a través de la doctrina que, en sus distintas etapas de evolución le ha proporcionado algún lugar. Primero, la escuela de la policía administrativa, que comprendía este tipo de actividad dentro de la policía del bienestar. Segundo, la escuela del servicio público que entendía a las subvenciones como la técnica creadora de “establecimientos de utilidad pública”. Tercero, hoy en día, las subvenciones se ven como una manifestación de la Administración “al servicio de la persona”, aunque con justificaciones ideológicas bien distintas, según sea el autor.

e. De otra parte, el fomento administrativo o ayudas públicas están presentes a lo largo de toda la historia de nuestro país. Tienen su mayor fuerza en épocas en que el poder político se hace fuerte y estable (como la modernización borbónica o el siglo XX chileno). Se ha adaptado, además, a diferentes formas y concepciones políticas.

2. A continuación, en esta tesis se ha entregado un concepto de subvención a la luz del derecho positivo vigente. Ante todo, se ha optado por una definición restringida de subvención, que realza su estructura jurídica, por sobre su instrumentalidad para lograr ciertos fines públicos. La subvención es, por tanto, una relación jurídica típica.
3. Hemos definido a la subvención, apegándonos a la obra de Germán Fernández Farreres e Ignacio de la Riva, como aquella transferencia patrimonial no devolutiva, realizada por la Administración en favor de un particular, vinculada a la realización por éste de una conducta calificada de interés público. De esta definición se extraen elementos objetivos, subjetivos y teleológicos.
 - a. Primero, su carácter objetivo de transferencia patrimonial que no debe restituirse. Ello permite distinguir a la subvención de la exención tributaria – en que no hay transferencia-, de la devolución de impuestos – en que se restituye lo que ya se pagó – de la garantía estatal – en que se paga una obligación ajena, con cargo a su restitución – y de los créditos – que crean la obligación de restituir.
 - b. Segundo, dado que la subvención establece una relación jurídica entre dos sujetos tendremos siempre, en un extremo, un otorgante y, en el otro, un beneficiario. De un lado, el otorgante siempre será un órgano de la Administración del Estado, esto es, un ente dotado de patrimonio público – aunque este patrimonio se haya formado parcialmente con donaciones privadas.

De otro lado, el beneficiario será, en principio un privado, una persona natural o jurídica de derecho privado. Ahora bien, hemos dicho que esta situación normal sufre alteraciones cuando el beneficiario es un concesionario, o sea, un gestor privado de bienes o servicios públicos, en cuyo caso la subvención actuará como una técnica de mantenimiento del equilibrio económico de la concesión y no como una ayuda pública propiamente tal.

Luego, es posible que el beneficiario sea una persona jurídica de derecho público. Tratándose de las empresas públicas, las limitaciones están dadas por los requisitos formales que la Constitución prevé para otorgar estos beneficios: sujeción al derecho común ó habilitación especial por ley de quórum calificado.

Llama la atención el caso de las municipalidades, las que muchas veces reciben las subvenciones en igualdad de condiciones que el sector privado. La doctrina entiende que, toda vez que son órganos autónomos, la subvención, en el caso de ellas, no debiera actuar

como un mecanismo de dirección y control extraordinario que “derogue” su estatuto de autonomía.

- c. Tercero, en lo que respecta al elemento teleológico – quizá el más rico en consecuencias dogmáticas de todos – la subvención es siempre una transferencia “afectada a un fin”, o sea, cuya eficacia completa dependerá de que se realice una determinada actividad que se considera de interés público. Ahora bien, este carácter afectado ha sido explicado de distintas maneras: como acto condicional, como acto modal, como un acto que origina una carga o como acto que origina un deber jurídico. Hemos aceptado, siguiendo a De la Riva, esta última idea y la hemos ejemplificado con referencias al derecho positivo nacional.
4. La doctrina ha debatido, en relación al carácter afectado de las subvenciones, sobre su naturaleza jurídica. Aunque hoy en día, casi se han abandonado las explicaciones que recurren solamente a las categorías contractuales (Nieves, Villar Palasí) y han adquirido más aceptación las explicaciones “unilaterales” de la subvención (Fernández), la verdad es que atendiendo al derecho positivo es necesario mantener una posición escéptica: el legislador recurre indistintamente a medios unilaterales o contractuales.
5. El último capítulo de la tesis ha estado dedicado a estudiar el régimen jurídico de las subvenciones. Se han identificado tres principios constitucionales que configuran la actividad de otorgamiento de subvenciones.
 - a. El principio de legalidad ha planteado una paradoja para la actividad subvencional. Se consideró históricamente que las mismas no estaban vinculadas a este principio, propio de los actos de gravamen. Sin embargo, en la Constitución chilena se previó expresamente la sujeción de las ayudas públicas a la reserva legal. En su aplicación, el Tribunal Constitucional ha estimado que existen varias razones para flexibilizar esta reserva y permitir una amplia cabida a la colaboración reglamentaria.
 - b. En segundo lugar, resulta obvio que las subvenciones representan una excepción al principio general de igualdad; beneficiar a una actividad significa seleccionarla y dejar fuera a las demás. La Constitución permite esa selección siempre que no sea “arbitraria”. La doctrina y la jurisprudencia han elaborado diferentes “test” para evaluar esa arbitrariedad y así poner límites al establecimiento de subvenciones. Estos tests son prácticamente idénticos al moderno test de proporcionalidad que se analiza más adelante.

