



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

**LA INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE
VALORES Y SEGUROS COMO FUENTE DE REGULACIÓN DE LOS GOBIERNOS
CORPORATIVOS**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias

Jurídicas y Sociales

Autor: Alonso Varas Rogazi

Profesor Guía: Francisco Pfeffer Urquiaga

Santiago, Chile

2017

Agradecimientos

A Tamara, por ser una fuente inagotable de apoyo y ánimo virtuoso.

A María Eugenia y Claudio, por su incondicional ayuda y cariño.

ÍNDICE

RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	6
PRIMERA PARTE: GOBIERNOS CORPORATIVOS	11
CAPÍTULO I: EL CONCEPTO DE GOBIERNO CORPORATIVO	12
1. El concepto semántico de gobierno corporativo	13
2. Primeros usos del concepto de gobierno corporativo	13
3. Elementos económicos incorporados al concepto de gobierno corporativo	14
4. Conflictos de interés, problemas de agencia y gobiernos corporativos	15
5. Propuesta del autor de concepto de gobierno corporativo.....	20
CAPÍTULO II: LOS ÓRGANOS QUE COMPONEN UN GOBIERNO CORPORATIVO	21
1. Junta General de Accionistas	23
2. Directorio.....	25
2.1 Director Independiente y Comité de Directores	27
3. Gerentes.....	32
4. Comisión Liquidadora o Liquidador.....	33
CAPÍTULO III: FUENTES DE REGULACIÓN DE LOS GOBIERNOS CORPORATIVOS EN CHILE	35
1. Regulación legal.....	35
2. Autorregulación.....	37
3. Regulación de soft law	39
4. ¿Qué les da forma a los gobiernos corporativos en Chile?.....	41
4.1 Grupos empresariales y economías de escala	42
4.2 Quórum de votación en Juntas de Accionistas o umbrales de decisión	44
SEGUNDA PARTE: INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS COMO FUENTE DE REGULACIÓN DE LOS GOBIERNOS CORPORATIVOS.....	49
CAPÍTULO IV: EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	50
1. La jurisprudencia como fuente formal del Derecho	53
2. Tesis que considera que la jurisprudencia no es fuente formal del Derecho	53
3. Tesis que considera que la jurisprudencia si es fuente formal del Derecho.....	57
4. Tesis ecléctica.....	72
5. Opinión del autor	72

CAPÍTULO V: LA INTERPRETACIÓN (JURISPRUDENCIA) ADMINISTRATIVA COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	74
1. El concepto de interpretación administrativa.....	74
2. El contexto normativo de la interpretación (jurisprudencia) administrativa	77
2.1 Presencia constitucional y ausencia legislativa de tribunales contencioso administrativos	79
2.2 La facultad de interpretación administrativa de la Contraloría General de la República	83
2.3 Reforma constitucional de 1989 y el actual estado de la justicia administrativa en Chile ..	86
3. La interpretación administrativa como fuente del Derecho Administrativo	94
3.1 Tesis que niega el valor de fuente del Derecho Administrativo a la interpretación administrativa	95
3.2 Tesis que acepta el valor de fuente del Derecho Administrativo a la interpretación administrativa	107
4. Opinión del autor	131
CAPÍTULO VI: LA FACULTAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS PARA INTERPRETAR ADMINISTRATIVAMENTE LA LEY COMO FUENTE DE REGULACIÓN DE LOS GOBIERNOS CORPORATIVOS.....	133
1. La facultad de la Superintendencia de Valores y Seguros para interpretar la ley	134
2. La Superintendencia de Valores y Seguros como órgano regulador de los gobiernos corporativos en Chile	136
2.1 Responsabilidad y estándar de diligencia de directores, gerentes y otros ejecutivos principales	137
2.1.1 Resolución Exenta N° 245 de fecha 22 de abril de 2010.....	138
2.1.2 Resolución Exenta N° 545 de fecha 06 de octubre de 2011	138
2.1.3 Resoluciones Exentas N°s 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80 y 81, todas de fecha 09 de marzo de 2012.....	141
2.2 Límites materiales al gobierno corporativo de una sociedad controladora respecto del resto de sociedades que forman parte del grupo empresarial. Resolución Exenta N° 223 de fecha 02 de septiembre de 2014.....	146
2.3 Extracción de valor por parte de un director. Resolución Exenta N° 338 de fecha 26 de noviembre de 2015, rectificada por Resolución Exenta N° 339 de la misma fecha.	150
2.4 Falta de entrega de información oportuna a los accionistas por parte del directorio. Resolución Exenta N° 279 de fecha 30 de septiembre de 2015.	151
CONCLUSIÓN	153
BIBLIOGRAFÍA.....	155

