



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA
(RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INACTIVIDAD EN SU
EJERCICIO)

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor:

Constanza González Luchsinger.

Profesor guía:

Cristian Román cordero

Santiago, Chile,

2014

A mi madre, Isolda.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	10
INTRODUCCIÓN	11
PRIMERA PARTE: LA FISCALIZACION O INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA	22
CAPÍTULO I LA FISCALIZACION O INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA: GENERALIDADES	23
I. La fiscalización o inspección administrativa como técnica de la actividad de policía	23
1. La actividad de la Administración.....	23
a. Títulos de intervención.....	24
b. Formas de intervención.....	28
c. Técnicas de intervención.....	29
2. La actividad de policía.....	30
a. Definición.	30
b. Técnicas de intervención de la policía administrativa.....	33
i. Regulación.....	33
ii. Prohibiciones y obligaciones.....	34

iii. Autorizaciones.....	34
iv. Sanciones administrativas.....	34
v. Actos de comprobación.....	35
II. Características de la inspección administrativa.....	37
1. Definición.....	37
a. La inspección como actividad material y técnica.....	37
b. La inspección como actividad instrumental.....	40
c. La inspección como potestad administrativa.....	41
2. Funciones.....	44
a. Comprobación e investigación.....	44
b. Garantía de cumplimiento de la norma y de los bienes jurídicos protegidos.....	45
c. Preventiva.....	46
d. Otras funciones.....	47
i. Informativa o pedagógica.....	48
ii. Asistencia técnica.....	49
3. Principios formativos de las actuaciones inspectoras.....	50
a. Principio de legalidad.....	50
b. Principio de igualdad.....	53
c. Principio de proporcionalidad o congruencia.....	54
d. Principio de respeto a la libertad individual o favor libertatis.....	55
e. Principio de eficacia y eficiencia.....	56

f. Respeto a los derechos fundamentales.....	58
CAPITULO II. LA INSPECCION ADMINISTRATIVA: SU CONCRECION.....	60
I. Las modalidades de inspección.....	60
1. En particular la visita inspectiva.....	61
a. Desarrollo de la visita.....	61
i. Preparación de la visita inspectiva.....	62
ii. Pautas de actuación.....	63
iii. Actuaciones de comprobación.....	65
iv. Elaboración del acta.....	65
II. Breve referencia sobre las actas de inspección.....	66
III. Procedimiento y actuaciones inspectoras.....	70
IV. La formación de la decisión administrativa de ejercer la potestad de fiscalización o inspección.....	77
1. El inicio de la Inspección Administrativa: Una potestad discrecional.....	77
2. Medios de control preventivos de la discrecionalidad.....	80
a. La aleatoriedad.....	83
b. Los planes de inspección.....	84
c. La denuncia.....	90
V. Sujetos de las actuaciones inspectoras.....	93
1. Órganos inspectores.....	93
a. Superintendencias.....	93
b. Otros órganos administrativos.....	96

c. Colaboración de los entes privados.....	96
2. Sujetos cuya actividad se inspecciona.....	97
VI. Garantías mínimas del sujeto cuya actividad se inspecciona.....	97
1. Ser informado del inicio de la actividad inspectora y de su objeto.....	99
2. Derecho a participar activamente durante el transcurso de la actividad.....	101
3. Derecho a que las actuaciones se lleven a cabo de la forma que resulten menos gravosas.....	104
4. Derecho a la protección y reserva de los datos esenciales.....	104
5. Acceso a los archivos y registros administrativos pertinentes.....	105
6. Imparcialidad del órgano inspector y de aquellos que colaboran con él.....	106
7. Ser tratado con respecto y referencia.....	106
8. Acerca del derecho a la no autoincriminación.....	106
9. Acerca del derecho a la inviolabilidad de domicilio.....	112
VII. Potestades específicas del órgano inspector.....	114
1. Examinar documentos.....	116
2. Requerir información.....	117
3. Citar a declarar.....	119
4. Uso de la fuerza pública con facultades de allanamiento y descerrajamiento.....	120
VIII. Las medidas derivadas de la actividad inspectora.....	120

1. Requerimiento de subsanación de deficiencias.....	121
2. Adopción de medidas provisionales.....	122
3. Procedimiento administrativo sancionador.....	125

SEGUNDA PARTE: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ADMINISTRADOR POR INACTIVIDAD EN EL EJERCICIO DE SUS POTESTADES DE INSPECCION..... 126

CAPÍTULO III. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ADMINISTRADOR POR FALTA DE SERVICIO EN LOS SUPUESTOS DE INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA..... 127

I. Responsabilidad del Estado Administrador: Generalidades..... 127

1. La garantía institucional de responsabilidad.....	127
2. Elementos de la responsabilidad.....	132
a. Acción u omisión de un órgano de la Administración del Estado.....	132
b. Daño.....	134
c. Relación de causalidad.....	134
d. Criterio de imputación.....	136

II. Responsabilidad del Estado Administrador por falta de servicio..... 137

1. Antecedentes.....	137
2. Concepto: sentido y alcance de la falta de servicio en Chile.....	138
3. Determinación y apreciación de la falta de servicio.....	144

a. Parámetros objetivos.....	145
b. Parámetros subjetivos.....	150
i. Grado de dificultad de la actividad administrativa.....	150
ii. Gravedad de la falta.....	151
iii. Recursos financieros disponibles.....	152
iv. Previsibilidad del daño.....	153
v. Circunstancias de modo, tiempo y lugar.....	153
III. La inactividad administrativa.....	153
1. La inactividad administrativa como elemento de la responsabilidad.....	153
2. Requisitos.....	154
a. Omisión de una actividad material o jurídica.....	157
b. Infracción de un deber jurídico de actuación.....	158
3. Tipos de inactividad.....	164
a. Inactividad formal.....	165
b. Inactividad material.....	168
IV. La inactividad como presunción de falta de servicio.....	168
CAPÍTULO IV. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ADMINISTRADOR POR	
INACTIVIDAD EN EL EJERCICIO DE SUS POTESTADES DE	
INSPECCIÓN.....	174
I. Planteamiento del problema.....	174
II. La omisión de la potestad inspectora: Una hipótesis de	
Inactividad.....	178

1. En la relación de sujeción especial.....	180
2. En la relación de sujeción general.....	182
III. La omisión del deber de inspección debe ser imputable a la falta del servicio.....	184
1. Probabilidad del daño.....	187
2. Intensidad del daño.....	187
3. Extensión del daño.....	188
4. Época del daño.....	188
5. Hechos públicos y notorios.....	189
IV. Notas sobre la relación causal entre el daño y la omisión de las potestades inspectoras.....	189
CONCLUSIONES.....	194
BIBLIOGRAFÍA.....	206
ANEXO JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ADMINISTRADOR POR OMISIÓN DE SUS POTESTADES DE INSPECCIÓN.....	213

RESUMEN

La presente memoria tiene por objeto analizar una de las actividades administrativas de más larga tradición histórica, a saber, la inspección administrativa. Ante la escasa dedicación que la doctrina nacional le ha concedido a este tema, pese a la incuestionable y gran aplicación práctica que el ejercicio de dicha actividad importa, este trabajo pretende desentrañar y establecer, por sobre todo, el desarrollo de esta actividad, buscando resolver preguntas tales como: ¿es necesario que la inspección se someta a un procedimiento administrativo?, ¿tiene el sujeto inspeccionado algún derecho ante la intervención de la administración?, ¿cuáles son las potestades con las que cuentan los órganos inspectores para ejecutar su labor?, ¿quién decide cuándo y a quién inspeccionar?, ¿es la potestad inspectora una potestad discrecional?.

En directa relación con el tema anterior, pero ya desde la perspectiva de la garantía que tiene todo ciudadano frente al actuar dañino de un órgano de la Administración, se aborda el tema de la responsabilidad del Estado Administrador por inactividad en el ejercicio de sus potestades de inspección.

INTRODUCCIÓN

La inspección administrativa es una de las actividades más antiguas y emblemáticas de la Administración del Estado. De antigua tradición en nuestro país es la inspección en materia laboral, tributaria, aduanera y también sanitaria. En efecto, tal como es imposible concebir una Administración sin potestades sancionadoras que le permitan reprimir por medio de sanciones las conductas infractoras, menos aún puede pensarse en una Administración que no cuente con potestades que le permitan supervigilar la observancia de las normas y, por tanto, prevenir la comisión de hechos ilícitos con consecuencias dañosas. Como dice el sabio refrán popular, “mejor prevenir que curar”.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980 comenzó en nuestro país un proceso de privatización de los servicios públicos, que tuvo como consecuencia el paulatino abandono por parte del Estado de distintas actividades de carácter social y económico desarrolladas, hasta ese entonces, directamente por él.

Sin duda, este cambio de rol- de ser un Estado prestador de servicios a ser un Estado subsidiario- trajo aparejado consigo un potenciamiento de la potestad inspectora de la Administración, ya que la existencia de un sin número de

actividades desarrolladas por particulares requirió en su momento, y requiere hasta el día de hoy ante la consolidación de dicha situación, de la intervención estatal para tutelar la vigencia del ordenamiento jurídico y garantizar la protección de los derechos e intereses que este reconoce y ampara.

De este modo, es común ver en las noticias –sobre todo en determinadas épocas del año, como semana santa, fiestas patrias y navidad, entre otras- la labor en terreno que ejercen los fiscalizadores para comprobar que los particulares estén cumpliendo con la normativa que los regula. Justamente, esa actividad tan cotidiana es producto del ejercicio de lo que jurídicamente denominamos “potestad inspectora de la Administración”.

A pesar de la importancia práctica que la potestad inspectora posee, debido a la amplia gama de actividades que se encuentran bajo su control, su estudio ha sido rezagado por quienes se dedican al análisis del Derecho Administrativo en nuestro país. En efecto, no existe ninguna publicación que se refiera a la inspección administrativa o potestad inspectora en términos generales-vale decir, que aborde sus principios, sus fines, el régimen jurídico que la rige, etcétera- sino sólo algunos textos –y pocos- que la tratan tangencialmente a nivel sectorial. Si bien en la mayoría de los textos se hace alguna referencia a la inspección al tratar la actividad de policía de la Administración- como una manifestación de aquella- siempre se da mayor énfasis a la potestad

sancionadora. Lo mismo sucede en la normativa sectorial. Sin temor a equivocarnos, nos atrevemos a afirmar que la inspección se ha desarrollado prácticamente a la sombra de la potestad sancionadora de la Administración, de la que siempre se ha considerado un apéndice.

Es precisamente esta falta de dedicación en conjunto con la gran aplicación práctica de que caracteriza a esta potestad, lo que nos motivó a elegir a la potestad inspectora como tema principal de esta memoria.

Aparejada a la existencia de esta potestad administrativa, así como de cualquier otra, aparecen los cuestionamientos sobre su efectividad y en consecuencia, sobre los efectos que conlleva su omisión o falta de ejercicio. Así, surge la idea de la responsabilidad del Estado Administrador en aquellos casos en que la omisión o ejecución defectuosa de la potestad inspectora genera daños a terceros.

En efecto, durante el desarrollo de su actividad, el sujeto inspeccionado puede ocasionar daños a terceros, de eso no hay duda. Sin embargo, dejando a un lado la responsabilidad de este sujeto, cabe preguntarnos si la omisión de las potestades de inspección sobre dicho sujeto causante material del daño, constituye un título de imputación suficiente para comprometer la responsabilidad de la Administración.

Ilustremos esta situación a través de un par de casos.

Transcurría el año 2002. Doña Gladys Valck se desplazaba en vehículo junto a su esposo e hijo por la ruta 5 norte con dirección al sur, cuando intempestivamente sufrió el impacto de una roca, la que fue lanzada por un demente desde una pasarela peatonal, que no contaba con medidas de seguridad. Ante esta situación, el esposo de doña Gladys demandó de indemnización de perjuicios a la empresa concesionaria respectiva y al Fisco de Chile por los daños morales y patrimoniales asociados. En su demanda sostuvo que aunque la ruta era concesionada, el Estado no puede desprenderse de la obligación de velar por la adecuada satisfacción del bien común, lo que se concreta a través del ejercicio de los poderes de control y dirección que le entrega la normativa, en este caso, al Ministerio de Obras Públicas¹, para verificar que la concesionaria cumpla con las obligaciones que le empecen.

Quizás aún más ilustrativo por lo mediático que resultó ser, es lo sucedido hace un par de años atrás en el norte de nuestro país. El año 2010, 33 trabajadores de la mina San José, propiedad de la Compañía Minera San Esteban Primera S.A, en Copiapó, quedaron atrapados más de dos meses en las profundidades de dicho yacimiento. ¿La causa? Un derrumbe provocado por las malas

¹ Ver en el anexo fallo n°1, Rol C-1486-2003, 2° Juzgado Civil de Santiago.

condiciones en que se encontraba la mina. A juicio de las víctimas dicho yacimiento no fue debidamente fiscalizado por los órganos administrativos correspondientes, que en ese caso correspondían al SERNAGEOMIN, a la SEREMI de Salud y a la Inspección del Trabajo. De este modo, los mineros afectados demandaron al Estado por la falta de servicio en que incurrieron los órganos inspectores individualizados al no fiscalizar las condiciones en que funcionaba dicho yacimiento. El juicio aún se encuentra en tramitación².

Otro caso más. El bullado escándalo del Caso La Polar ocurrido hace unos años atrás, también es un buen ejemplo para ilustrar esta hipótesis de responsabilidad. Luego de que en el año 2011 salieran a luz las irregularidades en que incurría sistemáticamente esta multitienda al repactar unilateralmente las deudas de miles de sus usuarios, entre otras conductas reprochables, la opinión pública reaccionó y puso en tela de juicio el rol fiscalizador de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, así como también el de la Superintendencia de Valores y Seguros al no detectar a tiempo las irregularidades mencionadas³.

² Sentencia del 9º Juzgado Civil de Santiago, Rol C-17-299-201.

³ Algunas noticias que reflejan el cuestionamiento público hacia las entidades fiscalizadoras luego de hacerse pública la irregular situación de La Polar: http://www.estrategia.cl/detalle_noticia.php?cod=54386; <http://diario.latercera.com/2011/06/19/01/contenido/negocios/27-73307-9-la-polar-y-rol-de-la-sbiffalta-de-regulacion-o-falla-del-supervisor.shtml>; <http://www.jec.cl/articulos/?p=18434>; <http://ratingwww.cambio21.cl/cambio21/site/artic/20110617/pags/20110617194305.html>.

Sin ir más lejos, la Cámara de Diputados, ante la solicitud de 48 de sus miembros, acordó la creación de una Comisión Especial cuya finalidad fue la de analizar, indagar, investigar y determinar los errores u omisiones en que incurrieron una serie de instituciones, tanto públicas como privadas, que tuvieron algún tipo de participación en el daño causado por la multitienda.

En lo que nos interesa, respecto a la SBIF, la Comisión determinó su responsabilidad “por la negligencia en el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras, al menos desde el año 2006, ya que no dio estricto cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 2, 12, 16 de la Ley General de Bancos. En efecto, las normas ya citadas de la Ley General de Bancos establecen las facultades de la SBIF para fiscalizar a los emisores de tarjetas de créditos tanto bancarias como no bancarias.”⁴.

En el mismo sentido se pronunció al referirse a la responsabilidad de la SVS, al acusar al organismo de “negligencia en el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras y [de] falta de cuidado en el desempeño de su labor, al menos desde 2006. (...) La SVS no advirtió que los estados financieros presentados por la Empresa La Polar SA no eran consistentes, a pesar de tener facultades de fiscalización directa y no sólo delegadas”⁵.

⁴Informe de la comisión de economía, fomento y desarrollo constituida en especial investigadora con ocasión de la crisis financiera provocada por las malas prácticas crediticias de la empresa la polar, p.200.

⁵ *Ibíd.*, p.201.

Finalmente, no podemos olvidar el que ha sido catalogado por la prensa como el escándalo financiero más grave de la historia reciente de nuestro país, el llamado Caso Inverlink.

El año 2003, el Grupo Inverlink, reconocido y exitoso conglomerado financiero con una intensa actividad de adquisiciones de empresas del ámbito regulado y no regulado, fue sorprendido en prácticas irregulares y fraudulentas, como la sustracción de información privilegiada al Banco Central (Caso Inverlink/Banco Central), la sustracción de casi \$85.000 millones en documentos desde la CORFO (Caso CORFO/Inverlink) -los que posteriormente liquidaron en el mercado- y la existencia de una financiera informal que operaba paralelamente a la corredora. Al respecto, no cabe duda de que estas prácticas afectaron gravemente la fe pública y la estabilidad económica de nuestro país, y para qué decir el daño al patrimonio fiscal que causaron, pero también significó significativas pérdidas económicas a un sin número de inversionistas privados y clientes que operaban con el grupo económico identificado. Frente a este panorama, al igual que en los mencionados más arriba, parece razonable y lógico cuestionar la efectividad de las facultades fiscalizadoras de la SVS, cuyo ejercicio oportuno debió haber detectado las actividades ilícitas en que estuvo, durante años, incurriendo dicho grupo económico.

En fin, más allá del reproche social o de la responsabilidad individual que pudiera afectar a determinadas personas naturales, la pregunta que surge en todos los casos mencionados es, ¿es posible comprometer la responsabilidad del Estado por los daños causados por la concesionaria, la Minera San Esteban, La Polar e Inverlink, respectivamente, alegando la falta de fiscalización de estos particulares?

La cuestión que abordaremos en la segunda parte de la memoria no es menor, ya que-como señalamos más arriba- gran parte de las actividades privadas se encuentran sometidas al control público, razón por la cual una teoría mal pensada de la responsabilidad en estos casos puede llegar a comprometer indiscriminadamente la responsabilidad del Estado. Tan solo imagínense la cantidad de hipótesis en que se podría demandar a la entidad fiscal y los resultados injustos que podrían generarse de no existir pautas y parámetros claros y definidos para comprometer la responsabilidad estatal en estos casos de omisión.

Para abordar los temas señalados, la presente memoria se compone de dos partes y una sección final de conclusiones.

La primera parte, denominada “La fiscalización o Inspección Administrativa”, cuenta con dos capítulos.

El capítulo I tiene por objeto contextualizar la Inspección Administrativa dentro del amplio universo del Derecho Administrativo de modo que podamos identificarla como una técnica de la actividad de policía. Para ello seguimos la conocida clasificación de la actividad administrativa construida por el profesor español José Luis Villar Ezcurra. Además, nos referiremos a los aspectos generales de la inspección administrativa, trataremos su concepto, fijaremos sus funciones y los principios que la encauzan.

En el capítulo II abordaremos la concreción de la potestad inspectora. En particular, nos referiremos a las formas en que se manifiesta la potestad inspectora y a su mayor expresión, la visita inspectora. A propósito de ésta, haremos una breve referencia a las actas de inspección, al ser su más fiel representación y constancia. También nos referiremos, a la posibilidad de someter dichas actuaciones a un procedimiento formalizado y la manera en que se presenta la discrecionalidad en este tipo de actuaciones. Definiremos, además, los sujetos intervinientes y cuáles debiesen ser sus derechos y potestades específicas en el transcurso de la actuación. Como cierre de este capítulo, señalaremos, en términos generales, las medidas que se pueden adoptar luego del ejercicio de la potestad en cuestión.

La segunda parte de la memoria titulada “Responsabilidad del Estado Administrador por inactividad en el ejercicio de sus potestades de inspección”,

se enfoca a determinar las consecuencias patrimoniales que conlleva la omisión de dichas potestades para el Fisco o el órgano administrativo, en su caso.

Esta parte se compone de dos capítulos. El capítulo III, cuyo objeto es fijar el marco teórico necesario para enfrentar el tema específico de responsabilidad que pretendemos abordar, tales como el acercamiento a la responsabilidad del Estado Administrador, la falta de servicio como criterio de imputación general en nuestro ordenamiento y la institución de la inactividad.

Por su parte, el capítulo IV consistirá básicamente en la aplicación de los conceptos anteriores al caso específico de la responsabilidad del Estado Administrador por inactividad en el ejercicio de sus potestades de inspección.

Por último, dedicaremos una sección para consignar las conclusiones más relevantes a las que arribamos luego del estudio realizado.

En síntesis, y para terminar, la memoria que se presenta a continuación pretende ser, en una mínima medida, un aporte al estudio de la potestad inspectora y, al mismo tiempo, un acercamiento al establecimiento de las reglas jurídicas que deben regir dicha actividad. Así, también, pretende ser un punto de partida y de reflexión sobre el estudio de la hipótesis de responsabilidad

retratada, tan poco tratada por la doctrina nacional y de tanta relevancia práctica, según observamos.

PRIMERA PARTE: LA FISCALIZACION O INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO I. LA FISCALIZACION O INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA: GENERALIDADES

I. La fiscalización o inspección administrativa como técnica de la actividad de policía.

Para lograr una adecuada comprensión de la Inspección Administrativa consideramos necesario, previo a comenzar su estudio, identificar el marco dogmático en que dicha actividad de la administración adquiere aplicación y sentido. En concreto, nos referiremos brevemente al contenido de la actividad de la Administración, luego, a la actividad de policía y por último a sus técnicas de intervención, dentro de las cuales encontramos a la inspección administrativa.

1. La actividad de la administración.

Podemos entender la actividad de la Administración como todas aquellas actividades realizadas por ésta destinadas a proporcionar el bienestar común a los ciudadanos. Para Villar Ezcurra “la actividad de la Administración hace referencia, ante todo, a los cauces a través de los cuales se manifiestan las

potestades que le atribuye el Ordenamiento jurídico y que asumen la forma externa de normas, actos o contratos”⁶

Comprenderá el lector que el mandato entregado a la Administración abarca un sin fin de actividades muy diversas y heterogéneas entre sí, lo que ha significado el intento por la doctrina administrativista por clasificar y explicar de la mejor manera posible esta compleja actividad. Las preguntas que surgen entonces son, ¿Cómo, dónde y por qué actúa la Administración?. El profesor español Villar Ezcurra⁷ desarrolló un modelo que nos permite dar respuesta a estas preguntas y analizar pormenorizadamente la actividad en cuestión. A continuación desarrollaremos brevemente los parámetros utilizados por el autor para analizar el contenido de la actividad administrativa, los que se designan con las expresiones de título de intervención, formas de intervención y técnicas de intervención.

a. Títulos de intervención.

El autor utiliza este término para referirse a la justificación jurídica y al ámbito de actuación de la Administración, es decir, para dar respuesta a las interrogantes del por qué y el dónde de las intervenciones respectivamente.

⁶Villar Ezcurra, José Luis. 1999. Derecho Administrativo Especial: Administración Pública y actividad de los particulares. Civitas. p.2.

⁷Ibíd., p. 22 y ss.

La Administración actúa porque el ordenamiento jurídico la habilita confiriéndole al efecto poderes jurídicos, los que han sido denominados potestades administrativas⁸. De esta forma, “toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido”⁹.

García de Enterría caracteriza a la potestad administrativa en oposición al derecho subjetivo. Sostiene que al contrario de éste, la potestad no se genera en relación jurídica alguna sino que proviene directamente del ordenamiento. Tampoco recae sobre un objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y un ámbito de actuación definido en grandes líneas o directrices genéricas. Además, no consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de donde eventualmente pueden surgir relaciones jurídicas particulares. Finalmente – señala- a la potestad no corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos (normalmente de un círculo de sujetos), a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad”¹⁰.

⁸Término acuñado por el italiano Santi Romano en 1953.

⁹Bermejo Vera, José. 2000. La administración inspectora, pp.1253-1270. En: El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Tomo I. Coordinador: Francisco Sosa Wagner. Tirant Lo Blanch, Valencia , p. 1256

¹⁰García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. 2002. Curso de Derecho Administrativo I. p.441.

A mayor abundamiento, producto de su origen legal y no convencional, las potestades administrativas tienen las siguientes características: son inalienables, intransmisibles, irrenunciables y, en consecuencia, indisponibles. Además son imprescriptibles, aunque su ejercicio puede estar sometido a caducidad, e inagotables ya que su ejercicio no implica su extinción¹¹.

La doctrina ha clasificado las potestades administrativas a partir de diferentes criterios, existiendo una amplia gama de éstas. Algunas de éstas clasificaciones son las que distinguen entre potestad innovativa (consisten en la posibilidad de crear, modificar o extinguir situaciones o relaciones jurídicas, derechos deberes, obligaciones y normas) y conservativa (conservan, tutelan, realizan situaciones jurídicas existentes sin modificarlas o extinguirlas; potestades de supremacía general (operan sobre todos los ciudadanos, sin necesidad de títulos concretos) y de supremacía especial (sólo son ejercitables respecto de sujetos que están en una situación organizatoria determinada); potestades regladas y discrecionales, entre tantas otras.

La mayoría de las potestades administrativas pertenecen a la especie denominada potestad-función, esto es, a aquellas que se ejercen en un interés ajeno al del titular. En concreto, García de Enterría sostiene que “las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que

¹¹Ibíd. p.443.

no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés de la comunidad de la cual la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales”¹². Según este autor lo señalado comporta dos consecuencias: una negativa, ya que las potestades administrativas no pueden ejercitarse sino en servicio de ese interés comunitario, que es ajeno, y absolutamente superior, al interés propio de la Administración como organización y, una positiva, en cuanto la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija, obligación que marca incluso las potestades discrecionales más amplias”¹³.

En definitiva, según el mismo Villar Ezcurra, “la Administración pública actúa mediante el ejercicio de potestades previamente atribuidas por una norma de rango suficiente y en esto reside la justificación o el por qué de su actuación”¹⁴.

Respecto al ámbito de intervención, la Administración sólo puede intervenir donde el ordenamiento jurídico se lo encarga.

¹²García de Enterría, Eduardo y Tomás Fernández. op.cit., p. 445. En este mismo sentido Gómez Puente, Marcos. 1994. La responsabilidad por inactividad de la Administración. Revista de Documentación Administrativa, (237-238); p.141.

¹³García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón. op.cit., p.445.

¹⁴Villar Ezcurra, José Luis. op.cit., p. 24.

b. Formas de intervención.

Esta expresión busca dar respuesta a cómo interviene la Administración en la actividad de los ciudadanos.

Aquí es donde el autor inserta las expresiones propuestas por la doctrina para referirse a las diferentes vías o formas en que la Administración interviene, tales como la policía, el fomento, el servicio público, entre otras. Sin embargo, para este autor es preferible referirse a las formas de intervención por los fines mismos que persigue la actividad en cuestión y no por las expresiones ideadas por la doctrina. Así clasifica a las formas de intervención en los siguientes grupos: mantenimiento del orden público (actividad de policía), estímulo a la actividad de los particulares (actividad de fomento), prestación directa de los servicios o bienes (actividad de empresa pública) y garantía de la prestación de los servicios (actividad de servicio público).

Pese a lo anteriormente expuesto, nos quedaremos con la clasificación tradicional adoptada por la doctrina continental, específicamente la doctrina española, que clasifica a las diferentes actividades que lleva a cabo la Administración para la consecución de sus fines, en actividades de fomento, de servicio público y de policía. Cabe precisar, en honor a la verdad, que ésta clasificación tripartita, desarrollada por el español Jordana de Pozas en 1954,

no ha estado ausente de críticas y objeciones pero que pese a aquello sigue prevaleciendo y a nuestro juicio consigue rescatar la esencia de las actividades o acciones primordiales de la Administración, sin perjuicio de lo cual consideramos oportuno incluir en esta clasificación, siguiendo a Villar Ezcurra, la actividad empresarial del Estado.

c. Técnicas de intervención.

Para el autor, este término explica más detalladamente cómo actúa la Administración pues se refiere a los medios que ésta utiliza para lograr sus objetivos. En este sentido, “las técnicas no son sino potestades específicas y no simples haces o agrupaciones de potestades con cuya descripción se culmina el proceso de concreción iniciado con los títulos de intervención”¹⁵.

De forma no exhaustiva, el autor señala diversas técnicas de intervención. Por ejemplo, dentro de la actividad de policía señala como técnicas la regulación, las autorizaciones y los actos de comprobación mediante los cuales la Administración se limita a constatar el cumplimiento de requisitos impuestos por la regulación de una determinada actividad, entre otras.

¹⁵Villar Ezcurra, José Luis. op.cit., p. 38.

Entonces, a modo de recapitulación, el título nos permite determinar la justificación de la intervención administrativa; las formas se refieren a la finalidad buscada por la Administración y que identificamos con la clasificación tradicional adoptada por la doctrina: actividad de policía, fomento y servicio público, a la cual agregamos la actividad empresarial del Estado y, por último, las técnicas hacen referencia a los medios concretos y específicos a través de los cuales se materializan las finalidades que el legislador le ordena perseguir a la Administración.

2. La actividad de policía¹⁶.

a. Definición.

Según el modelo propuesto por el autor Villar Ezcurra ya señalado, la actividad de policía es una forma de intervención administrativa cuya finalidad es el mantenimiento del orden público. Por tanto, a medida que la noción de orden público cambia, también lo hace el objeto de la actividad de policía ya sea

¹⁶La expresión "policía" no ha estado exenta de críticas fundamentalmente por el vínculo que este término mantiene con el Estado absoluto y con el ejercicio de potestades exorbitantes más allá del marco de la legalidad. Al respecto las palabras de Santamaría Pastor son claras: "un concepto que genera una tendencia a suponer la existencia de potestades interventoras donde no las hay, que legitima la creación de poderes implícitos o naturales donde no puede haberlos o, cuando menos, que propicia interpretaciones expansivas y ampliatorias de las potestades creadas por ley en perjuicio de la libertad", no puede subsistir (Santamaría Pastor, Juan Alfonso. 2002. Principios de Derecho Administrativo General. Volumen II. Tercera edición. Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Arecer.p.260). Producto de esto, algunos autores han abogado por prescindir de la expresión "policía", proponiendo otras expresiones más neutras para referirse a la forma de intervención que engloba todas aquellas actuaciones administrativas destinadas a limitar los derechos de las personas con el fin de mantener el orden público. Así han surgido los términos de actividad de ordenación propuesta por el ya citado autor, de intervención o simplemente de limitación, incluyendo a la policía como un subgrupo dentro de éstas.

aumentando o reduciendo su ámbito de intervención. Así, podemos decir que el ámbito de intervención de la actividad de policía depende de lo que el Estado entienda por orden público en un tiempo y un espacio determinado.

Pese a que algunos autores han preferido prescindir del concepto de orden público para definir la actividad de policía debido a lo contingente y voluble de éste, no consideramos necesario prescindir de aquel sino más bien dotarlo de un contenido adecuado a los tiempos actuales. Así lo sostiene Villar Ezcurra para quien en los tiempos actuales “el orden público no sólo hará referencia al mantenimiento de la seguridad ciudadana sino que volverá a retomar el contenido amplio al que alude el origen etimológico de la expresión policía (que denota el buen gobierno, el orden de la comunidad)¹⁷.

Más allá de lo que pueda entenderse por orden público, el concepto de policía se identifica necesariamente con la utilización de medidas coactivas y limitativas de libertades y derechos de los ciudadanos, ya sea sobre las personas mismas o sobre bienes o la propiedad de ellos. De ahí que la actividad de policía “es una actividad sometida al derecho, de carácter reglada, primero, en cuanto a la determinación de las limitaciones a los derechos y libertades para garantizar el orden público y para evitar la lesión de los derechos de los demás; segundo, en cuanto al establecimiento de los poderes

¹⁷Villar Ezcurra, José Luis. op.cit., p.54.

de la autoridad de policía para dictar órdenes o no hacer, es decir, en cuanto a la regulación de las actuaciones materiales que la policía puede realizar; y, por último, en cuanto al establecimiento de las sanciones que pueden imponerse a los particulares cuando perturben el orden público y social y los derechos de los demás”¹⁸.

Otra de las características fundamentales de la actividad de policía es que las limitaciones que efectúa deben ser siempre de carácter transitorio, no pueden ser definitivas.

Según lo señalado, creemos apropiada y precisa la definición dada por el profesor Bermúdez para quien la actividad de policía es “la actividad de la Administración del Estado, realizada en el ejercicio de su potestad pública, que supone la limitación de los derechos de los particulares, por razones de interés general y con el objeto de alcanzar la mantención del orden público”¹⁹.

¹⁸Brewer-Carías, Allan. 1991. Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad de policía administrativa. Revista de Derecho Público (48): 62.

¹⁹Bermúdez Soto, Jorge. 2011. Derecho Administrativo General. 2ª Ed. actualizada. Santiago, Editorial Abeledo Perrot- Thomson Reuters, p.269. Por otra parte, para Moncada Lorenzo la característica fundamental de la actividad de policía es su sentido limitador, lo que la define. Sostiene alejarse de la finalidad que persigue dicha actividad y entenderla entonces como una técnica de control, definiéndola como: “La actividad administrativa de limitación, que subordina el ejercicio de los derechos individuales y el desarrollo de las relaciones jurídicas a la intervención singular y transitoria en ellos de un elemento de control administrativo para verificar su adecuación a las exigencias del interés público”. (Moncada Lorenzo, Alberto. 1959. Significado y técnica jurídica de la policía administrativa. Revista de Administración Pública, (28):95)

b. Técnicas de intervención de la policía.

De la definición de policía administrativa dada podemos concluir que las técnicas de intervención de la policía administrativa son técnicas de limitación o coacción que tienen por finalidad la mantención del orden público.

La doctrina ha agrupado estas técnicas en 5 grupos²⁰: Las regulaciones, las prohibiciones y obligaciones, las certificaciones y verificaciones, las autorizaciones y las sanciones.²¹

A continuación haremos una breve reseña sobre cada uno de las agrupaciones de técnicas mencionadas dedicando especial atención a las certificaciones y verificaciones.

i. La regulación.

Se identifica con la potestad normativa de la Administración pública, esto es, con la facultad que ésta tiene de dictar normas. Los instrumentos jurídicos que utiliza la Administración para este cometido son:

²⁰Villar Ezcurra, José Luis. op.cit., p. 81.

²¹Ibid. p. 77.

- Reglamentos: Se trata de normas jurídicas de carácter general dictadas por la autoridad administrativa dotadas de potestad reglamentaria, cuyo objeto es ejecutar la ley o regular materias que no son propias de ella. Por tanto, tienen un rango inferior a la ley.
- Ordenanzas: El Artículo 12 inciso 2º de la LOC de Municipalidades las define como normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad cuya infracción será sancionada con multa.
- Instrucciones: Son órdenes que tienen una eficacia restringida sólo al sujeto o grupo de sujetos al que van dirigidas.
- Resoluciones reglamentarias: Son aquellas resoluciones que determinan los aspectos técnicos y detalles de los reglamentos de ejecución.
- Circulares: Son aquellos instrumentos jurídicos que tienen por objeto interpretar normas determinadas para aplicarlas a los administrados.

Es importante tener presente que, al tratarse de limitaciones y restricciones a la esfera particular de los ciudadanos, este tipo de técnica de intervención cualquiera sea su forma de manifestación no puede pasar por sobre la ley ni atribuirse materias entregadas solo a ésta.

ii. Las prohibiciones y obligaciones.

Las prohibiciones implican la imposición de una obligación de carácter negativo. Por el contrario, las obligaciones imponen al sujeto regulado ejecutar un acto, realizar una prestación, en definitiva, hacer algo determinado.

iii. Las autorizaciones.

Son actos administrativos de contenido favorable que constatan la existencia de un derecho, a través del cumplimiento de los requisitos que se exigen para realizar una determinada actividad²².

iv. Las sanciones administrativas.

Son el resultado del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, definida como el “poder jurídico con que cuenta la Administración del Estado, de carácter permanente, expresamente atribuido por ley, en virtud del cual se le habilita para perseguir al sujeto imputado de aquellas conductas activas u omisivas, que se estima son constitutivas de infracción administrativa e imponerle una retribución negativa o sanción por las mismas”²³.

²²Bermúdez Soto, Jorge. op.cit. p. 272.

²³Ibíd. p.273.

v. Actos de comprobación.

Con actos de comprobación nos referimos a aquellas técnicas mediante las cuales la Administración “se limita a contrastar el cumplimiento de condiciones impuestas por la norma que debido a su carácter técnico o a su falta de concreción requieren esta actividad complementaria”²⁴.

Al respecto Villar Ezcurra identifica tres tipos de actos de comprobación: Las certificaciones, las homologaciones y las verificaciones²⁵.

- Certificaciones: Son documentos expedidos por la Administración mediante los cuales se acredita el cumplimiento de condiciones impuestas en una determinada regulación y su obtención se impone como carga al particular.
- Homologaciones: Incluye todos aquellos actos mediante los cuales la Administración comprueba el cumplimiento de requisitos y obligaciones impuestas por un conjunto de normas expidiendo para ello un documento específico. A diferencia de las certificaciones, éstas obligan al particular a obtener el documento pues sin él no puede ejercitar una determinada actividad.

²⁴Villar Ezcurra, José Luis. op. cit., p. 81.

²⁵Ibíd. p. 81 y ss.

- Verificaciones: Lo relevante en este tipo específico de técnica es la actividad de comprobación que debe ejecutar la Administración sobre el particular y no la expedición del documento como en el caso de las homologaciones. Es esta técnica la que se identifica con la inspección administrativa, sobre la cual trata esta memoria y abordaremos en los próximos capítulos.

II. Características de la inspección administrativa²⁶.

1. Definición.

a. La inspección como actividad material y técnica.

Desde la perspectiva de la actividad de la administración, siguiendo el esquema de Villar Ezcurra expuesto en el capítulo anterior, no hay duda de que la inspección constituye una técnica de la actividad de policía que se enmarca dentro de los grupos de técnicas llamados actos de comprobación y específicamente de verificación.

Siguiendo esta misma línea, el autor García Ureta define la inspección como “una actividad administrativa ordinaria de intervención, de carácter ejecutivo

²⁶En adelante actividad, actuación o potestad indistintamente.

para la comprobación del ejercicio de derechos y obligaciones por parte de un particular, con el fin de determinar su adecuación al ordenamiento jurídico. Esta actividad incluye la recopilación de datos, la vigilancia, la investigación y, en especial, la verificación del desarrollo ordenado de la actividad de la que el particular sea titular”²⁷²⁸.

Por ejemplo, nos encontramos en presencia de actividades inspectoras cuando un funcionario del Servicio de Impuestos Internos visita un establecimiento comercial para verificar el pago de los impuestos correspondientes o cuando la Seremi de Salud acude a un restaurante para cerciorarse de que se estén tomando todas las medidas de higiene y salubridad requeridas o, también, quizás sea el caso más emblemático, cuando un funcionario de la Inspección del Trabajo se dirige a un establecimiento particular para verificar que se cumplan las jornadas laborales y los derechos de los trabajadores, entre muchos otros casos. Pero también presenciamos actividades inspectoras cuando los mismos funcionarios indicados requieren por escrito información a los sujetos administrados, los citan a declarar o efectúan cualquier otra actuación consignada en la ley destinada a verificar que su conducta se conforme a derecho.

²⁷García Ureta, Agustín. 2006. La potestad inspectora de las administraciones públicas. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, Barcelona. p. 29.

²⁸Para efectos de este trabajo, sólo abordaremos aquella inspección que ejerce la Administración sobre particulares y no la que se efectúa al interior de ésta, ya sea por un órgano superior jerárquico o por un órgano externo, como sucede con el control que ejerce la Contraloría General de la República sobre los organismos públicos respectivos.

En este sentido, hay quienes reducen las actuaciones inspectoras a la sola visita inspectiva, es decir, a la verificación en terreno que efectúa el funcionario encargado de la inspección en el lugar donde se desarrolla la actividad que se quiere controlar. Por el contrario, para nosotros, siguiendo la definición de García Ureta, las actuaciones inspectoras incluyen todas aquellas potestades entregadas por el ordenamiento jurídico al órgano inspector destinadas a verificar si la actividad del sujeto controlado se ajusta o no a la regulación normativa respectiva, incluyendo por supuesto, su más emblemática expresión, la visita inspectiva.

Por otra parte, la actividad administrativa de inspección es de un carácter predominantemente técnico²⁹, lo que proviene de la tecnicidad de las normas que regulan los diferentes sectores y que deben ser observadas por la Administración³⁰. Por este motivo la importancia de la preparación y cualificación de los funcionarios administrativos que desempeñan la actividad es fundamental para un correcto y eficaz ejercicio de la inspección.

²⁹Fernández Ramos, Severino. 2002. La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora. Editorial Comares, pp.54-55; Bermejo Vera, José. La Administración inspectora (...) op.cit., p. 44.