- c. En tercer lugar, un nuevo principio constitucional que tiene gran importancia en materia de subvenciones – toda vez que son un gasto público – es la transparencia. Este principio tiene un reciente reconocimiento constitucional y ha sido elevado por la jurisprudencia a un verdadero principio rector del gasto público. Además, ha sido desarrollado por dos leyes esenciales: la ley N° 19.862, que somete a las personas jurídicas beneficiarias a un registro habilitante y la ley N° 20.285, sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública, que faculta a conocer aquella información elaborada con fondos públicos.
6. A continuación, en esta investigación se presenta una clasificación de las subvenciones atendiendo al procedimiento para otorgarlas. Esta tipología ha sido el fruto de un análisis exhaustivo de la legislación y de los reglamentos en la materia, donde se han descubierto las siguientes tendencias.
 - a. Ante todo, es posible identificar ciertas subvenciones que se otorgan a través de un procedimiento reglado en que se otorgan, simplemente, a todos los sujetos que cuenten con cierto título administrativo previo (autorización, registro, etc.). En estos casos, la Administración no elige al destinatario, sino que comprobada la calidad especial que la ley exige, se otorga a todos.
 - b. Luego, es posible encontrar subvenciones que se otorgan previo concurso público. El concurso sigue un procedimiento típico (publicidad de las bases, convocatoria, postulación, evaluación, adjudicación, publicidad e impugnación), pero hay dos modelos de otorgamiento. Por una parte, los Fondos Concursables, que se caracterizan por el hecho de formalizarse en convenios de ejecución y, por otra parte, los “subsidijs” mediante títulos transferibles, que se formalizan mediante la entrega de un título o “certificado” que se hace transferible para el beneficiario, es decir, es comerciable.
 - c. Finalmente, existen también subvenciones que se otorgan directamente, es decir, sin procedimiento reglado de selección. En estos casos, la ley solamente atribuye ciertos fondos para que sean empleados en algún fin. Lo anterior no significa que estén exentos de control, sino que se acentúa el control político: por el Congreso, en el caso de las subvenciones previstas por el Presupuesto Nacional, y por el Concejo municipal, en el caso de las subvenciones municipales.
 7. Como se ha insistido, la subvención constituye una relación entre dos sujetos, el otorgante y el beneficiario.

- a. Éste último tiene el deber de realizar la actividad subvencionada. Si no lo hace, la subvención pierde eficacia y, como se verá, puede ser caducada.
- b. Sin embargo, la ley no es completamente libre de establecer los deberes a que debe someterse el beneficiario. Cuando la subvención incide en derechos fundamentales de libertad, debe respetar el contenido esencial de los derechos y la proporcionalidad.

En este trabajo se critica la opinión de Sebastián Soto quien sostiene que habría ciertas “condiciones” inconstitucionales en los actos administrativos favorables (como autorizaciones o subvenciones).

Sin embargo, su teoría es incongruente con los conceptos dogmáticos básicos del derecho administrativo y no aporta nada distinto del test de proporcionalidad que nuestro Tribunal Constitucional emplea ordinariamente para evaluar las medidas legislativas.

En efecto, el Tribunal Constitucional emplea al menos dos test para evaluar la legitimidad de las cargas o deberes que impone el Estado. Por una parte, el test de proporcionalidad de Alexy, según el cual debe revisarse entonces si las limitaciones que establece la norma legal en examen se encuentran suficientemente determinadas por la ley y si están razonablemente justificadas; esto es, si persiguen un fin lícito, resultan idóneas para alcanzarlo y si la restricción que imponen puede estimarse proporcional al logro de esos fines lícitos que la justifican (STC N° 1345 de 2009).

Por otra parte ha propuesto un test específico para la arbitrariedad legislativa, conforme al cual hay que buscar la justificación, el motivo que explica y funda la medida. No se trata con ello de que exista una razón que convenza o persuada a todos. Lo relevante es que esa razón exista, sea suficiente y coherente con la decisión, y no sea ilegítima; se trata de justificar, no de obligar a creer en esas razones (STC N° 1295 de 2010).

- c. En el otro extremo de la relación subvencional se encuentra a la Administración otorgante. Cabe precisar que si bien la decisión de establecer o no una subvención es completamente discrecional, una vez que se constituye esta relación jurídica, se genera para el particular un derecho subjetivo que no puede ser desconocido por la Administración. Luego, la obligación primordial que asume la Administración es pagar la subvención, siempre que haya logrado comprobar que el particular efectivamente destinó los fondos a los fines para los cuales se entregaron.

- d. Para lograr que la subvención sea totalmente eficaz la Administración goza de potestades de control y dirección sobre el particular beneficiario. Al respecto, hemos identificado dos potestades que son inherentes a la relación subvencional, es decir, que se poseen como consecuencia lógica de la existencia de la potestad, sin que sea necesario que la ley las prevea expresamente.

Por una parte, la Administración goza de la facultad de comprobar el cumplimiento de las cargas que justifican la subvención. Es decir, dado que en las cargas se materializa la afectación de la actividad a un interés público, la Administración debe, ante todo, tener los medios para verificar que se les ha dado cumplimiento.