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la naturaleza jurídica de la interpretación y jurisprudencia administrativa emanada de la Superintendencia de Valores y Seguros, su rol como fuente del Derecho Administrativo, y en particular como fuente de regulación de los gobiernos corporativos. Para ello se definirá y caracterizará el concepto de gobierno corporativo, para luego exponer el debate doctrinal que gira en torno a la aceptación de la jurisprudencia administrativa como fuente formal de derecho, para finalizar analizando los casos más relevantes de resoluciones emanadas de la Superintendencia de Valores y Seguros que aportan elementos normativos a la regulación de los gobiernos corporativos.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia de la organización de la fuerza de trabajo, las sociedades, en su calidad de persona jurídica, han jugado un rol protagónico. El célebre razonamiento que ofrece COASE para explicar por qué ocurre este fenómeno es que las empresas (*firms*) son el mecanismo de organización más eficiente para evitar costos de transacción en el desarrollo de una actividad económica¹. Siguiendo esta hipótesis como hilo conductor, cabe preguntarse, entonces, cuál de todas las sociedades posee el modelo de organización más eficiente para el desarrollo de una actividad lucrativa. Si bien la respuesta depende de variados factores – modelo económico en el que se desarrolla la actividad, contexto sociopolítico en el que la compañía se desenvuelve, cultura empresarial de los inversores, la naturaleza de la actividad que se pretende desarrollar, entre otras-, las sociedades de capital destacan por su factibilidad para transformarse en vehículos eficientes y seguros de inversión. A su vez, entre las sociedades de capital, la que ha significado un mayor aporte a la economía a nivel mundial ha sido la sociedad anónima².

La regulación de las sociedades anónimas ha sufrido diversos cambios hasta llegar a las actuales tendencias normativas, que apuntan a regular el comportamiento tanto de los accionistas como el de los órganos de administración de la firma³. Lo anterior con el objetivo de evitar abusos e ilícitos⁴ que, tal como lo ha demostrado la experiencia, tienen fuertes repercusiones en el sistema económico del país, e incluso del continente o a nivel global⁵. Las

¹ COASE, Ronald (1937). *The Nature of the Firm*. *Economica*, n. s., vol. 4. London School of Economics.

² HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier (2000). *The End Of History For Corporate Law*. Yale Law School Working Paper N° 235; NYU Working Paper N° 013; Harvard Law School Discussion Paper N° 280; Yale SOM Working Paper N° ICF - 00-09. p. 1. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=204528>>. En este mismo sentido, BLAIR sostiene que la forma organizacional de corporaciones (sociedades anónimas) permitió el desarrollo industrial en Estado Unidos, potenciando a su vez el crecimiento económico del país desde el siglo XIX. BLAIR, Margaret (2004). *Reforming Corporate Governance: What History Can Teach Us*. 1 Berkeley Bus. L.J. 1. pp. 4-18. Disponible en <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bblj/vol1/iss1/1/>>

³ PUGA, Juan (2003). *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. p. 455 – 456.

⁴ Una de las funciones de la regulación punitiva es crear, ratificar y producir consenso respecto al sistema de valores sociales imperantes como mecanismo de control social. BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán (1997). *Lecciones de Derecho Penal. Volumen I*. Editorial Trotta. p. 22. En lo que respecta a la regulación de los gobiernos corporativos, las normas punitivas integradas en las últimas modificaciones legales a la LMV y LSA, se asemejan al sistema de valores que la OCDE ha intentado implementar en la última década. Para un análisis pormenorizado de esta materia, véase SILVA, Berta (2011). *Metodología de la OCDE para la evaluación de los principios de gobiernos corporativos*. Thomson Reuters. pp. 191-271.