³⁰Algunas normas hacen referencia expresa a este componente técnico. Por ejemplo, en materia de seguridad social el artículo 3° de la Ley 16.395 consigna: "La Superintendencia de Seguridad Social será la autoridad técnica de fiscalización de las instituciones de previsión, dentro del ámbito de su competencia"

b. La inspección como actividad instrumental³¹.

Según tendremos la oportunidad de observar, al igual que la mayoría de las potestades administrativas, la potestad de inspección es de carácter funcional, en el sentido de que se constituye como un poder fiduciario al servicio de los intereses públicos, en este caso de garantía de los bienes jurídicamente protegidos por el ordenamiento. Pero, además de esta instrumentalidad que comparte con otras potestades, la actividad de inspección es instrumental en un sentido especial. Así lo ha sostenido la doctrina al señalar que la potestad inspectora es “siempre auxiliar o instrumental de otras”³² potestades, generalmente de intervención o limitación, por ejemplo de las potestades de otorgamiento de títulos administrativos habilitantes para el ejercicio de actividades, de aquellas que permiten la adopción de medidas preventivas o provisionales³³ y, sobre todo, de la potestad sancionadora.

En este punto es conveniente precisar y subrayar que el hecho de que la inspección sea una actividad instrumental no la convierte en un anexo de las potestades a las sirve. Al contrario, la actividad inspectora es autónoma e

³¹Fernández Ramos, Severino. op.cit. pp.59-60.

³²Rebollo Puig, Manuel. 2013. La actividad inspectora. Ponencia presentada en el VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. p 3. Así también Fernández Ramos, Severino. op.cit., pp. 59 y ss.

³³Rebollo Puig, Manuel. 2013. La actividad inspectora (...) op.cit., p. 3. Así también Fernández Ramos, op.cit., pp. 59 y ss, señala que la potestad inspectora sirve a “diversas potestades administrativas de prevención de riesgos o de restablecimiento de la legalidad y de aseguramiento de los intereses generales; desde exigir los tributos no pagados o el reintegro de subvenciones hasta la intervención de entidades de crédito, la retirada del mercado, la revocación de autorizaciones y todo género de órdenes imponiendo la conducta correcta, nada de lo cual tiene el carácter de sancionatorio”.

independiente, con principios y funciones propias, completamente distinta de las potestades a las que sirve, en particular de la sancionadora con la que usualmente se suele confundir hasta el punto de llegar a eclipsarla. En efecto, las finalidades que ambas potestades persiguen son totalmente distintas e incluso opuestas. La actividad inspectora está orientada a la prevención de la comisión de hechos ilícitos no así la sancionadora que tiene por objeto castigar a aquel sujeto que ha infringido la norma. Es decir, cuando la potestad sancionadora tiene lugar es porque la potestad inspectora no ha cumplido cabalmente su cometido.

c. La inspección como potestad administrativa.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, la actividad inspectora constituye, ante todo, ejercicio de una función pública en sentido estricto, dado que comporta el ejercicio de autoridad, de potestad pública, en el sentido de que los actos concretos que se desarrolla poseen eficacia jurídico-pública³⁴.

Además de ser vista desde la perspectiva de una actividad material, la inspección puede analizarse desde el punto de vista de una potestad administrativa, ya que la actividad no es más que el cauce o el medio mediante el cual se manifiestan las potestades conferidas por el ordenamiento jurídico a

³⁴Fernández Ramos, Severino. op.cit., p.48.

la Administración. De este modo, todo lo dicho en el capítulo I sobre las potestades administrativas es aplicable a la potestad inspectora.

La importancia de entender la inspección como una potestad administrativa tiene que ver, precisamente, con los límites que permite imponer a su ejercicio. Así lo señala expresamente el autor Rivero Ortega, quien estima que “no es posible admitir la existencia de potestades ilimitadas y que, por tanto, todas pueden ser controladas a través de sus elementos reglados, la revisión de sus presupuestos de hecho o el recurso a los principios generales del Derecho”³⁵.

Al igual que la mayoría de las potestades administrativas, la potestad inspectora pertenece a la especie llamada potestad-función, esto es, aquellas potestades que deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio y egoísta del titular. Según señalamos en el capítulo anterior, uno de los efectos de esta especie de potestad es que la Administración se encuentra obligada a actuar en beneficio del interés comunitario, aunque estemos en presencia de una potestad de carácter discrecional.

Por su parte, el autor García Ureta destaca como características de la potestad inspectora las siguientes³⁶:

³⁵Rivero Ortega, Ricardo. 2000. El estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la administración. Madrid, Editorial Tecnos, p. 76.

³⁶García Ureta, Agustín. op.cit., p. 29.

- Tiene un origen normativo.
- Es una potestad pública al tratarse de un poder de intervención en la esfera jurídica de los ciudadanos. Es decir, obliga a terceros mediante declaraciones unilaterales de voluntad.
- Es heteroatribuida, lo que significa que viene atribuida por una norma cuyo autor es distinto a su titular.
- Se concibe de forma general, aunque se aplique a casos concretos.
- Ha de ser atribuida expresamente o, en su caso, entenderse implícita, pero de forma inequívoca.
- Implica que un tercero o terceros han de someterse a la misma. De ello se deriva un deber jurídico de soportar la intervención administrativa en la esfera propia del ciudadano, incluyendo los derechos patrimoniales.
- Es irrenunciable, inalienable e imprescriptible.
- Debe ser específica, lo que radica en la imposibilidad de atribuir a la Administración potestades indeterminadas.
- No es un fin en sí misma pues se ejerce para servir un interés público.
- Su ejercicio debe ser adecuado a los fines para los que se atribuye.
- Se trata de una potestad conservativa.

A las características anteriores consideramos importante agregar una más.

Según veremos más adelante, el inicio de las actuaciones inspectoras, es decir, la determinación acerca del cuándo (tiempo u ocasión), el por qué (motivos) y respecto de quienes iniciar este tipo de actuaciones (objeto u actividad), dentro de ciertos límites, es una cuestión que le corresponde resolver a la Administración. No así su desarrollo práctico el que debe ejecutarse por la Administración con estricto apego a la ley. Según lo señalado, es posible advertir que la ejecución de la potestad inspectora se divide en dos fases, en la primera de éstas, donde se deciden las cuestiones preliminares a la inspección propiamente tal como técnica de comprobación, la Administración opera a través de potestades discrecionales y en la segunda, a través de potestades regladas³⁷.

2. Funciones.

a. Comprobación e investigación.

A través de la búsqueda de información o de recolección de datos, la inspección cumple su función más básica y esencial que es la de verificar que la actividad sujeta a su control se esté ejecutando conforme a derecho.

³⁷Desde el punto de vista de la forma en que el legislador atribuye potestades, nos encontramos con las potestades regladas y discrecionales. Mientras en la potestad reglada la ley determina todas las condiciones de ejercicio de la potestad, construyendo un supuesto legal completo y definido en todos sus términos y consecuencias, en la potestad discrecional la ley no especifica todas las condiciones de ejercicio de la potestad, sino que deja en manos de la estimación subjetiva de la Administración las condiciones que faltan, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho, bien en cuanto al contenido concreto de la decisión aplicable. (Orena Domínguez, Aitor. 2006. Discrecionalidad, arbitrariedad e inicio de actuaciones inspectoras. Thompson Arazandiz, p.18)

Para tal cometido, la normativa sectorial ha dotado a los diferentes órganos inspectores de un cúmulo de facultades, según veremos más adelante.

b. Garantía de cumplimiento de la norma y de los bienes jurídicos protegidos.

El objetivo principal de la actividad inspectora es velar por la efectividad del ordenamiento administrativo, esto es, por el cumplimiento de la legalidad. Así lo sostiene, entre otros autores, Fernández Ramos al afirmar que “la función inspectora ha constituido y constituye aún uno de los instrumentos o técnicas tradicionales para lograr el cumplimiento de las normas, pues la finalidad institucional de la actividad de inspección consiste precisamente en garantizar la adecuación permanente de la actividad sujeta a control a las determinaciones legales y, en su caso, a las establecidas en el correspondiente título habilitante”³⁸.

Pero dicho control tiene una razón de ser mucho más profunda que la mera observancia de la legalidad y ésta es el resguardo y garantía de los bienes jurídicos e intereses que el ordenamiento jurídico-administrativo reconoce, protege y ampara³⁹. Por ejemplo, la integridad física y síquica de los

³⁸Fernández Ramos, Severino. op.cit., 12.

³⁹Fernández Ramos, Severino. op.cit., p.14, sostiene que “la potestad inspectora, al comprobar e investigar el ajuste a la legalidad de actividades, instalaciones, bienes y servicios objeto de control,

trabajadores, la salud y seguridad de las personas, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, etc.

c. Preventiva.

La particularidad de la inspección como técnica de policía es que actúa de forma preventiva.

En una sociedad tan expuesta al riesgo como la de hoy, la Administración no sólo debe conformarse con sancionar al infractor, sino que debe valerse de todos los medios que se encuentren a su disposición para evitar la transgresión de la norma y, en consecuencia, la creación de algún daño.

La función preventiva de la inspección es importantísima pues hay que considerar que en muchas ocasiones la infracción a la norma implica un daño de tal magnitud que su reparación se torna imposible, como sucede en los casos de infracciones al medio ambiente, o bien, de muy difícil reparación como suele ocurrir con las infracciones a las normas urbanísticas. En tales casos, la sanción que pudiese aplicarse a los infractores en nada o muy poco podría remediar el daño causado a los bienes e intereses jurídicos protegidos

desempeña un papel de primer orden como garantía de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento cuya efectividad trata de asegurar”.

por la norma, tornándose imprescindible una acción preventiva eficaz para evitarlos.

A la luz de lo anterior, se puede decir que la potestad inspectora cumple una función preventiva por tres razones fundamentales. En primer lugar, porque, a diferencia de la potestad sancionadora, opera antes de la infracción, verificando que los particulares ajusten su conducta a la normativa aplicable; en segundo lugar, porque en virtud de esta potestad se pueden adoptar medidas provisionales que tienen por objeto mitigar un posible riesgo o daño; y en último lugar, porque tiene un efecto intimidatorio en los particulares al saber que son susceptibles de ser inspeccionados en cualquier momento por la autoridad, previniendo la comisión de infracciones y asegurando el respeto al ordenamiento.⁴⁰

d. Otras funciones.

Junto con la función tradicional de control, la normativa sectorial ha dotado a la inspección administrativa de otras funciones y cometidos que si bien no son propios de la actividad que estudiamos si coadyuvan a su función principal. En otros casos, son funciones anexas que el legislador les asignó cumplir a los

⁴⁰Es de esta opinión Fernández Ramos, Severino. op.cit., p. 21

órganos inspectores sólo por motivos de eficiencia y economía de recursos.

Estas son, entre otras, las siguientes:

i. Informativa o pedagógica.

La abundancia y la falta de sistematicidad de las normas de derecho administrativo es un factor importante al momento de considerar los diferentes motivos por los cuales los sujetos sometidos al control de la Administración cometen infracciones. Así lo reconoce el autor español Rivero Ortega, para quien en muchas ocasiones la infracción a la norma se debe, más que a una actitud consciente de vulneración, a un desconocimiento de ésta por parte de los sujetos regulados⁴¹.

Ante la situación revelada, consideramos que una función importante del órgano inspector es asesorar a los administrados para que conozcan las normas a las que deben someter su actuar, además de otorgarles la más variada información respecto de lo mismo con el fin de facilitarles el cumplimiento de sus obligaciones y en consecuencia evitar infracciones normativas, lo que demuestra nuevamente el carácter preventivo de esta

⁴¹Rivero Ortega, Ricardo. op.cit., p.82. De la misma idea es el autor Fernández Ramos, Severiano. op.cit., p. 99, quien explica que “la insuficiencia de publicidad formal de las normas jurídicas y, en particular, de las administrativas-dada su profusión y fugacidad-, y la necesidad de un conocimiento preciso y actualizado de las mismas, justifican sobradamente una función de asistencia que trasciende la cadena tradicional de exigencias/control sobre aplicación/sanción”.

actividad. Es preciso señalar que dicho asesoramiento debe llevarse a cabo con motivo de las actuaciones inspectoras, es decir durante la visita inspectiva.

Asimismo, conviene dejar en claro que “ésta función de información y orientación, que pretende constituir la cara amable de la actuación inspectora no llega al extremo de convertir a la Inspección en un servicio de información o de apoyo técnico, desplazando lo que ha sido y será su función esencial: la vigilancia o control, a la cual está aquella supeditada”⁴².

ii. De asistencia técnica.

El conocimiento que los órganos inspectores adquieren con ocasión de su función los pone en una posición privilegiada, ya que conocen, de primera mano, el grado de efectividad de las normas y la situación de empresas y establecimientos del sector respectivo. Por este motivo, en algunas ocasiones las normas contemplan la asistencia técnica y colaboración que éstos órganos pueden prestar a otros para la aplicación de las normas en una materia determinada⁴³.

⁴²Fernández Ramos, Severino. op.cit., p.102.

⁴³Por ejemplo, en materia de pensiones el artículo 47 n°12 de la Ley 20.255 confiere a la Superintendencia de Pensiones la facultad de: “Asesorar al Ministerio del Trabajo y Previsión Social en la celebración y ejecución de convenios internacionales relativos a materias de previsión social, actuando como organismo de enlace de los mismos.

3. Principios que rigen las actuaciones inspectoras.

Los principios tienen por objeto encauzar las actuaciones inspectoras actuando como verdaderos límites a su ejercicio. Vale precisar que estos principios emanan fundamentalmente de su naturaleza jurídica como actividad de policía y como actuación administrativa en general.

A continuación haremos una breve referencia a los principios formativos de la actividad de policía orientándolos hacia la inspección administrativa. Estos corresponden al principio de legalidad, de igualdad, de proporcionalidad y de respeto a la libertad individual. Luego, abordaremos otros principios que nos parecen igualmente importantes como lo son el principio de eficacia y eficiencia administrativa y el respeto sine qua non a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

a. Principio de legalidad.

El principio de legalidad se encuentra consagrado institucionalmente en los artículos 6 incisos 1º y 2º y 7 incisos 1º y 2º de la Constitución Política, así como también en el artículo 2 de la Ley Orgánica Constitucional N°18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

Tal como lo señalan los preceptos citados, el principio de legalidad obliga a los órganos administrativos a someter su acción a la Constitución y a las leyes, así como a actuar dentro de los ámbitos de su competencia, sin atribuirse más facultades que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico.

En el caso de las actuaciones inspectoras, debido a la intensa intervención que su ejercicio importa en las actividades de los particulares, la habilitación sólo puede estar dada por una norma con rango legal. Sin embargo, las particularidades técnicas de cada sector exigen una regulación flexible que sea capaz de acomodarse a los cambios para lograr políticas y estrategias de inspección más eficaces y acorde con la exigencias de cada sector, lo que sería imposible, o al menos muy complejo, si toda la regulación de la potestad estuviera entregada exclusiva y únicamente a la ley en sentido formal, pues “muchas veces tendrá que utilizar conceptos jurídicos indeterminados a la hora de definir los parámetros de control, especialmente en aquellas materias técnicamente más complejas”⁴⁴. En consecuencia, la colaboración reglamentaria no solo es necesaria sino que indispensable para la adecuada regulación de la actividad inspectora.

⁴⁴Rivero Ortega, Ricardo. op.cit., p.101.

En definitiva, debe ser la ley la única llamada a habilitar a un órgano para ejercer la potestad, así como también a regular su alcance y contenido esencial, dejando al reglamento sólo la determinación en concreto de dicha actividad. En otras palabras, “la ley debe regular el sí y el cómo de las intervenciones haciendo especial hincapié en las garantías procedimentales que protegen los derechos fundamentales” pues “el Estado de derecho no sólo exige una habilitación expresa de toda intervención administrativa, también presupone que las leyes especifiquen de forma clara y comprensible en qué términos puede tener lugar la intervención”.

En palabras de Fernández Ramos, “la actividad inspectora, como actividad esencialmente imperativa o de autoridad, está sometida al clásico principio de legalidad administrativa, en virtud del cual es exigible la adecuada cobertura legal, es decir la atribución por Ley a la Administración de la potestad de inspección sobre una materia, sector o ámbito determinado, precisando su alcance, extensión y los fines que ha de tutelar, y ello sin perjuicio de reconocer, desde luego, la conveniencia de un ulterior desarrollo reglamentario de determinados aspectos de la actuación inspectora”⁴⁵.

Puntualizado lo anterior, no está demás decir que el órgano inspector, a través de las potestades normativas que en ocasiones le atribuye el legislador, no

⁴⁵Fernández Ramos, Severino. op.cit., p. 124.

puede traspasar los límites establecidos por la Ley y el reglamento, fijando, por ejemplo, nuevas obligaciones para los sujetos sometidos a su control o atribuyéndose otras facultades distintas a las consignadas. En este sentido se ha pronunciado la Contraloría respecto al límite de la facultad de emitir instrucciones de la Superintendencia de Casinos y Juegos, al señalar que “el organismo de que se trata, al ejercer las referidas atribuciones debe limitarse a fijar la forma de aplicar en la práctica la normativa legal y reglamentaria, sin que por esa vía pueda alterar este marco regulatorio. Al efecto, por consiguiente, no puede dejar de considerar que su función fiscalizadora tiene por objeto el cumplimiento de la ley y el reglamento y debe ser desempeñada con sujeción a las modalidades previstas en este último instrumento”⁴⁶.

b. Principio de Igualdad.

El artículo 19 N°2 de la Constitución consagra este principio que consiste en proscribir los actos o decisiones que generen diferencias de tratamiento que no se encuentren fundadas en razones objetivas o razonables.

Este principio adquiere relevancia en la fase previa a la visita inspectiva, pues todas las decisiones que libremente puede adoptar la Administración en dicha

⁴⁶Dictamen de la Contraloría General de la República, N° 65.853-2013. Asimismo los dictámenes 29.554-2007, 27.895-2009 y 74.553-2010 entre otros.

etapa, sobre todo en lo que concierne a la elección de los sujetos inspeccionados, deberán tener siempre a la vista este principio.

c. Proporcionalidad.

Este principio consiste en que en la realización de sus fines la Administración debe utilizar los medios más adecuados para su cumplimiento, procurando no provocar mayores perjuicios que los absolutamente necesarios para la ejecución de la actividad. En este sentido, el principio de proporcionalidad “entraña una exigencia de adecuación cuantitativa entre la finalidad que debe perseguir la técnica de ordenación que se establezca y el diseño concreto de las facultades que la integren”⁴⁷.

Este principio aplicado al ámbito de las actuaciones inspectoras “exigirá tener en cuenta si se trata de una inspección rutinaria y prospectiva o si se parte de una sospecha de incumplimiento, si éste es más o menos grave, si hay precedentes de incumplimientos, si la información buscada es imprescindible o sólo tiene una utilidad indirecta para la investigación, si hay otras formas menos gravosas de conseguirla...y ello determinará la intensidad y frecuencia de las inspecciones, si se pueden exigir más o menos documentos, si procede la

⁴⁷Santamaría Pastor, Juan Alfonso. op.cit., p.262.

entrada en lugares privados, si se debe actuar en horario normal o fuera de él, etc”⁴⁸

Si bien no existe una consagración constitucional explícita del principio de proporcionalidad, varios preceptos legales se refieren a este. Así, en el ámbito de las actuaciones inspectoras, una manifestación explícita de este principio se puede observar en el artículo 35 de la Ley 16.395 al señalar que, en el ejercicio de su labor fiscalizadora, la Superintendencia de Seguridad Social deberá realizar diligencias proporcionales al objeto de la fiscalización.

d. Principio de respeto a la libertad individual o favor libertatis.

Según este principio, en los casos en que la norma permita al órgano inspector optar entre diferentes medidas de intervención para conseguir su finalidad ordenadora, entonces éste debe necesariamente elegir la que resulte menos restrictiva de la libertad individual de los sujetos sobre los que vaya a ser empleada⁴⁹. De ahí el aforismo jurídico utilizado para referirse a este principio denominado favor libertatis o en favor de la libertad.

⁴⁸Rebollo Puig, Manuel. 2013.La actividad inspectora (...) op.cit. p. 14.

⁴⁹Santa María Pastor, Juan Alfonso. op.cit., p.262.

e. Principio de eficacia y eficiencia.

En palabras del autor Parejo Alfonso “la eficacia alude a la efectiva consecución de objetivos prefijados”, mientras que “la eficiencia puede definirse como subespecie de la eficacia, que incorpora la perspectiva de la relación medios-objetivos para prescribir el grado óptimo de la misma”⁵⁰. En este sentido, podemos decir que la Administración es eficiente cuando utiliza los medios más idóneos para la consecución de sus fines, es decir, mientras mejor resultado tenga la relación medio-fin. Por tanto, en virtud de este principio, el órgano inspector, como poder público administrativo, tiene el deber de adoptar las medidas más idóneas para asegurar un adecuado y oportuno ejercicio de la potestad.

En concreto, algunas de las exigencias más comunes que presenta la aplicación de este principio en las actuaciones inspectoras son: la coordinación entre los distintos órganos que ejercen inspección sobre un mismo sujeto regulado, la implementación y utilización de herramientas y facultades específicas que permitan al órgano inspector hacerse de mayor información y faciliten su actuación (como lo son por ejemplo los deberes de colaboración del particular inspeccionado, la facultad de acceso a establecimientos particulares,

⁵⁰Parejo Alfonso, Luciano. La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública. En Revista de Documentación Administrativa. (218-219): 19.

de registro y acceso a documentación), la existencia de una programación o planificación adecuada para cada sector según sus necesidades, entre otras.

El artículo 19 de la Ley 20.417 hace alusión expresa a este principio al disponer que: “Sin perjuicio de lo anterior, una vez al año y sujeto al procedimiento señalado en artículo 17, podrán actualizarse los programas y subprogramas de fiscalización cuando razones fundadas basadas en la eficiencia del sistema de fiscalización así lo aconsejen”. Así también, en materia ambiental la resolución exenta 276 de la Superintendencia de Medio Ambiente señala explícitamente como uno de los principios de las inspecciones la eficacia y eficiencia, indicando que “los fiscalizadores deben utilizar de manera eficiente e idónea los medios e instrumentos públicos necesarios para llevar a cabo las labores de fiscalización ambiental”.

Vale señalar que este principio no es absoluto, sino que está supeditado a los demás principios formativos que rigen esta potestad y por sobre todo a las garantías constitucionales de las que goza el sujeto fiscalizado. Así lo ha sostenido Parejo Alfonso para quien “las exigencias básicas propias del Estado de Derecho quedan satisfechas con una aplicación de dicho principio, que descansa en su inserción en el orden constitucional como unidad y realice su

interpretación en el contexto de su necesaria ponderación con los restantes valores, bienes y principios proclamados o reconocidos por dicho orden”⁵¹.

f. Respeto a los derechos fundamentales.

El artículo 5 de la Constitución reconoce como límite a la soberanía del Estado el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, agregando en el inciso segundo el deber de todos los órganos del estado, sin excepciones, de respetar y promover dichos derechos, entre los que se consideran tanto los garantizados por nuestra Constitución como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile.

Del precepto anterior podemos desprender dos consecuencias. La primera es que los derechos fundamentales operan como una barrera que impide el actuar abusivo de los órganos del Estado y la segunda, que el Estado tiene la obligación de adoptar una postura activa de garante que permita la efectiva realización de tales derechos.

En concreto, los órganos del Estado que ejercen la potestad inspectora deben respetar los derechos fundamentales de las personas naturales involucradas en una actuación inspectora, así como también los de la persona jurídica

⁵¹Parejo Alfonso, Luciano. op.cit., p.33.

correspondiente si así procediere. Específicamente, los derechos fundamentales que pueden verse afectados en razón de esta potestad son el derecho a la inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones personales y el derecho a la no autoincriminación, sobre los cuales hablaremos más adelante a propósito de las garantías de los sujetos inspeccionados.

CAPITULO II. LA FISCALIZACION O INSPECCION ADMINISTRATIVA: SU CONCRECION

I. Las modalidades de inspección.

Las modalidades de inspección se refieren a todos los medios de investigación establecidos en la ley que se consideran idóneos para la comprobación de hechos presuntamente constitutivos de infracción. Su finalidad es facilitar la función del órgano inspector.

La modalidad más tradicional de la inspección es la visita de inspección. Pero no es la única. La normativa sectorial contempla distintas modalidades, siendo las principales y más comunes, junto con la visita inspectiva, el requerimiento de información y el de comparecencia. En el marco de una inspección el órgano de control puede emplear todas las modalidades que estime pertinentes, sin que el ejercicio de una excluya el de otra.

A continuación haremos una breve referencia a la visita inspectiva. El requerimiento de información y el de comparecencia serán analizados más adelante a propósito de las facultades específicas del órgano inspector.

1. En particular la visita inspectiva.

La modalidad característica de la inspección, que la distingue de otros tipos de actuación administrativa, es la comprobación in situ de la actividad controlada, es decir, la percepción directa de los hechos por parte del funcionario encargado para dicha labor.

Hay consenso en la doctrina en que la visita debe tomar por sorpresa al sujeto cuya actividad se inspecciona. En efecto, un aviso con antelación podría frustrar lo fines de la inspección, dando tiempo al sujeto encargado de encubrir o ajustar aquello que no se encuentra conforme a Derecho. De este modo, “la imprevisibilidad temporal de las inspecciones es un elemento imprescindible de su eficacia”⁵².

a. Desarrollo de la visita inspectiva.

En general, las normas sectoriales no especifican ni determinan el desarrollo de la visita de inspección. En algunos sectores, como el sanitario, laboral o medio ambiente, se ha abordado ésta cuestión a nivel interno, fundamentalmente a través de resoluciones dictadas por el mismo órgano inspector.

⁵²Rivero Ortega, Ricardo. op.cit, p.198. También Fernández Ramos, Severino. op.cit., p.370.

A nuestro juicio, la regulación de la visita inspectiva en materia ambiental es una de las más completas,⁵³ por eso la tomaremos como modelo para determinar las fases o momentos que a las toda visita inspectora debiese ceñirse.

i. Preparación.

Una vez que el órgano inspector tiene resuelto a quien inspeccionar y decidido el momento en que va llevarlo a cabo, debe programar la visita. La programación va a consistir en recopilar, revisar y analizar toda la información pertinente respecto de la actividad inspeccionada con el fin de asegurar una inspección eficaz. Junto con ello deberá preocuparse de estudiar si se necesitarán o no instrumentos especiales para la realización de la inspección. Además, en esta etapa se deberá determinar la materia específica objeto de la inspección, el funcionario habilitado para llevarla a cabo y el orden de las actividades a realizar desde que ingresa al recinto hasta que se retira. Eventualmente, esta tarea podrá omitirse en aquellos casos en que la urgencia lo requiera ya sea para evitar un daño inminente a la integridad física de las personas, a su salud o al medio ambiente, entre otros, o cuando no sea

⁵³La resolución 276 que dicta en instruye normas de carácter general sobre el procedimiento de fiscalización ambiental de normas de calidad, normas de emisión y planes de prevención y/o descontaminación hace referencia a la programación, específicamente el título II denominado "Del procedimiento de Fiscalización Ambiental, artículo décimo primero.

necesaria porque la naturaleza de la materia objeto de la inspección no requiere labores de preparación.

ii. Pautas de actuación.

A continuación mencionaremos las directrices que el funcionario encargado debe cumplir al momento de llegar al establecimiento o al lugar a inspeccionar además de la forma en que éste debe cumplir su función.

- Ingresar por accesos habilitados o públicos: El funcionario encargado de la inspección no puede ingresar al establecimiento o instalación que debe inspeccionar por una entrada prohibida de acceso al público o bien que, en términos del sujeto inspeccionado, se encuentre inhabilitada para su ingreso.
- Identificación del funcionario encargado de efectuar la inspección: Al llegar al lugar el funcionario debe identificarse como inspector de una determinada entidad y acreditarlo mediante cualquier documento de carácter público. Junto con ello, debe solicitar a quién le reciba la presencia del sujeto encargado o responsable del lugar. A nuestro juicio, en aquellos casos en que no se encuentre el funcionario responsable deberá ser reemplazado por otro empleado o dependiente del lugar inspeccionado. No obstante, su ausencia no es un impedimento para

seguir con las labores de inspección pero deberá quedar registrado en el acta correspondiente.

- Reunión informativa: Esta reunión efectuada entre el inspector y el responsable del establecimiento o quién haga las veces de tal tendrá por objeto entregar información a éste último. Los aspectos que debe informar son los siguientes: i) Materia específica objeto de la inspección; ii) El orden en que se llevará a cabo la inspección.; iii) Breve explicación de los métodos que se usarán para documentar y registrar lo observado por el inspector, obviamente en relación a la materia específica objeto de ésta.

Por su parte, el sujeto responsable del lugar o quien lo reemplace tiene el deber de informar al inspector de las medidas de seguridad que debe adoptar para realizar su función.

- Solicitud de información al encargado o responsable: El inspector puede solicitar cualquier tipo de información acerca de la organización del establecimiento para poder cumplir más eficazmente su función y evitar dilaciones. En cuanto a otros tipos de requerimientos de información acerca de la actividad propiamente tal consideramos que es un tema distinto que requiere de una potestad específica para llevarse a cabo y respecto al cual nos referiremos más adelante en este trabajo.

iii. Actuaciones de comprobación.

Luego de cumplir con todas las pautas mencionadas, el funcionario encargado de la inspección deberá comenzar con las actuaciones tendientes a comprobar si la actividad ésta dando cumplimiento efectivo a la normativa que la regula. De este modo, por sí mismo mediante sus propios sentidos inspeccionará la actividad para lo cual deberá actuar de forma objetiva e imparcial y siguiendo el orden de actividades que informó en un inicio.

Durante su gestión comprobatoria, el inspector podrá realizar todo tipo de actuaciones orientadas a la consecución de su fin, tales como mediciones, tomas de muestra, tomar testimonios, entrevistas, exámenes de libros y documentos, observación ocular, tomar fotografías, grabación de imágenes entre otros.

iv. Elaboración del acta.

Luego de realizar todas las actuaciones que el inspector estimó oportunas para comprobar el cumplimiento de la normativa vigente deberá levantar un acta donde consten todos los hechos que pudo comprobar. Deberá describir la forma en que estos hechos fueron percibidos o como llegaron a su conocimiento, si fue porque él mismo lo presenció o bien por medio de

testimonios de uno o varios trabajadores o empleados del lugar. Además, es importantísimo que el inspector se dé el tiempo de contextualizar los hechos percibidos, dando cuenta por ejemplo de las condiciones climáticas del lugar si esto tuviera repercusiones o efectos en los hechos constatados. También deberá especificar una a una las actividades que llevo a cabo y anexar al acta todas las muestras, fotografías y todos aquellos documentos que obtuvo durante la visita.

Finalmente, deberá entregar una copia del acta al responsable del lugar o a quien ocupó su lugar y deberá dejar constancia escrita en caso de haber oposición u observaciones por parte de los receptores.

II. Breve referencia a las actas de inspección.

Las actas de inspección son instrumentos jurídicos por medio de los cuales el funcionario facultado para realizar la visita inspectiva deja constancia escrita de todo lo percibido y constatado durante ésta por medio de sus propios sentidos. Podemos decir entonces que las actas de inspección son la materialización concreta del ejercicio de la potestad inspectora y por tanto, la máxima expresión de ésta.

Estos documentos que jurídicamente pueden ser calificados de instrumentos públicos y actos administrativos⁵⁴, “no configuran necesariamente actos definitivos que resuelvan con carácter definitivo un procedimiento, sino que asumen normalmente la condición de actuaciones intermedias de variada índole, que preparan el contenido resolutorio de otras decisiones administrativas o que sirven de base instrumental a actos o procedimientos posteriores que afectan la situación jurídica de los sujetos fiscalizados”⁵⁵.

Una de las consecuencias más relevantes de las actas es que se han transformado en el medio de prueba por excelencia utilizado por la Administración tanto para incoar un procedimiento administrativo sancionador como para sostenerlo, lo que es perfectamente posible ya que el artículo 35 de la Ley 19.880 es categórico al señalar que “los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento pueden acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho” y, además, porque no existe ninguna norma, ni aún en el ámbito de la regulación sectorial, que les niegue a las actas de inspección la calidad de medio probatorio.

⁵⁴De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1699 del Código Civil, “instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario”. Por tanto, en la medida que las actas de inspección sean redactadas por el funcionario habilitado para ejercer la potestad y respete las solemnidades exigidas en la normativa respectiva, no hay ningún motivo para negarle tal calidad jurídica. Además, en virtud del artículo 3 de la LBPA, son actos administrativos. Conforme a tal norma lo son, entre otros, “los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la administración en el ejercicio de sus competencias”.

⁵⁵Rivero Ortega, Ricardo. *op.cit.*, p.230.

Además, junto con ser la prueba de cargo estrella, la normativa sectorial les ha asignado a las actas lo que parece ser un valor probatorio especial que va más allá de un simple medio de prueba, al señalar que los hechos que constan en ella gozan de presunción de legalidad o veracidad, según lo establezca la norma⁵⁶.

Pese a lo relevante que es la discusión sobre el valor probatorio de estos documentos, por las consecuencias que puede tener en la comprobación de la infracción imputada, la doctrina nacional, a diferencia de la doctrina comparada, no se ha referido mayormente a este tema con excepción de algunos autores. Por ejemplo, para Maturana y Jara “lo verificado por el acta de inspección no posee una veracidad absoluta e indiscutible: siempre puede ceder frente a otras pruebas que aportadas por el interesado conduzcan a conclusiones diversas; o bien por objeciones que realicen los propios participantes en el expediente destinadas a desconocer su valor por diversos motivos, que serán apreciados en forma fundada y basados en las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia⁵⁷”. Así también, la exigua jurisprudencia ordinaria que existe al respecto coincide con ésta interpretación, asignándoles un valor por encima de un simple medio de prueba pero por debajo de una presunción

⁵⁶En materia laboral el artículo 23 del DFL 2; en materia eléctrica el artículo 3D inciso primero y segundo de la Ley 18.410; en materia sanitaria artículo 11a Ley 18.902; artículo 8 inciso segundo de la Ley 20.417, entre otros.

⁵⁷Jara, Jaime y Maturana, Cristián. 2009. Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo. Revista de Derecho Administrativo (3):15.

de derecho, es decir, calificándolas como un medio de prueba que admite prueba en contrario sin tener el carácter de irrefutables e incontrovertibles⁵⁸.

Más allá de la discusión sobre el valor probatorio de las actas de inspección, que escapa a nuestras pretensiones en esta memoria, nuestra intención es alertar al lector sobre las consecuencias que puede tener una simple acta levantada durante una visita, en la actividad del sujeto inspeccionado. De este modo, un procedimiento sancionador incoado posteriormente y a causa del acta, puede finalizar con la imposición de una multa. Lo preocupante es que las actuaciones inspectoras, consideradas por como actuaciones materiales, no gozan de una regulación adecuada lo que, en conjunto con el discutido valor probatorio asignado, puede poner en ventaja a la Administración y determinar el futuro del procedimiento sancionador aunque no haya sido obtenida como medio de prueba dentro del procedimiento mismo y, en consecuencia, no haya gozado con las garantías procesales propias de éste. Al respecto Suay Rincón manifiesta que “el procedimiento administrativo sancionador puede quedar convertido literalmente en nada, en un mero trámite, si con el carácter previo los particulares carecen de garantías efectivas que oponer a la acción de la Administración. Esta puede así conquistar una posición de partida totalmente favorable, que a la postre será decisiva”⁵⁹.

⁵⁸Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (09.06.2010), Rol 911-2010, C. 4º.

⁵⁹Suay Rincón, José. 1990. La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador. Revista de Administración Pública (123):178.

Por este motivo, y en general porque a raíz de la información recabada durante las actuaciones inspectoras -ya sea por medio de una visita, un requerimiento de información o una citación a declarar- se pueden adoptar medidas que afectan la actividad del particular, es necesario que estas actuaciones se desenvuelvan dentro de un marco que proteja sus intereses pero siempre teniendo en cuenta la naturaleza y el interés general que se persigue con el ejercicio de esta potestad.

III. Procedimiento y actuaciones inspectoras.

La exigencia de que la actividad inspectora de la Administración se ajuste a un procedimiento administrativo es una cuestión que merece nuestra atención.

Un análisis de la normativa vigente nos alerta sobre la ausencia de un procedimiento común y formalizado en materia de inspección administrativa, así como también de procedimientos administrativos específicos en el ámbito de la normativa sectorial. Sin perjuicio de que en algunos sectores puntuales, entre los que destacan las resoluciones 276 y 277 en materia medio ambiental, la circular 88 en materia laboral y la circular 64 en materia tributaria, se establece expresamente la regulación de un procedimiento en dichas materias.

A nuestro juicio, no es necesario ni apropiado que la actividad inspectora se ajuste a un procedimiento administrativo propiamente tal, es decir, en los términos establecidos en la Ley 19.880 sobre Bases del Procedimiento Administrativo⁶⁰.

Corroboramos nuestra posición, en primer lugar, la circunstancia de que las actuaciones inspectoras no se ajustan a la noción de procedimiento administrativo⁶¹. Así pues, la definición doctrinal de éste ha sido plasmada en el artículo 18 de la LBPA, como “una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”. De acuerdo a la definición dada, los actos realizados en virtud de la potestad de inspección difícilmente podrían sujetarse a un procedimiento, toda vez que no tienen por objeto resolver una cuestión a través de una decisión administrativa. A saber, “en el caso de la potestad inspectora, la Administración dicta actos. Sin embargo, los mismos no poseen, en general, la virtualidad directa de ser actos que pongan fin a un procedimiento, esto es, que terminen con una decisión administrativa que resuelva el fondo de un asunto”⁶². De hecho, ya advertimos

⁶⁰Opinión contraria sostienen los autores Jaime Jara y Cristián Maturana para quienes la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo tiene un carácter supletorio a toda actuación de los órganos del Estado que pueda tener repercusiones en la esfera de un particular, así señalan que, “Por lo tanto la Ley 19.980 al establecer, mediante supletoriedad, un procedimiento básico, determina su aplicación directa en todos aquellos casos en que no exista contemplada una ritualidad específica aplicable, que rige para todos los órganos administrativos y para cualquier categoría de actos que puedan afectar a los ciudadanos en relación con la Administración del Estado”(Jara, Jaime y Maturana, Cristián. op.cit., p.4)

⁶¹García Ureta, Agustín, op.cit., p.131 y ss; véase también Fernández Ramos op.cit., pp. 107 y ss.

⁶²García Ureta, Agustín, op.cit., p.135.

que el objeto básico de la inspección es recabar información para determinar si el sujeto está dando cumplimiento estricto a la normativa vigente, y en esa función no resuelve ni adopta ninguna decisión, sólo indaga. Luego, en base a la información recabada, la Administración podrá o no adoptar alguna decisión, como imponer una sanción o adoptar una medida provisional, pero ninguna de estas decisiones son adoptadas en el ejercicio de la potestad inspectora sino más bien a causa de ésta.

En segundo lugar, otro argumento que refuerza nuestra posición dice relación con un elemento de la esencia de la actividad inspectora, la sorpresa. Es fundamental, y prácticamente indiscutible, que la inspección se lleve a cabo de improviso, esto es, sin dar previo aviso al sujeto inspeccionado. Desde luego, “una cuestión es que el inspeccionado conozca el objeto de la inspección. Otra distinta es que la Administración deba avisarle (formalmente) de que va a ser objeto de una inspección (vía la correspondiente notificación). En algunos supuestos no infrecuentes, tal actuación pondría en peligro las mismas finalidades de la inspección”⁶³. De esta forma, la sorpresa es un factor que permite garantizar, en gran medida, la eficacia de la actividad inspectora, lo que es inconciliable con la procedimentalización absoluta de la actividad. El sólo hecho de la notificación dando aviso del inicio de una actuación inspectora ya significaría poner en riesgo los resultados de la actividad.

⁶³Ibíd. p.133.