Al respecto, la ley ha empleado diferentes modalidades, donde destaca la potestad inspectiva.

Por otra parte, la Administración tiene siempre la facultad de, ante incumplimientos graves, declarar la caducidad de la subvención. La caducidad es una consecuencia jurídica necesaria de aquellos actos administrativos favorables que están acompañados del deber de realizar cierta conducta. Por lo tanto, si no se realiza la conducta, el derecho a percibir la subvención se extingue, el gasto público carecerá de causa.

- e. Fuera de lo anterior, la ley dota expresamente, además, de otras potestades a la Administración en orden a dirigir la conducta del sujeto beneficiario. Entre estas potestades destacada la potestad sancionatoria. Al respecto, su ejercicio requerirá siempre una definición legal previa, con la densidad normativa suficiente (en sus elementos esenciales) para que pueda intervenir la potestad reglamentaria en su desarrollo. En lo que dice relación con el procedimiento tiene aplicación, ante silencio de las leyes sectoriales, la LBPA, particularmente los derechos que le otorga al interesado.

8. Finalmente, la subvención en cuanto gasto público origina un control financiero que está a cargo de múltiples órganos.

En primer lugar, está a cargo de la Dirección de Presupuestos que ejerce un control centralizado de la eficacia y eficiencia del gasto público.

En segundo lugar, a la Contraloría también le corresponde un control de mera legalidad del gasto. Al efecto, puede exigir que se le rindan cuentas que, en su caso, podrán originar el respectivo juicio de cuentas del cual conocerá, en este caso excepcional, la justicia ordinaria.

En tercer lugar, habrá un control descentralizado a cargo de cada uno de los órganos otorgantes a través de sus Unidades de Auditoría Interna. Este control es amplísimo y se extiende a la legalidad, eficacia y eficiencia de las subvenciones.

BIBLIOGRAFIA

1. Abeliuk Manasevich, René, "Las obligaciones", T. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., 1993.
2. Ahumada de Ramos, Francisco, "Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo Economico", Madrid, Dykinson, 2001.
3. Ahumada de Ramos, Francisco, "Materiales para el estudio del Derecho administrativo económico", Ed. Dykinson, Madrid, 2001.
4. Alessi, Renato, "Instituciones de Derecho Administrativo", T. I, Barcelona, Bosch, 1970 (ed. original 1960).
5. Alexy, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Madrid, CEPC, 1997.
6. Alexy, Robert, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", en REDC, N° 66, 2002.
7. Amunátegui, Domingo, "Tratado Jeneral de Derecho Administrativo", Santiago, 1907.
8. Araneda Dorr, Hugo, "Finanzas Públicas, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed., 1980.
9. Ariño Ortiz, Gaspar, "Principios de Derecho Publico Económico", Granada, Comares, 1999.
10. Aróstica Maldonado, Iván "Algunos problemas del derecho administrativo penal" en RDJ T. LXXXV, 1988, 1ª parte, pp. 41 a 51.
11. Aróstica Maldonado, Iván "Un lustro de sanciones administrativas (1988-1992)" en Revista de Derecho Público Vol. 50, 1991, pp. 173 a 195.
12. Arroyo Jiménez, Luis, "Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo", en Revista Electrónica InDret N° 2, 2009.
13. Atria Lemaitre, Fernando, "Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional", Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, 1997.
14. Aylwin Azócar, Arturo, "Apuntes de Derecho Administrativo", Santiago, Contraloría General de la República, 1980.
15. Aylwin Azócar, Patricio, "Derecho Administrativo", T. I, Santiago, Ed. Universitaria, 1962.
16. Baena del Alcázar, Mariano, "Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía", Madrid, Tecnos, 1966.

17. Baena del Alcázar, Mariano, "Sobre el concepto de fomento", en RAP N° 54, 1967.
18. Benoit, Francis Paul, "El Derecho Administrativo Francés", Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977.
19. Bermejo Vera, José, "Derecho Administrativo. Parte Especial", Madrid, Civitas, 2005, 6ª ed.
20. Bermejo Vera, José, "Acción administrativa y potestades", en, del mismo, "Derecho Administrativo. Parte Especial", Madrid, Civitas, 2005, 6ª ed.
21. Bermúdez Soto, Jorge, "Elementos para definir las sanciones administrativas" en Revista Chilena de Derecho núm. esp., 1998.
22. Bermúdez Soto, Jorge, "Derecho Administrativo General", Santiago, Ed. Abeledo-Perrot, 2010.
23. Blanquer, David, "Curso de Derecho Administrativo", T. I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.
24. Bobbio, Norberto, "Igualdad y libertad", Ed. Paidós, Barcelona, 2000.
25. Bocanegra Sierra, Raúl, "Lecciones sobre el acto administrativo", Thomson-Civitas, Madrid, 3ª ed., 2006.
26. Böckenforde, Ernst-Wolfgang, "Escritos sobre derechos fundamentales", Baden-Baden, Nomos, 1993.
27. Breyer-Stewart-Sunstein-Vermeule, "Administrative Law and Regulatory Policy", Aspen Publishers, 6ª ed., 2006.
28. Büchi Buc, Hernán, "La transformación económica de Chile. Del estatismo a la libertad económica", Bogotá, Ed. Norma, 1993.
29. Caldera Delgado, Hugo, "Manual de Derecho Administrativo", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1979.
30. Caldera Delgado, Hugo, "El juicio de cuentas", Santiago, Editorial Jurídica, 1980.
31. Camacho, Gladys, "La actividad sustancial de la Administración del Estado" en Rolando Pantoja Bauzá (dir.) "Derecho Administrativo Chileno", Ed. Porrúa, México DF, 2007.
32. Camacho Cepeda, Gladys, "La actividad administrativa en la doctrina chilena: 1859-2009" en Rolando Pantoja coord. "Derecho Administrativo. 150 años de doctrina", Santiago, Ed. Jurídica, 2009..