⁵ Destacan los conocidos ejemplos de los escándalos de Enron y World Com en Estados Unidos durante la década de 1990. En Chile, se puede citar los ejemplos de los denominados casos Chispa, La Polar, Enersis y Cascadas, entre otros.

infracciones a las normas que regulan la actividad de una sociedad anónima se encuentran consagradas, principalmente, tanto en la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores (LMV), como en la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas (LSA) y su Reglamento (RLSA).

Volviendo al paradigma planteado por COASE, es deseable buscar el modelo de organización interno de una sociedad anónima que sea eficiente, tanto para la firma misma y sus accionistas, como para la sociedad toda. En este sentido, es necesario hacer algunos comentarios. El primero guarda relación con la eficiencia al interior de la sociedad anónima. El modelo organizacional óptimo de una firma se debe traducir en ganancias para todos los accionistas (dueños) de la sociedad⁶. En atención al porcentaje de participación propietaria de las acciones de una sociedad anónima, los accionistas pueden ser mayoritarios o minoritarios, existiendo una tendencia a que éstos abusen de aquellos, o al menos, que los primeros, en la búsqueda de su beneficio particular actúen en desmedro del interés de los últimos⁷.

Sin embargo, la búsqueda del comportamiento eficiente al interior de una sociedad anónima no solo pasa por una revisión de la distribución de la propiedad de la misma. Es importante considerar, adicionalmente, el mecanismo de política y gobierno interno de la firma. Es por ello que también se debe tener en consideración a los gobiernos corporativos al

⁶ La distribución de la propiedad de una sociedad anónima es un tópico que ha alcanzado mayor importancia entre los académicos el último tiempo, en especial a propósito de la participación de inversionistas institucionales que tienen deberes fiduciarios respecto a fondos ajenos en la propiedad de una firma. Si bien nuestra tradición continental se caracteriza por la baja participación directa de la ciudadanía en la propiedad de una sociedad anónima, las repercusiones de las decisiones corporativas de sociedades anónimas en las que son accionistas los inversionistas institucionales antes mencionados se pueden asimilar a las analizadas bajo el paradigma de la tradición anglosajona. Al respecto, véase TUCKER, Anne (2012). *The Citizen Shareholder: Modernizing the Agency Paradigm to Reflect How and Why a Majority of Americans Invest in the Market*. Seattle University Law Review, Vol. 35, p. 1299, 2012; Georgia State University College of Law, Legal Studies Research Paper N° 2012-21. p. 1302 y ss.

⁷ Como bien lo señala ALCALDE, los conflictos de interés entre accionistas mayoritarios y minoritarios deben analizarse teniendo en consideración, en todo caso, que debe prevalecer el interés social por sobre el interés de sus accionistas, sin importar el porcentaje de derechos políticos que éstos detenten. Para un análisis acabado de esta materia, véase ALCALDE, Enrique (2006). *Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección*. Revista Actualidad Jurídica, N° 16. Universidad del Desarrollo. pp. 115-119. Sin perjuicio de analizar los conflictos entre accionistas desde el prisma del interés social, no se debe perder de vista que la protección de derechos de los accionistas minoritarios de una sociedad anónima trae aparejadas externalidades positivas deseables en la economía. Sobre esta materia, PFEFFER sostiene que “la evidencia empírica [demuestra] la directa relación existente entre la adecuada y efectiva protección del accionista minoritario y el desarrollo del mercado de capitales y la estrecha vinculación entre el desarrollo de éste con el crecimiento de la economía de un país”. PFEFFER, Francisco (2009). *Una década de avances en la regulación legal de la actividad económica, especialmente en su vertiente financiera. Los desafíos pendientes*. Revista Actualidad Jurídica N° 20, Tomo I. Universidad del Desarrollo. p. 298.

analizar el comportamiento económicamente óptimo de una sociedad anónima⁸. También el comportamiento económico de una sociedad anónima, o de cualquiera de sus órganos, debe evitar externalidades negativas en la comunidad⁹. La evidencia ha demostrado que ambos puntos convergen –evitar abusos en contra de los accionistas minoritarios y perjuicios en contra de la sociedad- en la regulación de los gobiernos corporativos¹⁰.