Por su parte, la misma Contraloría ha negado la exigencia de un emplazamiento previo y otras diligencias propias de un procedimiento en sentido estricto en las actuaciones inspectoras. Específicamente, respecto a una fiscalización efectuada por personal de la Superintendencia de Seguridad Social, la Contraloría señaló que teniendo en cuenta que “en el proceso de fiscalización solo se constatan hechos y no se imputan faltas o infracciones - toda vez que la ulterior decisión de la autoridad puede o no dar lugar a la aplicación de sanciones-, es improcedente que durante el desarrollo del mismo se pueda intervenir en las actuaciones de los delegados del organismo fiscalizador, *por la vía de exigir que se efectúen emplazamientos previos*⁶⁴, se dispongan determinadas diligencias o que, en esa oportunidad, se impugne la validez de las comprobaciones que ellos realicen, debiendo añadirse que tal participación del fiscalizado es inconciliable con la propia naturaleza de la función fiscalizadora y, a mayor abundamiento, no ha sido prevista en la regulación legal de las atribuciones de control de que están investidos dichos funcionarios⁶⁵. Sin perjuicio de lo señalado, conviene advertir desde ya al lector que no estamos plenamente de acuerdo con este dictamen, a nuestro juicio, exagerado y desconsiderado de las garantías del administrado sino sólo en cuanto que no puede exigirse un emplazamiento previo por las cuestiones obvias que ya explicamos.

⁶⁴La cursiva es nuestra.

⁶⁵Dictamen de la Contraloría General de la República N° 57.575/2013. En el mismo sentido, Dictamen 75.432/2010.

En tercer lugar, cabe afirmar que la existencia de algunas normas que regulan un procedimiento de inspección en nada debilita nuestra posición. Es efectivo que ciertos sectores han sido sometidos a algún tipo de procedimentalización e incluso en materia tributaria, podríamos hablar de un procedimiento propiamente tal. Sin embargo, no dejan de ser excepciones que confirman la regla general de que la actuación inspectora no tiene por qué estar sometida a un procedimiento administrativo en sentido estricto⁶⁶. Con todo, en el mayor de los casos se establecen simplemente una serie etapas o fases que debe seguir el inspector y no un procedimiento administrativo en los términos de la LBPA y en ningún caso se consagra un aviso previo que comunique el inicio de una actuación inspectora, cuestión que nos parece fundamental al momento de calificar un procedimiento administrativo. Un claro ejemplo son las ya mencionadas resoluciones 276 y 277 en materia ambiental y la circular 88 en materia laboral.

A mayor abundamiento, creemos que no es coincidencia sino más bien una decisión premeditada del legislador que la LBPA no haga referencia a principios de las actuaciones inspectoras sino que más bien utilice términos propios, sobre todo, de la potestad sancionadora. No hay ninguna mención, en toda la ley, a las actuaciones inspectoras ni siquiera a las actas de inspección.

⁶⁶Es de esta opinión Rebollo Puig, Manuel. 2013. op. cit., p. 20

Por otro lado, quienes abogan por encauzar la potestad inspectora a través de un procedimiento administrativo argumentan que el ejercicio de potestades debe estar procedimentalizado⁶⁷, sobre todo considerando las amplias potestades con las que goza la Administración en el ejercicio de estas. Para este sector de la doctrina, la sujeción de la potestad inspectora a un procedimiento administrativo “implica que haya un mecanismo de garantía de certeza, seguridad y resguardo para todos los sujetos, especialmente a la hora de ingresar a su esfera privada y soportar una intervención”⁶⁸. Es de esta opinión Orena Domínguez quién considera que la actividad inspectora “ha de seguir en todo momento un cauce jurídico, el establecido por el procedimiento administrativo. Este procedimiento se articula no sólo como un cauce que refleja las potestades de que la Administración goza frente a unos particulares en una situación general de sujeción, sino que ha de articularse como contradictorio, en el sentido de que junto con los deberes que tienen los ciudadanos deben existir garantías y derechos de los mismos”⁶⁹.

Si bien estamos de acuerdo con lo anterior, en el sentido de que es necesario resguardar los derechos del sujeto inspeccionado frente al ejercicio de la potestad inspectora, no creemos que la única vía posible sea la del

⁶⁷A favor de procedimentalizar la actividad están los autores Rivero Ortega, Ricardo, op.cit., pp. 163 y ss; Bermejo Vera, José. op.cit., p.54; y en el derecho nacional, Agüero Vargas, Francisco y Toro Bossay, Luis Eduardo. Límites a la potestad inspectora de la administración: El caso de la Fiscalía Nacional Económica. Revista de Derecho Económico.

⁶⁸Agüero Vargas Francisco y Toro Bossay Luis Eduardo. op.cit., p. 34.

⁶⁹Orena Domínguez, Aitor. op.cit., pp.41-42.

procedimiento administrativo. De hecho, en el capítulo I de esta parte de la memoria ya advertimos que los principios que rigen la actividad inspectora, sobre todo el de legalidad, proporcionalidad y el respeto a los derechos fundamentales, limitan y encauzan en términos generales la intervención de la Administración, garantizando un adecuado ejercicio de la potestad. Junto con ello, creemos que es necesario regular más específica y concretamente el ejercicio de la potestad para lo cual abogamos por la existencia de determinadas garantías que amparen al sujeto inspeccionado durante el desarrollo de la actuación inspectora, entre las cuales es posible mencionar algunas de carácter procedimental⁷⁰. Sobre estas garantías nos pronunciaremos más adelante a propósito de las garantías mínimas del sujeto cuya actividad se inspecciona.

Finalmente consideramos adecuada la decisión que se ha tomado en el sector ambiental de dirigir las actuaciones inspectoras, en particular de la visita inspectiva, a través de etapas o fases, pues incorpora un orden al desarrollo de las actividades que debe ejecutar el inspector así como mayor certeza y seguridad al administrado, sin sacrificar la eficacia de la Administración ni

⁷⁰García Ureta, Agustín, op. cit., p.134 señala que “A pesar de que se suele predicar de la inspección su carácter técnico o material, esto no implica la ausencia de requisitos de carácter jurídico, aunque tampoco supone que deba ser necesariamente procedimentalizada. No obstante, el legislador puede ciertamente establecer estadios procesales. De lo dicho no se desprende que la Administración no debe seguir procedimiento alguno ni que determinadas normas procedimentales no deban ser objeto de aplicación a las actividades inspectoras”.

alterar la naturaleza de ésta actividad, conciliando de la mejor manera los intereses en conflicto.

IV. La formación de la decisión administrativa de ejercer la potestad de inspección.

1. El inicio de la Inspección Administrativa: Una potestad discrecional.

El inicio de las actuaciones inspectoras suscita varias cuestiones de especial interés práctico y que se encuentran en íntima relación con la parte II de esta memoria sobre responsabilidad del Estado Administrador por inactividad en el ejercicio de sus potestades de inspección.

En esta etapa el órgano inspector debe determinar tres cuestiones fundamentales: cuándo (momento), por qué (motivación) y respecto de quiénes o qué (objeto) van a iniciarse este tipo de actuaciones. Esto nos lleva a hacernos las siguientes preguntas, ¿tiene la Administración el deber de inspeccionar?, ¿a quién o qué?, ¿puede elegir libremente las inspecciones que emprende y las que omite?

Para comenzar a resolver estas cuestiones, vamos a partir por adelantar la postura que plantearemos más adelante en cuanto a que la Administración sí

tiene un deber de inspección, al menos genérico⁷¹, respecto a aquellas actividades para las que las leyes le han conferido la potestad inspectora. En efecto, según expusimos en capítulos anteriores, una de las consecuencias del carácter funcional de la potestad inspectora es que la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando el interés comunitario así lo exige. De manera que podríamos sostener que si omite inspeccionar una determinada actividad causando ésta un daño a una o más personas, éstas podrían demandar la responsabilidad de la Administración. Pero no, no es tan sencillo.

Sin perjuicio del reconocimiento de este deber genérico de inspeccionar, no es posible, al menos materialmente, que la Administración inspeccione todo a todos los sujetos sometidos a su órbita de control⁷². Desde luego, las actuaciones inspectoras son actividades de difícil ejecución ya que las actividades a inspeccionar son muchas y los recursos, sobre todo humanos, son pocos. Por este motivo y por otros de carácter técnico y operativo es que en esta fase el legislador le ha conferido a la Administración un poder discrecional para actuar. Esto significa, en principio, que la Administración es libre de iniciar las actuaciones inspectoras que estime convenientes, de

⁷¹Véase. Rebollo Puig, Manuel. 2013. La Actividad inspectora (...) op.cit., p.50; Bermejo Vera, José. op.cit., p.53; Fernández Ramos, Severino. op.,cit. p.58; García Ureta, Agustín. op.cit., p.33 y ss.

⁷²Sobre este punto recomendamos ver los argumentos sostenidos por Domínguez Orena, Aitor. op.cit., pp.42 y ss.

determinar las actividades que serán objeto de sus actuaciones de comprobación y de cuándo llevarlas a cabo⁷³.

En efecto, lo que caracteriza a las potestades discrecionales es que dejan en manos de la estimación administrativa –parcialmente- el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio⁷⁴. Así sucede con la regulación normativa de la potestad inspectora. Las disposiciones se encargan de identificar como objeto de control a un grupo genérico de actividades–v.gr, contribuyentes, entidades financieras, prestadores de salud, instituciones de previsión, etc.- sin especificar las actividades específicas que serán objeto de inspección o, en particular, de la visita inspectiva, dejando dicha determinación al órgano en cuestión. Lo mismo sucede, en general, con el momento y la periodicidad de las inspecciones.

Por cierto que no cabe duda de que las potestades regladas se ajustan mejor a las exigencias del principio de legalidad y al Estado de Derecho, pero no podemos negar que, en muchas ocasiones, la existencia de potestades discrecionales son necesarias para lograr el éxito en la consecución de los

⁷³ Así lo sostiene, entre otros autores, Rebollo Puig, Manuel.2013. La actividad inspectora (...) op.cit., pp.50-51 al afirmar que “la determinación del número y periodicidad de las inspecciones es, en principio, discrecional, como discrecional es también decidir los medios humanos y materiales adscritos a cada rama de la inspección. Lo mismo hay que afirmar en principio de la elección de las actividades inspeccionadas en cada caso concreto”. También Bermejo Vera, José. op.cit., p.54., dice que las potestades de inspección son “discrecionales desde el punto de vista de su puesta en marcha”. Rivero Ortega, Ricardo. op.cit., p.195. “Por ello aparece que la función inspectora debería concebirse como una potestad discrecional en cuanto al cuándo y al dónde de su ejercicio, una vez haya sido habilitada por Ley”.

⁷⁴Orena Domínguez, Aitor. op.cit., p.19; García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás. op.cit., p.453.

fines de interés general que persigue la Administración. De hecho, hay potestades que por su propia naturaleza no pueden dejar de ser, en parte, discrecionales; así sucede con la potestad inspectora que necesita de un margen de decisión que le permita incluir criterios de oportunidad y establecer prioridades y estrategias para utilizar con la mayor eficiencia posible los recursos materiales y humanos disponibles. Piénsese sobre todo en la ejecución de una visita inspectora, donde en general hay un número reducido de personal para abarcar el control de un sin fin de actividades, motivo por el cual la Administración debe necesariamente decidir o elegir, si se prefiere, las actividades específicas que serán objeto de una comprobación en terreno.

Sin perjuicio de los beneficios que importa conceder márgenes de discrecionalidad a la Administración en éste ámbito, existen riesgos graves que es importante reducir, a saber, las consecuencias propias del abuso de la discrecionalidad: la arbitrariedad y la ineficacia.

2. Métodos de control de la discrecionalidad administrativa en el inicio de las actuaciones inspectoras.

Que la potestad inspectora sea discrecional desde el punto de su puesta en marcha no significa que sea arbitraria. Eso sí, la arbitrariedad y la ineficacia en el inicio de las actuaciones inspectoras son riesgos a los que hay que

enfrentarse necesariamente si se decide dotar de discrecionalidad a la Administración.

A saber, el órgano competente puede incurrir en arbitrariedad en la selección de las actividades que serán objeto de su fiscalización al estar motivado por intereses particulares, políticos u otros intereses ajenos a los de carácter general que deben orientar la determinación del objeto de inspección. Así también, la discrecionalidad puede ocultar la ineficacia del órgano, traducida en el abandono del ejercicio de la potestad, tras el argumento de que es libre de decidir qué actividades serán efectivamente objeto de su fiscalización y cuáles no. Estas consecuencias no menores del uso de la discrecionalidad en la fase de inicio de las actuaciones inspectoras deben ser controladas.

Al respecto las técnicas tradicionales de control de la discrecionalidad, tales como el control de los elementos reglados -en particular la técnica de la desviación de poder- o el control por medio de los principios generales que informan nuestro ordenamiento- sobre todo el principio de igualdad y el de proporcionalidad- no son muy útiles en estos casos. La razón de esto es que la decisión de inspeccionar es un acto trámite⁷⁵ respecto de los cuales sólo

⁷⁵Respecto a los actos trámites la jurisprudencia ha sostenido que no les es exigible la motivación propia de los actos administrativos y que tampoco gozan de la aptitud necesaria para privar, perturbar o amenazar el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, debiendo estarse a la decisión final que oportunamente adopte la autoridad competente, naciendo en dicha instancia el derecho del afectado para ejercer los recursos o las vías de impugnación que estime pertinentes. En el casos de las

proceden en su contra vías de impugnación cuando, de acuerdo al artículo 15 inciso 2º de la Ley N° 19.880, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. En efecto, si las mismas actuaciones inspectoras son consideradas como acto trámite o interlocutorias de decisiones definitivas, entonces con mayor razón aún lo es la decisión de emprender una inspección determinada.

Con todo, en el caso de que fueran efectivas, las técnicas de control tradicionales operan ex post, es decir, tienen aplicación una vez que se ha incurrido en alguna arbitrariedad o irregularidad por parte del órgano inspector. Por tanto, podrían remediar la arbitrariedad pero no evitarla.

En razón de lo señalado, consideramos necesaria la existencia de mecanismos adicionales a las técnicas tradicionales de control, que nos permitan reducir a priori el margen de discrecionalidad de la Administración en el inicio de las actuaciones inspectoras, sobre todo en lo que se refiere a la decisión de iniciar una actuación inspectora respecto de un sujeto determinado⁷⁶.

actuaciones inspectoras, dicha instancia sería la adopción de una medida provisional o bien, la imposición de una sanción administrativa.

⁷⁶Sobre el control de la discrecionalidad administrativa en el inicio de las actuaciones inspectoras. Rivero Ortega, Ricardo. op.cit., p.196. "No basta con un control a posteriori del ejercicio de la discrecionalidad administrativa para garantizar los derechos de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración; muchas veces es mas eficaz reducir la discrecionalidad a priori (...) Esta reducción previa de la discrecionalidad administrativa es una de las funciones que desempeñan los planes de inspección".

De esta forma, la normativa sectorial contempla algunas figuras que pueden servirnos como restricciones adicionales a la discrecionalidad. Veamos qué tan útiles son y cuáles son sus deficiencias.

a. La aleatoriedad⁷⁷.

La selección del sujeto es totalmente producto del azar. Básicamente, el mecanismo consiste en realizar un sorteo de carácter público entre todos los potenciales sujetos pasivos, seleccionando un número determinado de entre ellos para ser sometidos efectivamente a inspección.

El azar elimina por completo la arbitrariedad y permite asegurar una mayor transparencia e igualdad en el proceso de selección. Sin embargo, a nuestro juicio, no siempre es el método más efectivo. Al menos no si es el único método que se utiliza. Pues, si bien por un lado permite descartar la discrecionalidad y junto con ello las posibles arbitrariedades con que podría actuar la Administración en el proceso de selección, por otro lado se arriesga en demasía la eficacia de la potestad inspectora. La selección azarosa implica muchos riesgos, por ejemplo, impide focalizar la inspección en los sectores

⁷⁷Este método, denominado tómbola digital, es utilizado por la Contraloría General de la República para definir los servicios sometidos al proceso de Auditorías Integrales Aleatorias (AIA) para el período de un año. No existen antecedentes de que sea utilizado en la inspección de privados pero aún así no vemos inconveniente en que sea aplicable a la inspección administrativa que tratamos en este trabajo.

más propensos a infringir las normas o en aquellos cuya actividad afecta a un mayor número de personas.

b. Los planes de inspección.

En algunos sectores, como el tributario, se contempla expresamente la planificación del ejercicio de las actuaciones inspectoras⁷⁸. El supuesto más reciente se observa en materia ambiental⁷⁹ a través de la consagración legal de la creación de programas anuales de fiscalización por parte de la Superintendencia de Medio Ambiente.

Los planes de inspección pueden definirse como el producto de un proceso de racionalización administrativa que tiene por objeto organizar el ejercicio de la potestad inspectora a través de la fijación de objetivos, establecimiento de las conductas a seguir y determinación de los medios (materiales y jurídicos) para llevarlos a cabo⁸⁰. En concreto, el plan determina la forma en que habrá de ejercitarse y ponerse en práctica la potestad inspectora, a la vez que permite

⁷⁸Por ejemplo, la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo (DFL 2) en el artículo 8° letra b) dispone que le corresponderá al Departamento de Inspección, planificar, organizar, dirigir, coordinar y controlar la función de fiscalización que compete al Servicio; en el mismo sentido, en materia tributaria, la Ley Orgánica del SII (DFL 7), artículo 7° letra a) le concede dichas atribuciones al Director del SII. También en materia de Casinos y de juegos existe la planificación a través del Plan Estratégico de Fiscalización (PEF), de la Superintendencia de Casinos y de Juegos y de Medio Ambiente.

⁷⁹Se encuentra consagrado en el artículo segundo, título II, artículo 16 de la Ley 20.417. En virtud del precepto señalado, le corresponde a la Superintendencia de Medio Ambiente establecer anualmente los programas de fiscalización que deberá ejecutar directamente, así como también los subprogramas que deberán ejecutar los organismos sectoriales designados por ella para cada región.

⁸⁰ En relación a la planificación, García Ureta, Agustín. op.cit., p. 91.

una mayor coordinación con otros órganos inspectores dada la concurrencia competencial que se da en algunos sectores.

En cuanto al contenido del plan, éste debe indicar el área geográfica que va a cubrir; el período de vigencia establecido, los tipos concretos de instalaciones sujetas a control, o incluso una serie de instalaciones específicas; la naturaleza, extensión, intensidad y frecuencia de los controles a efectuar; así como incluir disposiciones específicas sobre su revisión⁸¹.

Como puede observarse, la organización de las actuaciones inspectoras a través de planes permite que el desarrollo de las actividades de inspección se lleve a cabo de forma más eficaz. Dicho de otro modo, la eficacia de la potestad inspectora depende en gran medida de su programación, pues “sólo desde una adecuada planificación de la actuación de los siempre escasos efectivos puede alcanzarse el imprescindible efecto de prevención general de la función inspectora en el cumplimiento de las normas, de tal modo que los sujetos pasivos de la actuación inspectora perciban que su actividad está sujeta a una efectiva fiscalización”⁸².

Ahora bien, en el caso, por lo demás muy común, de que no se dispongan medios para inspeccionar a la totalidad de los sujetos pasivos, el plan debe

⁸¹Fernández Ramos Severino. op.cit., p.336.

⁸² Ibíd., p.333.

especificar los criterios para seleccionar la muestra dentro del universo de inspeccionados. Estos criterios pueden ser de carácter territorial, cuantitativo, funcional, aleatorio entre otros. Lo importante es que deben tener pretensión de generalidad⁸³.

Además de los criterios señalados, al momento de ejecutar el plan y seleccionar las instalaciones específicas que serán objeto de su fiscalización, el órgano inspector debe tener en cuenta una serie de factores. Estos son, entre otros: la trascendencia o repercusión social de la actividad en cuestión; el efecto disuasor que se pretende obtener con la acción inspectora; la importancia, tipo y situación del centro o instalación; la peligrosidad de los riesgos y la frecuencia y gravedad de los eventuales accidentes; los que deriven de necesidades evidenciadas por los agentes sociales, o denoten reiteraciones en la denuncias recibidas⁸⁴.

No hay dudas de que un plan bien diseñado es idóneo para potenciar la eficacia de la potestad inspectora, pero ¿elimina el riesgo de la arbitrariedad?

Algunos autores sostienen que si bien la planificación no elimina la discrecionalidad, la reduce, ya que a través de los criterios y factores objetivos

⁸³A modo de ejemplo, el programa de fiscalización ambiental de Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA) contempló el total de actividades de fiscalización a ejecutar en cada región durante el año 2013. Además establecía prioridades de fiscalización respecto a los potenciales sectores económicos fiscalizados. De esta manera, durante el año 2013, cada región del país contó con 25 actividades de fiscalización, priorizándose el sector minero (27,3%), al que le siguen saneamiento ambiental (21,4%); energía (15,0%); equipamiento, infraestructura e inmobiliario (6,5%); pesca y acuicultura (6,4%); instalaciones fabriles varias (5,8%); forestal y agropecuario (4,4%) y finalmente otros sectores (13,2%).

⁸⁴Fernández Ramos, Severino. op.cit., pp.341-342.

mencionados más arriba la decisión de iniciar o no una inspección respecto de un sujeto determinado⁸⁵ se sometería a un proceso racionalización⁸⁶, lo que evitaría que el órgano inspector incurriera en actuaciones discriminatorias. Sin perjuicio de esto, la realidad es que la planificación importa escasos límites efectivos a la discrecionalidad.

En primer lugar debido a la precaria fuerza vinculante que tienen los planes para la Administración, lo que le permite al órgano inspector ejecutar inspecciones no previstas en ellos, así como, también, omitir sin problema otras contempladas⁸⁷. Los planes de inspección no obligan a la Administración a seguir al pie de la letra lo estipulado en ellos, ya que su naturaleza jurídica se asemeja a la de instrucciones internas de la Administración. Desde luego, los planes son desarrollados por el mismo órgano inspector, pues su objetivo no es

⁸⁵Sobre los planes de inspección y su función de control de la discrecionalidad, Rivero Ortega, Ricardo, op.cit., p.196, sostiene que “Esta reducción previa de la discrecionalidad administrativa es una de las funciones que desempeñan los planes de inspección, técnicamente diseñados tanto por motivos de eficacia como por razones de garantía del principio de igualdad, para evitar discriminaciones en la aplicación de la Ley y como acicate a la objetividad de la Administración”. También García Ureta, Agustín. op.cit., p. 107, “Los planes determinan criterios que van a resultar de aplicación a los particulares. Reducen el margen de apreciación de la Administración a la hora de emprender sus actuaciones inspectoras. Frente a los ciudadanos que están sujetos (in genere) a la inspección, los planes limitan, en principio, el campo de la muestra que la Administración considera más susceptible de ser inspeccionada”. Fernández Ramos, Severino. op.cit., p.334, “En otro orden de consideraciones, la programación de la actividad inspectora, al reconducirla a criterios objetivos y racionales, garantiza, al propio tiempo, el respeto del principio de igualdad, evitando actuaciones discriminatorias en el ejercicio de la potestad inquisitorial, que utilizada arbitraria y desviadamente puede ser temible y profundamente injusta”.

⁸⁶Para Orena Domínguez, Aitor. op.cit., p.122, “mediante la existencia de Planes de Inspección se logra una objetivización y no personalización de los criterios de selección. El contribuyente sabe que su selección se debe a razones técnicas, económicas, de sector o actividad o de cualquier otra índole, es decir, a motivos objetivos, sin que haya existido ninguna inclinación personal del actuario o capricho inspector”.

⁸⁷Por ejemplo, en materia ambiental, el artículo 19 inciso I de la Ley 20.417 prescribe: “Las actividades de fiscalización se ceñirán a los programas y subprogramas definidos, sin perjuicio de la facultad de la Superintendencia para disponer la realización de inspecciones no contempladas en aquéllos, en caso de denuncias o reclamos y en los demás en que tome conocimiento, por cualquier medio, de incumplimientos o infracciones de su competencia.

otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos sino que –según señalamos– organizar el ejercicio de la potestad y programar la actuación de los servicios con el fin de lograr la mayor maximización de los recursos disponibles.

En segundo lugar, en atención a que la decisión de iniciar una determinada inspección no es impugnabile, el sujeto inspeccionado no puede reaccionar ante su selección en aquellos casos en que detecte indicios de discriminación y arbitrariedad⁸⁸.

Y por último, el carácter reservado de la mayoría de los planes de inspección en nada beneficia a que la Administración se vea obligada a aplicar criterios objetivos, razonables y eficientes en el proceso de selección⁸⁹. Sin duda, esto no es lo más idóneo. Los órganos fiscalizadores debiesen hacer pública su planificación ya que el carácter secreto de este no sólo puede vulnerar el principio de igualdad sino que también, puede ir en detrimento de su eficacia.

En el primer caso, la Administración no tiene ninguna obligación ni necesidad jurídica de fundamentar o motivar sus planes o programas, pudiendo si lo quisiera actuar motivada por la arbitrariedad. En el segundo caso, “garantizada

⁸⁸El autor Orena Domínguez, Aitor. op.cit., pp.122-123, defiende la necesidad de que los criterios de los planes de inspección sean puestos de manifiesto a los sujetos inspeccionados para controlar de esta forma la legalidad de las actuaciones inspectoras. Así explica que “si la propia existencia de los Planes ha de garantizar la inexistencia de tratamientos arbitrarios y la imparcialidad de las actuaciones inspectoras, es irremediable que los criterios materiales que han servido de pauta a la Administración tributaria para la elaboración y aprobación de los Planes puedan ser objeto de control jurisdiccional, y ellos con independencia de que los Planes tengan un carácter secreto”.

⁸⁹Rebollo Puig, Manuel. 2013. La actividad inspectora (...), op.cit., pp.50 y ss.

su confidencialidad, no hay razón para que la Administración se esfuerce seriamente, en la medida en que no tiene que justificarse en principio ante nadie en establecer criterios eficaces”⁹⁰. Desde luego que en cada sector deberá valorarse hasta que rango es aceptable hacer pública la planificación, sin afectar la eficacia y los fines preventivos de las actuaciones. Aunque como mínimo, deberían ser públicos los criterios generales que informan las prioridades del plan, guardando reserva de otras cuestiones como las informaciones referentes a los métodos de trabajo de los inspectores y a los límites de intervención de los servicios, cuya publicidad perjudicaría la investigación de los servicios de inspección⁹¹.

Dicho lo anterior, consideramos que una publicidad parcial de los planes de inspección es lo más adecuado para permitir una actuación eficaz pero al mismo tiempo respetuosa de las garantías de los inspeccionados, pues la publicidad otorga -de cierto modo- la garantía del que el principio de igualdad no será transgredido⁹².

⁹⁰García Ureta, Agustín. op.cit., p.106.

⁹¹Fernández Ramos, Severino. op.cit., p.340.

⁹²Sobre la publicidad de los criterios de fiscalización resulta pertinente revisar la reciente sentencia de la Corte Suprema (15.01.2014) Rol N° 10474–2013. En dicha oportunidad, el máximo tribunal advirtió que la información solicitada por el particular- pautas o criterios generales de evaluación empleados en fiscalizaciones pasadas-no es de aquella capaz de interferir en las funciones y objetivos de la fiscalización. En este sentido señaló que “el acceso a la información pública ha llegado a conformar con motivo de la evolución legislativa e institucional descrita en el considerando quinto precedente, una forma de control ciudadano para que la actuación de los órganos públicos, la confianza y fe pública que se deposita en el cumplimiento de sus obligaciones legales sean efectivamente legitimadas desde el punto de vista de lo que es una sociedad democrática”. Si bien dicha interpretación avanza en el sentido de transparentar ciertas actuaciones que históricamente han estado vedadas al público en general y gozan de reserva, pareciera ser que el criterio de la Corte no sería el mismo si la solicitud se refiriera a los criterios y pautas generales vigentes.

c. La denuncia.

La denuncia es el acto voluntario por medio del cual un particular, interesado o no, pone en conocimiento de la autoridad administrativa correspondiente, hechos, situaciones o circunstancias indicadoras de infracciones administrativas.

Son dos las cuestiones que suscitan interés en relación a la denuncia, a saber, el sujeto legitimado para interponerla y si la Administración dispone de discrecionalidad para decidir si iniciar o no una actuación inspectora. A nuestro pesar, la segunda cuestión- que es la que nos interesa- como tantas otras referentes a esta materia, no ha suscitado discusiones entre los autores nacionales, pues pareciera ser natural y obvio que la Administración disponga de total y absoluta discrecionalidad para adoptar dicha decisión. La denuncia no importa una obligación de actuar para la Administración. Así, al menos, ha sido consagrado en nuestro ordenamiento.

La regulación más acabada y reciente sobre las denuncias en materia administrativa se puede observar en la Ley 20.417, a propósito de los daños ocasionados al medio ambiente. A pesar de que esta ley que pudo reforzar la institución de la denuncia al contemplarla como una causa de fiscalización obligatoria para el órgano administrativo, al menos en ciertos casos, no hizo

más que consagrar la histórica discrecionalidad administrativa en estas materias.

La ley en comento obliga a la Administración a informar sobre sus resultados, en un plazo no superior a 60 días hábiles, a quien interpuso la denuncia. Luego, conforme lo estipula el inciso quinto del artículo citado, si la denuncia cumple con todos los requisitos formales exigidos⁹³ “originará” un procedimiento sancionador si a juicio de la Superintendencia está revestida de seriedad y tiene mérito suficiente. *En caso contrario, se “podrá” disponer la realización de acciones de fiscalización sobre el presunto infractor* y si ni siquiera existiere mérito para ello, se dispondrá el archivo de la misma por resolución fundada, notificando de ello al interesado.

No es difícil deducir del precepto anterior que la denuncia en ningún caso obliga a la Administración a dar curso a una actuación inspectora, sino que sólo pareciera ser obligatorio para ésta el inicio de un procedimiento sancionador si, la denuncia, a juicio de la Superintendencia, además de cumplir con todos los requisitos formales exigidos, reviste el carácter de seria y con mérito suficiente.

Por el contrario, la redacción en el caso de las actuaciones inspectoras da a

⁹³Esta Ley aborda la regulación de la denuncia poniendo énfasis en los requisitos formales de su interposición, para impedir, a través de ellos, que las denuncias se transformen en un medio para boicotear actividades de privados o simplemente causar daño. De esta forma, el artículo 47 inciso 4º establece los requisitos que debe cumplir la denuncia, a saber: (1) ser formulada por escrito a la Superintendencia del Medio Ambiente; (2) señalar lugar y fecha de presentación, individualización completa del denunciante; (3) ser firmada por el denunciante o por su mandatario o representante habilitado; (4) contener una descripción de los hechos concretos que se estiman constitutivos de infracción, precisando lugar y fecha de la comisión; (5) y de ser posible indicar al presunto infractor.

entender que es completamente facultativo para la Administración dar inicio a una fiscalización, lo que deducimos de la utilización del verbo poder y no deber. Además, el precepto ni siquiera consigna elementos orientativos que el órgano inspector debiera tener en cuenta para tomar la decisión de si iniciar o no una determinada fiscalización.

En este contexto, en los términos planteados, la denuncia no aporta en nada como mecanismo de control de la discrecionalidad.

En nuestra opinión, la regulación de la denuncia debiese contemplar, en todos los sectores, supuestos en los que las actuaciones de fiscalización sean obligatorias para la Administración o al menos parámetros concretos a los que deba atenerse para tomar la decisión de si iniciar o no una actuación inspectora respecto de la actividad denunciada. Por ejemplo, en aquellos casos en que la irregularidad denunciada importa graves daños a la salud e integridad de las personas o existan otros antecedentes concordantes con la denuncia que reafirmen su veracidad. Con todo, dichos requisitos no tendrían sentido si la decisión de la Administración no pudiese ser controlada a través de su impugnación. En efecto, el acto por el que el órgano inspector archiva la denuncia, denegando la actuación inspectora, debe ser susceptible de recurso.

V. Sujetos de las actuaciones inspectoras.

1. Órganos inspectores.

a. Las Superintendencias.

Son entidades de carácter técnico y sectorial, organizadas como instituciones autónomas, con personalidad jurídica y patrimonio propios, de duración indefinida y que se relacionan con el ejecutivo a través de los Ministerios de los cuales dependen.

Entre sus objetivos está el de velar porque las instituciones sometidas a su control cumplan con las leyes, reglamentos y en general con la normativa que regula su funcionamiento. Es relevante tener presente que no todas las potestades entregadas a las Superintendencias son potestades de inspección, sino sólo aquellas que, como ya se señaló, tienen como finalidad vigilar al particular a través del examen y control de su actividad para evitar un incumplimiento de la normativa vigente. De esta manera, en conjunto con la potestad inspectora, las Superintendencias detentan potestades normativas y sancionatorias⁹⁴.

⁹⁴Por ejemplo, La Ley 18.410 que Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en el artículo 3, señala como atribuciones de la Superintendencia además de "Fiscalizar en las instalaciones y servicios eléctricos, de gas y de combustibles líquidos, el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los

Actualmente existen 11 Superintendencias en Chile. Según antigüedad se ordenan de la siguiente manera:

- Superintendencia de Seguridad Social creada por Ley 16.395, de 1966. Se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, por intermedio de la Subsecretaría de Previsión.
- Superintendencia de Valores y Seguros creada por DL 3.538, de 1980. Se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda.
- Superintendencia de Quiebras creada por Ley 18.175, de 1982. Se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia.
- Superintendencia de Electricidad y Combustibles creada por Ley 18.410, de 1985, sucesora legal de la Superintendencia de Servicios Eléctricos y de Gas. Se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Energía.
- Superintendencia de Servicios Sanitarios creada por Ley 18.902, de 1990, sucesora legal del Servicio Nacional de Obras Sanitarias, Se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Obras Públicas.

decretos de concesión”, “Sancionar el incumplimiento de las normas técnicas y reglamentarias vigentes (...),y “Fijar normas de carácter general (...), entre otras”.

- Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras creada por el DFL 3, de 1997, Se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda.
- Superintendencia de Casinos y Juegos creada por Ley 19.995, del 2005. Se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda.
- Superintendencia de Salud creada por el DFL 1 del 2005, continuadora legal de la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional creada por ley N° 18.933, de 1990. Se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Salud.
- Superintendencia de Pensiones creada por la Ley 20.255, de 2008, sucesora y continuadora legal de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones creada por el decreto ley N°3.500, de 1980. Se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, por medio de la Subsecretaría de Previsión Social.
- Superintendencia del Medio Ambiente creada por la Ley 20.417.de 2010. Se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente.
- Superintendencia de Educación creada por Ley 20.529. de 2012. Se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Educación.

b. Otros órganos administrativos.

Además de las Superintendencias existen otros órganos administrativos a los cuales la ley habilita para ejercer potestades inspectoras. Entre ellos se encuentran, por ejemplo, la Dirección del Trabajo, la SEREMI de Salud, la SUBTEL, el SII, entre otros.

c. Colaboración de entes privados⁹⁵.

No sólo órganos del Estado pueden ejercer esta potestad sino que también entes privados, como ocurre en el caso de las Entidades Acreditadoras establecidas en la Ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y los servicios de certificación de firma electrónica.

En algunos sectores, la ley faculta expresamente al órgano inspector a contratar labores de inspección a terceros idóneos debidamente certificados, como sucede con la Superintendencia de Medio Ambiente⁹⁶ y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, entre otras.

⁹⁵Sobre este tema en particular hay varias discusiones doctrinales, sin embargo no serán tratadas en esta memoria pues se escapa del tema central. Para mayor información ver: Fernández Ramos, op.cit. Capítulo X "La colaboración privada en la actividad de inspección" 501-574; Dolors Canals i ametller: "El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: control, inspección y certificación", editorial Comares; Frank Macera: "La problemática de la asunción de la inspección administrativa por entes privados" en El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX. pp.1581-1604.

⁹⁶Letra c) del artículo 3º de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

2. Sujetos cuya actividad se inspecciona.

El objeto de la inspección son las actividades ejecutadas por aquellas personas naturales o jurídicas que, previstas en la descripción efectuada en la Ley, están obligadas a soportar la inspección. Es decir, el objeto de la inspección no son las personas mismas, sino que la actividad que estas llevan a cabo. Sin embargo, es importante mencionarlas pues son éstas los titulares de derechos ante la intervención de la Administración.

VI. Garantías mínimas del sujeto cuya actividad se inspecciona.

Sin lugar a dudas donde más se retrata la tensión entre los intereses de la Administración y los de los ciudadanos es al momento de establecer las garantías que éstos deben tener ante la intervención administrativa. Compartimos la opinión de Orena Domínguez y de tantos otros autores de buscar un equilibrio entre ambos intereses. En palabras del autor, refiriéndose a la inspección tributaria, “se trata en definitiva, de llegar a un punto intermedio. Ni la Administración va a poder recaudar a cualquier precio, ni los ciudadanos van a poder mantener a toda costa una interpretación rabiosamente liberal, garantista, romántica de sus derechos con el objetivo de pagar menos de lo

que deben⁹⁷. Este equilibrio implica hacer compatible una actuación eficaz de la Administración con el respeto de los derechos de los administrados.

Al respecto, consideramos que el carácter material que caracteriza a la inspección no puede ser un impedimento para establecer garantías sustantivas que protejan al ciudadano frente a la Administración, así como tampoco para trasladar la aplicación de garantías típicamente procedimentales al ámbito de las actuaciones inspectoras.

En nuestro ordenamiento, las leyes y reglamentos que conforman la normativa sectorial poco o nada aportan en el establecimiento de derechos que garanticen un adecuado y correcto ejercicio de las actuaciones inspectoras. Al parecer, ha sido una decisión legislativa rezagar el tratamiento de los derechos del sujeto inspeccionado a simples circulares, resoluciones y dictámenes del propio órgano fiscalizador. Nos parece que la realidad normativa descrita es sumamente criticable pues las potestades de la administración son lo bastante poderosas e invasivas para que, encima, el sujeto inspeccionado se encuentre desprovisto de derechos en dichas actuaciones. Además, como señalamos, la información obtenida durante la inspección puede ser utilizada por la administración para iniciar y sostener un procedimiento administrativo sancionador, motivo por el cual es necesario que durante las actuaciones

⁹⁷Orena Domínguez, Aitor. op.cit., p.52.

inspectoras el sujeto inspeccionado goce de ciertas garantías que permitan que la información obtenida se acomode, de cierta forma, a las reglas de la realización de la prueba en el procedimiento sancionador. En este sentido, creemos que es fundamental que los derechos del sujeto inspeccionado se encuentren consagrados en una norma con rango legal o al menos en un reglamento para que así no quede al arbitrio o voluntad de la Administración el respeto irrestricto a éstos.

A continuación proponemos los derechos y garantías mínimas que, a nuestro juicio, todo sujeto sometido a la potestad inspectora debiera de gozar, independiente del sector al que pertenezca. Estos son los siguientes:

1. Ser informado del inicio de la actividad inspectora y de su objeto.

Esta es una de las garantías procedimentales trasladadas al ámbito de las actuaciones inspectoras. Podríamos decir que el derecho más básico del sujeto inspeccionado es que se le informe del inicio de la actividad inspectora y de la materia⁹⁸ sobre la que ésta recaerá. Adicionalmente, el sujeto inspeccionado tiene el derecho a conocer el nombre y apellido del funcionario encargado de la actuación, por lo que estará obligado a identificarse antes de iniciar la

⁹⁸El artículo 35 de la Ley 16.39, señala que “En el ejercicio de su labor fiscalizadora, la Superintendencia deberá siempre informar a la entidad respectiva acerca de la materia específica objeto de la fiscalización y de la normativa pertinente (...)”.

inspección. Sin perjuicio de esto, en aquellos casos en que el inspector se limita a acceder a un local abierto al público y observar lo que está al alcance de cualquier usuario, no es necesaria la identificación previa, sin perjuicio del derecho que le asiste al inspeccionado de participar en el levantamiento del acta, según veremos más adelante.

Esta garantía también comprende el derecho a conocer sus derechos y obligaciones en el curso de la actuación⁹⁹.

Como señalamos, el factor sorpresa que caracteriza a las actuaciones inspectoras impide que el sujeto inspeccionado sea advertido previamente de que será sometido a una inspección. Sin embargo esto no debe confundirnos. Por supuesto que tiene derecho a saber en el momento en que se da inicio a la inspección que ésta se está llevando a cabo, pero por ningún motivo a saberlo con anterioridad.

La Contraloría se ha pronunciado sobre este tema en el Dictamen 57.575/2013, específicamente respecto a las atribuciones del personal inspector de la Superintendencia de Seguridad Social, al señalar “que al momento de constituirse en una caja para desarrollar un proceso de fiscalización, es admisible, por razones de ordenamiento interno y funcionamiento de la entidad visitada, que el delegado de la SUSESO comunique el inicio del mismo y la

⁹⁹Así se consagra en materia sanitaria en la Circular N°50. Así también, las resoluciones exentas 276 y 277 de la SMA.

materia en que recae, pero ello solo será posible en la medida en que la naturaleza de lo investigado y los propósitos de la investigación así lo permitan, circunstancias cuya concurrencia corresponde calificar a la mencionada superintendencia”¹⁰⁰.