33. Camacho, Gladys, "Actividad sustancial de la Administración", Santiago, en Rolando Pantoja coord. "Tratado de Derecho Administrativo", T. IV, Santiago, Ed. Abeledo-Perrot, 2010.
34. Camacho, Glays, "Algunas precisiones sobre el Concepto de Información Pública", en Raúl Letelier y Enrique Rajevic, "Transparencia en la Administración Pública", Santiago, Ed. Abeledo Perrot, 2010.
35. Carmona Santander, Carlos, "El artículo 93 N° 16 de la Constitución: estado de la cuestión y proyecciones", en Revista de Derecho Público, N° 72, 2010.
36. Cassagne, Juan Carlos, "El acto administrativo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, 2ª ed.
37. Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", 2 T., 7ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
38. Cassese, Sabino, "Las bases del derecho administrativo", Madrid, Marcial Pons, 1994 (ed. original 1989).
39. Cavieres, Eduardo, "Comercio chileno y comerciantes ingleses. 1820.1880. Un ciclo de historia económica", Santiago, Ed. Universitaria, 1988.
40. Cea Egaña, José Luis, "Derecho Constitucional", 2 T., Ed. Universidad Católica, Santiago, 2003-2008.
41. CEPAL, "Antecedentes sobre el desarrollo de la economía chilena. 1925-1952", Santiago, Ed. del Pacífico, 1954.
42. Chapus, René, "Droit Administratif Général", T. I, París, Montchrestien, 15ª ed., 2001.
43. Comadira, Julio y Escola, Héctor, "Derecho Administrativo Argentino", Porrúa, México DF, 2006.
44. Cordero Vega, Luis, "Delimitando la Ley de Acceso a la Información: Los dilemas tras la regulación", en Raúl Letelier y Enrique Rajevic, "Transparencia en la Administración Pública", Santiago, Ed. Abeledo Perrot, 2010.
45. Correa Sutil, Sofía et al., "Historia del siglo XX chileno", Santiago, Ed. Sudamericana, 2001.
46. Corti, Horacio, "Derecho Constitucional Presupuestario", Buenos Aires, Ed. Lexis-Nexis, 2007.
47. Cosculluela Montaner, Luis y López Benítez, Mariano, "Derecho Público Económico", Madrid, Iustel, 2007.

48. Daniel Argandoña, Manuel, "Derecho Administrativo", T. I, Santiago, Edugal, 1960.
49. De la Cuétara, José Miguel, "La actividad de la Administración", Madrid, Tecnos, 1983.
50. De la Riva, Ignacio, "Ayudas públicas", Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2004.
51. De Ramón, Armando y Larraín, José Manuel, "Orígenes de la vida económica chilena. 1659-1808", Santiago, CEP, 1982.
52. Departamento de Estado de los EEUU (<http://www.state.gov/r/pa/ei/bgn/1981.htm>).
53. Evans de la Cuadra, Enrique, "Los Derechos Constitucionales", 3 Tomos, , Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., 2004.
54. Eyzaguirre, Jaime, "Historia de Chile", 2 Tomos, Santiago, Zig-Zag, 1964.
55. Eyzaguirre, Jaime, "Historia del Derecho", Santiago, Ed. Universitaria, 1959.
56. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, www.derecho.uchile.cl, Programa de Derecho Administrativo [consultado noviembre de 2010]
57. Fazio, Hugo y Parada, Magali, "Veinte años de política económica de la Concertación", Ed. LOM, 2010.
58. Fermandois Vohringer, "Derecho Constitucional Económico", T. I, Ed. Universidad Católica, Santiago, 2ª ed., 2006.
59. Fernández Farreres, German, "La subvención: concepto y régimen jurídico", Madrid, IEF, 1983.
60. Fernández Farreres, Germán, "De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el derecho español", en RAP N° 113, 1987.
61. Fernández Farreres, Germán, "Subvenciones", en Santiago Muñoz Machado (dir.), "Diccionario de Derecho Administrativo", T. II, Ed. Iustel, Madrid, 2005.
62. Fernández González, Miguel Ángel, "Principio constitucional de igualdad ante la ley", Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2001.
63. Fernández, Miguel Ángel, "El principio de publicidad e los actos estatales en el nuevo artículo 8º inciso 2º de la Constitución", en Zúñiga Urbina, Francisco, "Reforma Constitucional", Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2005.