El desarrollo histórico de la regulación de los gobiernos corporativos ha tenido como protagonista el debate sobre el conflicto de intereses entre la administración y los accionistas, o entre los accionistas controladores y los minoritarios, y cómo este conflicto trae consecuencias para la economía de un país¹¹. Otros puntos que han sido medulares en la construcción del actual estado regulatorio de los gobiernos corporativos son la estabilidad de los mercados financieros, la inversión y crecimiento económico de un país y la estabilidad de prestaciones de seguridad social, en especial de fondos de pensiones¹².

Para realizar un diagnóstico adecuado sobre el actual estado regulatorio de los gobiernos corporativos en nuestro país, no es suficiente analizar la legislación vigente o el debate

⁸ SHLEIFER, Andrei y VISHNY, Robert (1996). *A Survey of Corporate Governance*. NBER Working Paper N°. w5554. pp. 750-753. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=10182>>

⁹ El problema de las externalidades negativas como costos externos es una falla de mercado que debe ser corregida mediante políticas públicas adecuadas. Los costos sociales deben ser internalizados mediante la regulación de los efectos de la actividad económica de las sociedades anónimas. Al respecto, véase COOTER, Robert y ULEN, Thomas (2008). *Derecho y Economía*. Segunda edición en español. Editorial Fondo de Cultura Económica. p. 71-73.

¹⁰ Al respecto, destaca el llamado “Movimiento de Responsabilidad Social Corporativa” (*corporate social responsibility movement*), que actualmente ha desarrollado teorías sofisticadas sobre cómo hacer confluir el beneficio individual de todos los accionistas con la inversión de la firma y su compromiso medioambiental y social. Para una mayor profundización, véase MORRISSEY, Daniel (2014). *The riddle of shareholder rights and corporate social responsibility*. Selected Works of Dan Morrissey. January 2014, pp. 49 y ss. Disponible en <http://works.bepress.com/dan_morrissey/8>

¹¹ Sobre esta materia, un autor ha dicho: “*Future economic shocks and corporate scandals will no doubt raise afresh concerns about managerial and corporate accountability. Empirical analysis should also provide fresh insights concerning familiar research questions. For the foreseeable future, then, debates concerning the inter-relationship between directors, executives and shareholders of publicly traded companies seem destined to be conducted through the conceptual prism of corporate governance*”. CHEFFINS, Brian (2012). *The History of Corporate Governance*. Law Working Paper N° 184/2012. European Corporate Governance Institute. p. 23. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=1975404>>. La influencia que la regulación de los gobiernos corporativos tiene en la economía de un país no debe ser subestimada. Uno de los objetivos de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores es la creación de mercados equitativos, los que, entre otros factores, se obtiene mediante la protección de todos los accionistas de una sociedad anónima abierta. Al respecto, véase LUCO, Nicolás (1995). *Protección a los accionistas minoritarios frente a la toma de control de una sociedad anónima abierta*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 22, No. 3, DERECHO MERCANTIL Y BANCARIO (Septiembre-Diciembre 1995), p. 418.

¹² ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (2004). *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE*. p. 3.

académico sobre este tema, pues el comportamiento de todo agente económico es tan dinámico como el mercado mismo, y los gobiernos corporativos no son la excepción. En este sentido, el rol que desempeña la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) como organismo regulador es fundamental. Es la jurisprudencia administrativa de la SVS, en el ejercicio de sus funciones al absolver consultas de privados relativas al funcionamiento de los gobiernos corporativos, o al dictaminar sanciones por infracciones a la normativa que regula el actuar de las sociedades anónimas sujetas a su vigilancia, la que va modelando la aplicación de criterios sobre el correcto comportamiento de los gobiernos corporativos.