En cualquier caso consideramos que informar acerca del inicio de la actividad y de la materia sobre la que recae la inspección debe ser un derecho del administrado y no una mera diligencia para garantizar el orden y funcionamiento de la entidad. Incluso en los casos en que la inspección es motivada por una denuncia o bien por algún hecho puntual que pone en alerta a la Administración sobre alguna irregularidad, el sujeto inspeccionado debe tener derecho a conocer la materia sobre la que recaerá la inspección.

2. Derecho a participar activamente durante el transcurso de la actividad.

En la normativa sectorial la participación del sujeto inspeccionado se presenta en la colaboración que debe prestarle a la Administración, lo que significa que sólo puede intervenir en aquellos casos en que el inspector lo requiera a modo de facilitar la realización de la inspección. Sin perjuicio de lo anterior, abogamos por la existencia de un auténtico derecho de participación durante el

¹⁰⁰La cursiva es nuestra.

transcurso de las actuaciones inspectoras, el que se encuentra en estricta relación y dependencia con el derecho a ser informado del inicio de la actividad y a conocer la materia u objeto de la inspección pues sin ellos no podría haber participación.

En concreto, la garantía de la participación activa permite que el sujeto inspeccionado pueda aportar todos los datos y documentos que considere necesarios, pertinentes y oportunos en relación al objeto de la fiscalización, además de poder manifestar su disconformidad con lo constatado por el inspector y realizar las observaciones, alegaciones y aclaraciones que estime apropiadas, todo lo cual deberá quedar consignado expresamente en el acta de inspección.¹⁰¹ Por ejemplo, si el órgano inspector toma muestras para posteriormente efectuar un análisis de algún elemento, este derecho permite que el sujeto sometido a fiscalización pueda efectuar por sus propios medios un análisis del mismo elemento.

El fundamento e importancia de este derecho se encuentra en directa relación con el carácter instrumental de las actuaciones inspectoras, así como con el vínculo existente entre estas y la potestad sancionadora.

¹⁰¹Fernández Ramos, Severino, op.cit., p.452, "En todo caso, a falta de precisión legal, esta posibilidad de formulación de alegaciones debe entenderse como un derecho general del administrado"; En la misma línea García Ureta, op.cit., p.216, "En todo caso, el interesado que es objeto de inspección ha de poder manifestar aquello que entienda preciso para su derecho, incluyendo su oposición a lo recogido por el funcionario, y firmar el acta. El principio contradictorio ha de regir también en la realización de las actividades inspectoras. Se ha señalado a este respecto que el derecho a formular alegaciones debe entenderse como un derecho general del administrado".

En el capítulo II de este trabajo observamos que las actuaciones inspectoras son auxiliares de la potestad sancionadora, en el sentido de que los hechos constatados por el inspector en el acta de inspección pueden servir a la Administración para iniciar un procedimiento sancionador en contra del sujeto inspeccionado. Mas, no sólo sirven para incoar el procedimiento, sino que también para sustentarlo, siendo en muchas ocasiones el principal medio de prueba para fundamentar la aplicación de una sanción.

En este contexto, creemos que el derecho a la participación activa es la manera más idónea de garantizar el principio de contradicción durante las actuaciones inspectoras con el objeto de que las garantías del eventual procedimiento sancionador no se conviertan en principios vacíos, carentes de contenido y aplicación. De esta forma, “en la medida en que el resultado de la acción inspectora puede afectar a procedimientos posteriores y comprometer las posibilidades de defensa, sí cabra anticipar parcialmente algunas formalidades similares a las del procedimiento, con el propósito de que las actuaciones que la integran no se conviertan, en la práctica, en una instrucción prematura y sin garantías de los expedientes sancionadores ulteriores”¹⁰².

¹⁰²Alarcón Sotomayor, Lucía. 2007. Procedimiento administrativo sancionador y derechos fundamentales. Thomson Civitas. p.204.

Es así como la garantía de la participación activa permite introducir suficientemente el elemento contradictorio a las actuaciones inspectoras, sin entorpecer ni alterar su naturaleza.

3. Derecho a que las actuaciones que requieran intervención en la esfera del sujeto inspeccionado se lleven a cabo en la forma que resulte menos gravosa para él.

Este derecho se relaciona con el principio de proporcionalidad que guía el actuar de la Administración y con el de respeto a la libertad individual, ya individualizados en el capítulo anterior.

4. Derecho a la protección y reserva de los datos esenciales que se obtengan en el ejercicio de la fiscalización

En atención a que el órgano inspector está facultado para requerir al sujeto inspeccionado toda la información que juzgue necesaria para los fines de la investigación, según se verá más adelante, en muchas ocasiones tendrá en su poder información valiosísima, cuya divulgación puede generar graves e importantes consecuencias a sus intereses empresariales o bien, desde otra perspectiva, a la intimidad de las personas naturales involucradas. Por este motivo, como forma de proteger al sujeto inspeccionado y compensar las

amplias atribuciones de la Administración en esta materia, la normativa sectorial contempla deberes de reserva para el órgano inspector, teniendo la obligación de guardar secreto y de no generar un uso indebido de la información obtenida con objeto de la fiscalización, cuya infracción incluso puede ser sancionada penalmente¹⁰³.

5. Acceso a los archivos y registros administrativos pertinentes

El sujeto inspeccionado tiene derecho a conocer lo que el funcionario concluyó en la actividad de fiscalización, lo que no se limita exclusivamente a tener acceso al acta de inspección¹⁰⁴ que el funcionario redactó, sino que también al resultado de todos aquellos análisis que se efectúen durante la actividad pero que su conocimiento es necesariamente posterior. Piénsese por ejemplo en una inspección a un restaurant donde el funcionario toma muestras de algún producto alimenticio para verificar un posible efecto dañino a la salud de las personas.

Para estos efectos, el órgano inspector debe contar con un expediente donde se mantengan las actuaciones realizadas por el inspector y los resultados obtenidos.

¹⁰³En materia laboral, el artículo 40 del DFL 2; en materia de valores y seguros el artículo 23 del DL 3538; en materia eléctrica artículo 3 inciso i letra e) de la Ley 18.410.

¹⁰⁴Resolución exenta 276 SMA, artículo decimosexto.

6. Imparcialidad del órgano inspector y de aquellos que colaboran con él.

Obliga al órgano inspector a contar con personal que no tenga intereses comerciales, económicos o de alguna otra especie en las instalaciones en las que realicen la fiscalización, con el fin de evitar una colisión de intereses que perjudique o beneficie, injustificadamente, al sujeto inspeccionado¹⁰⁵.

7. Ser tratado con respeto y deferencia por la autoridad inspectora.

8. Acerca del derecho a la no autoincriminación.

El dilema que se presenta a propósito del derecho a la no autoincriminación tiene que ver con el reconocimiento del derecho que ampararía al sujeto inspeccionado a poder mentir, sin consecuencia jurídica alguna, al ser interrogados sobre hechos que los incriminan administrativamente. Por ejemplo, en el contexto de una visita inspectora, al ser consultado el dueño, encargado o representante de una industria papelera sobre el desarrollo de su actividad, ¿tiene derecho a mentir acerca de la contaminación que su industria está causando al medio ambiente?.

¹⁰⁵ Así lo dispone el artículo 3E de la Ley 18.410 al señalar que: "(...)El Superintendente y los funcionarios de la Superintendencia no podrán, por sí o a través de otras personas naturales o jurídicas, tener negocios ni prestar servicios a las empresas o entidades sujetas a su fiscalización o sus relacionadas". En el mismo sentido, el artículo 3b inciso ii de la Ley 18.902 en materia sanitaria; el artículo 11 de la Ley 16.395 en materia de seguridad social.

La garantía de la no autoincriminación se encuentra consagrada en el artículo 19 n°7, letra f) de la Constitución Política, a propósito del derecho a la libertad personal y la seguridad individual, al prescribir que: “En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley”.

Del precepto transcrito podemos observar fácilmente que el ámbito de aplicación de la garantía procesal en comento no es otro que el de las causas criminales, lo que adquiere pleno sentido pues los derechos a la libertad personal y a la seguridad individual protegidos por la garantía de la no autoincriminación, por regla general, pueden verse afectados sólo en este tipo de causas.

Además, los términos “imputado”, persona a quien se le atribuye la participación en un hecho punible, y “acusado”, persona individualizada en la acusación impetrada por el Fiscal que da origen al juicio oral, son propios del proceso penal.

Dicho esto, lo que nos corresponde determinar es si esta garantía propiamente del ámbito procesal penal puede ser aplicada al derecho administrativo, particularmente al desarrollo de las actuaciones inspectoras.

La jurisprudencia no da muchas luces sobre la discusión planteada, sin embargo un fallo reciente del Tribunal Constitucional, rol 2381-2013, que trata latamente la garantía de la no autoincriminación nos puede servir de punto de partida. En dicho fallo, si bien el TC establece que el ámbito de aplicación de la garantía en cuestión es el proceso penal, señala que es posible trasladarla a otros procedimientos de carácter jurisdiccional o bien, a actuaciones administrativas siempre y cuando sea respetado el contenido esencial de la misma.

De esta forma, tomando en cuenta la norma constitucional que consagra la garantía en cuestión y otras contenidas en Tratados Internacionales vigentes y ratificados por Chile sobre esta misma materia, el TC determinó que el contenido esencial de la garantía de la no autoincriminación se encuentra configurado por un sujeto y una acción sin los cuales sería imposible identificarla. Estableció que el sujeto corresponde a un “imputado” o “acusado” beneficiado por el derecho a la libertad personal o seguridad individual y que la acción consiste en una declaración sobre hecho propio capaz de generar una afectación de la libertad personal o seguridad individual tutelada. Dicho esto, es

dable concluir que el sujeto beneficiado por la garantía en comento sólo puede ser una persona natural, ya que por la propia naturaleza de los derechos protegidos, a la libertad personal y a la seguridad individual, ninguna persona jurídica puede ser titular de ellos.¹⁰⁶

En los términos planteados por el Tribunal Constitucional, compartidos plenamente por nosotros, no es posible trasladar y aplicar dicha garantía al ámbito de las actuaciones inspectoras por varias razones. En dicha oportunidad el Tribunal Constitucional resolvió tajantemente que dicha garantía no podía ser trasladada al procedimiento administrativo sancionador sin mutar su contenido esencial, por lo que cabe sostener con mayor razón aún que dicha garantía es inaplicable en las actuaciones inspectoras.

En primer lugar, las actuaciones inspectoras no son procedimientos destinados a resolver si un sujeto cometió o no una infracción administrativa por lo que no existe un sujeto que ostente la calidad de acusado. De hecho, por regla general, las fiscalizaciones se llevan a cabo porque forman parte de una planificación y no porque existan sospechas de infracción. De todas formas, ni “aunque concurra algún indicio sobre la existencia de una posible irregularidad, tampoco esto supone que haya ya una intención firme de sancionar, ni una

¹⁰⁶Sobre este punto, ver considerandos 21º, 22º, 23º y 24º del fallo Rol 2381-2013 del TC.

acusación formal contra el investigado”¹⁰⁷, motivo por el cual tampoco es posible, en estos casos, referirse al sujeto inspeccionado como un acusado.

En segundo lugar, dado que durante las actuaciones inspectoras no se adoptan decisiones difícilmente podrían verse afectadas la libertad personal o la seguridad individual del sujeto inspeccionado. Distinto es que en virtud de este tipo de actuaciones la Administración tome decisiones. De hecho, ni aún en el procedimiento administrativo sancionador las decisiones adoptadas pueden llegar a vulnerar los bienes jurídicos protegidos por la garantía en comento.

A mayor abundamiento, la traslación de la garantía de la no autoincriminación a las actuaciones inspectoras, donde absolutamente nadie está siendo acusado de haber incurrido en alguna infracción, pone en riesgo su eficacia haciéndolas prácticamente inútiles.

La razón de ser de la potestad inspectora es garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente, protegiendo de esa manera los intereses generales que resguarda y que a su vez justifican la existencia de la norma. En este sentido, autorizar a un sujeto a obstruir el ejercicio de ésta potestad por medio de la negación a entregar información o a entregar información derechamente falsa, no nos parece justo, razonable ni adecuado considerando

¹⁰⁷Alarcón Sotomayor, Lucía. op.cit., p. 216.

los intereses que se encuentran en juego. Una garantía tan propia del ámbito penal, donde está en riesgo la libertad y seguridad del individuo en cuestión no debe ser trasladada al ámbito de las actuaciones inspectoras donde ese riesgo no se corre y donde además existen intereses generales importantes que resguardar, tales como la salud pública, la protección del medio ambiente, entre otros.

Con todo, estimamos que si la intención del legislador hubiese sido que esta garantía tuviera aplicación en todos los procedimientos, entonces hubiera sido incluida derechamente en el artículo 19 N°3 que consagra el debido proceso y no de forma autónoma.

En razón de lo expuesto, consideramos que la garantía de la no autoincriminación no opera en las actuaciones inspectoras¹⁰⁸. Por este motivo el sujeto inspeccionado no puede abstenerse de cumplir con el mandamiento legal de declarar y decir la verdad sin tener que soportar las sanciones que la misma ley contemple al efecto.

¹⁰⁸En Derecho comparado, otra opinión sustenta el autor Fernández Ramos, Severino. op.cit., pp.317 y ss.

9. Acerca del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

El derecho constitucional a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones personales se encuentra consagrado en el artículo 19 N°5 de la Constitución Política en los siguientes términos: “El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.

El conflicto con las actuaciones inspectoras se presenta a propósito de la potestad específica de allanamiento y descerrajamiento que les consagra la ley a muchos de los órganos inspectores. En términos generales, esta facultad permite al inspector ingresar al lugar objeto de la fiscalización cuando se les impide o dificulta ejercer sus labores. Incluso, en algunos casos, la ley permite que esta facultad se extienda sobre se la propiedad de un tercero que no se encuentra bajo el control de la administración.

No está demás aclarar que sólo se presentará un conflicto entre la potestad específica mencionada y el derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando el lugar inspeccionado coincida con el domicilio de una persona natural, pues esa es la hipótesis que protege la norma.

En esta materia compartimos plenamente la opinión del autor Rebollo Puig, quien al referirse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio señala que “aunque no veda el acceso de la inspección a los domicilios, sí que entraña, además de un reforzamiento de los principios de legalidad y proporcionalidad, la necesidad de contar, a falta de consentimiento del titular, con una resolución judicial, que puede obtenerse con carácter preventivo, esto es, sin que todavía conste la oposición del administrado pero haya riesgo de ello”¹⁰⁹.

De esta manera podemos conciliar adecuadamente la eficacia que persigue la Administración con los derechos de los ciudadanos, pues como señalamos en su oportunidad el principio de eficacia que rige las actuaciones inspectoras no es absoluto y debe subordinarse necesariamente a las garantías establecidas en la Constitución.

Alguna normativa sectorial aborda correctamente este conflicto. Así, el artículo 28 de la Ley 20.417 al consagrar la potestad específica que permite al fiscalizador de la Superintendencia de Medio Ambiente solicitar el auxilio de la fuerza pública para ingresar a lugar cerrados, advierte expresamente que sean de aquellos lugar que no constituyan morada. Por su parte el artículo 13 de la Ley 18.755 agrega que en los casos en que el lugar objeto de la fiscalización

¹⁰⁹ Rebollo Puig, Manuel.2013. La actividad inspectora (...) op.cit., p. 32.

sea morada se requerirá “previa orden judicial emanada del Juez del Crimen con competencia en el territorio jurisdiccional donde se cometió la infracción, quien la podrá conceder de inmediato y a solicitud del Servicio”.

VII. Potestades específicas del órgano inspector.

En muchas ocasiones la visita inspectiva que realiza el órgano inspector consistente en apersonarse en el lugar, observarlo y examinarlo a través de sus propios sentidos, es insuficiente para determinar si efectivamente el sujeto inspeccionado está dando cumplimiento al marco legal vigente. Por este motivo, el legislador ha dotado a los órganos inspectores de potestades que le permiten llevar a cabo la función inspectora de una forma mucho más eficaz.

Las facultades otorgadas a los órganos inspectores de los diferentes sectores suelen ser en esencia las mismas, sin perjuicio de que las particularidades y la necesidad de inspección de cada sector motivan a que existan matices entre ellas, verificándose en algunos sectores algunas mucho más amplias e invasivas que en otros. Esta distinción que a primera vista parece ser injusta, en nuestra opinión no lo es pues “permite al legislador calibrar mejor los intereses implicados y las necesidades de la investigación”¹¹⁰ de cada sector.

¹¹⁰Rebollo Puig, Manuel.2013. La actividad inspectora (...). op.cit., p.13.

Desde la perspectiva del sujeto inspeccionado, las potestades de inspección son vistos como deberes de colaboración que exigen la participación activa del administrado, imponiendo, en consecuencia, una prestación de hacer¹¹¹. Su fundamento se encuentra en la eficacia de la actuación administrativa, pues es innegable que nadie está mejor posición que el sujeto inspeccionado para proporcionar la información que la Administración necesita.

En atención a que este tipo de facultades intervienen directamente en la esfera del sujeto inspeccionado restringiendo la libertad de éste será la ley la única llamada a otorgarlas. No existe algo así como el ejercicio de potestades genéricas, si la ley no otorga la potestad, por ejemplo de allanamiento y descerrajamiento, entonces el órgano respectivo no cuenta con ella.¹¹².

Del análisis de la normativa sectorial vigente, podemos observar las siguientes potestades de inspección, desde el punto de vista del órgano inspector, y deberes de colaboración desde la perspectiva del sujeto inspeccionado.

¹¹¹Alarcón Sotomayor, Lucia, op.cit., p. 212.

¹¹²En este sentido se pronuncia Alarcón Sotomayor, Lucía, op.cit., p. 211 al señalar que “no existe un deber genérico de colaborar con la Administración inspectora sino que sólo la Ley puede limitar la libertad genérica de los ciudadanos y sólo ella puede prever potestades administrativas de inspección y deberes de los administrados al respecto”

1. Examinar documentos.

Permite al órgano inspector revisar todas las operaciones, bienes, libros, cuentas, archivos y en general todo tipo de documentos que estén en poder de los organismos o establecimientos sometidos a su fiscalización, así como también solicitar su entrega.

Respecto a los documentos que deben estar en poder del establecimiento inspeccionado, la normativa establece dos modalidades. Una de ellas dispone que será una resolución la que determinará aquellos documentos que deberán estar permanentemente disponibles para su examen en el domicilio o en la sede principal del sujeto controlado¹¹³. En cambio, la otra modalidad dispone que salvo las excepciones autorizadas por la Superintendencia, todos los libros, archivos y documentos de las entidades o personas fiscalizadas deberán estar permanentemente disponibles para su examen en la sede principal.¹¹⁴ Esta segunda opción parece ser menos engorrosa además de facilitar la actuación inspectora.

¹¹³Es el caso de la Superintendencia de Casinos y juegos (Ley 19.995 artículo 42 n°12) y de la Superintendencia de Seguridad Social (Ley 16.395 artículo 35).

¹¹⁴Respecto de la Superintendencia de Salud (DFL 1 artículo 110 n°17) y la Superintendencia de Valores y Seguros (decreto ley 3538 artículo 4 letra d).

2. Requerir información.

Esta es una de las modalidades de inspección a la que hicimos referencia como “requerimiento de información”. A través de esta potestad específica o modalidad de inspección, el órgano inspector puede requerir al sujeto inspeccionado toda la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones, la que puede adquirir la forma de informes, balances, estados financieros, análisis, muestreos o estudios¹¹⁵. Incluso, en algunos casos, se faculta al órgano para acceder directamente al sistema informativo del sujeto inspeccionado sin necesidad de efectuar un requerimiento particular¹¹⁶.

Por regla general, la información debe ser requerida al sujeto sometido a inspección. Sin embargo, la normativa sectorial también contempla hipótesis en que el sujeto pasivo puede ser un tercero, ya sea porque tiene algún tipo de relación con el sujeto inspeccionado o bien porque está en conocimiento de alguna situación en que el inspector quiere indagar. Estos terceros pueden pertenecer tanto al sector público como privado.¹¹⁷.

¹¹⁵ Así, en materia sanitaria la Ley 18.902 artículo 11 letra C, faculta a la Superintendencia de Servicios sanitarios para exigir “al establecimiento generador de residuos industriales líquidos la confección de informes periódicos, incluidos los respectivos muestreos y análisis de laboratorios”.

¹¹⁶ Ocurre con la SUCESO, facultada para aquello por el artículo 35 de la Ley 16.395.

¹¹⁷ Por ejemplo, en materia eléctrica, la Ley 18.410 artículo 3 letra A, faculta a la SEC para requerir, “a las personas y empresas sometidas a su fiscalización y a las relacionadas que mantienen transacciones con aquéllas, la información que fuere necesaria para el ejercicio de sus funciones”. Sin embargo, respecto de los sujetos relacionados restringe la información requerida a las transacciones que hayan realizado con las empresas sujetas a la fiscalización. Otro ejemplo en que se solicita información a un tercero se observa en la Ley 20.255 artículo 50 que faculta a la Superintendencia de Pensiones a requerir datos personales e información tanto a instituciones públicas como a organismos privados del ámbito previsional

En cuanto a las formalidades con que debe cumplir el requerimiento de información, la normativa sectorial no contempla modalidades especiales. De hecho, no se pronuncia al respecto¹¹⁸. En la misma línea, tampoco existe un pronunciamiento sobre la oportunidad o plazo en que la información requerida debe ser proporcionada¹¹⁹.

Como se puede apreciar, en razón de esta facultad los órganos inspectores están autorizados para solicitar todo de tipo de información a quien esté bajo su fiscalización, incluso si ésta tiene carácter privado¹²⁰, con excepción de algunos casos en que la ley permite oponerse al requerimiento invocando una norma legal vigente que consagre el secreto de la información que se solicita. Recordemos que el órgano inspector tiene un deber de secreto respecto de toda aquella información a la que tiene acceso en razón de su función inspectora.

o que paguen pensiones de cualquier tipo, acotando también respecto de éstos últimos la información susceptible de ser solicitada.

118 Sobre este tema se requirió la opinión de la Contraloría al consultarse si los requerimientos de información deben hacerse necesariamente por escrito, a través de medios electrónicos u otros medios similares que den cuenta de los antecedentes pedidos. Así, en el Dictamen 57.575/2013, expone que “es del caso señalar que la ley no contempla modalidades especiales en cuanto a la manera de pedir los datos e informes que resulten pertinentes para efectuar la investigación, siendo útil precisar que, tratándose de una cuestión que sea competencia de la SUSESO, durante el transcurso de la investigación no corresponde al fiscalizado determinar la procedencia o improcedencia de las solicitudes de antecedentes que formule el delegado, ni controvertir acerca de los límites del asunto investigado”.

119 Solo en términos muy amplios la Ley 20.417 hace referencia a un plazo, al señalar que la Superintendencia de Medio Ambiente “deberá conceder a los requeridos un plazo razonable para proporcionar la información solicitada considerando las circunstancias que rodean la producción de dicha información, incluyendo volumen de la información, complejidad, ubicación geográfica del proyecto, entre otros”.

120 Sobre este tema se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo Rol 1597-2010 considerando décimo-octavo: “Que, en consecuencia, aún en el supuesto de que la información requerida tuviese el carácter de privada, no puede discutirse el derecho de la autoridad reclamada a solicitarla, sin perjuicio de la eventual y subsecuente obligación de ésta de manejar con reserva tal información, si ella efectivamente tuviera el carácter de privada”.

3. Citar a declarar.

Esta potestad específica también se manifiesta como una modalidad de inspección, el denominado, anteriormente, requerimiento de comparecencia.

Por medio de esta facultad, el órgano inspector puede citar a declarar al sujeto inspeccionado, a su personal, si así lo dispone la norma, y en algunos casos hasta a terceros. Para estos efectos, la normativa sectorial exime la comparecencia obligatoria de las personas indicadas en el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil, a las cuales se les permite declarar por escrito.

Respecto a los terceros que se pueden citar a declarar, las hipótesis son diversas. Dependiendo del sector, puede ser un establecimiento o empresa relacionada con el inspeccionado, que hubiere celebrado actos o contratos de cualquier naturaleza con él respecto de hechos que digan relación con lo investigado¹²¹ o bien, sólo personas que tengan conocimiento sobre lo que se quiere averiguar.¹²²

¹²¹El artículo 4 letra h) del decreto ley 3.538 de 1980, faculta a la Superintendencia de Valores y Seguros, para "Citar a declarar a los representantes, administradores, asesores y dependientes de las entidades o personas fiscalizadas y a toda otra persona que hubiere ejecutado y celebrado con ellas actos y convenciones de cualquiera naturaleza, respecto de algún hecho cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones. Podrán ser citadas a declarar aquellas personas que sin ser fiscalizadas o relacionadas a ellas, ejecuten o celebren actos o convenciones cuyo objeto sean instrumentos o valores emitidos por entidades fiscalizadas".

¹²²En el caso de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, el artículo 18 del DFL 3, amplía el sujeto pasivo a "cualquier persona que tenga conocimiento de algún hecho que se requiera aclarar en alguna operación de las instituciones fiscalizadas o en relación con la conducta de su personal".

En algunos sectores la norma es más exigente y requiere previa autorización del juez de turno en lo civil¹²³.

4. Uso de la fuerza pública con facultades de allanamiento y descerrajamiento.

Esta facultad es quizás una de las más invasivas que contempla nuestro ordenamiento. Consiste en permitir al órgano inspector solicitar el auxilio de la fuerza pública en aquellos casos en que se le impida ejercer sus labores de inspección. En todos los casos, se exige la autorización previa de alguna autoridad¹²⁴.

VIII. Las medidas derivadas de las actuaciones inspectoras.

Una vez finalizada la actividad comprobatoria, el órgano inspector puede llegar a dos conclusiones: la actividad se ajusta o no al marco normativo que la regula. Si no se ajusta o existen indicios suficientes de irregularidades entonces la Administración debe reaccionar ante ello, para lo cual el ordenamiento

¹²³Así ocurre, por ejemplo, en el caso de la SEC, el artículo 3º letra C de la ley 18.410, exige previa autorización del juez de turno en lo civil competente para citar a declarar; en materia sanitaria, artículo 3b de la Ley 18.902.

¹²⁴En materia eléctrica el artículo 3nº39 de la Ley 18.410. Asimismo en materia ambiental el artículo 28 de la Ley 20.417. En el mismo sentido el DFL 2, artículo 26 en materia laboral; el artículo 26 del DFL 3538 en materia de valores y seguros; el artículo 155 y siguientes del DFL 725 en materia sanitaria; el artículo 13 de la Ley 18.755 en materia agrícola y ganadera.

contempla diferentes medidas. Estas son, el requerimiento de subsanación de deficiencias, la adopción de medidas provisionales y el inicio de un procedimiento sancionador.

1. Requerimiento de subsanación de deficiencias.

Mediante este tipo de requerimiento se solicita al sujeto cuya actividad fue objeto de una inspección adoptar las medidas necesarias para ajustar su actividad a Derecho, subsanando los defectos e irregularidades que se constataron durante las actuaciones de comprobación.

En cuanto a la naturaleza jurídica de estas medidas, Fernández Ramos sostiene que “se trata de actos de naturaleza diversa a las órdenes en sentido propio, pues mientras estas constituyen el deber, estos requerimientos o intimaciones tienen un carácter meramente declarativo de la vinculación que nace directamente de la norma. Por esta razón, el contenido del requerimiento debe ceñirse estrictamente a actualizar e individualizar las exigencias normativas, sin posibilidad de introducir obligaciones adicionales”¹²⁵.

En general esta medida se contempla en la normativa sectorial para aquellos casos en que la infracción constatada es calificada como leve, siendo

¹²⁵Fernández Ramos, Severino. op.cit., p.401.

facultativo para el órgano administrativo emplearla o no¹²⁶. Asimismo, se contemplan plazos para que el sujeto responsable pueda cumplir con el requerimiento, los que también se dejan a la discrecionalidad del órgano.

2. Medidas provisionales de policía.

Si en el transcurso de la actividad de comprobación el funcionario encargado detecta la presencia de un riesgo inminente o un perjuicio grave para terceros, debe adoptar las medidas necesarias para la seguridad y protección de los afectados, o, bien, en el caso de que no sea competente para aquello, comunicar al órgano competente de la situación de riesgo.

Estas medidas han sido denominadas por la doctrina como “medidas provisionales de policía” y se distingue de las medidas cautelares por el fin

¹²⁶SEREMI de Salud, Artículo 177, Código Sanitario: “El Director General de Salud podrá cuando se trate de una primera infracción y aparecieren antecedentes que lo justifiquen, apercibir y amonestar al infractor, sin aplicar la multa y demás sanciones, exigiendo que se subsanen los defectos que dieron origen a la infracción, dentro del plazo que se señale”; Superintendencia de Servicios Sanitarios, Artículo 11 D, Ley N° 18.902: “En ejercicio de su facultad de verificar el cumplimiento de las normas de emisión, la Superintendencia podrá requerir, en casos calificados, que deberá expresar en la respectiva resolución, la realización de muestreos y análisis adicionales a los establecidos en la resolución a que se refiere el artículo 11 B, cuyo costo será de cargo del generador de residuos industriales líquidos. Si de la fiscalización, de los informes periódicos que debe emitir el generador de residuos industriales líquidos o de los muestreos y análisis adicionales resultaren infringidas las normas de emisión o la normativa vigente, la Superintendencia le dará un plazo para que subsane la situación, sin perjuicio de las sanciones que le pueda imponer, de conformidad a la ley”; Subsecretaría de Telecomunicaciones. Artículo 39, Ley 18.168: “La Subsecretaría de Telecomunicaciones podrá suspender hasta por 30 días el funcionamiento de un servicio, cuando se contravengan normas técnicas del marco regulador a que se refiere el artículo 24 de la presente ley, siempre que no se subsanen las observaciones que formule dentro del plazo que fije para este efecto”. Superintendencia de Educación, Artículo 78, Ley 20.529: Son infracciones leves aquellas en que incurran los sostenedores o establecimientos educacionales contra la normativa educacional y que no tengan señalada una sanción especial. Estas infracciones sólo serán sancionadas si no fueren subsanadas en el plazo que prudencialmente conceda al efecto el fiscalizador de la Superintendencia.

distinto que persiguen. La adopción de las medidas provisionales busca proteger intereses generales, tales como la seguridad y salud de las personas, que se encuentran en una situación de inminente riesgo. En cambio, las medidas cautelares buscan asegurar los fines del proceso.

Una de las características de las medidas provisionales es que se adoptan de facto, es decir, sin la existencia de un procedimiento previo. La razón de esto es justamente la inminencia del daño, que no puede esperar la tramitación de procedimiento.

En atención a que no son fruto de un procedimiento y, por tanto, dicha decisión no cuenta con las garantías propias que este conlleva, las medidas provisionales –como su nombre lo indica- son de carácter temporal. Así por ejemplo, el artículo 32 de la Ley 19.980 estipula que dichas medidas deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, so pena de extinguirse. Y, en cualquier caso, no podrán extenderse más allá del fin del procedimiento respectivo.

En cuanto a sus límites, es necesario tener presente que las medidas provisionales deben ser necesarias e idóneas para salvaguardar el bien jurídico que se pretende y proporcionales a la irregularidad detectada y al daño que se

quiere evitar con su adopción. Además, no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen algún tipo de violación de derechos amparados por las leyes.

Ejemplos de estas medidas son el cierre temporal de un establecimiento, la paralización de obras, el retiro de algunos productos del mercado, entre otras¹²⁷.

¹²⁷ Por ejemplo en materia sanitaria están las medidas sanitarias de emergencia, artículo 178, Código Sanitario: “La autoridad (SEREMI de Salud) podrá también, como medida sanitaria, ordenar en casos justificados la clausura, prohibición de funcionamiento de casas, locales o establecimientos, paralización de faenas, decomiso, destrucción y desnaturalización de productos. Estas medidas podrán ser impuestas por el ministro de fe, con el solo mérito del acta levantada cuando exista un riesgo inminente para la salud, de lo que deberá dar cuenta inmediata a su jefe directo. Copia del acta deberá ser entregada al interesado; En materia ambiental, artículo 48 inciso 2º, Ley 20.417: “Las medidas señaladas en el inciso anterior (a) Medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño, b) Sellado de aparatos o equipos, c) Clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones, d) Detención del funcionamiento de las instalaciones, e) Suspensión temporal de la resolución de calificación ambiental y f) Ordenar programas de monitoreo y análisis específicos que serán de cargo del infractor) podrán ser ordenadas (por la Superintendencia de Medio Ambiente), con fines exclusivamente cautelares, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, de conformidad a lo señalado en el artículo 32 de la ley N° 19.880 y deberán ser proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 40; Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), Artículo 14 bis, Ley 18.755: “Los Inspectores del Servicio que constaten infracción al artículo 2º de la presente ley, tras levantar el acta de denuncia respectiva, podrán ordenar la retención temporal o traslado de los elementos, insumos, productos o vehículos, o la inmovilización de éstos o la aposición de sellos sobre bienes muebles o inmuebles. Dichas medidas podrán también ser adoptadas por los Inspectores del Servicio en el caso de existir presunciones graves y precisas de que los bienes anteriores están siendo utilizados o son objeto de una infracción a la presente ley, o cuando a partir de presunciones igualmente graves y precisas sea necesario determinar el origen o presencia de alguna enfermedad, plaga o contaminación. Sin perjuicio de lo anterior, las medidas a las que se refiere este artículo sólo podrán ser adoptadas cuando una demora en su aplicación afectare gravemente el debido cumplimiento de sus labores y previa autorización fundada del Director Regional del Servicio, la que podrá concederse por cualquier medio que permita acreditar su otorgamiento; En materia laboral, artículo 28, inciso primero, DFL 2, de 1967, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo: “En el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, los Inspectores del Trabajo podrán ordenar la suspensión inmediata de las labores que a su juicio constituyen peligro inminente para la salud o vida de los trabajadores y cuando constaten la ejecución de trabajos con infracción a la legislación laboral”.

3. Procedimiento administrativo sancionador.

En base a lo apreciado por el funcionario encargado de la inspección y constatado en el acta respectiva, el órgano competente puede iniciar de oficio un procedimiento sancionador en contra del sujeto responsable si estima que lo consignado en el documento contiene indicios suficientes de una infracción administrativa. Es por esto que algunos autores se han referido a la inspección como a la “verdadera antesala del procedimiento administrativo sancionador”¹²⁸.

¹²⁸Suay Rincón, José. op.cit., p.178.

**SEGUNDA PARTE: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ADMINISTRADOR
POR INACTIVIDAD EN EL EJERCICIO DE SUS POTESTADES DE
INSPECCIÓN.**

CAPÍTULO III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO ADMINISTRADOR POR FALTA DE SERVICIO EN LOS SUPUESTOS DE INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

I.Responsabilidad del Estado Administrador: Generalidades

1. La garantía institucional de responsabilidad del Estado Administrador.

Si bien hoy no cabe duda de que el Estado es responsable ante la ciudadanía por los daños que causen los entes que forman parte de su organización administrativa, esto no siempre ha sido así.

Precisamente es por esta larga tradición histórica de inmunidad que la Constitución Política de 1980 –aunque ya en un período de consenso sobre el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración- plasmó en su articulado cláusulas generales de responsabilidad aplicables a todos los poderes públicos por sus actuaciones y, en particular, a la Administración.

En este sentido, compartimos la opinión del autor Cordero Vega¹²⁹ de que el artículo 38 inciso 2º de la Constitución Política, dando concreción al principio genérico de responsabilidad de los poderes públicos establecido en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental¹³⁰, establece una garantía institucional que fija las bases mínimas para el sistema de responsabilidad aplicable a nuestro ordenamiento, al prescribir que:

“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que le pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”¹³¹¹³².

¹²⁹ Ver Cordero Vega, Luis. 2003. La Responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una Sistematización. Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, pp. 130 y ss. También es de esta opinión Cristián Román Cordero, ver Román Cordero, Cristián. 2006. Responsabilidad patrimonial del la Administración del Estado y de su concesionario vial, frente al usuario lesionado. En Actas de XXXV Jornadas de Derecho Público, Tomo II, Edeval, p.236.

¹³⁰ El artículo 6 señala “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

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

La infracción de esta norma generara las responsabilidades y sanciones que determine la Ley”.

Por su parte, el artículo 7 prescribe: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

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

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

¹³¹Al respecto es preciso señalar que pese a que en la actualidad la discusión está zanjada por la jurisprudencia, acogiendo la tesis de que el artículo citado importa sólo un principio de responsabilidad o bien el derecho a la acción frente a las actuaciones de la Administración, parte de la doctrina nacional sostiene que este artículo, más allá de establecer un principio, establece el régimen de responsabilidad aplicable a nuestro ordenamiento. Dicho régimen –en su opinión- no podría ser sino objetivo ya que la utilización de conceptos propios de este tipo de responsabilidad, como el de “lesión” [entendida como aquel perjuicio que la víctima no está obligada a soportar], así lo sugeriría. Como se puede observar, es precisamente el precepto en comento el que ha dado pie a la sobre explotada discusión sobre la naturaleza subjetiva u objetiva de nuestro sistema de responsabilidad. Aceptar entonces, según lo hemos hecho, que el artículo 38 inciso II de la Constitución contiene un principio de responsabilidad y no un

El hecho de que sea una garantía institucional establecida a nivel constitucional implica que ninguna ley puede desconocer dicho contenido mínimo, es decir, impone límites al legislador para configurar y determinar el sistema de responsabilidad aplicable a nuestro ordenamiento.

Al respecto, más allá del sistema de responsabilidad que el legislador opte, los límites esenciales que el legislador debe respetar irrestrictamente y que son necesarios para comprometer la responsabilidad del Estado Administrador, son (i) la necesidad de una lesión; (ii) que exista una actuación administrativa; (iii) que exista un nexo causal entre la lesión y la actuación administrativa; (iv) que la acción reparatoria proceda cada vez que exista una lesión de derechos; y (v) que la responsabilidad sea directa, es decir, el legislador no puede intermediar el comportamiento del funcionario como mecanismo de entramamiento del sistema de responsabilidad¹³³.

Como es posible observar, no existen restricciones respecto a la actuación administrativa, es decir, toda actuación de los órganos de la Administración del

régimen determinado, significa asumir con ello que el desarrollo y concreción de nuestro sistema de responsabilidad se encuentra delegado a la ley, lo que se verifica en el artículo 42 de la LBGA. De este modo, estimamos que el sistema de responsabilidad que acoge nuestro ordenamiento es de corte subjetivo, toda vez que no basta acreditar la relación de causalidad entre el hecho y el daño sino que se requiere, además, demostrar la existencia de la falta de servicio.

¹³² Por su parte, a nivel legal, el artículo 4º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado reitera el principio ya consagrado en la Constitución –de forma mucho más directa- al disponer que: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

¹³³ Cordero Vega, Luis. 2003. La Responsabilidad (...) op.cit., pp.143-147.

Estado, sea que se manifieste por medio de una acción u omisión, jurídica o material, es susceptible de comprometer su responsabilidad. Dicho esto, cualquier norma que conceda parcelas de irresponsabilidad a la Administración por alguna de sus actuaciones es contraria a la norma constitucional transcrita y, en consecuencia, sería inconstitucional.

A pesar de lo señalado, pareciera ser que aún quedan resabios de la antigua tradición inmunidad en nuestra legislación.

En efecto, el artículo 14 de la Ley 19.799 de Firma Electrónica establece en su inciso final que: “en ningún caso la responsabilidad que pueda emanar de una certificación efectuada por un prestador privado acreditado comprometerá la responsabilidad pecuniaria del Estado”.

Lo mismo sucede con el artículo 35 del Decreto Supremo número 900 del Ministerio de Obras Públicas que dispone categóricamente que: “El concesionario responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionaren a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas”.

De la lectura de los preceptos mencionados es posible observar que en ambos se pretende excluir anticipadamente la responsabilidad patrimonial del Estado ante los daños sufridos por particulares, en un caso, en razón de la negligencia de un prestador de servicios de certificación de firma electrónica y, en el otro, producto de un accidente de tránsito ocurrido en una carretera concesionada, pese a que es perfectamente posible que dichos daños hayan podido ser evitados por la Administración a través de un ejercicio adecuado de la potestad de inspección del órgano competente, sin que aquello haya sucedido en los hechos. De hecho, en ambos casos el Estado tiene el deber de fiscalizar ambas actividades¹³⁴y, por tanto -según vimos en la primera parte de este trabajo- de prevenir la ocurrencia de daños. En otras palabras, dichos preceptos excluyen a priori la responsabilidad del Estado Administrador por la falta de fiscalización de dichas actividades.