64. Figueroa, María Angélica, “El Tribunal del Consulado de Chile y la política de fomento económico de los Borbones”, en V Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: realizado en Quito-Guayaquil, T. II, 1980, pp. 187-206.
65. Flisfich, Mauricio, “Manual de Derecho Administrativo”, T. III, Santiago, Publlilex, 4ª ed., 1970.
66. Forsthoff, Ernst, “Tratado de Derecho Administrativo”, 2 Tomos, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.
67. García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, “Curso de derecho administrativo, 2 Tomos, La Ley, Buenos Aires/Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
68. García Pino, Gonzalo, “La reserva legal de derechos constitucionales: ¿Poder legislativo contra la Administración?”, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2004.
69. García Ureta, Agustín, “La potestad inspectora de las administraciones públicas”, Madrid, Marcial Pons, 2006.
70. Garrido Falla, Fernando, “Tratado de Derecho Administrativo. Parte General”, 2 T., Madrid, Tecnos, 10ª ed., 1992.
71. Gaudemet, Yves, “Traité de Droit Administratif”, París, LDGJ, 16ª ed., 2001.
72. Gimeno Feliu, José María, “Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)”, en RAP N° 137, 1995.
73. Gimeno Feliú, José María, “La técnica de fomento del desarrollo económico: la subvención”, en José Bermejo Vera (dir.), “Derecho administrativo. Parte especial”, Thomson-Civitas, Madrid, 6ª ed., 2005.
74. Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, T. III, 9ª ed., 2007, www.gordillo.com.
75. Habermas, Jürgen, “Facticidad y validez”, Madrid, Trotta, 1998.
76. Hanssen Tallar, Carlos, “La función jurisdiccional de la Contraloría General de la República. El juicio de cuentas”, Santiago, Lexis Nexos, 2007.
77. Hart, H. L. A., “El concepto de derecho”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.
78. Hauriou, Maurice, “Precis de droit administraif et de droit public”, París, Dalloz, 12ª ed., 2002 (ed. original de 1933).

79. Huego Lora, Alejandro, "Sanciones administrativas", Ed. Iustel, Madrid, 2006.
80. Iribarren, Juan Antonio, "Lecciones de Derecho Administrativo", Santiago, Nascimento, 1935.
81. Jezé, Gastón, "Principios Generales del Derecho Administrativo", 4 Volúmenes, Buenos Aires, Depalma, 1949.
82. Jiménez, Guillermo, "Información de carácter público en la ley N° 20.285", artículo sin editar.
83. Jocelyn-Holt, Alfredo, "El peso de la noche", Buenos Aires, Ariel, 1997.
84. Jocelyn-Holt, Alfredo, "La independencia de Chile. Tradición, modernización y mito", Santiago, Random House Mondadori, 2009.
85. Jordana de Pozas, Luis, "Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo", en Revista de Estudios Políticos, N° 48, 1949.
86. Kelsen, Hans, "Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado", México DF, Porrúa, 1987.
87. Kelsen, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado", México DF, Porrúa, 1995.
88. Kelsen, Hans, "Teoría pura del derecho", México DF, Porrúa, 15ª ed., 2007.
89. Letelier, Valentín, "Apuntaciones de Derecho Administrativo", Santiago, 1904.
90. López Muñiz, José Luis, "La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública", en Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí, coord. Rafael Gómez-Ferrer Morant, Madrid, Civitas, 1989.
91. Madariaga Gutiérrez, Mónica, "Seguridad jurídica y Administración Pública en el siglo XXI", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, 2ª ed.
92. Maljar, Daniel, "Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos", Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1998.
93. Marienhoff, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", T. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
94. Martín Mateo, Ramón, "Manual de Derecho Administrativo", Madrid, Trivium, 14ª ed., 1992.

95. Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, “Derecho Administrativo Económico”, T. I, Madrid, Ed. La Ley.
96. Martner, Daniel, “Historia de Chile. Historia Económica”, T. I, Santiago, Universidad de Chile, 1929.
97. Matus Benavente, Manuel, “Finanzas Públicas”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1952.
98. Maurin, André, “Derecho Administrativo Francés”, México DF, Porrúa, 2004.
99. Mayer, Otto, “Derecho administrativo Alemán”, 4 Tomos, Buenos Aires, Depalma., 1982 (ed. original 1904).
100. Merino, Ernesto, “Derecho Administrativo”, Santiago, Imprenta Universitaria, 1936
101. MINSEGPRES, “Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei”, 2000.
102. MINSEGPRES, “Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos”, 2010.
103. Moraga Klenner, Claudio, “La actividad formal de la Administración del Estado”, en Pantoja, Rolando, “Derecho Administrativo Chileno”, Porrúa, México DF, 2007.
104. Morales Palacios, Luis Elías, “De los servicios traspasados a las municipalidades”, Ed. Congreso, 1998.
105. Moreau, Jacques, “Droit Administratif”, París, PUF, 1989.
106. Morell Ocaña, Luis, “Curso de Derecho Administrativo”, T. II, Pamplona, Ed. Aranzadi.
107. Morote Sarrión, José Vicente, “Las circulares normativas de la Administración Pública”, Ed. Tirant lo Blanch, 2001.
108. Nieto García, Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador”, Madrid, Tecnos, 4ª ed., 2005.
109. Nieves Borrego, Julio, “Estudio sistemático y consideración jurídico administrativa de la subvención”, en Revista de Administración Pública, Nº 42, 1963.
110. Nogueira Alcalá, Humberto, “Derechos fundamentales y garantías constitucionales”, 4 Tomos.
111. Ojeda Ojeda, Bernardo, “Servicios Traspasados”, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, s/f.