En este sentido y según hemos expuesto, las normas señaladas no sólo son derechamente inconstitucionales sino que, además, desincentivan a la Administración, en particular a los órganos fiscalizadores de esas actividades, a cumplir adecuadamente la función que el ordenamiento les encomienda. En efecto, no existe ningún incentivo para que la Subsecretaría de Economía y

¹³⁴En el caso del prestador de servicios de firma electrónica, según el artículo 20 de la ley.19.799 le corresponde a la Entidad Acreditadora (Subsecretaría de Economía y Reconstrucción) inspeccionar a los prestadores acreditados a fin de comprobar el cumplimiento de las obligaciones que les impone la ley. Por su parte, el artículo 29 del Decreto 900 establece expresamente un deber de inspección y vigilancia de la Dirección de Vialidad respectiva del Ministerio de Obras públicas respecto de las obligaciones legales y contractuales contraídas por la concesionaria.

Reconstrucción y el Ministerio de Obras Públicas fiscalicen las actividades que la ley les ordena, con eficiencia y eficacia, si tienen la seguridad de que, en ningún caso, comprometerán su responsabilidad.

2. Elementos de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador.

A continuación señalaremos someramente y en términos generales los elementos o presupuestos que deben concurrir para hacer efectiva la responsabilidad de la Administración del Estado.

a. Acción u omisión de un órgano de la Administración del Estado.

De acuerdo a lo expuesto en el acápite anterior, toda acción u omisión de un órgano de la Administración del Estado, sean éstas de índole material o jurídica, es susceptible de comprometer la responsabilidad del Estado¹³⁵.

Con respecto a la acción –como elemento esencial y constitutivo de la responsabilidad- no es preciso efectuar mayores comentarios ya que sencillamente importa el despliegue de una conducta determinada o la

¹³⁵Es conveniente precisar que si es un órgano centralizado compromete el patrimonio del Fisco, no así si es un órgano descentralizado, en cuyo caso compromete su propio patrimonio y se le demanda directamente a él.

manifestación de voluntad del órgano administrativo. En cambio, la sola omisión de una conducta o de una manifestación de voluntad no es suficiente para comprometer la responsabilidad de la Administración, ya que para que ello suceda es necesario que se cumplan ciertos requisitos, los cuales abordaremos más adelante a propósito de la inactividad administrativa.

En este contexto, la hipótesis de responsabilidad que nos propusimos abordar en esta segunda parte de la memoria –la responsabilidad del Estado Administrador por omisión de sus potestades de inspección- es una excepción aparente a la regla señalada. En efecto, quien causa materialmente el daño no es un órgano de la Administración sino que un tercero, que tiene la particularidad de encontrarse bajo su ámbito de control y respecto del cual detenta potestades de inspección.

Decimos que es una excepción aparente, pues si bien el daño material lo ocasiona un sujeto particular, el órgano administrativo que tiene conferida por ley la facultad de fiscalizarlo, eventualmente, tiene cierto grado de participación en el daño, si se comprueba que con el ejercicio oportuno de sus potestades de inspección el perjuicio se podría haber evitado. En otras palabras, pese a que el autor material del daño no es el órgano administrativo sino un sujeto privado, la falta de fiscalización del ente administrativo –que constituye una conducta

omisiva- coadyuva a su producción y, por ende, es también causa del daño, según veremos al referirnos a este elemento.

b. Daño.

Sobre este elemento, sólo nos limitaremos a señalar que el daño es un elemento fundamental de la responsabilidad patrimonial, es condición de ésta. Si la acción u omisión del órganos administrativo no causa un daño, ya sea de carácter material o moral, no puede existir responsabilidad.

c. Relación de causalidad.

Para que se comprometa la responsabilidad de la Administración del Estado es necesario que entre la acción u omisión del órgano administrativo y el daño exista una relación de causalidad.

Tradicionalmente se ha entendido por la doctrina y la jurisprudencia que para que se verifique una relación causal entre los elementos mencionados, el daño debe ser consecuencia directa y necesaria de la acción u omisión del órgano administrativo. Cada una de estas dos exigencias manifiesta un elemento distinto de la relación causal, a saber, el elemento natural y el normativo.

De este modo, la acción u omisión es consecuencia necesaria del daño cuando sin su verificación u ocurrencia, éste no se habría producido, sin perjuicio de que se encuentren en juego otros hechos que también participan en el resultado dañoso. Así, bajo el análisis naturalístico de la causalidad, un daño puede tener tantas causas como actuaciones hayan concurrido para su procedencia. Por tal motivo, si no queremos terminar como Napoleón que por un clavo perdió el Imperio, y probablemente si se propusiera demandar al herrador que equivocadamente clavó la herradura del caballo, también perdería el juicio, es necesario establecer límites a la responsabilidad. Este es precisamente el rol que cumple el elemento normativo de la causalidad - representado a través de la exigencia de que el daño sea directo- al proponerse determinar que daños son atribuibles jurídicamente al actuar del órgano administrativo y en consecuencia, devienen en directos, y cuáles no.

La doctrina ha propuesto diferentes criterios para determinar cuándo un determinado daño es consecuencia directa de una acción u omisión, sin perjuicio de lo cual dichas teorías están lejos de resolver todos los problemas que, aunque no muy comunes, se generan en sede de causalidad. Respecto a este tema que escapa a las pretensiones de nuestra memoria, sólo diremos que una de las más utilizadas por la jurisprudencia y aceptadas por la doctrina es la teoría de la causalidad adecuada.

Según dicha teoría, un daño es consecuencia directa de una acción u omisión si ésta es idónea o apropiada para producirlo. Para determinar aquello, esta doctrina recurre a la figura del observador externo que debe juzgar ex-post cuáles daños pertenecen al desarrollo natural de los acontecimientos y cuáles a circunstancias extraordinarias que alteran sustantivamente el curso causal e impiden efectuar esa atribución.

Dicho lo anterior, es conveniente destacar -según ahondaremos en el capítulo siguiente- que la responsabilidad del Estado Administrador por omisión de sus potestades de inspección constituye una excepción a la causalidad en los términos planteados. No es que no exista causalidad –como alguna jurisprudencia lo ha sostenido- sino que las circunstancias particulares que constituyen esta hipótesis de responsabilidad exige la aplicación de criterios distintos a los señalados.

d. Criterio de imputación.

Los factores o criterios de imputación son propios de un sistema de responsabilidad subjetivo, en el sentido de que además de los elementos ya mencionados es necesario que concurra otro elemento que justifique por qué el daño es imputable al órgano de la Administración. Por este motivo quienes son partidarios de un sistema de responsabilidad objetivo –que no es nuestro caso-

prescinden de este elemento al exigir sólo una relación causal entre el daño y la acción u omisión del órgano de la Administración del Estado.

Según la doctrina existen tres criterios de imputación, a saber: la falta de servicio, el riesgo creado y el sacrificio especial. Sin embargo, sólo uno de ellos está consagrado expresamente en nuestro ordenamiento, los demás son creaciones dogmáticas.

A continuación nos referiremos al criterio de imputación que, por regla general, funda el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración por su actuación irregular en nuestro ordenamiento, a saber, la falta de servicio.

II. Responsabilidad del Estado Administrador por falta de servicio.

1. Antecedentes.

La doctrina de la responsabilidad del Estado Administrador, tiene su origen en el Derecho francés, particularmente en el histórico Arrêt Blanc del año 1873. Desde entonces se abandonó la tradición de una Administración irresponsable y se acogió una concepción totalmente opuesta, en la cual la Administración es responsable patrimonialmente por los daños que causen sus funcionarios en ejercicio de sus funciones.

Dicho fallo, cuyas repercusiones traspasaron las fronteras del Derecho Administrativo francés, vino a instaurar en el Derecho continental la concepción de una responsabilidad autónoma del Estado Administrador, distinta de la responsabilidad civil extracontractual y regida, por tanto, por principios y normas propias del Derecho Público. En efecto, este innovador fallo fue categórico al consignar que:

“La responsabilidad patrimonial que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por culpa de las personas que emplea en el servicio público, no se rige por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular. Esta responsabilidad no es general ni absoluta; tiene reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”.

En este contexto, se enmarca la creación de la falta de servicio como un criterio de imputación especial para la Administración. De este modo, este concepto ha alcanzado su mayor grado de desarrollo en el derecho francés, a través de la creación jurisprudencial del Consejo de Estado de Francia, jurisdicción especializada para conocer de los asuntos contenciosos administrativos de dicho país.

Para la jurisprudencia francesa, en los cimientos de este criterio se encuentra la falla, identificándose siempre con un mal o defectuoso funcionamiento del servicio traducido en un incumplimiento de las obligaciones de éste.

En doctrina, el francés Jean Rivero define a la falta de servicio como “un incumplimiento de las obligaciones del servicio entendido como un fracaso en el funcionamiento normal de este, cuyo titular corresponde a la administración en su conjunto y no a una persona determinada”¹³⁶.

2. Definición: sentido y alcance de la falta de servicio en el Derecho chileno.

Para comenzar, podemos partir por señalar que la falta de servicio constituye el único criterio de imputación reglado que recoge nuestro ordenamiento¹³⁷. Esto significa que el Estado sólo va a responder cuando su acción u omisión sea imputable a una falta de servicio.

Pese a que el origen del concepto se remonta a fines del siglo XIX en Francia, según vimos, sólo adquiere consagración expresa en nuestro ordenamiento en 1986 con la promulgación de la LOCBGAE. En efecto, se encuentra

¹³⁶La traducción es nuestra. El texto original dice lo siguiente: “La faute du service est un manquement aux obligations du service c'est à dire une défaillance dans le fonctionnement normal du service, incombant à un ou plusieurs agents de l'administration, mais non imputable à eux personnellement”. (Rivero, Jean y Waline, Jean. 2004. Droit Administratif. 20º edición. Dalloz)

¹³⁷Criterios como la teoría del riesgo creado y la teoría del sacrificio especial son criterios de imputación desarrollados por la jurisprudencia.

consagrada en el artículo 42 de dicho cuerpo legal al disponer que “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”¹³⁸.

Este criterio tiene la característica de ser un criterio de imputación común, ya que rige para el conjunto de los órganos que conforman la Administración del Estado, con excepción de los enumerados en el artículo 21 del mismo cuerpo legal –como la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad, entre otros- los cuales se rigen por el sistema de responsabilidad que adopte su propia legislación¹³⁹.

Pero, ¿qué significa que los órganos administrativos comprometan su responsabilidad por falta de servicio?

Nuestro ordenamiento sólo se encarga de consagrarla, mas no existe una definición legal a la cual remitirnos, ni tampoco norma alguna que se refiera a

¹³⁸Este criterio de imputación se establece expresamente en otros sectores específicos. Así, en materia municipal, el artículo 142 de la LOC de Municipalidades (Ley 18.690) establece que “las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio”. También, en materia de salud, los artículos 38 y siguientes de la Ley de Garantías explícitas en salud (Ley 19.966), en específico el artículo 38 inciso 1º dispone: “Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio”. Así también, el artículo 174 inciso 4º de la Ley 18.290, del Tránsito dispone que “La municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización”.

¹³⁹Sin perjuicio de lo cual, existe abundante jurisprudencia, influenciada por Pedro Pierry Arrau, que aplica la falta de servicio también a estos órganos pero a través de su construcción a partir de las reglas de responsabilidad extracontractual del Código Civil.

su contenido. Cabe señalar, sin embargo, que fue una decisión del legislador prescindir de una definición de falta de servicio para dejar su determinación a la jurisprudencia, al considerarla un concepto por esencia mutable y flexible en atención a las circunstancias particulares que rodean cada caso¹⁴⁰.

Esta situación ha dado pie a diversas interpretaciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, aunque en el último tiempo parece hacer consenso sobre su contenido en este último ámbito.

Sin el ánimo de abordar cada una de las interpretaciones que se le ha dado a la falta de servicio, toda vez que escapa a la finalidad de esta memoria, nos limitaremos a señalar que, en general, la doctrina nacional se encuentra dividida entre quienes entienden la falta de servicio desde un enfoque objetivo, es decir, sin que implique una falla en el servicio o bien, separada de toda noción de falta¹⁴¹, y quienes la entienden desde un enfoque subjetivo, como la manifestación de una falla en el servicio, existiendo, por lo demás, distintos matices dentro de cada una de estas dos posturas.

¹⁴⁰El informe de la Cuarta Comisión Legislativa al informar el Proyecto de la LOCBGA se refirió a las inconveniencias que se generarían al definir la falta de servicio, al señalar que: “ello podría provocar dificultades en la aplicación de la norma. Se ha considerado más conveniente dejar entregado a la jurisprudencia la determinación de cuándo se configura la “falta de servicio”, pues son numerosos los casos en que tal situación puede producirse”.

¹⁴¹Esta postura doctrinaria es asumida por Eduardo Soto Kloss y Rolando Pantoja, entre otros autores nacionales, y deriva en una responsabilidad extracontractual del Estado de corte objetivo.

Por nuestra parte, no hay dudas de que la falta de servicio se identifica con una falla o un inadecuado funcionamiento del órgano administrativo. Los antecedentes históricos existentes en nuestro derecho reconociendo el origen francés de dicho concepto, son categóricos al respecto.

Si bien la primera consagración expresa de la falta de servicio en nuestro ordenamiento apareció con la promulgación de la LOCBGAE, el derogado DL 1285 que establecía la Ley Orgánica de Municipalidades ya hacía referencia a ésta al señalar en el artículo 62 que: “La responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales *cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo o lo hagan en forma deficiente*”. Si bien no lo dice directamente, se infiere fácilmente que la norma recoge el concepto tradicional de falta de servicio según el criterio francés, conforme al cual existe falta de servicio cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo o funciona pero de forma deficiente o tardía.

Por su parte, la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 18.575 no deja dudas acerca del alcance y contenido de la falta de servicio. Así, el informe de la Cuarta Comisión Legislativa a la Junta de Gobierno sobre el Proyecto de Ley de Bases de la Administración del Estado hace referencia a la falta de servicio como a un tipo de responsabilidad que exige comprobar el mal o tardío

funcionamiento del servicio. Al respecto señala: “En consecuencia, se consagra en este artículo un criterio nuevo de responsabilidad que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo o culpa de un determinado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público. De manera que acreditando el afecto que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de un modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causado un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado. Se trata de un concepto que tiene su origen en el derecho francés, y es la concreción de una serie de elementos que tienen un largo desarrollo en el Derecho Administrativo”¹⁴².

Esta postura es asumida en el derecho nacional por el autor Osvaldo Oelckers, quien siguiendo la doctrina francesa clásica, señala que “la falta de servicio se entiende en razón de un funcionamiento defectuoso o anormal de la organización pública en que existe una falta a las obligaciones y cometidos del servicio impuestos por la ley”¹⁴³. Así también Pedro Pierry¹⁴⁴, quien ha sido su mayor defensor y exponente.

¹⁴²Informe de la Cuarta Comisión Legislativa a la Junta de Gobierno sobre Proyecto de Ley de Base de la Administración del Estado, 79p, Boletín N° 601-06 de 1986. 390p. En Pierry Arrau, Pedro. 2000. La Responsabilidad Extracontractual del Estado por falta de servicio. Revista de Derecho, Número 1, p.21.

¹⁴³Oelckers Camus, Osvaldo. 1998. La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio”. Revista Chilena de Derecho, número especialn ,p. 350.

¹⁴⁴Ver Pierry Arrau. Pedro.2000. La responsabilidad Extracontractual (...) op.cit.

Por su parte, en materia jurisprudencial, la Corte Suprema, se ha referido en innumerables fallos a los presupuestos que constituyen la falta de servicio¹⁴⁵, adoptando el clásico estilo francés. De esta forma, ha determinado que existe falta de servicio del órgano administrativo cuando:

- El servicio no funciona, debiendo hacerlo.
- El servicio funciona irregularmente.
- El servicio funciona tardíamente.

Según lo señalado podemos decir que la falta de servicio es el factor de atribución general de la responsabilidad patrimonial de la Administración, vale decir el fundamento jurídico en cuya virtud los costos de los daños sufridos por un particular o su compensación son asumidos por ella, correspondiendo a toda acción u omisión de la Administración que genere daños para el administrado y en la que ha existido una falla de cualquier orden en el servicio¹⁴⁶.

3. Determinación y apreciación de la falta de servicio.

De acuerdo a lo señalado más arriba, para determinar si un órgano administrativo incurrió en falta de servicio es necesario acreditar que el daño se

¹⁴⁵Sentencia de la Corte Suprema (30.07.09), Rol 216-2011, C.12.

¹⁴⁶Sentencia de la Corte Suprema (29.10.2013), Rol 1868-2013, C.4.

debió a que no funcionó debiendo hacerlo, funcionó mal o lo hizo tardíamente. Para tal cometido, el juez debe establecer el estándar de conducta que debió respetar el órgano de la Administración del Estado con el fin de confrontarlo con la actuación efectivamente desplegada. Si el actuar no se conforma con dicho estándar de conducta, entonces, estaremos en presencia de una falta de servicio.

En otras palabras, para saber si un órgano administrativo ha incurrido en falta de servicio es necesario contrastar la conducta que ejecutó o que no ejecutó con aquella que debió haber ejecutado.

Para determinar el estándar de conducta debido, la doctrina nacional ha propuesto dos tesis, a saber, aquella según la cual el estándar debe fijarse a través de parámetros objetivos y, por el contrario, aquella que estima que lo adecuado es determinarla a partir de parámetros subjetivos. Veamos someramente cada una de estas dos teorías.

a. Parámetros objetivos.

Conforme a esta teoría, la falta de servicio se asimila a la noción actual de culpa del derecho civil, lo que significa que se aprecia in abstracto, realizando

una comparación entre la actividad efectiva del órgano administrativo y aquella que se debe esperar de él en un lugar y tiempo determinado.

Según Enrique Barros tanto la culpa civil como la falta de servicio “suponen un juicio objetivo de reproche sobre la base de un patrón de conducta: mientras en la culpa civil se compara la conducta efectiva del agente con el estándar abstracto de la conducta debida en nuestras relaciones recíprocas, en la falta de servicio tal comparación se efectúa entre la gestión efectiva del servicio y un estándar legal o razonable de cumplimiento de la función pública”¹⁴⁷.

La calificación de una conducta como falta de servicio depende de si el órgano (i) infringió un deber de prestar un servicio, o (ii) si habiendo ejecutado el servicio lo hizo tardía o imperfectamente.

En el primer caso, el juez debe determinar en qué casos el órgano de la Administración tiene el deber u obligación de prestar el servicio y, no solamente la facultad de prestarlo¹⁴⁸. Habiéndose determinado esto, la sola infracción del deber de actuación importa la falta de servicio del órgano.

El segundo caso es diferente, pues una vez que el servicio se prestó, para determinar si éste se ejecutó tardía o imperfectamente –según esta tesis- el

¹⁴⁷Barros Bourie, Enrique. 2008. Tratado de responsabilidad (...) op.cit., p. 506.

¹⁴⁸Barros Bourie, Enrique. 2008. Tratado de responsabilidad (...) op cit., p.510.

juez debe cuestionarse cuál es el nivel de servicio exigible al órgano en cuestión. Solo luego de comparar dicho nivel de exigencia con la prestación real y efectiva del órgano, el juez está en condiciones de evaluar si se incurrió en falta de servicio.

El nivel de prestación exigible –o, en otras palabras, el deber de cuidado con que debe actuar la Administración- tiene su fuente en el ordenamiento jurídico, en los usos normativos o en la construcción judicial.

En el mayor número de los casos el nivel de diligencia exigible a la Administración no se encuentra definido en la ley, por lo que es labor del juez construirlo, para lo cual debe valerse de parámetros y elementos objetivos. En efecto, según esta tesis, la calificación de una conducta como falta de servicio es una cuestión normativa¹⁴⁹ y por tanto, susceptible de ser controlada a través del recurso de casación.

De la misma forma que en la construcción de la culpa civil, “la *normalidad del servicio* tiene que ver con expectativas normativas de la comunidad: no se refiere a aquello que uno quisiera como servicio eficiente (que es un estándar

¹⁴⁹ Barros Bourie, Enrique. 2008. Tratado de responsabilidad (...) op.cit., p. 513.

que tiende al infinito y que daría lugar a responsabilidad estricta u objetiva en sentido propio), sino a aquello que se tiene derecho a esperar”¹⁵⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, Barros señala que “es inevitable que la calificación de ese nivel de servicio esté dada por consideraciones pragmáticas que consideran factores como la magnitud de los riesgos y el costo de establecer una medida de precaución eficiente. Pero también está dado por las convenciones que rigen en el tiempo y lugar acerca de lo que resulta exigible de la Administración como un servicio normal, atendida la riqueza relativa y las prácticas en la materia”¹⁵¹.

Esta tesis ha sido acogida en reiteradas ocasiones por la Corte Suprema en los últimos años.

Un ejemplo de ello es la sentencia dictada en causa rol 7930-2012¹⁵², en mayo del año pasado. En dicha oportunidad, al resolver un recurso de casación en el fondo interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado fundado en la ausencia de medios técnicos disponibles, la Excelentísima Corte al referirse a la falta de servicio señaló que:

¹⁵⁰Barros Bourie, Enrique. 2008. Tratado de responsabilidad (...) op.cit., p. 511.

¹⁵¹Barros Bourie, Enrique. 2008. Tratado de responsabilidad (...) op.cit., p. 511.

¹⁵²Ver Pizarro Wilson, Carlos. 2013. Falta de servicio. Apreciación in abstracto. Técnica exigible. Corte Suprema. 16 de mayo de 2013. Rol 7930-2012. Revista chilena de derecho privado (20): 221-223.

“La ponderación objetiva y abstracta de la falla resulta determinante, puesto que la visión restrictiva de la responsabilidad siempre buscará estarse a la situación precisa, sin atender a las motivaciones que excedan tal contexto. En cambio, la apreciación objetiva precisamente pondera las condiciones en que debió prestarse el servicio, las que compara con aquellas en que efectivamente se hizo (...) Así, ante un defecto en el obrar se podrá argumentar que no se atendió adecuadamente un requerimiento por no existir las condiciones técnicas o humanas; sin embargo, corresponde ponderar si en un servicio público moderno –en relación a la época en que se verifican los hechos- es factible que esas condiciones deban estar disponibles para actuar correctamente, aspecto que importará decidir si es o no factible prescindir de ellas. Esa es la determinación inicial, ante una acción u omisión que origina daño a un administrado se debe precisar si la Administración actuó, no lo hizo o lo hizo en forma tardía. El solo hecho de no actuar o hacerlo de manera tardía es suficiente para establecer la falta de servicio, su defensa se radicará en la ausencia de otro de los presupuestos de la responsabilidad. Cuando la Administración actuó se comparará ese actuar con el exigido a un servicio moderno para su época, conforme a los recursos técnicos y humanos con que debe contar. Es así que para el establecimiento de la falta de servicio, la jurisprudencia en forma concurrente ha procedido a efectuar una comparación entre la gestión efectiva del servicio y un estándar legal de cumplimiento de la función pública”.

b. Parámetros subjetivos.

Conforme a esta tesis el estándar de conducta debido, debe evaluarse en concreto, es decir, tomando en consideración todas las circunstancias que rodean la actuación del órgano administrativo.

Algunos de los elementos que, caso a caso, el juez debe valorar para determinar la concurrencia de la falta de servicio son los siguientes:

i. Grado de dificultad de la actividad administrativa.

El nivel o grado de dificultad que importa el ejercicio de la actividad emprendida por el órgano administrativo cuestionado es un criterio cuyo origen se encuentra en el derecho francés. En virtud de este criterio, si la actividad ejecutada por la Administración es de aquellas que importan un alto grado de dificultad, entonces sólo responderá si la falta en que incurre es considerada una falta grave.

En este sentido, Oelckers explica que “si existe una actividad muy dificultosa por parte de la Administración para realizarla, allí la responsabilidad surgiría solo si la falta ha sido grave, importante, manifiesta. En cambio si no existen las condiciones de dificultad, la exigibilidad debe ser menos e imputarse la

responsabilidad en razón de la mera falta, pero sin que ella pueda considerarse como normal. En definitiva, a mayor complejidad en la actividad administrativa, mayor exigibilidad a la falta de servicio”¹⁵³

Sin perjuicio de lo señalado, es conveniente señalar que este criterio está siendo abandonado por la jurisprudencia nacional.

ii. La gravedad de la falta.

Es necesario que la falta en que incurrió el órgano esté revestida de una cierta importancia o gravedad para hacerlo incurrir en falta de servicio, ya que pueden existir fallas propias o inherentes a determinadas actuaciones de la Administración y por tanto, consideradas como normales o permisibles.

En directa relación con el criterio anterior, Oelckers señala que un criterio que ayudaría a determinar la importancia de la falta es el grado de dificultad que implica la actividad administrativa¹⁵⁴.

¹⁵³Oelckers Camus, Osvaldo. 1998. La responsabilidad civil extracontractual (...) op.cit, p.351.

¹⁵⁴Oelckers Camus, Osvaldo. 1998. La responsabilidad civil extracontractual (...) op.cit., p. 350.

iii. Recursos financieros disponibles

Según esta variable, la actuación de la Administración debe ser valorada siempre en función de los recursos que se disponen. En consecuencia, se sostiene que no cabe imputar responsabilidad a la Administración cuando no cuenta con los recursos suficientes para llevar a cabo los deberes de actuación o cuidado cuya infracción se alega.

Al respecto, Pierry afirma que “(...) la aplicación indiscriminada de la teoría cada vez que se ocasione un daño a un particular por el mal funcionamiento de un servicio podría resultar ilusoria, atendidos las condiciones y los medios con que deben funcionar muchos servicios públicos en países donde no se cuenta con los recursos económicos adecuados”¹⁵⁵.

¹⁵⁵Perry Arrau, Pedro. Adaptación de varios artículos del mismo autor, en RDJ, Tomo XCII N°2, mayo-agosto 1995; Revista de Derecho Público Universidad de Chile N°59, enero-junio 1996, y portal de Internet del Consejo de Defensa del Estado de Chile (www.cde.cl). En: Bermúdez, Jorge. op.cit., p.613. En Derecho comparado, Santamaría Pastor, Juan Alfonso. 2002. Principios de Derecho Administrativo General. Volumen II. Tercera edición. Colección Ceura. Editorial Centro de Estudios Ramón Arecer., p. 482, también se pronuncia en este sentido. El autor español entiende que el órgano ha incurrido en un funcionamiento anormal cuando “la Administración ha actuado de manera técnicamente incorrecta, esto es, con infracción de los estándares medios admisibles de rendimiento y calidad de los servicios; en cada momento histórico, la actividad administrativa debe funcionar con arreglo a unos concretos parámetros de calidad, dependientes del nivel tecnológico, de la disponibilidad de recursos y del grado de sensibilidad social de los ciudadanos (que no son ni pueden ser los mismos, desgraciadamente, en los hospitales de Calcuta que en los de Ginebra)”.

iv. La previsibilidad del daño.

Si el daño causado es de aquellos que usualmente se generan con ocasión de dicha actividad y, por tanto, previsible para la Administración, entonces es mucho más fácil configurar la falta de servicio del órgano que si, por el contrario, el daño es imprevisible.

v. Circunstancias de modo, tiempo y lugar.

III. La Inactividad Administrativa.

En atención a que el supuesto de responsabilidad que nos propusimos analizar en esta parte de la memoria- a saber, la responsabilidad del Estado Administrador por falta de inspección- tiene como base para su procedencia la conducta omisiva de un órgano administrativo, a continuación abordaremos la omisión desde una perspectiva jurídica general.

1. La inactividad administrativa como elemento de la responsabilidad.

De la lectura de los artículos 38 inciso 1º de la Constitución y 4 de la LBGAE ya citados, se advierte que el órgano administrativo no sólo puede comprometer

su responsabilidad por una acción suya, sino que también por incurrir en una omisión, ya que no se establece alguna restricción al respecto.

Como hemos venido señalando, el elemento más básico de la responsabilidad patrimonial es la verificación de una acción u omisión de un órgano de la Administración del Estado. La hipótesis de responsabilidad por omisión es un poco más compleja que aquella que se deriva de una acción o una actuación positiva. En efecto, a diferencia de lo que sucede en los casos donde la sola actuación es capaz de comprometer la responsabilidad estatal, no cualquier omisión es idónea para aquello. De ahí que es necesario determinar qué requisitos debe cumplir una omisión para poner a la Administración en inactividad y ser susceptible, por tanto, de comprometer su responsabilidad.

2. Requisitos.

Al igual que la mayoría de los temas tratados en esta memoria –según hemos tenido la oportunidad de comprobar- la inactividad administrativa no ha sido mayormente abordada por la doctrina nacional, a diferencia del gran desarrollo que ha logrado esta materia en el Derecho comparado, particularmente en España¹⁵⁶.

156 Véase, por ejemplo, la gran obra del autor español Marcos Gómez Puente, denominada “La inactividad administrativa”

Esta situación es claramente problemática, dado que al no existir un concepto claro y unívoco de lo qué se entiende por inactividad administrativa y, por ende, cuáles son los elementos que la configuran, la responsabilidad del Estado Administrador puede verse comprometida ilimitada e injustamente al responder por cualquier omisión en la que incurra.

Para efectos de este trabajo nos remitiremos a los requisitos propuestos por el autor nacional Román Cordero¹⁵⁷, los cuales compartimos. Estos requisitos son dos, la omisión de una actividad material o jurídica y la infracción de un deber de actuación exigido por el ordenamiento.

Sin perjuicio de lo señalado, es necesario tener presente para la discusión, que para otros autores –entre ellos, el español Gómez Puente- la inactividad requiere de un elemento adicional a los expuestos en esta memoria, ya que no sólo exige la infracción de un deber legal de obrar, sino que requiere además que el cumplimiento de dicho deber sea materialmente posible. Con este requisito el autor incorpora un elemento subjetivo a la configuración de la inactividad, de modo que no sea posible responsabilizar a la Administración por omisiones de deberes no imputables a ella, ya sea por la ocurrencia de una fuerza mayor o porque no cuenta con los medios personales o materiales para

¹⁵⁷Román Cordero, Cristián. 2007. Responsabilidad del Estado por los daños sufridos por el usuario de una carretera concesionada, por inactividad administrativa en ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia. En *Contencioso Administrativo*, Editorial Porrúa, México D.F., pp. 363 y ss; Gómez Puente, Marcos. 1994. Responsabilidad por inactividad (...) op.cit., pp.140-145, establece tres elementos básicos: (1) la existencia de un deber legal de actuar (dar/hacer), (2) la omisión de la actividad jurídica o material debida y (3) que la actividad debida sea materialmente posible.

cumplir con el mandamiento legal. En este contexto, Gómez Puente explica que el nivel de servicio que se puede exigir a la administración y por tanto, la posibilidad o imposibilidad del cumplimiento del deber, debe ser evaluado en concreto, dependiendo de la realidad del momento en que se incurrió en la omisión, tomando en consideración los avances tecnológicos, la situación social y económica y otros factores que rodean y condicionan la actividad de la Administración¹⁵⁸.

La exigencia de este elemento adicional se entiende en un sistema de responsabilidad objetivo como el español o el chileno, según una interpretación efectuada por una parte de la doctrina- la cual no compartimos- donde de no ser así la Administración terminaría respondiendo de todo daño causado con ocasión de la infracción de un deber, aunque ésta se hubiese visto impedida material y fácticamente de cumplir el deber de actuación, transformándose prácticamente en un ente asegurador de daños.

Por el contrario, en un sistema de responsabilidad de corte subjetivo como el nuestro, en el sentido de que es necesario acreditar la existencia de la culpa o falta del servicio, requerir que el cumplimiento del deber sea materialmente posible es totalmente innecesario y redundante. En efecto, es la falta de

¹⁵⁸Gómez Puente, Marcos. 1994. Responsabilidad por inactividad (...) op.cit., p.144.

servicio la que incorpora dicho requisito en su apreciación.

Aclarado el punto anterior, pasaremos a revisar los elementos que -según nuestra perspectiva- conforman la inactividad administrativa.

a. Omisión de una actividad material o jurídica.

En el núcleo o esencia de la inactividad administrativa se encuentra la inercia, la pasividad o la desatención en que debe incurrir la Administración en orden a no ejecutar una actividad determinada.

Al respecto, el autor español Gómez Puente distingue entre dos tipos de omisiones: (i) La omisión absoluta, que se presenta cuando hay ausencia total de actividad por parte de la Administración y (ii) la omisión parcial, que tiene lugar en aquellos casos en que la actividad es desempeñada de manera deficiente, sin lograr satisfacer el contenido impuesto por el deber de actuación exigido por el ordenamiento jurídico¹⁵⁹.

¹⁵⁹Gómez Puente, Marcos.1994. Responsabilidad por inactividad (...) op.cit., p.142.

b. Infracción de un deber jurídico de actuación.

Ahora bien, para que exista inactividad no basta la omisión de una actividad material o jurídica, sino que, además, ésta debe necesariamente importar la infracción a un deber de actuación exigido por el ordenamiento jurídico. Desde luego, no existe algo tal como un deber genérico de actuación que obligue a la Administración a impedir todos los daños y perjuicios que pudieren afectar a los ciudadanos.

En este sentido, Gómez Puente señala que la existencia de un deber legal de actuar “es el presupuesto sobre el que debe forzosamente descansar cualquier teorización jurídica de la inactividad”¹⁶⁰. Así lo sostiene también Vicente Aguado I Cudola, para quien el problema de la inactividad radica en fijar o determinar un deber genérico en relación a un sujeto o a una serie de sujetos, así como el alcance del comportamiento exigible a la Administración¹⁶¹.

Para Román Cordero la infracción de un deber de actuación exigido por el ordenamiento jurídico importa dos consecuencias:

¹⁶⁰Gómez Puente, Marcos. 1994. La responsabilidad por inactividad (...) op.cit., p.140.

¹⁶¹Aguado I Cudola, Vincenç. 2001 El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A, Madrid.17p.

“i) Hay actividad negativa en la medida que la Administración incumpla un deber de actuación. Al contrario, una inactividad que no importa la violación a un deber jurídico es irrelevante, en principio. A igual conclusión se ha llegado en el derecho penal. ii) La antijuricidad es un elemento consustancial a la actividad negativa; razón por la cual, no existe actividad negativa lícita”¹⁶².

A mayor abundamiento, el deber jurídico de actuación se presenta de dos formas en nuestro ordenamiento, a saber, como un deber jurídico específico y como un deber jurídico genérico. Esta distinción es relevante, ya que la infracción al deber de actuación y, por tanto, la misma inactividad, se configura de forma distinta, dependiendo si el deber es específico o genérico. Veamos la explicación a continuación.

i. Deber jurídico específico.

Podemos reconocer este tipo de deber en todos aquellos casos en que una norma impone expresamente a la Administración un deber de actuación determinado.

¹⁶²Román Cordero, Cristián. 2007. Responsabilidad del Estado por los daños sufridos (...) op.cit.,p. 364. En el mismo sentido Gómez Puente, Marcos. 1994. La responsabilidad por inactividad (...) op.cit., pp.149 y ss.

En los casos de infracción de un deber de este tipo, la mera pasividad o la realización de una actuación distinta a dicho deber hace incurrir inmediatamente al órgano administrativo en inactividad¹⁶³.

Un ejemplo de deber específico se encuentra contenido en el artículo 174 inciso 5° de la Ley de Tránsito¹⁶⁴ que dispone: “La Municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que *sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización (...)*”.

Dicho esto, es viable concluir que el cumplimiento de la norma que contiene un deber específico se constituye en una obligación para el órgano administrativo, cuya infracción lo pone automáticamente en inactividad.

ii. Deber jurídico genérico.

En este caso el deber de actuación no se encuentra establecido en términos expresos si no que está prescrito de tal manera que le concede a la Administración cierta libertad de actuación, encomendándole a ésta la decisión acerca cuándo intervenir o actuar y de qué modo hacerlo.

¹⁶³Román Cordero, Cristián.2005. Inactividad Administrativa y Responsabilidad del Estado. Revista de Derecho Público (67):411.

¹⁶⁴Dicho artículo corresponde al artículo 169 del DFL 1 que fijó el texto sistematizado de la Ley de tránsito.

Así como el deber específico es equivalente a una obligación, el deber genérico se identifica con el ejercicio de una facultad administrativa, la forma en que el legislador –por regla general- establece las competencias de los órganos de la Administración.

En cuanto a su reconocimiento, es posible identificar los deberes genéricos en las normas que confieren atribuciones, finalidades, objetivos o funciones a un órgano administrativo.

Al contrario de lo que sucede en los casos de infracción o incumplimiento de un deber específico, la infracción de un deber genérico no importa per se la inactividad del órgano administrativo. La pregunta que surge, entonces, es ¿cuándo la infracción de un deber genérico importa la inactividad de la Administración?

En la primera parte de esta memoria advertimos –a propósito de la arista discrecional que caracteriza a la potestad inspectora en su fase inicial- que por mucho que a los órganos administrativos se le concedan ciertos espacios de discrecionalidad en sus actuaciones, jamás tienen una libertad de acción plena en el ejercicio de sus potestades, ya que todas éstas se encuentran subordinadas al interés público y al cumplimiento de las funciones para las cuales fueron establecidas.

Lo que queremos decir con esto es que la infracción de un deber establecido en términos genéricos también puede implicar la inactividad del órgano del administrativo, y eventualmente comprometer su responsabilidad, siempre y cuando la omisión de dicho deber – entendido como facultad, atribución, función- transgreda los fines para los cuales fue establecido.

En este mismo sentido se pronuncia el autor Gómez Puente, para quien “a falta de concreción de los deberes, la adherencia de la Administración a los fines que justifican su potestad, la función, puede servir de parámetro para valorar la legalidad del ejercicio o de la falta de ejercicio de potestades administrativas. Esto es, puede servir de parámetro para aclarar la existencia de un deber legal de obrar, tanto en relación con la actividad jurídica o formal como con la actividad material”¹⁶⁵.

En estos casos, el juez debe determinar cuándo la infracción de un deber genérico importa la inactividad de la administración del órgano. Para aquello, debe establecer, ex post, conforme a un criterio de razonabilidad, el deber de actuación que le empece a la Administración y cuya infracción la coloca en

¹⁶⁵Gómez Puente, Marcos. 1994. Responsabilidad por inactividad (...) op.cit., p.141; En este sentido Román Cordero, Cristián. 2005. Inactividad administrativa (...) op.cit., p.411, señala que “corresponde al juez, con criterio de razonabilidad, fijar, en atención a las funciones exigidas al órgano de la Administración, el deber de actuación cuya infracción importa actuación negativa –conocida también como estándar mínimo”. También Perrino, Pablo Esteban. 2013. La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (23):57.

inactividad¹⁶⁶. En el fondo, e indirectamente, lo que hace el juez al establecer si la Administración tenía la obligación de actuar, en el caso específico sometido a su conocimiento, es comprobar si la decisión de no actuar de la Administración excedió o no su legítimo ámbito de discrecionalidad concedido por la ley. Para tal cometido, debe tener en cuenta- según expresamos- los fines para los cuales fue establecida la potestad que el órgano administrativo omitió ejercer.

Por ejemplo, en la causa “Rivero Araneda con Ilustre Municipalidad de la Unión”¹⁶⁷ es posible apreciar con claridad la construcción de un deber de actuación a partir de las funciones genéricas encomendadas a la Municipalidad por la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades:

“(...) de la circunstancia establecida en el proceso de haber quedado la casa de la demandante, a consecuencia de la pavimentación de la calle, en la situación de anegarse por el derrame de las aguas lluvias se infiere que la municipalidad no cauteló que en esas obras se observaran los estándares mínimos requeridos para prevenir el daño provocado, pues según las normas legales aplicables, debe entenderse que pertenece a la función pública de las

¹⁶⁶Román Cordero, Cristián. 2007. Responsabilidad del Estado por los daños sufridos (...) op.cit., p. 364.

¹⁶⁷ Sentencia de la Corte Suprema (3.05.2001). Rol 3176-2000, citada en Román Cordero, Cristian. 2007. Responsabilidad del Estado por los daños sufridos (...) op.cit., p. 364.

municipalidades evitar que un defecto de pavimentación tan evidente llegue a provocar perjuicios de esa gravedad a algunos de los vecinos (...)”

Del análisis de los deberes específicos y genéricos, es posible observar que la labor que realiza el juez para dar por configurada la inactividad es mucho más compleja y activa ante la infracción de un deber genérico que de uno específico, pues “mientras que la determinación de si una autoridad administrativa incumplió un mandato expreso y determinado puede resultar una tarea sencilla para los jueces, ya que basta confrontar la conducta desplegada con la que fue predeterminada normativamente, no suele ocurrir lo mismo cuando se atribuye la violación de un mandato indeterminado producto de una potestad discrecional, en cuyo marco, en algunos casos, no actuar puede ser una de las distintas decisiones válidas que en uso de esa potestad discrecional de la Administración puede adoptar”¹⁶⁸.

3. Tipos de Inactividad.

Con el propósito de simplificar el estudio de esta materia, la doctrina ha identificado distintas formas de expresión de la inactividad administrativa¹⁶⁹.

¹⁶⁸Gómez Puente, Marcos. 1997. La inactividad de la Administración. 3ª Ed. Aranzadi. p.58.

¹⁶⁹Además de la clasificación expuesta en esta memoria está la propuesta por Alejandro Nieto en :“La inactividad material de la Administración: veinticinco años después”, quien tipifica la inactividad en cuatro grupos: (i) Inactividad formal o silencial;(ii) inactividad material negativa (que podría ser jurídica o fáctica dependiendo de si presupone o no la existencia de un acto administrativo previo) ;(iii) inactividad material positiva (cuando la administración no quiere dejar de realizar actividades ilegales) e (iv) inactividad de

Para estos efectos, utilizaremos la clasificación tradicional que organiza la inactividad administrativa en dos grandes grupos, a saber, la inactividad formal y la inactividad material, las que a su vez se clasifican en pequeños sub grupos.

A continuación haremos una breve referencia sobre cada clasificación y la forma concreta en que se manifiestan los diferentes tipos de inactividad.

a. Inactividad formal.

Este tipo de inactividad se verifica cada vez que la Administración no efectúa una declaración jurídica o una manifestación de voluntad legalmente requerida¹⁷⁰.

A su vez, atendiendo a la naturaleza de la declaración y a sus efectos jurídicos, este tipo de inactividad se sub-clasifica en:

efectos trilaterales (los efectos de la inactividad repercuten en terceros). En una publicación posterior efectúa una nueva clasificación ("La inactividad de la Administración", en Ponènces del Seminari de Dret Local. Setena edició del Seminari (Curs 94-95), Barcelona, 1996) entre inactividad formal (dentro de un procedimiento administrativo), material originaria o prestacional e inactividad resistencial o no cumplimiento de las sentencias de tribunales contenciosos-administrativos. Por su parte Jesús González Pérez establece las siguientes modalidades: (i) la no decisión del procedimientos incoados a petición de los interesados; (ii) la pasividad ante la denuncia de los administrados; (iii) No adopción de las medidas adecuadas (daños derivados de accidentes de circulación por mal estado o deficiente señalización de las vías públicas, el deficiente servicio de un centro sanitario, mal funcionamiento de las prisiones, entre otros) en: Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, Editorial Civitas. Madrid. 1996.

¹⁷⁰Román Cordero, Cristián. 2005. Inactividad Administrativa (...), op.cit., p. 412.

i. Inactividad formal normativa.

Este tipo de inactividad “se integra por cuantas declaraciones unilaterales de voluntad destinadas a innovar en el ordenamiento jurídico resulten del ejercicio de la potestad reglamentaria de que dispone <<ex lege>> la Administración”¹⁷¹. En otras palabras, se verifica cada vez que la Administración no cumple con su deber de dictar normas u otras disposiciones de carácter general.

ii. Inactividad formal singular.

Consiste en realizar declaraciones unilaterales de voluntad, juicio o conocimiento en ejercicio de potestades administrativas diferentes a la reglamentaria y en orden a la producción de un efecto jurídico determinado¹⁷².

iii. Inactividad formal convencional.

Este tipo de inactividad “tiene lugar cuando junto con una declaración de voluntad de la Administración concurre la de otro u otros sujetos, públicos o privados, todas dirigidas a la consecución de un determinado efecto jurídico”¹⁷³.

¹⁷¹Gómez Puente, Marcos. 1997. La inactividad (...), op.cit., p.65

¹⁷²Ibíd., p.65. Por su parte, el profesor Román distingue tres hipótesis de este tipo de inactividad: “(i) La falta de decisión –acto administrativo terminal- en un procedimiento administrativo incoado a instancia de un particular, (ii) inactividad de incoar –de oficio-un procedimiento administrativo, cuando le es debido a la Administración en razón de sus potestades, (iii) inactividad en la ejecución de un acto administrativo, esto es, cuando no se incoan los procedimientos administrativos previstos para compeler su cumplimiento” en Román Cordero, Cristián.2005. Inactividad Administrativa (...) op.cit., p.413.

b. Inactividad material.

Este tipo de inactividad se presenta en el ámbito extra jurídico, es decir, en todas aquellas omisiones de deber que no implican una declaración o manifestación jurídica de voluntad por parte de la Administración, sino que un acto material.

El autor Gómez Puente la define como “la omisión ilegal de actuaciones materiales, físicas o intelectuales, de alcance externo, sin naturaleza jurídica, que constituyen la prestación de un servicio o realizan la voluntad administrativa u otros objetivos e intereses públicos”¹⁷⁴. A su vez, el autor distingue tres tipos de manifestaciones de la inactividad material, la inejecución de actos administrativos, la inejecución de sentencias y la inactividad prestacional.

La inactividad material es el tipo de inactividad que con mayor frecuencia compromete la responsabilidad de la Administración. Los casos más recurrentes de inactividad material que es posible observar en la jurisprudencia y que comprometen la responsabilidad del Estado Administrador son: el mal estado de las vías públicas, la falta de señalización de las mismas que advierta la ocurrencia de peligros, el suicidio de pacientes con facultades mentales

¹⁷³Gómez Puente, Marcos.1997. La inactividad de la Administración (...) op.cit., p.65.

¹⁷⁴Gómez Puente, Marcos. 1994. Responsabilidad por inactividad (...) op.cit., p.180.

distorsionadas en hospitales públicos en los que se encuentran bajo supervisión de funcionarios públicos, las riñas entre reos en establecimientos penitenciarios con resultado de lesiones, etc.

Además de estos casos, la hipótesis de responsabilidad que revisaremos en esta segunda parte de la memoria –la responsabilidad de la Administración por falta de inspección- es precisamente un caso de inactividad material. Desde luego, en términos generales, se verifica este caso de inactividad material cuando la Administración no ejerce las potestades de inspección que el ordenamiento jurídico le concede para evitar los daños causados en el ámbito respectivo, es decir, el órgano competente no ejercer las potestades específicas de requerimiento de información, no cita a declarar a sus supervisados, o bien –que es el caso específico que nos interesa- no constata en terreno la sujeción del sujeto controlado al ordenamiento jurídico vigente.

IV. La inactividad administrativa como presunción de falta de servicio.

Tradicionalmente se ha entendido por la doctrina, y ha sido plasmado por la jurisprudencia de nuestros tribunales¹⁷⁵, que la sola omisión de un deber

¹⁷⁵Por ejemplo, en causa rol 1868-2013 (5.11.2013) de la Excelentísima Corte Suprema se sostuvo que: “El solo hecho de no actuar o hacerlo de manera tardía es suficiente para establecer la falta de servicio, sin embargo, en tal hipótesis la defensa de la administración radicará en la ausencia de otro de los presupuestos de la responsabilidad. Cuando la Administración actuó se comparará ese actuar con el exigido a un servicio moderno para su época, conforme a los recursos técnicos y humanos con que debe contar”. Ver anexo N°6.

exigido por el ordenamiento jurídico constituye al órgano administrativo en falta de servicio. Es decir, la inactividad sería per se una manifestación de anormalidad en el funcionamiento del servicio, bastando su ocurrencia para configurar la falta de servicio del órgano respectivo. Basta recordar la trilogía expuesta por nuestros tribunales en la cual uno de los presupuestos de la falta de servicio lo constituye el hecho de “no haber actuado debiendo hacerlo”.

En este sentido, en el caso de estudio, bastaría con que el órgano competente no haya efectuado una fiscalización sobre el particular causante material del daño para imputarle falta de servicio.

En derecho comparado, el autor español Gómez Puente se ha pronunciado de esta forma al afirmar “que la inactividad constituye una fuente de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos y que en la determinación de ésta no es posible prescindir de la idea de culpabilidad o ilicitud de la Administración”¹⁷⁶.

Sin embargo, ya advertimos al lector que la opinión del autor señalado se debe analizar y comprender bajo el contexto de un sistema de responsabilidad de

¹⁷⁶Gómez Puente, Marcos. 1994. Responsabilidad por inactividad (...) op.cit., p.149; También el autor argentino Beltrán Gambier, 1991. Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión a la luz de la jurisprudencia. Revista de Derecho Público, (49): 626, para quien “en líneas generales, la omisión generadora de responsabilidad se encuadra principalmente dentro del presupuesto denominado tradicionalmente como falta de servicio”. En este mismo sentido Perrino Pablo E. 2013. La responsabilidad del Estado (...) op.cit.

corte objetivo, como lo es el español. Así, se entiende que su concepto de inactividad administrativa incorpore un elemento subjetivo contextualizador – a saber, la exigencia de que el deber a cumplir por la administración sea materialmente posible para ésta- lo que –como ya expusimos- es innecesario en un sistema de corte subjetivo como el nuestro en donde la falta de servicio, como criterio de imputación general de nuestro ordenamiento- exige justamente ese requisito.

Así las cosas, teniendo presente que – a nuestro juicio- la inactividad administrativa sólo exige para su configuración la omisión que importa infracción de un deber estipulado en el ordenamiento jurídico, no es posible afirmar que ésta es por sí sola capaz de constituir al órgano en falta de servicio. ¿Por qué? Pues, porque si se asume que la falta de servicio debe ser apreciada o valorada en concreto-como es nuestro caso- constituir al órgano en falta de servicio por la sola infracción del deber importa dejar de valorar circunstancias relevantes que rodearon el actuar de la administración e impidieron la ejecución del deber mandado, obteniendo resultados injustos.

Sin perjuicio de aquello, considerando los elementos que conforman la inactividad, estimamos que al menos debiese ser constitutiva de una presunción de falta de servicio del órgano, la que puede ser enervada por éste acreditando el cumplimiento del deber, la existencia de una fuerza mayor

(irrupción de un suceso imprevisible o irresistible que le impidió ejecutar el deber exigido), o acreditando que el incumplimiento se debió a la ausencia de recursos o medios personales disponibles, entre otros.

De lo dicho se sigue que si bien es cierto que una falta puede tener origen en la omisión de un deber, es impreciso sostener que toda omisión de un deber constituye al órgano en una falta de servicio.

Nuestra teoría se refuerza y adquiere plena vigencia en el artículo 38 de la Ley 19.966 que Establece un régimen de garantías en salud. Este precepto que establece la falta de servicio como criterio de imputación de los órganos de la Administración en materia sanitaria señala textualmente que:

“Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio. El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio”

De dicho precepto se infiere que la inactividad y la falta de servicio son dos elementos constitutivos de la responsabilidad diferentes, pues para comprometer la responsabilidad del Estado se exige al particular acreditar además de la “omisión”, la falta de servicio del órgano. De ese modo, debemos

entender que por un lado, está la conducta generadora del daño y por otro, el criterio de imputación- y en consecuencia dichos elementos deben analizarse separadamente, sin perjuicio de que la inactividad constituye una presunción de falta de servicio¹⁷⁷.

El autor nacional Osvaldo Oelckers también es de la opinión de que la inactividad no constituye per se al órgano administrativo en falta de servicio. En efecto, al hacer alusión a la clásica trilogía que contiene los presupuestos para la aplicación de la falta de servicio- entre ellos, la hipótesis de que el daño sea producto de una omisión cuando existe un deber funcional de actuar, es decir, cuando incurre en actividad- agrega como condición para que se configure la falta de servicio y por tanto, la administración quede obligada a la indemnización de los daños, que: la falta revista cierta gravedad, que sea el origen directo del daño y que no medie una causa que exonere a la Administración¹⁷⁸.

Más allá de que estemos de acuerdo o no con la exigencia de que la falta revista cierta gravedad para configurar la falta de servicio del órgano, lo cierto es que este autor reconoce una diferencia entre la inactividad y la falta de

¹⁷⁷ En este sentido se pronuncia Román Cordero, para quien “a la víctima corresponde demostrar la ocurrencia de la falta de servicio. Basta para ello que pruebe sólo la fase externa, es decir, el incumplimiento del deber de actuación o cuidado, ya que de ella se presume la fase interna y, por consiguiente, la falta de servicio”. En: Román Cordero, Cristián. 2005. Inactividad Administrativa y Responsabilidad del Estado (...) op.cit., p.420.

¹⁷⁸ Oelckers, Osvaldo. 1998. La responsabilidad civil extracontractual del Estado (...) op.cit., p.349.

servicio y es de la tesis conforme a la cual la apreciación de la falta de servicio debe efectuarse en concreto, de la misma forma en que lo hemos señalado en esta memoria.

En cuanto a la materia que nos convoca, lo anteriormente expuesto se traduce en que la falta de fiscalización de una actividad generadora de daño no necesariamente implica una falta de servicio por parte del órgano respectivo, aunque sí constituye una presunción de ésta.

CAPÍTULO IV RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ADMINISTRADOR POR FALTA DE SERVICIO FRENTE A LA OMISIÓN DE SUS DEBERES DE INSPECCIÓN.

I. Planteamiento del problema.

Si bien el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado Administrador ha sido latamente tratado por la doctrina nacional, su estudio se ha enfocado casi únicamente en la controvertida discusión sobre la naturaleza del sistema de responsabilidad que acoge nuestro ordenamiento –si es objetivo o subjetivo– dejando de lado otras cuestiones relevantes y prácticas que merecen una mayor dedicación. Este es justamente el caso de la responsabilidad que le cabe al Estado Administrador por la omisión de sus potestades de inspección.

Esta temática que para los estudiosos del Derecho Administrativo nacional no ha despertado aún mayor interés, es un tema que tiene plena vigencia en nuestra realidad nacional. Sin ir más lejos, en el último tiempo, se han cuestionado duramente las facultades fiscalizadoras de la Administración, a partir de casos tan mediáticos como el accidente de los mineros, el escándalo de La Polar y el denominado caso Inverlink, entre otros.

Con razón, la opinión pública se pregunta ¿Dónde estaban los órganos encargados de fiscalizar a dichos privados que no fueron capaces de impedir los daños causados?, que el daño se produzca antes sus narices teniendo las facultades necesarias para evitarlo, ¿no los convierte también en responsables del daño causado por el particular? Estas son algunas de las preguntas que, ingenua y naturalmente, se hacen la mayoría de los ciudadanos frente a este tipo de situaciones y que, aunque intuitivas, sí tienen un fundamento jurídico de trasfondo.

En la práctica, los casos más recurrentes de demandas al Estado por falta de fiscalización se dan a propósito de los accidentes ocurridos en carreteras concesionadas¹⁷⁹. En la oportunidad correspondiente, la Corte Suprema ha rechazado sistemáticamente las demandas en contra del Estado por la falta de fiscalización o inspección de los deberes y obligaciones de la concesionaria, acogiendo la infaltable excepción perentoria de falta de legitimación pasiva alegada por el Consejo de Defensa del Estado, cuyo fundamento se encontraría en el artículo 35 del Decreto Supremo N°900, ya citado, según el cual el concesionario responde de todos los daños, a menos que estos sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas.

¹⁷⁹ Ver anexo, fallo n°1, Gladys Valck, sentencia del 2º Juzgado Civil de Santiago, (6.9.2007), Rol C-1486-2003; fallo n°2, Ayala Álvarez con Fisco de Chile y otros¹⁷⁹ (Sentencia de la Corte Suprema (5.11.2013), Rol 9163-2012).

Sin norma expresa que limite la responsabilidad, esta situación se repite en otros ámbitos, pues los tribunales –en general- se han mostrado bastante reticentes a responsabilizar a la Administración por la falta de fiscalización u omisión de sus potestades inspectoras argumentando fundamentalmente la ausencia de falta de servicio o de relación causal entre la omisión administrativa y el daño sufrido por el particular¹⁸⁰.

En efecto, no hay dudas de que esta hipótesis de responsabilidad se escapa un tanto de las premisas tradicionales que rigen la responsabilidad del Estado Administrador, pero aquello no es un motivo para conceder al Estado una parcela de irresponsabilidad en el ejercicio de la potestad inspectora, situación que - como vimos- la garantía institucional de responsabilidad establecida en la Constitución lo impide. No se debe olvidar que cualquier acción u omisión es idónea para comprometer la responsabilidad del Estado.

La singularidad que tiene este tipo de responsabilidad es que el daño no es ocasionado materialmente por el órgano fiscalizador sino que por el particular que se encuentra bajo la órbita de control de la Administración. Así las cosas, en muchas ocasiones, los jueces descartan la responsabilidad por falta de relación causal entre el daño y la omisión del órgano administrativo. Tal solución es- en nuestra opinión- incorrecta, ya que ante una situación particular

¹⁸⁰Ver en el anexo fallo N° 5, “Vergara Lomboy con Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota y otros”.

como ésta se requiere la aplicación de otras reglas especiales en sede de causalidad, distinta a la exigencia de una causa directa y necesaria, según veremos más adelante.

En términos generales, si bien no es posible sostener a priori la irresponsabilidad del órgano administrativo, tampoco es nuestra intención afirmar que cada vez que la actividad del sujeto controlado causa daños a terceros, el Estado es responsable de aquellos por omisión de sus potestades de inspección. Tanto la irresponsabilidad general, según observamos, como la responsabilidad del Estado ante todo evento, son soluciones que generan consecuencias indeseadas. Desde luego, afirmar la responsabilidad del Estado cada vez que un sujeto privado sometido a su inspección causa un daño, significa, según acertadamente lo expone Román Cordero, “transformar al Estado en una especie de asegurador del usuario y, peor aún, del [sujeto controlado]; genera una distribución perversa de la riqueza; no incentiva un comportamiento adecuado y prevenido por parte de la Administración del Estado que evite la ocurrencia del daño, fin último de toda responsabilidad; y finalmente, nos coloca en una suerte de paradoja, ya que conforme a esta tesis el Estado subsidiario sería más responsable que el Estado de bienestar, en circunstancias que lo lógico sería que fuera al revés”¹⁸¹.

¹⁸¹Román Cordero, Cristian. 2006. Responsabilidad patrimonial del la Administración del Estado (...) op cit., p. 237.

En nuestra opinión, la Administración es susceptible de comprometer su responsabilidad por omisión de sus potestades de inspección en aquellos casos en que, de conformidad a las reglas generales que rigen nuestro ordenamiento en materia de responsabilidad del Estado Administrador, la omisión de dicha potestad configure un presupuesto de inactividad que pueda ser imputable a la falta de servicio del órgano respectivo, concurriendo además todos los elementos típicos de la responsabilidad patrimonial¹⁸².

A continuación, apoyándonos en los fundamentos jurídicos expuestos el capítulo anterior, desarrollaremos nuestra postura.

II. La omisión de la potestad inspectora: Una hipótesis de inactividad.

Según el marco teórico expuesto sobre inactividad administrativa, es posible advertir que en la medida que exista un deber de inspección la omisión de este puede hacer incurrir a la Administración en inactividad.

De acuerdo a lo observado, los deberes, cuya infracción hacen susceptible a la Administración de incurrir en inactividad varían en alcance y determinación. Mientras en algunos casos el ordenamiento se encarga de estipular el deber en forma precisa y determinada (deber específico), en otros, en cambio, el deber

¹⁸²Ocurrencia de un daño efectivo y cierto, susceptible de ser evaluado pecuniariamente y relación causal entre éste y la inactividad imputable a falta de servicio del órgano inspector.

se encuentra en términos difusos o genéricos (deber genérico). Esta diferenciación es fundamental para determinar la responsabilidad del Estado ante su infracción.

En nuestra opinión no es posible catalogar genéricamente al deber de inspección, en específico o genérico, sino que es preciso para ello atender primeramente a la relación que une a la Administración con el sujeto fiscalizado.

De este modo, en aquellos casos en que los sujetos se encuentran en una relación de sujeción especial con la Administración, ya sea porque están vinculados a través de un contrato u otro título que les permite realizar actividades de servicio público o propias de la Administración, es posible hablar propiamente de un deber específico. En cambio, en la otra gran parte de los casos en que los sujetos se encuentran en una relación de sujeción general, sin un vínculo particular que los una con la Administración más que la sujeción, estamos en presencia de un deber genérico de inspección.

Así pues, la configuración del deber de inspección impuesto a la Administración debe ser distinta dependiendo del régimen de sujeción al que se encuentra adscrito el sujeto inspeccionado, ya que el vínculo y las obligaciones que se generan en uno y otro caso claramente no tienen la misma intensidad. De ahí

que en los casos de relación de sujeción especial la exigencia de fiscalización sea mucho más estricta y por tanto, el deber sea de más fácil configuración que en los supuestos de sujeción general.

En efecto, a pesar de que en abstracto el deber de inspección se presenta en nuestro ordenamiento como un deber genérico en atención a que emana de la titularidad de una potestad funcional y discrecional desde el punto de vista de su puesta en marcha, como lo es la potestad inspectora¹⁸³, consideramos que la relación de sujeción especial que en algunos casos existe entre el sujeto controlado y la administración es suficiente para alterar la naturaleza de este deber.

Veamos, a continuación, la determinación y alcance del deber de inspección en estos dos tipos de relación.

1. Relación de sujeción especial.

Si la relación es de sujeción especial como acontece en general con los co-contratantes de la Administración, verbi gracia, el contratista de obra pública, el concesionario de obra pública o el concesionario de servicio, la potestad

¹⁸³ Así lo ha reconocido, en otros autores, Gómez Puente, Marcos. 1994. La inactividad (...) op.cit., p.58, quien señala que “este deber legal de actuar puede resultar tanto del reconocimiento expreso de una obligación administrativa de hacer como de una facultad administrativa (por ejemplo, la titularidad de una potestad funcional”.

inspectora de la Administración, cuyo ejercicio importa la titularidad de una potestad funcional, adquiere el carácter de un deber específico, de tal forma que su infracción puede dar origen a responsabilidad¹⁸⁴.

Según la clasificación de deber propuesta, nos encontramos ante un tipo de deber cuya infracción es por sí sola suficiente para poner al Estado en inactividad.

A nuestro juicio, a diferencia de lo que acontece en las relaciones de sujeción general, la naturaleza pública de la actividad que el concesionario o contratista presta a los ciudadanos es motivo suficiente y determinante para considerar que los poderes de vigilancia que ésta ostenta sobre ellos adquieren la fuerza de un deber específico y no meramente genérico como debería ser en atención a que las potestades de inspección son, desde el punto de vista de su puesta en marcha, discrecionales.

En este sentido Fernández Ramos afirma que “al tratarse de una actividad sobre la cual la Administración retiene la titularidad, ésta conserva la

¹⁸⁴ En España, si bien para un sector mayoritario de la doctrina los daños causados por los concesionarios o contratistas son imputables exclusivamente a los mismos, salvo que tengan su origen en alguna cláusula u orden administrativa o en el ejercicio de una potestad pública específicamente delegada, un sector significativo ha quebrado este principio ampliando la responsabilidad de la Administración a los casos en que exista culpa o negligencia en el ejercicio de sus potestades inspectoras. Así, se ha reconocido que la Administración puede comprometer su responsabilidad patrimonial por los daños causados por concesionarios y demás contratistas cuando éstos pudieron ser evitados por medio del ejercicio de sus poderes de inspección. Estas posturas se desarrollan en extenso en De Ahumada Ramos, Francisco Javier. 2004. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: Elementos estructurales: Lesión de derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos. 2ª Ed. Navarra, Editorial Aranzadi. pp. 453 p y ss.

responsabilidad sobre la misma y, por esta razón, la función de control es particularmente intensa, puesto que la Administración no sólo debe garantizar el cumplimiento estricto de la legalidad, sino también el adecuado ejercicio de la actividad, de modo que la actuación inspectora puede extenderse a aspectos tales como la continuidad y regularidad en la prestación del servicio, o el cumplimiento de determinados estándares de calidad”¹⁸⁵.

2. Relación de sujeción general.

El caso de los sujetos sometidos a inspección que se encuentran vinculados con la Administración por medio de una relación de sujeción general- como ocurre por ejemplo con las empresas constructoras, las sociedades de inversión, los locales comerciales, los restaurantes, etcétera- es sustancialmente distinto al anterior. Aquí no existe ningún vínculo entre la Administración y el particular que justifique ser más estrictos al calificar el tipo de deber que le empece a la Administración.

Así las cosas, nos encontramos en presencia de un deber genérico, pues -tal como lo definimos en la primera parte de esta memoria- la Administración cuenta con márgenes de discrecionalidad que le permiten decidir cuándo y respecto de quiénes iniciar una inspección. De esta forma, no actuar es una de las distintas decisiones que en uso de su potestad discrecional la

¹⁸⁵Fernández Ramos, Severino. op.cit., p.91.

Administración puede válidamente adoptar¹⁸⁶. Es justamente por esta razón que la falta de fiscalización, y en general la omisión de los deberes genéricos, no pone automáticamente a la Administración en inactividad.

Según advertimos, esto no quiere decir que la omisión de un deber genérico no pueda devenir en inactividad, dicha solución no podría ser más injusta y contraria a derecho. En ocasiones, la decisión de no actuar puede ocultar la pereza, la ineficiencia o el abandono de los deberes que le impone el ordenamiento jurídico a la Administración. Dando como ejemplo precisamente la falta de ejercicio de los poderes de inspección-sanción, Gómez Puente se refiere al abuso de las potestades discrecionales por parte de la Administración y afirma que ésta suele ampararse en dichas potestades para ocultar la comisión de actos arbitrarios e ilegales.¹⁸⁷

En razón de lo anterior, conforme señalamos al caracterizar el deber genérico, es labor del juez determinar –a través de una valoración ex post- en qué situaciones la Administración, más allá de la potestad discrecional que ostenta, infringe un deber de actuación específico de inspección y, por tanto, su omisión la pone en un supuesto de inactividad por cuyas consecuencias puede, eventualmente, responder.

¹⁸⁶René, Chapus, Droit administratif général, 11^a ed., Montchrestien, París, 1997, p.950. En: Perrino, Pablo E. 2013. La responsabilidad Estado por omisión (...) op.cit, p.58.

¹⁸⁷Gómez Puente, Marcos. 1997. La inactividad de la Administración (...) op.cit., pp.97-98.

Según lo revisado, en esta valoración el juez debe tener en especial consideración las finalidades o funciones para las cuales fue establecida la potestad inspectora. Así, en la primera parte de esta memoria, reconocimos como funciones esenciales de dicha potestad, la prevención de daños y, en consecuencia, la protección de los bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico le ordenó a través de su ejercicio cautelar. Siguiendo esta línea de razonamiento lo que el juez debe cuestionarse es si la actuación oportuna del órgano fiscalizador era idónea para prevenir el daño causado y si el bien jurídico protegido afectado era de aquellos que se encontraban bajo su esfera de protección.

III. La omisión del deber de inspección debe ser imputable a la falta de servicio del órgano.

Una vez que el juez determina que el órgano inspector infringió un deber específico de actuación al no fiscalizar al tercero causante material del daño, estableciendo así la inactividad del órgano administrativo, debe proceder a determinar si aquella infracción es imputable a su falta de servicio.

No olvidemos que, según concluimos más arriba, la inactividad no es suficiente para comprometer la responsabilidad del órgano administrativo, sino que además debe mediar la falta de servicio. No obstante, es importante tener

presente que al acreditarse la inactividad por parte de quién alega la responsabilidad, se presume que ésta es imputable a la falta del órgano inspector.

Ante esta situación, le corresponde a la Administración acreditar que su inactividad no se debió a un funcionamiento anormal del servicio, sino a la falta de recursos, a la ocurrencia de una fuerza mayor, la imprevisibilidad del daño, etcétera.

Desde luego, en nuestra opinión, la determinación de la falta de servicio debe efectuarse en concreto, es decir, teniendo en cuenta todas las circunstancias que rodearon en el actuar del órgano y que pudieron influir en su actuación.

De este modo, de los elementos que analizamos a propósito de la apreciación de la falta de servicio a partir de parámetros subjetivos, destacan particularmente dos, el grado de dificultad de la actividad administrativa y la gravedad de la falta.

En este sentido, si bien estamos conscientes de que ambos criterios - directamente relacionados entre sí- prácticamente ya no son aplicados por nuestros tribunales, concurriendo la falta de servicio ante todo tipo de falta y no

sólo cuando ésta es grave, consideramos que en la hipótesis de responsabilidad planteada sí debe considerarse.

De este modo, en atención a que el ejercicio de la potestad inspectora es una actividad que importa un alto grado de dificultad, ya que implica vigilar a un amplio número de sujetos (actividades), en general, con limitados medios materiales y humanos, entonces el Estado sólo responderá si la falta en que el órgano inspector incurre es considerada una falta grave¹⁸⁸.

Para determinar cuándo una falta es grave, podemos recurrir a los siguientes elementos¹⁸⁹:

¹⁸⁸En derecho comparado, es de esta opinión el autor español Rebollo Puig, para quien “la responsabilidad de la Administración por el daño causado por una actividad sometida a su inspección debe quedar limitada a los supuestos en que *no sólo haya mal funcionamiento sino dolo o negligencia grave*, como sería el caso de la inactividad administrativa contumaz pese a las denuncias y solicitudes de actuación frente a comportamientos privados ilegales evidentemente dañosos y sólo en los casos en que tenga potestades suficientes para prever y evitar el daño” (Rebollo Puig, Manuel. 2013. La Actividad inspectora (...) op.cit., p.59). En la misma línea, Fernández Ramos, Severino. La actividad (...) op.cit., pp. 599-602.

¹⁸⁹Estos elementos también son útiles para considerar el deber de cuidado que le empuja a la Administración en los casos en que sí ejerció la fiscalización, pero el daño de todas formas se produjo. En muchas ocasiones el sólo cumplimiento del deber no significa la liberación de responsabilidad de la Administración, pues el juez –atendidas las circunstancias del caso- puede establecer que, por ejemplo, la administración debía inspeccionar con más intensidad una determinada actividad sin que bastara para el cumplimiento del deber una sola fiscalización. En este sentido, el juez puede estimar –teniendo presente la intensidad del daño- que se debe exigir mayor fiscalización, tanto en su intensidad como frecuencia, en aquellos casos en que el bien susceptible de ser afectado sea la vida. La peligrosidad de la actividad que ejecuta un tercero y, en consecuencia, la intensidad del daño que puede provocar determina el nivel de precaución y cuidado que el juez deberá exigirle a la Administración en el caso concreto. A mayor peligrosidad, mayor fiscalización. También se puede considerar la relación costo/beneficio, en el sentido de que si el costo de la inspección, en términos tales de evitar la ocurrencia de los daños, es menor que el beneficio que este reportaría entonces parecería ser que se refuerza el deber de inspeccionar.

1. Probabilidad del daño.

La probabilidad es una variable acotada de la previsibilidad, pues mientras ésta muestra un resultado como posible, aquélla mide el grado de esa posibilidad¹⁹⁰. Así por ejemplo, si existe una denuncia por falta de higiene en contra de un restaurante podríamos decir que era previsible para la Administración la ocurrencia del daño, pero si además existen varias denuncias sobre ese mismo local aumenta la probabilidad del daño por lo que es posible imputar la omisión de la potestad inspectora a una falta grave.

2. Intensidad del daño.

Siempre que el bien jurídico que puede verse afectado producto de la inactividad de la Administración es la integridad física de las personas habrá una falta grave por parte de la Administración. No así, en los casos en que el bien jurídico afectado, sea por ejemplo la propiedad, en cuyo caso deberán observarse otros elementos.

¹⁹⁰Barros Bourie, Enrique. op.cit., p.109.

3. Extensión del daño

Se refiere a la cantidad de personas que afecta una determinada actividad. En este sentido, el órgano inspector debiese focalizar sus recursos personales y materiales en aquellas actividades de más alto riesgo y que involucran a un mayor número de personas, de lo contrario la omisión puede ser imputable a una falta grave.

4. Época del daño.

No dejan de ser relevantes otros factores circunstanciales como la época en la que se cometió el daño. Por ejemplo, si un gran número de personas se intoxica durante Semana Santa en el Mercado de Santiago, es incuestionable que la Seremi de Salud no cumplió sus funciones como debía. En este caso la época es relevante porque es la temporada en que, probablemente, concurre más gente a dicho lugar, razón por la cual durante esos días se debiese inspeccionar con mayor intensidad y la omisión del deber claramente puede ser imputable a una falta grave.

5. Hechos públicos y notorios.

Está claro que ante la existencia de este tipo de hechos la Administración no puede razonablemente ignorar el estado de un determinado local o establecimiento, por lo que deberá actuar si las circunstancias lo ameritan. Pensemos por ejemplo en la transmisión de un programa de televisión abierta que revela las deficientes prácticas sanitarias de una red de restaurantes de comida rápida que funciona a lo largo de todo el país

IV. Notas sobre la relación causal entre el daño y la omisión de las potestades inspectoras.

Una de la mayores dificultades que entraña imputar responsabilidad a la Administración por los daños que causa el particular sujeto a su inspección, es la de establecer la relación causal entre el daño y la inactividad imputable a la falta de servicio de la Administración, en la que incurre por no ejercer sus potestades inspectoras. Desde luego, para que exista responsabilidad es necesario que el daño sea producto de la falta de inspección.

La causalidad es un tema complejo en esta hipótesis de responsabilidad. En primer lugar porque al tratarse de una hipótesis de inactividad, que requiere para su configuración de una actividad negativa de la Administración, no es

posible hablar ni exigir una causalidad necesaria, y, en segundo lugar, porque se verifica necesariamente una concurrencia de causas.

En cuanto al primer punto, resulta imposible establecer una relación de causalidad necesaria en un sentido material entre el daño causado y la omisión de la potestad inspectora, toda vez que dicha causa reside naturalmente en el actuar impropio del sujeto inspeccionado.

Ante esta situación es necesario establecer otro tipo de regla, de lo contrario se llegaría a la conclusión absurda, injusta y contraria a derecho de que un acto omisivo no podría ser fuente de responsabilidad por faltar unos de los elementos para su verificación, a saber, la causa.

En este sentido, las reglas de causalidad tradicionales, en el sentido de que se requiere de una relación causal directa y necesaria, no operan en esta materia. Así, en los casos de omisiones, opera una “causalidad hipotética o virtual”, en tanto podría haberse evitado hipotéticamente el resultado dañoso si se hubiera cumplido con el deber jurídico de actuación. Así se pronuncia el autor español Entrena Cuesta, para quien “(...) la relación de causalidad no media entre la

omisión y el resultado, sino en la virtualidad de la hipotética acción que hubiera podido y debido realizarse para evitar dicho resultado”¹⁹¹.

En efecto, la omisión de la potestad inspectora es una causa jurídicamente idónea para imputar responsabilidad, en la medida que es razonable deducir que el cumplimiento de las mismas habría evitado la producción del resultado dañoso; sin perjuicio de que sea una causa concurrente y conjunta del daño la conducta o actividad del particular sometido a inspección.

En cuanto al segundo punto, la relación de causalidad también es compleja porque en esta hipótesis de responsabilidad se verifica necesariamente una pluralidad de intervinientes. Tal como lo hemos señalado, se requiere de la acción/omisión del tercero que es la causa directa del daño y de la omisión de las potestades de fiscalización, las que de haber sido ejercidas oportunamente podrían haber evitado el daño

En este sentido es importante destacar la necesaria concurrencia causal que se produce en estos casos. Es claro que en caso de verificarse un deber de inspección existen dos sujetos causantes del daño: el inspeccionado que

¹⁹¹Entrena Cuesta, Rafael. 2000. Responsabilidad e inactividad de la administración: Notas para un intento de reelaboración. En: El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Tomo I. Coordinador: Francisco Sosa Wagner. Valencia, Tirant Lo Blanch. pp.1228.

ocasiona materialmente el daño y el órgano inspector que podría haberlo evitado con su fiscalización.

Así las cosas, la Administración es co-causante del daño lo que la obliga a responder directamente de los daños causados. La responsabilidad es directa y no indirecta porque la Administración no responde por la actividad del sujeto inspeccionado sino que por su propia inactividad, la que participa en la ocurrencia del daño¹⁹².

Así lo sostiene Beladiez Rojo, quién, con otra teoría de imputación, sostiene que “el hecho de haber sido co-causante del daño le obliga a responder directamente a los perjudicados. (...) Por otra parte, en estos supuestos la Administración no sería nunca la única causante del daño, pues no olvidemos que el daño propiamente dicho lo ha ocasionado el contratista o concesionario. De ahí que nos encontraríamos ante un supuesto de concurrencia de causas, y por ello sería aplicable la regla de la solidaridad de deudores”¹⁹³.

¹⁹²Sobre este tema, Perrino, Pablo E. 2013. La responsabilidad (...) op.cit., p 61. “No se excluye la responsabilidad estatal en los casos en que el daño haya sido ocasionado, no sólo por la actividad o inactividad estatal, sino también por el hecho de un tercero, la acción de la propia víctima o por fuerza mayor. En tales supuestos, el Estado responde proporcionalmente a su participación en el evento dañoso” Para otros autores, en cambio, estaríamos en presencia de una hipótesis de responsabilidad por el hecho ajeno. Véase también Rebollo Puig, Manuel. 2013. La actividad inspectora (...) op.cit.

¹⁹³Beladiez Rojo, Margarita. 1997. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos: con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Tecnos., pp. 206-207, en De Ahumada Ramos, Francisco Javier. 2004. La responsabilidad patrimonial (...) op. cit, p.479.

Ante este supuesto de concurrencia causal, la doctrina ha propuesto distintas soluciones.

Algunos autores afirman que sería aplicable el artículo 2317 del Código Civil, a propósito de la coautoría en la responsabilidad civil extracontractual, que establece una solidaridad pasiva legal, por constituir, ésta, la solución más acorde con el principio *indubio pro administrado*¹⁹⁴.

Otros, en cambio, afirman que no existiría tal solidaridad porque los hechos u omisiones que se imputan al Fisco y al particular son distintos y autónomos, de modo que no existiría la unidad de conducta entre los autores del hecho ilícito que ha exigido la jurisprudencia en la mayor parte de los casos para dar acreditada la responsabilidad en estos términos. Por parte de la Administración, el hecho es la omisión de las potestades inspectoras y por el particular, la infracción de algún deber de cuidado, situación que impediría la coparticipación culpable entre los demandados. Además, sostienen que la solidaridad pasiva en nuestro derecho es excepcional, requiere texto expreso y no se presume, por lo que no cabría aplicar lo dispuesto en el artículo 2417 del Código Civil.

¹⁹⁴En este sentido, Cristián Román Cordero.

CONCLUSIONES

1. Las actuaciones inspectoras deben ser consideradas desde una doble perspectiva. En primer lugar como una técnica de comprobación de la actividad de policía, y, en segundo lugar como el ejercicio una auténtica potestad administrativa.

2. La potestad inspectora es reglada en cuanto a su habilitación y desarrollo práctico pero discrecional desde el punto de vista de su puesta en marcha. Es fiduciaria, ya que se ejerce para servir un interés público ajeno al del titular, es conservativa y heteroatribuida. Además es autónoma e independiente, pues si bien mantiene una intrínseca relación con la potestad sancionadora, son dos potestades que persiguen objetivos distintos y cuyo estudio debe hacerse necesariamente respetando esa independencia.

3. La función esencial de la inspección trasciende la mera observación de la normativa vigente, pues lo que se espera con ello finalmente es la protección de los bienes que el ordenamiento jurídico tutela a través de las normas. Esa es, entonces, su función más importante, la protección de bienes e intereses generales de la comunidad, tales como la salud, la dignidad de los trabajadores, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, etc, que el ordenamiento jurídico reconoce y ampara. Junto con ello, la

normativa le ha entregado a los órganos inspectores otras funciones de carácter secundario como lo es la de informar a los sujetos controlados sobre las normas que los regulan para que éstos no caigan en incumplimientos por desconocimiento de la ley, a través de charlas por ejemplo, así como también efectuar labores de asistencia técnica a otros órganos administrativos a los que sirva la información recabada por medio de la fiscalización.