112. Ortega Martínez, Luis y otros, "Corporación de Fomento de la Producción. 50 años de realizaciones: 1939-1989", Ed. Departamento de Historia, Universidad de Santiago de Chile, Santiago, 1989.
113. Pantoja Bauzá, Rolando (coord.) "Derecho Administrativo Chileno", México DF, Ed. Porrúa, 2007.
114. Pantoja Bauzá, Rolando, "El Derecho y la Administración del Estado en Chile", en Rolando Pantoja Bauzá (coord.) "Derecho Administrativo Chileno", México DF, Ed. Porrúa, 2007.
115. Pantoja Bauzá, Rolando, (coord.) "Derecho Administrativo. 120 años de Cátedra", Ed. Jurídica, Santiago, 2008.
116. Pantoja Bauzá, Rolando "La tipología asumida por la Administración Pública como función estatal en su proceso adaptativo a la evolución experimentada por el Estado moderno constitucional: desde la summa potestas a la concreción humanista de la solidaridad", en Rolando Pantoja (coord.) "Derecho Administrativo. 120 años de Cátedra", Ed. Jurídica, Santiago, 2008.
117. Pantoja Bauzá, Rolando (coord.), "Derecho Administrativo. 150 años de doctrina", Santiago, Ed. Jurídica, 2009, pp. 230-231.
118. Pantoja Bauzá, Rolando, "Tratado de Derecho Administrativo", 8 Tomos, Santiago, Ed. Abeledo-Perrot, 2010.
119. Parada, Ramón, "Derecho Administrativo", T. I, Madrid, Marcial Pons, 4ª ed., 1992.
120. Parejo Alfonso, Luciano, "Derecho Administrativo", Barcelona, Ariel, 2003.
121. Pascual García, José, "Régimen jurídico de las subvenciones públicas", Ed. BOE, Madrid, 1996.
122. Pedro L. Gallo y Jorge Miranda C, "Las subvenciones estatales. Doctrina, legislación y jurisprudencia", Ed. Universitaria; Santiago, 1963.
123. Pérez-Cotapos Contreras, Juan, "Los subsidios gubernamentales como prácticas desleales", en Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, XXIV, 2003.
124. Piccinni García, Doris, "Teoría del decaimiento de los actos administrativos", Santiago, Editorial Jurídica, 1966.
125. Piñera E., José, "Fundamentos de la ley orgánica constitucional sobre concesiones mineras", Santiago, Ed. Jurídica, 1987, 2ª ed.

126. Pizzorusso, Alessandro, "Lecciones de Derecho Constitucional", 2 Tomos, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
127. Prado, Santiago, "Principios elementales de Derecho Administrativo Chileno", Santiago, Imprenta Nacional, 1859.
128. Ramírez Arrayas, José Antonio, "Principio de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: alcances de la nueva Constitución de 2005", en Zúñiga Urbina, Francisco, "Reforma Constitucional", Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2005.
129. Rawls, John, "Teoría de la Justicia", Ed. Fondo de Cultura Económica, México DF, 2ª ed., 1995.
130. Rawls, John, "Justice as Fairness: A restatement", Ed. Harvard University Press, Boston, 2ª ed., 2001.
131. Rivero Ortega, Ricardo, "El Estado vigilante", Madrid, Tecnos, 2000.
132. Rivero Ortega, Ricardo, "Introducción al Derecho Administrativo Económico", Salamanca, Ratio Legis, 2ª ed., 2001.
133. Rivero, Jean, "Derecho Administrativo", Caracas, Universidad Central, 1984 (ed. original de 1980).
134. Rivero, Jean et Jean Waline, "Droit Administratif", París, Dalloz, 18ª ed., 2000..
135. Rodríguez Arana, Jaime, "La caducidad en el derecho administrativo español", Madrid, Ed. Montecorvo, 1993.
136. Rodríguez Arana, Jaime, "Cuatro estudios de Derecho Administrativo Europeo", Granada, Ed. Comares, 1999.
137. Rodríguez Collao, Luis, "Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas", en Revista de Derecho UCV, Tomo 11, 1987.
138. Rolando Pantoja (coord.) "Derecho Administrativo. 120 años de Cátedra", Ed. Jurídica, Santiago, 2008.
139. Salazar Vergara, Gabriel y Pinto, Julio, "Historia contemporánea de Chile", T. III, Ed. LOM, 2002
140. Salazar Vergara, Gabriel, "Historia de la acumulación capitalista en Chile. Apuntes de Clases", Ed. LOM; 2003.
141. Salazar Vergara, Gabriel, "Labradores, peones y proletarios", Ed. LOM, 2000 (ed. original de 1985).
142. Sánchez Morón, Miguel, "Derecho Administrativo. Parte General", Madrid, Tecnos, 2ª ed., 2006.

143. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, "Principios de Derecho Administrativo General", 2 T., Madrid, Iustel, 2004.
144. Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, "El control de proporcionalidad de la actividad administrativa", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
145. Sayagués Laso, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", 2 T., Montevideo, FCU, 7ª ed., 2002.
146. Schmidt-Assmann, Eberhard, "La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema", Madrid, Marcial Pons, 2003.
147. Silva Bascuñán, Alejandro, "Tratado de Derecho Constitucional", 2ª ed., T. XI, Ed. Jurídica de Chile, 2006.
148. Silva Cencio, Jorge, "Directivas, circulares e instrucciones de servicio en el derecho francés", en RDP N° 25-26, 1979.
149. Silva Cimma, Enrique, "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", 2 T., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed., 1969.
150. Silva Cimma, Enrique, "El control público", Caracas, Ediciones de la Contraloría General, 1976.
151. Silva Cimma, Enrique, "Derecho Administrativo Chileno y Comparado" 6. Tomos, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 4ª ed., 1992-1996.
152. Soria, Daniel Fernando, "La caducidad del acto administrativo" en "Acto administrativo y procedimiento", Facultad de Derecho – Universidad Austral, Ediciones RAP, 2002.
153. Soto Kloss, Eduardo, "De la libertad de enseñanza y del estatuto jurídico de las subvenciones a la enseñanza privada", Editorial Universitaria, Santiago, 1963.
154. Soto Kloss, Eduardo, "El Derecho Administrativo Penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la administración" en Boletín de Investigaciones PUC N° 44-45, 1980.
155. Soto Kloss, Eduardo, "Sanciones administrativas ¿camino de servidumbre?" en Gaceta Jurídica N° 296, pp. 76 a 88.
156. Soto Kloss, Eduardo, "Derecho Administrativo. Temas Fundamentales", Ed. Abeledo Perrot, Santiago, 2009.
157. Soto Velasco, Sebastián, "Subsidios, permisos y condiciones: la doctrina de las condiciones inconstitucionales en Estados Unidos y su aplicación en Chile", en Revista Chilena de Derecho, V. 36, 2009.
158. Stiglitz, Joseph, "La economía del sector público", Bosch, 3ª ed., 2000.

159. Stober, Rolf, "Derecho Administrativo Económico", Madrid, Marcial Pons, 1992 (ed. original 1989).
160. Sunkel, Osvaldo y Cariola, Carmen, "La historia económica de Chile 1830-1930", Madrid, 1982.
161. Thomson, Ian y Angerstein, Dietrich, "Historia del Ferrocarril en Chile", Santiago, DIBAM, 2000.
162. Varas, Guillermo, "Derecho Administrativo", Santiago, Ed. Nascimento, Santiago, 2ª ed., 1948.
163. Varas, Paulino y Mohor, Salvador, "Acerca de la Esencia de los Derechos Constitucionales y de su Libre Ejercicio que Consagra el Artículo 19 N° 26 de la Constitución Política", en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° XVIII, 1997.
164. Vedel, Georges y Delvolvé, Pierre, "Droit Administratif", T. I., París, PUF, 1958.
165. Vedel, Georges, "Derecho Administrativo", Madrid, Aguilar, 1980 (ed. original 1976)
166. Villalobos R., Sergio y Sagredo B., Rafael, "El proteccionismo económico", Santiago, Ed. Instituto Blas Cañas, 1987.
167. Villalobos Rivera, Sergio et al., "Historia de Chile", Santiago, Universitaria, 2010 (original de 1974).
168. Villar Ezcurra, José Luis, "Derecho Administrativo Especial, Madrid, Ed. Civitas, 1999.
169. Villar Palasi, José Luís, "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", en Revista de Administración Pública, N° 3, 1950.
170. Viñuela, Mauricio, "La titularidad y el objeto del derecho al acceso: una visión integrada de dicho derecho", en Raúl Letelier y Enrique Rajevic, "Transparencia en la Administración Pública", Santiago, Ed. Abeledo Perrot, 2010.
171. Wade, William y Forsyth, Christopher, "Administrative Law", Oxford University Press, 8ª ed., 2000.
172. Wolf, Hans; Bachof, Otto y Stober, Rolf, "Direito Administrativo", Vol. I, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006 (ed. original 1987).

INDICE

PRESENTACIÓN.....	1
AGRADECIMIENTOS.....	6
ABREVIATURAS.....	7
CAPÍTULO I.- LA SUBVENCIÓN EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.....	8
I. LA SUBVENCIÓN COMO MEDIO DE FOMENTO.....	8
1. Concepto.....	8
2. Los medios de fomento.....	13
a. Formulación y críticas.....	13
b. Clasificación del Tribunal Constitucional.....	15
II. NOTAS DE DERECHO COMPARADO.....	18
1. Francia.....	18
2. Alemania.....	20
3. Italia.....	21
4. Common Law.....	22
III. CRÍTICAS A LA IDEA DE FOMENTO.....	22
IV. ALTERNATIVAS A LA NOCIÓN DE FOMENTO. LA DOCTRINA DE LAS “AYUDAS PÚBLICAS”.....	27
1. Objeciones al fomento.....	27
2. El contenido esencial de las ayudas públicas.....	28
3. Elementos de la definición.....	30
V. FOMENTO Y AYUDAS PÚBLICAS EN LA DOCTRINA NACIONAL.....	32
1. Escuela de la policía administrativa.....	32
2. Escuela chilena del servicio público.....	33
3. Concepción de la Administración “servicial”.....	38
VI. FOMENTO Y AYUDAS PÚBLICAS EN LA HISTORIA ECONÓMICA DE CHILE.....	42
1. La formación del dominio español en Chile.....	42
a. La Conquista (1540-1580).....	42
b. La Colonia (1580-1690).....	43
2. Modernización del imperio español (1690-1810).....	44
a. Política económica.....	44
b. Actividades económicas por sector.....	47
3. Independencia y organización de la República (1810-1860).....	48
a. Desde 1810 a 1830.....	48
b. Desde 1830 a 1860.....	49
4. Crecimiento exportador y crisis (1860-1930).....	50
a. Política económica.....	50
b. Actividades económicas por sector.....	52
i. Minería.....	52
ii. Agricultura.....	54
iii. Manufacturas.....	54
iv. Comercio y transportes.....	55
5. Participación activa y directa del Estado en la economía (1930-1973).....	56
a. Política económica.....	56
b. Actividades económicas por sector.....	58
i. Minería.....	58
ii. Industria: la Corporación de Fomento de la Producción.....	59
iii. Agricultura.....	61
iv. Transportes y comunicaciones.....	62