4. Algunos de los límites de la inspección administrativa emanan de los principios que encauzan y dirigen esta técnica de la actividad de policía. Estos principios son: el principio de legalidad, de igualdad, de proporcionalidad y de respeto a la libertad individual. Además de otros principios propios de toda actuación administrativa como el principio de eficacia y eficiencia y el respeto a los derechos fundamentales.

5. La regulación esencial de la actividad inspectora debe entregarse a normas con rangos de ley, dejando al reglamento su determinación en concreto. No es admisible que la Administración por medio de su potestad normativa, a través de la dictación de circulares por ejemplo, traspase los límites establecidos en la ley y el reglamento, fijando nuevos deberes de colaboración o atribuyéndose nuevas potestades que intervengan en la esfera del sujeto administrado.

6. A partir de un análisis de la normativa vigente pudimos advertir tres modalidades a través de las cuales se manifiesta o materializa la potestad inspectora, estas son el requerimiento de información, el requerimiento de comparecencia y la visita de inspección. Sin duda alguna esta última es la modalidad más característica.

7. En particular respecto a la visita, determinamos que es de su esencia que ésta se lleve a cabo de sorpresa ya que el aviso podría perjudicar los fines preventivos propios del ejercicio de esta potestad. En cuanto a la ejecución de la misma, tomando como referencia el modelo ambiental, observamos una serie de momentos y directrices que todo órgano debiese respetar. En primer lugar, i) la preparación de la visita, mediante la cual se reúne la información necesaria sobre la actividad controlada para efectuar una inspección informada y así más eficaz, los instrumentos que sean necesarios para su ejecución así como la determinación del personal idóneo para aquello y en general se realizan todas aquellas actividades previas a la visita en terreno que permiten que esta se ejecute adecuadamente; ii) las pautas de actuación a que, en términos generales, debe adecuarse el inspector, tales como ingresar por accesos habilitados o públicos, identificarse al llegar al lugar, solicitar información acerca de la organización del establecimiento así como la que requiera necesaria para facilitar su labor ; iii) las actuaciones de comprobación que el inspector puede ejecutar son diversas dependiendo de la actividad que

se inspeccione, así podrán consistir en mediciones, tomas de muestra, toma de testimonios, entrevistas, exámenes de libros y documentos, observación ocular, toma de fotografías, grabación de imágenes, entre otras; iv) y, finalmente, la elaboración del acta, con cuya redacción se culmina la visita de inspección.

8. Las actas de inspección son la materialización de la fiscalización. En estos documentos, cuya calificación jurídica es la de un instrumento público y un acto administrativo, el inspector fija lo que logró percibir mediante sus propios sentidos durante la visita. Si bien estos documentos no configuran actos definitivos, en virtud de ellos se pueden adoptar decisiones que repercutirán en la actividad del sujeto controlado, tales como la adopción de medidas provisionales o la incoación de un procedimiento sancionador. Por este motivo es importante que la visita se realice respetando ciertas garantías mínimas del particular.

9. Sobre la adecuación de las actuaciones inspectoras a un procedimiento administrativo, determinamos que no es necesario, adecuado ni pertinente. En primer lugar porque, desde una perspectiva teórica, la definición de procedimiento como “una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal” claramente no se ajusta a la naturaleza instrumental y material de las actuaciones inspectoras y,

en segundo lugar, porque atenerse a un procedimiento estricto significaría dar inicio a éste a través de la correspondiente notificación, lo que claramente atentaría contra la eficacia de estas actuaciones. Sin perjuicio de esto, consideramos que de todas formas deben respetarse ciertas garantías procedimentales que amparen al sujeto inspeccionado ante la intervención de la Administración, entre ellas, siempre teniendo en cuenta la naturaleza de las actuaciones inspectoras, la contradicción.

10. Dentro de ciertos límites, la Administración es libre de iniciar las actuaciones inspectoras que estime convenientes, así como de fijar dentro del universo de sujetos sometidos a su control el o los géneros específicos sobre los que ésta recaerá, e , incluso, de seleccionar la actividad específica dentro de ese género. Por eso se ha sostenido que desde el punto de vista de la puesta en marcha, la potestad inspectora es una potestad discrecional.

11. Como toda potestad discrecional, la libertad con la que goza la Administración en la puesta en marcha de las actuaciones inspectoras no es absoluta. Además de las técnicas tradicionales de control que operan ex post, consideramos que –en mayor o menor medida - la aleatoriedad, los planes de inspección y la denuncia permiten controlar a priori la discrecionalidad de la administración en este ámbito. Sin duda, el método más efectivo es la aleatoriedad ya que permite eliminar completamente la discrecionalidad al dejar

la selección de los sujetos al azar. Por su parte, los planes de inspección y la denuncia, tal como están planteados en nuestro ordenamiento, aportan escasos límites efectivos a la discrecionalidad.

12. Los criterios generales de los planes de inspección deben ser públicos de modo que la Administración tenga motivos suficientes para aplicar criterios razonables, eficientes y objetivos en la selección de los sujetos y así ser una garantía de que el principio de igualdad no será transgredido.

13. En cuanto a la denuncia, es necesario que la regulación de cada sector contemple supuestos en los que la Administración está obligada a iniciar una actuación inspectora. Así por ejemplo en aquellos casos en que el daño que pueda causarse con la irregularidad denunciada pueda implicar graves consecuencias en la salud e integridad de las personas, o bien, cuando existan antecedentes que reafirmen lo sostenido en la denuncia. En cualquier caso, es importante que la decisión de la Administración de archivar la denuncia pueda ser objeto de impugnación por quién la interpuso.

14. Las garantías mínimas que debiesen amparar a todo sujeto durante el desarrollo de las actuaciones inspectoras son las siguientes: (1) Ser informado del inicio de la actividad inspectora y de su objeto; (2) Derecho a participar activamente durante el transcurso de la actividad; (3) Derecho a que las

actuaciones que requieran intervención en la esfera del sujeto inspeccionado se lleven a cabo en la forma que resulte menos gravosa para él; (4) Derecho a la protección y reserva de los datos esenciales que se obtengan en el ejercicio de la fiscalización; (5) Acceso a los archivos y registros administrativos pertinentes; (6) Imparcialidad del órgano inspector y de aquellos que colaboren con él y (7) Ser tratado con respeto y deferencia por la autoridad inspectora.

15. La garantía de la no autoincriminación es propia del proceso penal y no se puede pretender su aplicación en el ámbito de las actuaciones inspectoras. En primer lugar porque las actuaciones inspectoras no son procedimientos destinados a resolver si un sujeto cometió o no una infracción administrativa por lo que no existe un sujeto que ostente la calidad de acusado o imputado, según lo requiere la norma. En segundo lugar, durante las actuaciones inspectoras no se adoptan decisiones por lo que jamás podrían verse afectadas la libertad personal o la seguridad individual del sujeto inspeccionado. De hecho, esto ni siquiera sucede en el ámbito del derecho administrativo sancionador. Además, estimamos que la aplicación de la garantía pone en riesgo la eficacia de las actuaciones inspectoras haciéndolas prácticamente inútiles, ya que autorizar a un sujeto a obstruir el ejercicio de ésta potestad por medio de la negación a entregar información o a entregar información derechamente falsa atenta contra los intereses generales que se encuentran en juego. Finalmente, estimamos que si la intención del legislador hubiese sido

que esta garantía tuviera aplicación en todos los procedimientos, entonces hubiera sido incluida derechamente en el artículo 19 N°3 que consagra el debido proceso, lo que no es efectivo. A esta conclusión podemos llegar a partir de un análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional rol 2381-2013.

16. En cuanto al derecho a la inviolabilidad del domicilio consideramos que si bien no impide el acceso de la inspección a los domicilios, sí entraña además de un reforzamiento de los principios de legalidad y proporcionalidad, la necesidad de contar, a falta de consentimiento del titular, con una resolución judicial, que pueda obtenerse con carácter preventivo, esto es, sin que todavía conste la oposición del administrado pero exista riesgo de ello.

17. En general, el legislador ha dotado a los órganos inspectores de facultades extremadamente amplias como es el caso del requerimiento de información que se encuentra planteado en términos muy genéricos y, en algunos casos desorbitantes y excesivas, como sucede con las de allanamiento y descerrajamiento en aquellos casos en que no se distingue entre los lugares que constituyen morada o no, lo que es muy preocupante pues pueden resultar lesivas de derechos fundamentales.

18. En razón de la información recabada en una fiscalización, los órganos competentes pueden adoptar las siguientes medidas, según sea el caso: i)

requerir al sujeto cuya actividad se inspeccionó que adopte las medidas que sean necesarias para subsanar los defectos e irregularidades detectadas; ii) ante una situación de riesgo inminente adoptar las medidas provisionales adecuadas para prevenir la creación de algún daño; iii) dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador. Es por esta razón que se sostiene que las actividades inspectores son actividades instrumentales.

19. En la segunda parte de la memoria, como punto de partida, establecimos que el artículo 38 de la Constitución Política establece una garantía institucional de responsabilidad en virtud de la cual toda acción u omisión de un órgano de la Administración del Estado es susceptible de comprometer la responsabilidad patrimonial de ésta. En consecuencia, cualquier norma que reconozca parcelas de irresponsabilidad a órganos de la Administración del Estado, o de cuya interpretación se colija dicha solución –como es el caso del artículo 900 de la Ley de Concesiones, que ha sido utilizado como fundamento por los tribunales para eximir de responsabilidad al Estado por su falta de fiscalización de las obligaciones asumidas por las concesionarias viales, al entender que sólo éstas responden por los daños causados en las carreteras concesionadas- debe ser considerada inconstitucional.

20. Para que el Fisco o el órgano inspector-en caso de ser descentralizado- comprometa su responsabilidad por omisión de sus potestades de inspección

es necesario que: (i) el sujeto sometido a su inspección haya causado un daño; (ii) que el órgano inspector no haya ejercido sus potestades de inspección; (iii) que la omisión de la potestad haya infringido un deber de actuación; (iv) que dicha infracción sea imputable a su falta de servicio; (v) y, por último, que exista una relación causal entre la omisión de las potestades de inspección y el daño causado. En otras palabras, el Estado compromete su responsabilidad por falta de inspección, cuando la omisión de las potestades inspectoras importa una inactividad administrativa imputable a su falta de servicio.

21. Por su parte, la inactividad administrativa es la infracción de un deber de actuación –específico o genérico- exigido por el ordenamiento jurídico. En nuestra opinión, el deber de inspección se presenta de formas distintas, según el sujeto fiscalizado esté en una relación de sujeción especial con la Administración, o sólo general. Así, en el primer caso, el deber de inspección que por regla general es genérico, se convierte en específico en atención al vínculo especial que los une. Esto, tiene como consecuencia que la sola infracción de ese deber, coloca al órgano en inactividad. En cambio, en aquellos casos en que solo existe una relación de sujeción general, el deber de inspección se presenta en forma genérica, como una facultad. Aquí, es el juez, quien a través de un proceso de valoración ex post, a partir de las funciones del órgano administrativo, determina si la omisión constituyó la infracción de un deber en términos específicos.

22. Una que vez que se ha comprobado que el órgano inspector incurrió en inactividad administrativa, se presume que dicha infracción es imputable a su falta de servicio. Ante ello, dado que la falta de servicio se aprecia, en nuestros términos, según las circunstancias que rodean el actuar del órgano- éste aún tiene algo que decir en su defensa. Desde luego, puede alegar la falta de recursos, la imprevisibilidad del daño, la existencia de un caso fortuito, etcétera.

23. Especial mención merece en la apreciación de la falta de servicio en esta hipótesis de responsabilidad, la calificación de la actividad inspectora como una actividad de difícil ejecución. En efecto, el Estado sólo responderá si la falta en que el órgano inspector incurre es de aquellas consideradas como falta grave. Existen elementos que nos permiten determinar cuándo una falta es grave, como por ejemplo, la probabilidad del daño, la época en que ocurrió, que el daño en que incurrió el sujeto inspeccionado se haya desarrollado en el tiempo como un hecho público y notorio, etcétera.

24. Finalmente, en cuanto a la relación causal que debe existir entre el daño y la omisión de la potestad inspectora se deben decir dos cosas. En primer lugar, que no opera la exigencia tradicional de una causa directa y necesaria, sino que se habla de una causalidad virtual o hipotética, en el sentido de que podría haberse evitado hipotéticamente el resultado dañoso si se hubiera cumplido el

deber jurídico de inspeccionar. Y, en segundo lugar, es preciso señalar que esta hipótesis de responsabilidad plantea necesariamente un supuesto de concurrencia de causas, ya que junto a la omisión de la potestad inspectora en que incurre la Administración, se encuentra la actuación del particular que causó materialmente el daño.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO I CUDOLA, VINCENÇ. 2001. El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Madrid, Editorial Marcial Pons.

AGÜERO VARGAS FRANCISCO Y TORO BOSSAY LUIS EDUARDO. 2010. Límites a la potestad inspectora de la administración: El caso de la Fiscalía Nacional Económica. Revista de Derecho Económico (75):15-59.

ALVARADO VILLARROEL, MARÍA. 2010. La Responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a usuarios de obras públicas viales concesionadas: análisis dogmático. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y sociales. Valdivia, Universidad Austral, Facultad de Derecho.

BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2008. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

BERMEJO VERA, JOSÉ. 2000. La administración inspectora. El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Tomo I. Coordinador: Francisco Sosa Wagner. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch. pp. 1253-1270.

BERMUDEZ SOTO, JORGE. 2002. La Responsabilidad Extracontractual de la Administración del Estado por falta de servicio y por el daño ambiental. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (23): 253-264.

BERMUDEZ SOTO, JORGE. 2011. Derecho Administrativo General. 2ª Ed. actualizada. Santiago, Editorial Abeledo Perrot- Thomson Reuters.

BERNARD-FRANK MACERA. 1998. El deber industrial de respetar el medio ambiente: Análisis de una situación pasiva de Derecho público. Madrid, Editorial Marcial Pons.

BREWER-CARÍAS, ALLAN. 1991. Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad de policía administrativa. Revista de Derecho Público (48): 51-66.

CASSAGNE, JUAN CARLOS. 1994. La intervención administrativa. 2ª Ed. Actualizada. Buenos Aires, AbeledoPerrot.

CARBAJALES, MARIANO. 2006. El Estado regulador: Hacia un nuevo modelo de Estado. 6ª Ed. Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.

CARELLO, LUIS ARMANDO. 1994. El “poder de policía”: Modernas tendencias. Revista Jurídica Argentina La Ley. Tomo 1994-D, pp. 687-693. Disponible en: <http://uaiderechoadministrativo.wikispaces.com/file/view/poder+de+policia+nuevas+tendencias.pdf>.

CHAVES GARCÍA, JOSÉ RAMÓN. 1999. Los derechos de los ciudadanos ante las administraciones públicas. Editorial Trea, S.L.

CORDERO VEGA, LUIS. 2003. La Responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una Sistematización. Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile.

DE AHUMADA RAMOS, FRANCISCO JAVIER. 2004. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: Elementos estructurales: Lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos. 2ª Ed. Navarra, Editorial Aranzadi.

DESDENTADO CAROCA, EVA. 1999. Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico: Construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2ª Ed. Editorial Aranzadi.

ENTEICHE ROSALES, NICOLAS. 2011. El fundamento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010). Revista Actualidad Jurídica (nº23):109-135.

ENTRENA CUESTA, RAFAEL. 2000. Responsabilidad e inactividad de la administración: Notas para un intento de reelaboración. En: El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Tomo I. Coordinador: Francisco Sosa Wagner. Valencia, Tirant Lo Blanch. pp. 1215-1228.

FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERINO. 2002. La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora. Editorial Comares.

FERRADA BORQUEZ, JUAN CARLOS. 2007. Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno. Revista de derecho (Valdivia) XX (2): 69-94.

GALLARDO URRUTIA, CAMILA. 2010. Aplicación del procedimiento administrativo a la función fiscalizadora de la Dirección del Trabajo. Memoria

para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.

GARBERI LLOBREGAT, JOSÉ Y BUITRÓN RAMÍREZ GUADALUPE. 2001. El Procedimiento administrativo sancionador. 4ª Ed. ampliada y actualizada. Valencia, Tirant lo Blanch.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMÓN. 2002. Curso de Derecho Administrativo. Octava edición. Civitas. Tomo II.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO. 2009. "¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio". Revista Actualidad Jurídica (19) 1: 327-371.

GARCÍA URETA, AGUSTÍN. 2006. La potestad inspectora de las administraciones públicas. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, Barcelona.

GAMBIER, BELTRAN. 1991. Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión a la luz de la jurisprudencia. Revista de Derecho Público (49): 189-203. Disponible en: www.despachogambier.com/despacho/images/pdf/omision_estado.pdf.

GOMEZ PUENTE, MARCOS. 1994. La responsabilidad por inactividad de la Administración. Revista de Documentación Administrativa (237-238):139-204.

GOMEZ PUENTE, MARCOS. 1997. La inactividad de la Administración. 3ª Ed. Aranzadi.

GONZALEZ PEREZ, JESUS. 1996. Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Madrid, Civitas.

GORDILLO, AGUSTÍN. 2014. Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Tomo II, La defensa del usuario y del administrado. 10º Ed. Buenos Aires, F.D.A.

HUERTA OCHOA, CARLA. 2005. La intervención administrativa en el Estado contemporáneo. Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo. Pp. 117-148. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1594/10.pdf>.

JARA, JAIME Y MATURANA, CRISTIÁN. 2009. Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo. Revista de Derecho Administrativo (3):1-28.

LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. 2001. Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado. Revista de Administración Pública (155) (27-58).

LEAL VASQUEZ, BRIGITTE. 2014. La potestad de inspección de la Administración del Estado. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago. Universidad de Chile.

LETELIER WARTENBERG, RAÚL. 2002. Un estudio de efectos de las características de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado (6):149-187.

MARÍN VALLEJO, URBANO. 2011. Aspectos de la falta de servicio como fuente de la responsabilidad estatal. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado (25): 21-34.

MARTÍN REBOLLO, LUIS. 1976. Medio ambiente y responsabilidad de la Administración. Revista Española de Derecho Administrativo (11): 639-652.

MIR PUIGPELAT, ORIOL. 2000. La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: Organización, imputación y causalidad. Civitas.

MIRANDA HERNANDEZ, GLORIA. 2012. La potestad inspectora de las Administraciones Públicas. Revista de la Asociación de Inspectores de Ordenación del Territorio de Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía (0):1-21.

MONCADA LORENZO, ALBERTO. 1959. Significado y técnica jurídica de la policía administrativa. Revista de Administración Pública (28): 51-118.

NIETO, ALEJANDRO. 1986. La Inactividad material de la Administración: veinticinco años después. Revista de Documentación Administrativa (208): 11-64.

OELCKERS CAMUS, OSVALDO. 1998. La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio”. Revista Chilena de Derecho, número especial, pp.345-352.

OELCKERS CAMUS, OSVALDO. 2000. El principio de legalidad: El contenido y alcance del principio de legalidad en las actuaciones de la administración del estado. En: La administración del estado de Chile, Decenio 1990 – 2000, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Editorial Cono Sur Ltda., p.780.

ORTIZ ZAMORA, LUIS A. 2005. La responsabilidad in vigilando del Banco Central de Costa Rica por la supervisión del sistema financiero nacional. Editorial [San José de Costa Rica] Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo “Profesor Jesús González Pérez”.

ORENA DOMINGUEZ, AITOR. 2006. Discrecionalidad, arbitrariedad e inicio de actuaciones inspectoras. Thompson Arazandi.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO.1989. La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública. Revista de Documentación Administrativa. (218-219): 15-66. Disponible en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5132&path%5B%5D=5186>.

PERRINO PABLO ESTEBAN .2000. La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados. Disponible en: <http://www.unsta.edu.ar/wp-content/uploads/2013/04/La-responsabilidad-del-Estado-y-de-los-concesionarios-derivada-de-la-prestaci%C3%B3n-de-servicios-p%C3%BAblicos-privatizados-.pdf>.

PERRINO PABLO ESTEBAN. 2004. La responsabilidad patrimonial de los entes reguladores por incumplimiento de las funciones de vigilancia. En “Servicio público, policía y fomento” Revista de Administración Pública (RAP), Buenos Aires. p. 609.

PERRINO, PABLO ESTEBAN. 2013. La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (23): 47-62. Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2013/10/Perrino-La-responsabilidad-del-estado-por-la-omision-del-ejercicio-de-sus-funciones-de-vigilancia.pdf>

PIERRY ARRAU, PEDRO. 1984. El control de la discrecionalidad administrativa. En Revista Chilena de Derecho 11 (2-3):479-490.

PIERRY ARRAU, PEDRO.2000. La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, año 1 número 1.

PIERRY ARRAU, PEDRO. 2002. La falta de servicio en la actividad médica. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, (8): 149-153.

PIZARRO WILSON, CARLOS. 2013. Falta de servicio. Apreciación in abstracto. Técnica exigible. Corte Suprema. 16 de mayo de 2013. Rol 7930-2012. Revista chilena de derecho privado (20): 221-223.

REBOLLO PUIG, MANUEL. 1999. La responsabilidad patrimonial en la gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios: concesiones y conciertos. VII Congreso Derecho y Salud: Nuevas perspectivas sobre la responsabilidad. Santiago de Compostela, España.

REBOLLO PUIG, MANUEL. 2000. La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad. En El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Tirant lo Blanch. pp. 1365-1398.

REBOLLO PUIG, MANUEL. 2013. La Actividad inspectora. VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Disponible en: www.aepda.es/AEPDAAdjunto-541-Ponencia-Prof-Rebollo-Puig.aspx.

RIVERO, JEAN y WALINE, JEAN. 2004. Droit Administratif. 20^o edición. Dalloz.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. 2000. El estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la administración. Madrid, Editorial Tecnos.

ROMAN CORDERO, CRISTIAN. 2004. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado y su necesaria Modelación Legal en Base a la Enumeración y Delimitación Conceptual de sus Presupuestos. Revista de Derecho Público (66):405-417.

ROMÁN CORDERO, CRISTIAN. 2005. Inactividad Administrativa y Responsabilidad del Estado. Revista de Derecho Público (67):402-423.

ROMÁN CORDERO, CRISTIAN. 2006. Responsabilidad patrimonial del la Administración del Estado y de su concesionario vial, frente al usuario lesionado. En Actas de XXXV Jornadas de Derecho Público, Tomo II, Edeval, pp. 233-243.

ROMÁN CORDERO, CRISTIAN. 2007. Responsabilidad del Estado por los daños sufridos por el usuario de una carretera concesionada, por inactividad administrativa en ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia. En Contencioso Administrativo, Editorial Porrúa, México D.F, pp. 357-377

ROMAN CORDERO, CRISTIAN. 2010. Curso de Responsabilidad del Estado. Apuntes de clases.

SANCHEZ MORÓN, MIGUEL. 1975. Sobre los límites de la responsabilidad civil de la administración. Revista Española de Derecho Administrativo (7): 646-653.

SANTAMARIA PASTOR, JUAN ALFONSO. 2002. Principios de Derecho Administrativo General. Volumen II. 3ª Ed. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

SZCZARANSKI CERDA, CLARA. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado (8): 11-42, diciembre 2002.

SOTO KLOSS, EDUARDO. 2006. Falta de servicio: ¿Régimen general de la responsabilidad del Estado/Administración en Chile? (El Derecho ¿Arte de Magia?) Revista Gaceta jurídica (317): 18-29. Santiago, Chile.

SUAY RINCÓN, JOSÉ. 1990. La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador. Revista de Administración Pública (123): 153-184.

VALDIVIA, JOSÉ MIGUEL. 2005. Nuevas fronteras de la falta de servicio. Gaceta Jurídica (n°301): 7-25.

VEDEL, GEORGES. 1980. Derecho Administrativo. Traducción de la 6ª Ed. francesa. Editorial Aguilar.

VIAL CORREA, GONZALO. 2000. El Estado paga. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado (2): 9-11.

VILLAR EZCURRA, JOSE LUIS. 1999. Derecho Administrativo Especial: Administración Pública y actividad de los particulares. Civitas.

VIÑUELA HOJAS, MAURICIO. 2001. La responsabilidad por falta de servicio en el contexto del régimen de concesiones viales vigentes en Chile. Revista Lus Publicum (7): 35-55.

ANEXO: JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE RESPONSABILIDAD
DEL ESTADO ADMINISTRADOR POR OMISIÓN DE SUS POTESTADES DE
INSPECCIÓN¹⁹⁵

¹⁹⁵Los fallos que se presentan a continuación sólo serán analizados en lo que se refieren a la responsabilidad del Estado por omisión de sus facultades de fiscalización, pese a que estos contengan contenido jurídico relevante referido a otras materias.

N° de fallo	1
Partes	Valck Gladys y otros con Fisco de Chile
Rol	C-1486-2003.
Tribunal	2º Juzgado Civil de Santiago.
Fecha	6 de septiembre del 2007.
Acción o Recurso	Acción de indemnización de perjuicios.
Legislación aplicada	Art.35 del Decreto 900, Ley de Concesiones de obras públicas.
Hechos	Doña Gladys Valck, el 21 de julio del año 2002, sufrió el impacto de una roca lanzada desde una pasarela peatonal que no contaba con medidas de seguridad, mientras se desplazaba en vehículo junto a su esposo e hijo. Como consecuencia de esto, su esposo demandó de indemnización de perjuicios a la concesionaria respectiva y al Fisco de Chile para que ambos fueran condenados solidariamente al pago de las indemnizaciones correspondientes por los daños materiales y morales causados. En cuanto a la responsabilidad del fisco, alegó que su fundamento se encontraba en la existencia de competencias propias, exclusivas e indelegables que la Administración mantiene al concesionar una carretera, a saber, las facultades de control y supervigilancia. En razón de esto, el actor alega que el Estado debe velar por la satisfacción del bien común y, en consecuencia, por la adecuada gestión del concesionario, lo que no se verificó en autos al no existir medida de protección alguna en la pasarela que cruzaba la carretera, lo que permitió que el demente lanzara la roca y provocara los daños que se demandan.
Decisión del tribunal	El tribunal civil rechaza la demanda en contra del Fisco y acoge la falta de legitimación pasiva alegada por el Consejo de Defensa del Estado, fundamentada en el artículo 35 del Decreto 900.
Extracto del fallo	I. "Que, en relación a las indemnizaciones provenientes de responsabilidad por daños, el Decreto N°900 singularizado en el considerando anterior, dispone en su artículo 35º: "El concesionario responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionen a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato". En esta misma materia, las Bases de Licitación, en su apartado 1.8. 14, señala: "La Sociedad Concesionaria deberá adoptar,

durante la concesión, todas las medidas para evitar daños a terceros y al personal que trabaja en la obra. Igualmente deberá tomar todas las precauciones para evitar daños a la propiedad de terceros y al medio ambiente durante la concesión de la obra". "La Sociedad Concesionaria será la única responsable de todo daño, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra y de su explotación se cause a terceros, al personal de la obra, a la propiedad de terceros o al medio ambiente, a menos que el daño sea exclusivamente imputable a medidas impuestas por el MOP después de la publicación del decreto supremo de adjudicación en el diario Oficial" (considerando décimo tercero)

II. "Que, de las normas legales y contractuales antes transcritas, es posible concluir que, respecto de una obra pública fiscal concesionada, la responsabilidad por los daños causados a terceros, al personal de la obra, a la propiedad ajena o al medio ambiente, corresponde única y exclusivamente al concesionario, salvo, que el daño sea imputable a medidas impuestas por el MOP.

Asimismo, queda de manifiesto que es obligación del concesionario adoptar, desde el inicio de la concesión, todas las medidas necesarias para evitar que se produzcan tales daños" (considerando décimo cuarto)

III. "Que, con motivo de lo razonado en los Considerandos precedentes, y no habiéndose establecido por la Concesionaria que el accidente sufrido por el demandante y su familia sea exclusivamente imputable a medidas impuestas por el MOP después de la publicación del Decreto Supremo de Adjudicación en el Diario Oficial, siendo ésta la única hipótesis de responsabilidad fiscal que establece el artículo 35 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y que exime, a la Concesionaria, de su responsabilidad exclusiva por los daños ocasionados a terceros durante la ejecución o explotación de las obras, en conformidad al apartado 1.8.14. de las Bases de Licitación; cabe acoger la excepción de falta de legitimidad pasiva deducida por el Fisco, en relación con el régimen de responsabilidad aplicable en la especie, pues, en efecto, no se configuran, en el caso de marras, los presupuestos de responsabilidad del Estado que invoca el actor, particularmente, en lo relativo a la existencia de "falta de servicio" en la conducta imputable al órgano administrativo, pues no es dable pensar que el ente público incurriera en una disfunción u omisión de funciones de

	<u>mantención o seguridad, si no tenía, en rigor, el deber de las mismas</u> ; todo ello, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Bases de la Administración del Estado” (considerando décimo séptimo)
--	--

N° de fallo	2
Partes	Ayala Álvarez con Fisco de Chile y otros.
Rol	9163-2012
Tribunal	Corte Suprema
Fecha	5 de noviembre del 2013
Acción o Recurso	Recurso de casación en el fondo.
Legislación aplicada	Art.29 Decreto Supremo 900, Ley de Concesiones; Art. 42 Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.
Hechos	La cónyuge de un trabajador fallecido a causa de un atropello mientras se desempeñaba trabajando en labores que se realizaban para la construcción de la obra pública concesionada Autopista Vespucio Sur, demandó de indemnización de perjuicios a la sociedad concesionaria respectiva, a dos empresas constructoras y al Fisco de Chile para que se les condene solidariamente por los daños causados. En el caso del Fisco, la actora le atribuye haber incurrido en falta de servicio por no cumplir su deber de supervigilancia de las obras.
Decisión del tribunal	Rechazar el recurso sólo en lo que respecta a la responsabilidad del Fisco, al disponer que no hubo falta de servicio, toda vez que se acreditó que el inspector fiscal inspeccionó regularmente el cumplimiento de las obligaciones de la concesionaria.
Extracto del fallo	I. “Que en lo que dice relación al Fisco de Chile, el recurso plantea que éste incurre en responsabilidad por falta de servicio por haber cumplido imperfectamente la obligación estatal de inspección y vigilancia que le asiste respecto de la sociedad concesionaria. Es pertinente destacar que existe falta de servicio cuando éste ha funcionado deficientemente, no ha funcionado debiendo hacerlo o lo ha hecho en forma tardía” (considerando vigésimo primero) II. “Que sobre esta materia debe tenerse en cuenta el artículo 29 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas en cuanto dispone en su inciso segundo: “Corresponderá al Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la de explotación de la obra”” (considerando vigésimo segundo).

	<p>III. <u>“Que en estos autos la parte demandante no ha proporcionado antecedentes que apunten a que la Administración haya incurrido en culpa o falta de servicio que la haga responsable de los daños alegados, sino por el contrario constan en la causa antecedentes que dan cuenta que el Inspector Fiscal respectivo inspeccionó regularmente el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato de concesión, no pudiendo pretenderse una suerte de responsabilidad objetiva de los órganos estatales en los hechos materia de esta litis.</u></p> <p>Por consiguiente, los magistrados no han vulnerado las normas que regulan la responsabilidad del Estado por falta de servicio que invoca el recurso en el apartado correspondiente al demandado Fisco de Chile” (considerando vigésimo tercero)</p>
<p>Voto de disidencia</p>	<p>El voto disidente es del Ministro Sergio Muñoz y del abogado integrante Jorge Baraona, quienes estuvieron por condenar al Fisco.</p> <p>“1. Que el Estado al delegar en privados la prestación de un servicio que por ley le corresponde desarrollar, es responsable de los accidentes que se deban a las condiciones de inseguridad de una obra pública, como sucedió en la especie. En efecto, el Estado permanece como garante, de conformidad con los estándares que le son exigibles, de la prestación de un servicio que ha sido delegada.</p> <p>2. Que entre los hechos establecidos por los jueces del fondo, no consta ninguna circunstancia que permita concluir que los respectivos órganos del Estado hayan cumplido debidamente su deber de fiscalizar ni que hubiesen estado impedidos de controlar el cumplimiento de la obligación de seguridad por parte de la concesionaria. En esas condiciones, encontrándose acreditado el incumplimiento en que incurrió la concesionaria de las obligaciones a las que se encontraba sujeta en materia de seguridad, surge la responsabilidad del órgano público.</p> <p>En cambio, sí se encuentra demostrado en autos el ejercicio tardío por parte de los entes públicos de su deber de vigilar que la concesionaria adoptara todas las medidas necesarias y eficaces para proteger la vida de los trabajadores de la obra pública fiscal “Vespucio Sur”. Es así que con posterioridad al fatal accidente del trabajador, el Inspector Fiscal del contrato de concesión remite Ordinario N° 001056 de 12 de enero de 2005 a la Sociedad</p>

	<p>Concesionaria Autopista Vespucio Sur S.A., informándole que “se ha detectado que el tránsito peatonal en el sector de la Rotonda Quilín no posee circuitos continuos de longitud razonable”, por lo que la instruye “analizar el problema” y presentar una solución “que tenga el adecuado nivel de seguridad tanto peatonal como vial, considerando por ejemplo, pasos demarcados apoyados con señalización luminosa si fuese necesario, en un plazo no mayor a tres (3) días a partir de esta fecha”.</p> <p>3. Que el Estado debe asumir su responsabilidad por estas faltas dada su labor de “planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de obras públicas fiscales” y de “coordinador de los planes de ejecución de las obras que realicen los servicios que lo constituyen y de las demás entidades”, que le asigna el Decreto con Fuerza de Ley N° 850 del Ministerio de Obras Públicas y, asimismo, por las funciones de “inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones” en los términos del artículo 29 del Decreto N° 900 del Ministerio de Obras Públicas de 1996, y de “dirección y control” conforme al artículo 63 del Reglamento respectivo y que corresponden al Ministerio de Obras Públicas en relación a las obras y servicios públicos concesionados.</p> <p>4. Que, por consiguiente el Estado ha incurrido en responsabilidad por falta de servicio por haber incumplido o, a lo menos, ejecutado de manera defectuosa su obligación de inspección y vigilancia respecto de la sociedad concesionaria”.</p>
Ministros	Sergio Muñoz G., Pedro Pierry A., María Eugenia Sandoval G. y los Abogados Integrantes Jorge Baraona G. y Alfredo Prieto B.

N° de fallo	3
Partes	Gómez Zúñiga, Julio y otros con Autopista del Sol y Fisco de Chile
Tribunal	Corte Suprema.
Rol	Rol 216-2011
Fecha	30 de enero del 2013
Acción o recurso	Recurso de casación en el fondo.

Legislación aplicable	Art.29 y 35 Decreto 900, Ley de Concesiones de Obras Públicas; Art. 22 del D.F.L. N° 850 del Ministerio de Obras Públicas
Hechos	Don Julio Gómez Zúñiga y otros interpusieron una demanda de indemnización de perjuicios en contra de la Sociedad Concesionaria Autopista del Sol S.A. y del Fisco de Chile, solicitando que se les condenará solidariamente al pago de los daños causados como consecuencia del accidente automovilístico que protagonizaron luego de colisionar con unos animales que se cruzaron intempestivamente en la carretera concesionada. En lo que se refiere al Fisco de Chile, la demanda se fundó en la responsabilidad en que habría incurrido por falta de servicio al no cumplir con las funciones de inspección y fiscalización que le impone la ley y el decreto de adjudicación sobre la sociedad concesionaria.
Decisión del tribunal	Se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile por cuanto se determinó que el daño no fue producto de una medida impuesta por el Ministerio de Obras Públicas, como tampoco de la omisión en la supervigilancia del servicio prestado por la concesionaria, puesto que se dejó establecido como hecho de la causa la presencia periódica del inspector fiscal en la época del accidente.
Extracto del fallo.	<p>I. “Que sobre esta materia deben tenerse en cuenta una serie de disposiciones legales, que es necesario transcribir en lo pertinente:</p> <p>El artículo 22 del D.F.L. N° 850 del Ministerio de Obras Públicas establece que: “Sin perjuicio de las atribuciones y deberes del Director General, corresponderá a los Directores, en lo que respecta a los Servicios a su cargo (...) k) Fiscalizar la ejecución de los estudios, proyectos y obras”.</p> <p>El artículo 29 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (Decreto N° 900 MOP de 1996 y vigente al tiempo de los hechos) dispone: “Las bases de licitación deberán indicar explícitamente los niveles de servicio exigidos para la etapa de explotación, sus respectivos indicadores y las sanciones.</p> <p>Corresponderá al Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la de explotación de la obra.</p> <p>En caso de incumplimiento, el Ministerio podrá imponer al</p>

concesionario las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan, sin perjuicio del derecho del concesionario para recurrir a los mecanismos a que se refiere el artículo 36 de esta ley”.

A su turno, el artículo 35 del mismo cuerpo legal prevé: “El concesionario responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionaren a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato”. (considerando décimo tercero)

II. “Que son las disposiciones indicadas las que regula en este caso el sistema de responsabilidad y a la luz de ellas es ineludible concluir que el Fisco de Chile no incurrió en responsabilidad por falta de servicio, puesto que tratándose de los daños ocasionados a terceros con motivo de la explotación de la obra concesionada sólo existe responsabilidad estatal cuando los daños sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato. Así, en el régimen de concesiones de obras públicas en Chile existe una norma explícita que consiste en que cuando el Estado ha delegado la provisión de servicio de una obra pública fiscal en cuanto a su explotación, ejecución, reparación o mantención en el sector privado, su responsabilidad indemnizatoria sólo surge cuando con motivo de su labor de fiscalización impone una medida que es la causante del daño, en cuyo caso el servicio prestado es deficiente. Debe tenerse presente que el propósito de la Ley de Concesiones de Obras Públicas radica en que el sujeto responsable sea el concesionario. De igual modo surge la responsabilidad del Fisco, por la posible omisión en que pueda incurrir la autoridad competente en la fiscalización y supervigilancia en la prestación del servicio por la concesionaria” (considerando décimo cuarto)

III. “Que en virtud de los razonamientos desarrollados sólo cabe concluir que los jueces del fondo cometieron error de derecho por errónea interpretación del artículo 35 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas por cuanto obviaron que el daño ocurrido a terceros durante la explotación de la obra pública fiscal concesionada no derivó de una medida impuesta por el Ministerio de Obras Públicas, como tampoco de la omisión en la supervigilancia del servicio prestado por la concesionaria, puesto

que se dejó establecido como hecho de la causa la presencia periódica del inspector fiscal en la época del accidente. A lo anterior se suma el antecedente fáctico que los cercos de la autopista se encontraban en buen estado, sin advertir deficiencias en los mismos.

Por otra parte debe señalarse que no se ha fundado la imputación de responsabilidad del Fisco en el diseño defectuoso de la autopista y sus vías de acceso”. (considerando décimo quinto)

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago llegó a una conclusión diferente. [Rol 8162-2009].

I. “Que, habida consideración que el artículo 29 de la ley de concesiones, D.L. N° 164 de 1991, impone al Ministerio de Obras Públicas la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, y figurando entre estas la conservación, mantención y explotación de la ruta concesionada; y estando unidas las partes por un contrato de concesión celebrado el año 1995, resulta que es obligación del Ministerio de Obras Públicas vigilar y obtener el cumplimiento efectivo por parte del concesionario de tales obligaciones emanadas del contrato. Es por ello que si el concesionario no cumple con las obligaciones emanadas del contrato en cuanto a mantener la ruta en un estado adecuado para no producir daño a los usuarios, el ente estatal obligado a vigilar el cumplimiento de tal obligación incurre en culpa, esto es no haber tenido la debida diligencia y cuidado en la observación a la cual estaba obligado en relación al cumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario” (considerando décimo primero)

II. “Que no resulta aceptable la excepción del Fisco de Chile en cuanto a que un inspector fiscal habría inspeccionado y vigilado permanentemente el cumplimiento por parte de la concesionaria de las obligaciones emanadas del contrato de concesión, toda vez que si en la realidad se produjo el hecho ilícito causante del daño cuya indemnización demandan las víctimas, es porque tal labor de inspección y vigilancia no fue realizada adecuadamente, sino que en forma imperfecta que impidió detectar las posibles causas del ilícito de autos” (considerando décimo segundo)

III. “Que no es posible aceptar la excepción de haber empleado la debida diligencia y cuidado mediante el simple envío, a la concesionaria, por parte del Ministerio de Obras Públicas, de un informe donde se le ordena la reparación de cercos, ya que tal actuación no exime de responsabilidad; toda vez que no

	<u>constituye un actuar diligente la mera remisión de observaciones, sino que la real y efectiva comprobación posterior de que tales observaciones o reparaciones de que se trate, han sido efectivamente realizadas.</u> No constituye un actuar diligente el mero representar, sino que se deberá verificar el cumplimiento de lo ordenado, y si fuere necesario, en caso de incumplimiento, aplicar las multas a que está facultado el ente fiscal, lo cual no ocurrió en la especie, con lo que se demuestra la falta de cuidado y por ende la responsabilidad por omisión del Fisco de Chile” (considerando décimo tercero)
Ministros	Sergio Muñoz G., Héctor Carreño S., María Eugenia Sandoval G., y los Abogados Integrantes Arnaldo Gorziglia B., Emilio Pfeffer U.