6.	Dictadura militar y transformación neoliberal (1973-2009).	62
a.	Política económica.	62
b.	Actividades económicas por sector.	64
7.	Diagnóstico de la evolución histórica.	66
CAPÍTULO II.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.		68
I.	CONCEPTO AMPLIO Y RESTRINGIDO.	68
1.	Debate doctrinario.	68
2.	Recepción legal.	71
3.	Definición.	72
II.	ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL CONCEPTO.	73
1.	Elemento objetivo.	74
a.	Distinción de la exención tributaria.	75
b.	Distinción de la devolución de impuestos.	75
c.	Distinción de las garantías estatales.	76
d.	Distinción de los créditos.	76
2.	Elemento subjetivo.	78
a.	El sujeto otorgante.	78
b.	El sujeto beneficiario.	81
i.	El particular como beneficiario.	81
ii.	El concesionario como beneficiario.	83
iii.	Los órganos administrativos como beneficiarios. El caso de las empresas públicas.	84
iv.	Las Municipalidades y sus órganos como beneficiarios.	87
c.	Entidades colaboradoras.	89
3.	Elemento teleológico.	91
a.	Doctrinas que se apoyan en la existencia de elementos accesorios al acto jurídico subvencional.	92
i.	Doctrina de la subvención como acto condicional.	92
ii.	Doctrina de la subvención como acto modal.	93
b.	Doctrina de la subvención como acto que origina una carga.	94
c.	Explicación alternativa: la subvención da origen a un deber jurídico.	96
d.	Expresión del carácter afectado de las subvenciones en el derecho positivo nacional.	97
e.	Delimitación de figuras afines: subsidios, primas, premios y becas.	104
III.	CLASIFICACION.	106
1.	Según los sujetos.	106
2.	Según el objeto.	107
3.	Según el procedimiento para otorgarlas.	108
4.	Según las cargas que imponen.	108
5.	Según la materia.	109
IV.	NATURALEZA JURÍDICA.	112
1.	Doctrina de la naturaleza contractual de la subvención.	113
2.	Doctrina de la naturaleza unilateral de la subvención.	114
3.	Importancia del medio jurídico empleado.	115
CAPÍTULO III.- RÉGIMEN JURÍDICO.		118
I.	PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.	118
1.	Legalidad.	118
a.	Reserva legal.	118
b.	Ámbito del reglamento de ejecución.	121
c.	Admisibilidad de normas inferiores al reglamento.	125
2.	Igualdad.	127

a.	Concepciones de igualdad en la Constitución.	127
b.	Límites que impone la igualdad al establecimiento y otorgamiento de subvenciones.	130
c.	La igualdad exige también la promoción de los derechos.	135
3.	Publicidad y transparencia.	136
a.	Formulación del principio.	136
b.	Deberes de Transparencia.	138
i.	Activa.	138
ii.	Pasiva.	140
II.	PROCEDIMIENTO.	143
1.	Asignación reglada.	144
2.	Concurso público.	147
a.	Generalidades.	147
b.	Tipología.	149
i.	Fondos Concursables.	149
ii.	Subsidios mediante títulos transferibles.	152
3.	Asignación directa.	154
III.	CONTENIDO DE LA RELACIÓN SUBVENCIONAL.	158
1.	Situación del beneficiario.	158
a.	Sobre el beneficiario recae el deber de realizar la actividad subvencionada.	158
b.	Límites a la intervención de la Administración en la esfera del beneficiario.	162
i.	El contenido esencial de los derechos.	162
ii.	Test de proporcionalidad.	168
2.	Situación del otorgante.	172
a.	Establecimiento y otorgamiento de subvenciones.	172
b.	Excurso: Obligaciones internacionales en materia de comercio exterior.	175
i.	Modelo de la Unión Europea.	176
ii.	Modelo de la Organización Mundial de Comercio.	179
c.	La obligación primordial que asume la Administración es pagar la subvención.	182
d.	La Administración ostenta frente al beneficiario poderes de control y dirección.	183
i.	Fundamento.	183
ii.	Facultad de comprobar el cumplimiento de las cargas.	185
iii.	Facultad de declarar la caducidad de la subvención.	194
iv.	Potestades específicas para controlar y dirigir al beneficiario.	201
e.	Control financiero de la subvención.	205
i.	Control por la Administración otorgante.	205
ii.	Control por la Contraloría.	207
iii.	Controles descentralizados.	209
	CONCLUSIONES.	212
	BIBLIOGRAFIA.	219