N° de fallo	4
Partes	Vega Muñoz y otros con Fisco de Chile
Rol	4292-2012
Tribunal	Corte Suprema
Fecha	5 de noviembre 2013
Acción o Recurso	Recurso de casación en el fondo.
Legislación aplicada	Art. 1 y 18 DFL N° 850 de 1997 Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas; Art.35 Decreto Supremo 900, Ley de Concesiones de Obras Públicas.
Hechos	Don Jorge Vega Muñoz junto a otros perjudicados, interpusieron demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile por la responsabilidad que le corresponde como consecuencia de los daños sufridos a raíz del accidente de tránsito múltiple que protagonizaron los actores, ocurrido en una ruta entregada en concesión en calidad de obra preexistente.
Decisión del tribunal	Se rechaza el recurso de casación en el fondo y se condena al Fisco a una indemnización de perjuicios por estimar que pesaba sobre él el deber de seguridad en el diseño, mejoramiento, mantenimiento y defensa de la ruta concesionada –en la calidad de preexistente-, traducido en la especie en la implementación de barreras de contención. Si bien, no se le condenó por la omisión de sus potestades de vigilancia, la sentencia que falla el recurso sí reconoce como hipótesis de responsabilidad la ausencia de control y fiscalización de los deberes de la concesionaria.
Extracto del fallo	I. “Que las disposiciones legales y reglamentarias referidas deben ser interpretadas en su conjunto, de modo que el régimen jurídico de responsabilidad por daños producidos en carreteras sea visto de modo orgánico. En esa línea argumental, la responsabilidad del Fisco de Chile puede apreciarse en al menos tres hipótesis:

A.- Por excepción, cuando con motivo de la ejecución o explotación de la obra fiscal concesionada se ocasionen daños a terceros por medidas exclusivamente impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, ello por aplicación de la regla del artículo 35 del Decreto N° 900 del Ministerio de Obras Públicas que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 164 de 1991.

B.- El Fisco responde por la ausencia de control y fiscalización de los deberes del concesionario. Esos deberes son los establecidos por la Ley de Concesiones de Obras Públicas, por su Reglamento, por su Decreto de Adjudicación y por las Bases de Licitación. Adicionalmente, por las normas técnicas contenidas en el Manual de Señalización y en el Manual de Carreteras. Según se anticipó, el artículo 2.2.2.3 de las Bases de Licitación del contrato de concesión de la obra pública fiscal en cuestión, imponían respecto del Puente Maipo sólo efectuar labores de mantenimiento. Por ende, al tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, el Inspector Fiscal, durante la etapa de explotación, debía básicamente fiscalizar el cumplimiento de las normas técnicas sobre la conservación de las obras, dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión y en su caso proponer la aplicación de las multas.

Esta es la obligación que principalmente da por incumplida la sentencia recurrida y que, como consecuencia, acarrea la responsabilidad del Fisco. Pero, según se dijo, el deber de la sociedad concesionaria respecto de la infraestructura preexistente es de mantención y conservación. De esto resulta, de acuerdo a los hechos asentados, que el Inspector Fiscal faltó a la obligación de fiscalizar dicha mantención en el Puente Maipo, como queda de manifiesto cuando aparece que los hitos tubulares ubicados en la separación de las calzadas se encontraban quebrados o arrancados (considerando vigésimo primero número 4 del fallo de primera instancia).

C.- Una tercera hipótesis surge dado que el Puente Maipo es una obra preexistente y que la Sociedad Concesionaria por bases de licitación sólo tenía respecto de éste un deber de mantenimiento. En buenas cuentas, el puente fue incorporado tal cual a la concesión. En esas circunstancias y con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1° y 18 del Decreto con Fuerza de Ley

N° 850, recaía en el Ministerio de Obras Públicas los deberes del planeamiento, estudio, proyección, construcción, mejoramiento y defensa de la obra pública fiscal en cuestión. En otras palabras, el Fisco es responsable de los daños causados por deficiencias viales que derivan de la omisión de esos deberes” (considerando décimo quinto).

La Corte de Apelaciones de San Miguel falla en otro sentido [Rol 31-2012]

I. “Que de acuerdo con los antecedentes del proceso lo que corresponde dilucidar es si los hechos acreditados y acontecidos en este camino considerado un bien nacional de uso público que corresponde a una vía pública que forma parte del tramo de una autopista, con características de alta velocidad, la cual fue entregada como una obra preexistente a la Sociedad Concesionaria Autopista del Maipo S.A., existe responsabilidad del Fisco de Chile, por su falta de servicio al no ejercer su rol de control y fiscalización de la obra concesionada y que ello ha producido daño a los actores el que debe ser indemnizado”. (considerando décimo segundo)

II. “Que aún cuando esta ruta se encuentre concesionada, dicha circunstancia no altera la naturaleza de la autopista de vía pública, recayendo la prevención y seguridad directamente en el Estado, quien es el garante de estos derechos”. (considerando décimo tercero)

III. “Que esta Corte estima que para que el Estado resulte responsable debe necesariamente existir un hecho dañoso que se atribuya a una falta de control o fiscalización y un vínculo de causalidad entre el hecho y el daño y en definitiva lo que se califica de falta de servicio, lo que se traduce en que el Estado en su calidad de garante de los derechos de las personas, tiene la obligación de supervigilar y controlar que la ejecución de las obras entregadas a las concesionarias sean ejecutadas en la mejor forma posible y cumpliendo las normativas legales, como por ejemplo, tener barras separadoras en las calzadas de doble vía. (considerando décimo cuarto)

Así las cosas, la responsabilidad del Estado escapa al ámbito de responsabilidad común, en atención a la función que éste cumple en la sociedad.

IV. “Que como lo ha resuelto reiteradamente la Excma. Corte Suprema, la falta de servicio se produce cuando se presenta una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación con lo que debería haber sido su comportamiento normal y que, naturalmente, de ello siga un daño y se ha precisado que ello ocurre en las siguientes circunstancias:

- a) Cuando el servicio no funcionó debiendo hacerlo;
- b) Cuando el servicio funcionó irregularmente, y;
- c) Cuando el servicio funcionó tardíamente y de la demora se han seguido perjuicios. (considerando décimo quinto)

V. “Que entre los daños ocasionados y la acción del conductor del camión que produjo el accidente, existe una clara relación de causalidad, sin embargo las consecuencias de haber actuado el Estado diligentemente, es decir, sin que hubiera existido falta de servicio, habría podido aminorar notablemente las consecuencias del accidente, encontrándose claramente establecido en la Ley de Bases de la Administración del Estado que regula la responsabilidad de los servicios públicos, la que señala que los entes públicos son responsables cuando ha existido falta de servicio, lo cual se ve reforzado por lo establecido en el artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República que dispone que: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las Municipalidades, podrá reclamar ante los Tribunales que determine la ley, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que lo hubiere ocasionado”. (considerando décimo sexto)

VI. “Que como afirma la doctrina y como ha resuelto reiteradamente la Excma. Corte Suprema uno de los grandes principios probatorios en materia civil es el denominado de la – normalidad-, según el cual, quien alega lo normal, lo común, lo corriente, lo ordinario, no tiene siquiera el peso de la prueba, el que por el contrario, corresponde al que sostiene lo extraordinario, lo anormal, lo excepcional. Pues bien, en la situación, lo normal es que si la vía sobre el Puente Maipo hubiese estado debidamente separada en sus pistas, como corresponde a una carretera de alta velocidad, las consecuencias del hecho habrían sido menores y aunque se encuentre entregado en concesión, no es menos cierto que se trata de una obra pre existente, en un bien nacional de uso público en donde el Estado tiene obligación constitucional y legal, como se dirá más

	<p>adelante en el presente fallo, de control y supervigilancia específica sobre el bien, la obra y el desarrollo de la concesión y en general en su calidad de garante de los derechos las personas” (considerando décimo séptimo)</p> <p>VII. “Que el artículo 17 de la ley 19.474, dispone que a la Dirección de Vialidad le corresponde la aprobación y fiscalización de estudios, proyección y construcción de puentes y el DL 900, en su artículo 1 establece que la ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales por el sistema establecido en el artículo 87 del DS 294 de 1984, agregando el artículo 63 que las funciones de dirección y control le corresponden al Ministerio de Obras Públicas. (considerando décimo octavo)</p> <p>VIII. “Que los artículos 4°, 42° y 44° de la Ley General de Bases de la Administración del Estado regulan la responsabilidad de los servicios públicos, estableciendo en su parte pertinente: “Los órganos de la Administración del Estado serán responsables del daño que causen por falta de servicio”, lo que puede consistir, como en la especie, en una omisión por parte del Estado o la ausencia del servicio que debió prestarse o cuando no se cumple o se efectúa de forma deficiente o tardía, resultando indiferente la evaluación subjetiva del agente público, para que la víctima tenga derecho a ser indemnizada, bastando que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño que se ha producido, siempre quedando la posibilidad de que el Estado pueda repetir contra quien corresponda, por lo que en cuanto a la falta de legitimación activa planteada, atendido lo señalado en los motivos precedentes, será rechazada”. (considerando décimo noveno)</p>
Ministros	Sergio Muñoz G., Héctor Carreño S., Pedro Pierry A., María Eugenia Sandoval G., y el Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia.

N° de fallo	5
Partes	Vergara Lomboy con Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota y otros
Rol	2407-2012
Tribunal	Corte Suprema
Fecha	4 de junio 2013
Acción o Recurso	Recurso de casación en el fondo.

Legislación aplicada	Art.42 Ley 18.575, Ley de Bases Generales de la Administración del Estado; Art.38 Ley 19.966, Establece un régimen de garantías explícitas en Salud.
Hechos	Doña Cecilia Vergara Lomboy demanda de indemnización de perjuicios a la dueña del Hogar “Anni y Bjorn” y al Servicio de Salud de Viña del Mar-Quillota por la falta de fiscalización de las condiciones en que funcionaba el hogar de ancianos. Los hechos que fundan la demanda ocurrieron el 1 de marzo del 2004, día en que doña Blanca Lomboy, madre de la actora, cayó desde el segundo piso del hogar en comento, luego de traspasar una puerta corredera sin mecanismo de seguridad, causándole la muerte. La actora funda su demanda en la falta de servicio en que habría incurrido el Servicio de Salud respectivo por no haber ejercido las facultades de fiscalización que le otorga el ordenamiento jurídico en lo relativo a la autorización de instalación y funcionamiento de la casa de reposo en que se encontraba internada su madre
Decisión del tribunal	La Corte Suprema acogió el recurso de casación eximiendo de responsabilidad al ente fiscalizador por estimar que no existió una relación causal entre la muerte de doña Blanca Lomboy y la falta de fiscalización del hogar.
Extracto del fallo	<p>I. “Que de las motivaciones anteriores puede colegirse que resulta efectiva la aseveración que se ha hecho por el recurso respecto al fallo impugnado, puesto que la posibilidad que el Servicio de Salud pudiera intervenir en el funcionamiento de la entidad ejerciendo facultades de inspección, fiscalización y supervigilancia no desvirtúa que, conforme a los supuestos fácticos asentados, el accidente que sufrió la víctima tuvo como única causa el hecho consistente en que la Sra. Lomboy cayera desde el segundo piso del establecimiento luego de traspasar una ventana corredera, quien por orden de la Directora habitaba un dormitorio en ese piso, el cual tenía una ventana sin dispositivo de cierre y sin que se encontrare al cuidado de un auxiliar pese a que la interna padecía de ceguera total, demencia senil y enfermedad de Alzheimer.</p> <p>La descripción fáctica deja en evidencia que no existió nexo causal entre la ausencia de fiscalización de parte del Servicio demandado y la caída de la víctima, puesto que si se suprimen mentalmente las circunstancias anotadas en el párrafo precedente, resulta claro que el accidente no se habría producido. En otras palabras, nada asegura que ante un escenario más compulsivo por parte del ente estatal el</p>

	<p>fallecimiento de la demandante a causa del accidente no hubiese ocurrido.</p> <p>Esto significa que no se ha logrado demostrar que el Estado de Chile haya incurrido en responsabilidad por falta de servicio, como quiera que no concurre relación de causalidad con el daño experimentado por la demandante” (considerando sexto).</p>
<p>Voto disidente</p>	<p>El voto disidente es del Ministro Muñoz, quien estuvo por rechazar el recurso de casación, en razón de las siguientes consideraciones:</p> <p>“1°. Que en la presente litis, la actora demanda al Servicio de Salud de Viña del Mar-Quillota por la falta de servicio en que éste habría incurrido por no haber ejercido las facultades de fiscalización que le otorga el ordenamiento jurídico en lo relativo a la autorización de instalación y funcionamiento de la casa de reposo en que se encontraba internada su madre, las que de haber desplegado perfectamente pudieron impedir su muerte con motivo del accidente ocurrido en ese lugar.</p> <p>2°. Que el funcionamiento de dichos establecimientos de residencia se encontraban reglamentados en el D.S. N° 2601 de 9 de diciembre de 1994 del Ministerio de Salud, el cual, en lo que interesa, señalaba:</p> <p>Artículo 5: “Para la obtención de la autorización de la instalación y funcionamiento del local, el propietario o representante legal en su caso, deberá elevar al Servicio de Salud respectivo una solicitud en la cual especifique las acciones que desea desarrollar, adjuntando los siguientes antecedentes: e) la calidad del inmueble donde esté ubicado el establecimiento, así como todas sus instalaciones deberán cumplir con la ordenanza general de construcciones y urbanización”.</p> <p>Artículo 6: “Verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el presente reglamento, el Servicio de Salud respectivo dictará la resolución de autorización de instalación y funcionamiento del mismo. El rechazo de la solicitud deberá emitirse mediante una resolución fundada”</p> <p>Art. 13: “Corresponderá a los Servicios de Salud el cumplimiento del presente reglamento y supervisar el funcionamiento de los establecimientos ubicados en su territorio”.</p>

3°. Que es un hecho no cuestionado en la causa ni en el recurso de casación que el Servicio de Salud de Viña del Mar-Quillota no ejerció las mencionadas potestades y que la demandante sufrió perjuicio por la muerte de su madre, quien se encontraba internada en la mencionada casa de reposo. También es un hecho no controvertido y más todavía establecido por la sentencia penal dictada por el Juzgado de Garantía de Viña del Mar con fecha 11 de julio de 2008, que la ventana desde la cual cayó la señora Lomboy se encuentra ubicada en la habitación del segundo piso, que es del tipo corredera, carente de todo sistema de cierre o pestillo, o mecanismo que impidiera su apertura, cuya base se encuentra a unos 65 ó 70 centímetros desde el suelo del dormitorio, base que está al mismo nivel que una cama que se encuentra adosada en paralelo a dicha ventana, que esa noche no estaba ocupada por persona alguna y que en el lado derecho se encontraba ubicada una cómoda de tres cajones de madera. Asimismo es un supuesto fáctico que la señora Lomboy luego de traspasar la cama y ventana cayó desde una altura aproximada de cuatro metros. Igualmente está acreditado que la señora Lomboy había protagonizado un hecho de igual naturaleza en el mes de agosto de 2003, esto es, fue sorprendida al lado de la ventana en condiciones de riesgo de caer desde ella.

4°. Que si bien es posible imputar como una de las causas del daño a la conducta de la codemandada, no es menos cierto que cabía al Servicio de Salud de Viña del Mar-Quillota llevar a efecto una labor fiscalizadora de la gestión del establecimiento de residencia, precisamente con el fin de evitar tan lamentable resultado, de lo contrario carece de sentido implementar esa labor de control y supervigilancia como un deber preciso al funcionamiento del hogar por parte del Servicio si ello no se desarrolla. En lo específico, el Servicio demandado no supervisó el funcionamiento del establecimiento en lo concerniente a su calidad, como respecto a sus instalaciones para que cumplieran con la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, particularmente lo dispuesto en el artículo 4.2.1 que prescribe que el artículo 4.2.7 será aplicable a toda edificación con excepción de las viviendas unifamiliares y de las escaleras interiores de unidades en edificios colectivos. A su turno, el artículo 4.2.7 exige en lo pertinente que todas las ventanas de edificios que se encuentren a una altura superior a un metro por sobre el suelo adyacente, deberán estar provistas de barandas o antepechos de solidez suficiente para evitar la caída fortuita de personas.

De lo razonado se aprecia que la sentencia cuya invalidez se pretende no incurre en error de derecho al establecer que hay vínculo causal entre el incumplimiento del deber de fiscalización del Servicio demandado y el daño ocurrido, reflejado inmediatamente en la muerte de la Sra. Lomboy. En efecto, es razonable concluir que de haberse desplegado las herramientas de control que le impone al servicio demandado y de manera previa a la autorización de funcionamiento por el Reglamento vigente a la época de los hechos, se habría arribado a la convicción de que el accidente no se habría producido, desde que el ejercicio de las facultades de supervisión habrían obligado a que el lugar se encontrare provisto de una baranda que habría evitado la caída de la víctima. Lo expresado revela que en la especie hay concurrencia de causas o, en otras palabras, pluralidad de responsables.

5°) Que, por consiguiente, la responsabilidad por falta de servicio aparece configurada sobre la base de los hechos asentados en la causa, pues ellos trasuntan que el órgano encargado de ejercer el control no advirtió oportunamente el mal funcionamiento del establecimiento de residencia. Conforme a lo señalado este disidente estuvo por desestimar el recurso de casación, por considerar que la sentencia impugnada aplicó correctamente lo dispuesto en los artículos 38 de la Ley N° 19.966 y 42 de la Ley N° 18.575, al establecer la falta de servicio en que incurrió el Servicio de Salud de Viña del Mar-Quillota.

6°) Que la doctrina francesa sistematizada por Paul Duez, conceptualiza la falta de servicio en tres categorías: 1° El servicio ha funcionado mal; 2° El servicio no ha funcionado; 3° El servicio ha funcionado tardíamente; (Paul Duez, La responsabilité de la publique, segunda edición 1938, Editorial Dollez, página 37, citado por José Miguel Valdivia, "Orígenes de la noción de Falta de Servicio", la Falta de Servicio, Legal Publishing, 2012, páginas 40 y 41). A tales categorías se ha sumado aquellas situaciones en que el daño se ocasiona debido a la mala organización o mal funcionamiento de los organismos públicos.

7°) Que en el caso de autos resulta evidente la constatación de la falta de servicio. En efecto, sobre la base de las mayores exigencias para establecer el factor de imputación, se ha determinado: a) Existe una reglamentación general respecto de todo inmueble que exige precaver riesgos y especialmente la caída de personas por las ventanas; b) La normativa específica

	<p>aplicable al caso requiere, con anterioridad al otorgamiento de la autorización de funcionamiento de un hogar de adulto mayor, la verificación del cumplimiento de exigencias reglamentarias por parte de la Administración; c) Las disposiciones particulares imponen perentoriamente que la Administración fiscalice permanentemente las exigencias generales. Así tanto la autoridad municipal (Dirección de Obras Municipales) como la autoridad del Servicio de Salud deben inspeccionar el inmueble.</p> <p>De lo anterior se sigue que el Servicio de Salud debió actuar y no lo hizo, puesto que con anterioridad a la autorización debió concurrir al inmueble, conducta que no desplegó.</p> <p>Es más, pesa sobre el Servicio el deber de supervigilancia o inspección con el propósito de constatar el cumplimiento permanente de tales exigencias, fiscalización que tampoco se realizó. De esta forma el Servicio incumplió su deber de actuación. No se está ante la falta al deber general de cuidado y seguridad, sino ante el no cumplimiento de un deber que le impone una norma. El Servicio tenía la obligación de actuar, pero no lo hizo.</p> <p>La muerte de la señora Lomboy es consecuencia de la caída de ésta desde una ventana ubicada en una pieza a seis metros de altura. En el evento que existiesen medidas de seguridad que impidieran abrir la ventana o por lo menos se la pudiera cerrar en términos normales, como la existencia de barandas de seguridad, indudablemente habrían impedido la caída de la señora Lomboy y su posterior fallecimiento.</p> <p>Es causa precisa y necesaria del daño la ausencia de inspección previa de la autoridad administrativa e igualmente la omisión de toda supervigilancia posterior, dado el hecho que de haber existido se habría reparado en este riesgo evidente, disponiendo la corrección del mismo”</p>
--	--

N° de fallo	6
Partes	Suárez Cabrera y otros con Superintendencia de Valores y Seguros.
Rol	1868-2013
Tribunal	Corte Suprema
Fecha	5 de noviembre del 2013
Acción o	Recurso de casación en el fondo.

Recurso	
Legislación aplicada	Art.2 Ley 18.045, Ley de Mercado de Valores; Art.4 del Decreto Ley 3538; Art. 42 de la Ley 18.575, de Bases de la Administración del Estado;
Hechos	Se demandó a la Superintendencia de Valores y Seguros con el propósito de hacer efectiva su responsabilidad extracontractual por la falta de servicio en que incurrió al no cumplir sus obligaciones propias de supervigilancia y fiscalización, o al menos cumplirlas imperfecta o tardíamente, respecto de Inverlink Corredores de Bolsa S.A, la cual causó serios perjuicios económicos a los actores.
Decisión del tribunal	Se rechaza el recurso de casación por estimar que no hubo falta de servicio por parte de la Superintendencia de Valores y seguros al comprobarse el ejercicio oportuno de sus facultades de fiscalización.
Extracto del fallo	<p>I “Que respecto de la falta de servicio es necesario señalar que en nuestro país la evolución de la responsabilidad de la Administración del Estado se ha desarrollado en una primera etapa fundamentalmente sobre la base de determinaciones jurisprudenciales y luego conforme a la legislación especial. Así, la jurisprudencia ha sustentado la existencia de tal responsabilidad en la normativa especial que arranca de los artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República, y 4° y 42 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Es así como el artículo 1° de la mencionada ley establece su ámbito de aplicación, y luego en el artículo 4° dispone que el “Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones”. Finalmente el artículo 42, en correspondencia con el artículo 4°, dispone que los “órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio”.</p> <p>La falta de servicio es un factor de atribución de responsabilidad patrimonial de la Administración, vale decir el fundamento jurídico en cuya virtud los costos de los daños sufridos por un particular o su compensación son asumidos por aquélla, correspondiendo a toda acción u omisión de la Administración que genere daños para el administrado y en la que ha existido una falla de cualquier orden en el servicio. La ponderación neutral y abstracta de la falla resulta determinante, puesto que la visión restrictiva de la responsabilidad siempre buscará estarse a la situación precisa, sin atender a las motivaciones que excedan tal contexto. En</p>

cambio, la apreciación objetiva precisamente pondera las condiciones en que debió prestarse el servicio, las que se comparan con aquellas en que efectivamente se hizo, debido a los criterios de cuidado, confianza, tutela y garantía que pesan sobre el Estado administrador, que debe ser examinado no solamente en las causas próximas o inmediatas sino en todas aquellas que derivaron en la producción del daño, las que pueden estar radicadas en una cadena de determinaciones y no solamente en la final.

Así, ante un defecto en el obrar se podrá argumentar que no se atendió adecuadamente un requerimiento por no existir las condiciones técnicas o humanas; sin embargo, corresponde ponderar si en un servicio público moderno –en relación a la época en que se verifican los hechos- es factible que esas condiciones deban estar disponibles para actuar correctamente, aspecto que importará decidir si es o no factible prescindir de ellas. Esa es la determinación inicial ante una acción u omisión que origina daño a un administrado, pues se debe precisar si la Administración actuó, no lo hizo o lo hizo en forma tardía. El solo hecho de no actuar o hacerlo de manera tardía es suficiente para establecer la falta de servicio, sin embargo, en tal hipótesis la defensa de la administración radicará en la ausencia de otro de los presupuestos de la responsabilidad.

Cuando la Administración actuó se comparará ese actuar con el exigido a un servicio moderno para su época, conforme a los recursos técnicos y humanos con que debe contar.

Es así que la jurisprudencia para el establecimiento de la falta de servicio, ha procedido a efectuar una comparación entre la gestión efectiva del servicio y un estándar legal de cumplimiento de la función pública” (considerando cuarto).

II “Que volviendo al análisis de las infracciones denunciadas por el arbitrio, es menester tener en consideración que en la sentencia recurrida para decidir como se hizo tuvo en consideración que, de la revisión y análisis de las facultades enumeradas en el artículo 4 del Decreto Ley N° 3538 -Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros- es posible colegir que las facultades de la demandada consisten en la reunión y análisis de datos aportados por los intermediarios y al cotejo de informes remitidos por consultores externos y auditorías internas, y a la obligación, en el evento de detectar la ocurrencia de irregularidades, de requerir la intervención de la justicia

ordinaria remitiendo los antecedentes necesarios para ello, como efectivamente ocurrió en el caso de autos.

Asimismo, se sostuvo que la demandada carece de facultades interventoras preventivas, no sólo respecto de los intermediarios de la Ley de Mercado de Valores, quienes se encuentran sujetos a su supervigilancia en los términos antes dichos, sino que también y especialmente respecto de terceros ajenos al sistema y no sujetos a su control.

Finalmente, en el fallo objeto del arbitrio se sostiene que, conforme la prueba documental como la testimonial rendida en autos—poniendo especial énfasis en la declaración del testigo de la parte de demandante don Eduardo David Monasterio Lara-, la demandada ejerció suficientemente las facultades fiscalizadoras que le confiere el ordenamiento jurídico, dado que, en algunos casos hasta por dos veces en el mismo año y sin aviso previo, al revisar la documentación que oportunamente le fue presentada por Inverlink Corredores de Bolsa S.A. relativa a las operaciones practicadas con ocasión de su giro, así como también analizó los balances y estados de liquidez y solvencia que se le hicieron llegar, junto con las cartas remitidas por los auditores externos, no siendo responsable, por ende, de los perjuicios que los actores sufrieron a consecuencias de las operaciones realizadas tanto por Inverlink Corredores de Bolsa como por Inverlink Consultores S.A” (considerando quinto)

III. “Que los argumentos antes sintetizados aplican la tesis aceptada por esta Corte en la materia de que se trata, sin que el recurso en estudio aporte razonamientos que pudieren hacer variar tal convicción. En efecto, del análisis de los preceptos que el recurrente refiere como infringidos, es posible colegir:

1.- que el artículo 42 de la Ley N° 18.575 dispone, en su inciso 1°, que “Los órganos de la administración del Estado serán responsables del daño que causen por falta de servicio.”;

2.- que, por su parte, el precepto contenido en el artículo 4 del Decreto Ley N° 3.538 establece de manera detallada las atribuciones generales que detenta la Superintendencia de Valores y Seguros en el cumplimiento del deber de fiscalizar que las personas o instituciones sometidas a su control cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan, mereciendo especial atención las que se contienen en su

literal d), a saber: “Examinar todas las operaciones, bienes, libros, cuentas, archivos y documentos de los sujetos o actividades fiscalizados y requerir de ellos o de sus administradores, asesores o personal, los antecedentes y explicaciones que juzgue necesarios para su información.

Podrá pedir la ejecución y presentación de balances y estados financieros en las fechas que estime convenientes para comprobar la exactitud e inversión de capitales y fondos. Igualmente, podrá solicitar la entrega de cualquier documento, libro o antecedente que sea necesario para fines de fiscalización, sin alterar el desenvolvimiento normal de las actividades del afectado.

Salvo las excepciones autorizadas por la Superintendencia, todos los libros, archivos y documentos de las entidades o personas fiscalizadas deben estar permanentemente disponibles para su examen en la sede principal de sus negocios.”;

3.- que la norma contenida en el artículo 2 de la Ley N° 18.045 preceptúa que le corresponde a la Superintendencia de Valores y Seguros el cumplimiento de las disposiciones de dicho cuerpo de normas, de acuerdo con las facultades que se le confieren en su ley orgánica y en ese mismo texto de leyes.

4.- que, finalmente, el artículo 58 de la antes citada ley establece la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Valores y Seguros, como también las facultades para obtener los antecedentes e informaciones necesarias para el cumplimiento de sus labores de fiscalización y para clausurar las oficinas de los infractores en los casos que sea necesario” (considerando sexto)

IV. “Que, de acuerdo con los hechos que se dieron por establecidos en la sentencia del grado, los que no pueden ser alterados en cuanto no se denunciaron en el arbitrio como infringidas las normas reguladoras de la prueba, en el caso de autos aparece de manifiesto que la demandada, tal y como lo concluyeron los juzgadores de la instancia, ejerció adecuadamente las facultades de fiscalización que, a esa fecha, le confería la ley respecto de la institución que efectivamente se encontraba bajo su superintendencia, esto es, Inverlink Corredores de Bolsa S.A., toda vez que consta en autos que revisó –fiscalizando en ocasiones dos veces en el año y sin aviso- la documentación que oportunamente le fue presentada por dicha

	<p><u>persona jurídica de derecho privado relativa a las operaciones practicadas con ocasión de su giro, así como también los balances y estados de liquidez y solvencia que se le hicieron llegar, junto con las cartas remitidas por los auditores externos, no observando irregularidades en dicho proceso ni existiendo actitudes refractarias de parte de dicha institución en orden a poner a su disposición la totalidad de la información requerida</u> - circunstancia que sí le habría permitido ejercer las facultades que le confiere el artículo 58 de la Ley N° 18.045-, por lo que mal podría concluirse que no ejerció su rol o que lo hizo tardíamente, más aún si las operaciones fraudulentas fueron realizadas por Inverlink Consultores S.A., sociedad que no estaba sometida al control de la Superintendencia de Valores y Seguros, las que sólo se encontraban respaldadas en los computadores portátiles que, para dicho efecto, se utilizaban.</p> <p>A lo anterior, debe sumarse el hecho que los actores no hicieron denuncias previas respecto de las irregularidades que refieren en su libelo, razón que, unida a las esbozadas precedentemente reafirma que la demandada no se encontraba, aun ejerciendo oportunamente las facultades de fiscalización que le confiere el ordenamiento jurídico -como efectivamente acaeció en la especie-, en condiciones de detectar las infracciones cometidas por Inverlink Corredores de Bolsa S.A. a través de Inverlink Consultores S.A., por lo que, en la especie, no se verifica la hipótesis de falta de servicio aludida por los demandantes en su libelo” (considerando séptimo)</p>
Voto de disidencia	<p>El voto de disidencia es del Ministro Suplente Juan Escobar. El fallo fue acordado con el voto en contra del Ministro Sr. Escobar, “quien estuvo por acoger el arbitrio deducido y dictar sentencia de reemplazo acogiendo íntegramente la demanda de autos, por estimar que en la especie la prueba rendida, estimada ésta como un conjunto de presunciones que reúnen los caracteres de precisión, gravedad y multiplicidad suficientes, permite concluir que, a la luz de la gravedad del ilícito cometido en perjuicio de los demandantes por los agentes de Inverlink, Corredores de Bolsa S.A., cuyo resultado fue la pérdida de parte de un patrimonio de valores cuantioso de éstos, el actuar de la demandada se apartó de la correcta aplicación de los criterios a adoptar que le imponía la ley, de acuerdo a su posición de garante por la sola disposición de ésta, de evitar los riesgos jurídicamente desaprobados en que incurrió Inverlink, Corredores de Bolsa S.A.; en efecto, la Superintendencia de Valores y Seguros demandada quien, dentro de su actividad administrativa</p>

tiene la obligación legal de supervigilancia, de conformidad al artículo 2° de la Ley N° 1.8045, respecto de Inverlink, Corredores de Bolsa S.A. debía: “examinar todas las operaciones, bienes, libros, cuentas, archivos y documentos de los sujetos o actividades fiscalizados, requerir de ellos, o de sus administradores asesores o personal, los antecedentes y explicaciones que juzgue necesarios para su información, podrá pedir la ejecución y presentación de balances y estados financieros, en las fechas que estime convenientes, para comprobar la exactitud e inversión de los capitales y fondos, igualmente podrá solicitar la entrega de cualquier documento, libros o antecedente que sea necesario para fines necesarios...” según el artículo 4 letra d del decreto ley N° 3578, adquiriendo por esa sola disposición legal la calidad se garante que la obligaba a elaborar proyectos y planes adecuados, de manera tal que no supusiese para los adquirentes de valores, riesgos mayores a los económicamente tolerados en una sociedad de mercado libre como la chilena.

La sola asunción por ley del rol de supervigilancia fundamenta el deber antes mencionado, porque los usuarios confían en que los bienes o valores financieros por ellos adquiridos en el mercado son seguros, pues de lo contrario la actividad económica por ese aspecto, sin duda alguna, se vería paralizada, sujeta a la corrupción y a la constante desconfianza, la que solo se terminaría con la pérdida total de las ventajas del sistema de mercado financiero establecido para las personas. En efecto, el mercado de valores, al igual que toda actividad económica fiscalizada por el Estado, se basa en la confianza que el usuario tiene respecto de la seguridad de que la autoridad económica fiscaliza correctamente el producto que adquiere y que ésta por ley tiene la obligación de eliminar todos los peligros que el empleo del sistema encierra para el usuario y, cuando ello no es posible, existe el deber de la autoridad en posición de garante, de advertir en forma oportuna y no imperfecta o tardíamente a la comunidad, conforme a los mecanismos o herramientas legales vigentes, para evitarle a ésta que se le cause el riesgo jurídicamente desaprobado.

En efecto, no existe antecedente alguno que de cuenta que se haya indagado o examinado las operaciones de la demandada, como tampoco que se haya comprobado la exactitud de las inversiones que ellos dan cuenta, partiendo de la base que la demandada no podía dejar de saber, por imperativo legal, el

	<p>deber que partía de su posición de garante y que era evidente que se trataba lo fiscalizado del corretaje e inversión de productos financieros que no carecen de todo riesgo y que deben ser rigurosamente fiscalizados, pues, se trata de valores financieros administrados por terceros, debiendo considerar así mismo que del cumplimiento o no de esa obligación de vigilar el correcto comportamiento, puede generar graves consecuencias económicas para dichos terceros; y ello forma parte también del deber; así, la actividad de la Superintendencia de Valores y Seguros demandada, aparece claramente con un actuar rutinario en el que el cumplimiento de las normas vigentes quedaba totalmente al arbitrio de la agente Inverlink, Corredores de Bolsa S.A., creando con ello la demandada, más allá de lo tolerable, un riesgo jurídicamente desaprobado frente al derecho de propiedad sobre sus bienes y la libertad de los actores y potenciales agentes del mercado financiero, lo que se realizó en el resultado dañoso, quedando claro entonces el nexo causal correspondiente”.</p>
Ministros	Héctor Carreño S., Gloria Ana Chevesich R., el Ministro Suplente Juan Escobar Z. y los Abogados Integrantes Alfredo Prieto B. y Arturo Prado P.

N° de fallo	7
Partes	Gómez Sepúlveda, Sonia con Fisco de Chile.
Rol	4384-2013
Tribunal	Corte Suprema
Fecha	28 de noviembre 2013
Acción o recurso	Recurso de casación en el fondo.
Legislación aplicada	Art. 3, 4, 29, 35 y 42 de la Ley N°18.575 sobre Bases de la Administración del Estado; Art. 2, 3 y 19 del DL N°3551 de 1981 sobre entidades fiscalizadoras; Art. 7 del DFL N° 7 del Ministerio de Hacienda de 1980, Ley Orgánica del SII.
Hechos	Doña Sonia Gómez Sepúlveda deduce demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile, por las omisiones en que habría incurrido el Servicio de Impuestos Internos al no haber fiscalizado el cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte del Grupo Inverlink, lo que –a su juicio- provocó la pérdida de las inversiones que ésta había realizado en dicho holding empresarial.
Decisión del tribunal	Se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por la actora, por carecer el Fisco de Chile de legitimación para ser demandado, por cuanto es el Director del SII quien está facultado

	para asumir su representación. Sin perjuicio de esto, se pronuncia de todas formas sobre la falta de fiscalización alegada, señalando que el SII no tiene el deber jurídico de fiscalización que la actora pretende.
Extracto del fallo	<p>“Que también habrá de desestimarse el segundo reproche que formula la recurrente y que se hizo consistir en la vulneración del artículo 42 en relación al artículo 3 de la Ley N° 18.575. Como reiteradamente ha sostenido tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Corte, la falta de servicio, como factor de atribución de responsabilidad patrimonial de la Administración, ha sido definida como aquella en que el Servicio actúa de manera defectuosa, tardíamente o no actúa, es decir, su actuar no observa el estándar de comportamiento que le es legítimamente requerido. Es decir, debe entenderse como la falta de aquello que le es exigible a la Administración, en este caso a una entidad fiscalizadora como es el Servicio de Impuestos Internos.</p> <p>En el caso que nos ocupa, <u>de norma alguna puede inferirse que sobre dicho servicio público pesa el deber jurídico de prevenir, advertir o informar a los contribuyentes que los intereses devengados de depósitos en instrumentos financieros o de inversión administrados por una entidad privada pueden estar vinculados con operaciones delictivas.</u> En este sentido, las potestades y competencias que la ley asigna al Director General del Servicio de Impuestos Internos son las que expresamente determina el artículo 7° de su Ley Orgánica, cuyo cumplimiento no se ha cuestionado, <u>pues la recurrente sólo se ha asilado en la ausencia de una pretendida fiscalización que no le es exigible a dicho órgano de la Administración,</u> menos aún tratándose de operaciones que no le eran informadas por cuanto éstas no podían ser realizadas por las sociedades en cuestión de acuerdo a su objeto social, las que funcionaban como financieras informales que bajo el amparo de diversas estructuras societarias lograban ocultar su ilegal actuación” (considerando sexto).</p>
Ministros	Héctor Carreño S., Pedro Pierry A., María Eugenia Sandoval G., Juan Eduardo Fuentes B. y el Abogado Integrante Alfredo Prieto B.

N° de fallo	9
Partes	Eula Dalmau Nuria con Municipalidad de Viña del Mar
Rol	43-2007 ¹⁹⁶

¹⁹⁶En contra de dicho fallo la actora interpuso recurso de casación en el fondo, el que rechazado por la Corte Suprema por manifiesta falta de fundamento, rol 4810-2007.

Tribunal	Corte de Apelaciones de Valparaíso.
Fecha	22 de mayo del 2008
Acción o recurso	Recurso de apelación.
Legislación aplicada	Art. 42 Ley 18.575, Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.
Hechos	Doña Nuria Eula Dalmau demanda de indemnización de perjuicios a la Municipalidad de Viña del Mar, por la falta de servicio en que habría incurrido al no fiscalizar las dependencias de la Discoteque Topsy, en particular el Tobogan por el cual se lanzó, sufriendo una caída que la dejó con diversas lesiones.
Decisión del tribunal	Acogió el recurso de apelación, revocando la sentencia de primera instancia que condenó a la municipalidad, al no haberse acreditado los hechos que dieron origen a la demanda, ni haberse determinado la falta de servicio alegada.
Extracto del fallo	I. "Que resulta evidente que para el funcionamiento de la discoteque Topsy o Chumba Wamba, el ente municipal, a partir del año 1985, ha debido exigir el cumplimiento de diversos requisitos como para haber otorgado patentes y permisos de funcionamiento, todo lo cual aparece acreditado con la documentación referida en el considerando sexto de este fallo, por lo que en este sentido, se concluye, que no ha existido falta de servicios por parte de la demandada, como tampoco, la consiguiente falta de fiscalización que se le atribuye.- <u>En el último sentido, cabe concretar que la obligación de fiscalización que la ley impone a las municipalidades, no puede ser tan amplia, al extremo de hacerla extensiva a un control permanente y preventivo sobre el uso cotidiano de las dependencias y accesorios de un local nocturno, como el de autos.- De allí, que no se divisa cómo y de qué manera pudo fiscalizarse y prevenirse la inapropiada y culposa conducta de la actora, quien habría empleado un tobogán, lanzándose desde él en el estado etílico que se le reprocha"</u> (considerando octavo)
Ministros	Redacción del abogado integrante Augusto Palma Gálvez.