El presente trabajo es una investigación sobre el impacto de la jurisprudencia administrativa de la SVS en los gobiernos corporativos, como una fuente de normas que los regulan. El rol que juega la jurisprudencia administrativa del órgano supervigilante del ramo es en especial protagónico en nuestro ordenamiento desde el año 2010 porque desde esa fecha en adelante la SVS ha dictado jurisprudencia administrativa que se refiere a las modificaciones que afectaron a la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas (LSA) por la reforma que significó la entrada en vigencia de la Ley N° 20.382 que Introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas, publicada en el Diario Oficial de fecha 29 de octubre de 2009, y que entró en vigencia el 1 de enero de 2010. Adicionalmente, el día 4 de octubre del año 2012 entró en vigencia el Decreto Supremo de Hacienda N° 702 de 27 de mayo de 2011, que aprueba el Nuevo Reglamento de Sociedades Anónimas, publicado en el Diario Oficial de fecha 6 de julio de 2012.

La presente investigación se divide en dos partes. En la primera se abordarán asuntos preliminares, necesarios para la comprensión de los gobiernos corporativos, tales como su concepto, los órganos que componen los gobiernos corporativos, su relación e interacción entre sí y las fuentes normativas que los regulan. En la segunda parte se pondrá énfasis en la función que desempeña la interpretación administrativa de la SVS como fuente de normas reguladoras de los gobiernos corporativos, presentando el actual debate que gira en torno a la interpretación administrativa de los órganos del Estado, sus consecuencias e implicancias en el

sistema de fuentes del Derecho Administrativo nacional, colocando especial atención en las facultades de la SVS para interpretar administrativamente normas jurídicas.

Finalmente, el último capítulo de esta obra contendrá las conclusiones que arroje la presente investigación.

PRIMERA PARTE: GOBIERNOS CORPORATIVOS

The directors of such companies, however, being the managers rather of other people's money than of their own, it cannot well be expected, that they should watch over it with the same anxious vigilance with which the partners in a private copartnery frequently watch over their own (...) Negligence and profusion, therefore, must always prevail, more or less, in the management of the affairs of such a company.

Adam Smith. An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations

CAPÍTULO I: EL CONCEPTO DE GOBIERNO CORPORATIVO

Al igual que una embarcación debe atravesar tanto aguas calmas como tempestades, una empresa debe enfrentar las diferentes etapas de los ciclos de la economía. En el caso de la embarcación, el capitán es quien toma las decisiones respecto a la trayectoria del navío, y al enfrentar la tormenta, determinará las medidas de seguridad que se deben aplicar. Cuando nos referimos a las sociedades anónimas, es el gobierno corporativo quien toma las decisiones de dirección de la firma. El rumbo que seguirá una sociedad anónima es definido por los órganos que forman parte de su gobierno corporativo. En otras palabras, el timón está en las manos del gobierno corporativo de la sociedad.

El protagonismo de los gobiernos corporativos es, entonces, mayúsculo en el desarrollo económico de un país, en especial atención a la importancia que las empresas organizadas como sociedades anónimas tienen en la economía. Sin embargo, la dificultad para analizarlos también lo es¹³. A diferencia de un capitán de embarcación, el timón de la sociedad anónima es dirigido por varias cabezas y manos, cada una con diferentes motivaciones e incluso objetivos, lo que explica el problema de los conflictos de interés. Volviendo a la metáfora del capitán de un barco, se puede afirmar que en el caso de los gobiernos corporativos nos enfrentamos a un “capitán esquizofrénico”. En este apartado se analizará el concepto de gobierno corporativo y su relación con los conflictos de interés al interior de una sociedad anónima.

¹³ Destaca en este sentido el trabajo de algunos académicos que explican la naturaleza de los gobiernos corporativos a partir de la teoría de sistemas, concluyendo que los gobiernos corporativos, y las normas que los regulan, se retroalimentan del comportamiento económico y social que ellos mismos generan en su entorno. En otras palabras, un gobierno corporativo influye de tal manera en su ambiente social, económico y normativo que genera un equilibrio autopoiético al ser capaz de cambiar las normas que lo rigen. Al respecto, véase DEAKIN, Simon y CARVALHO Fabio (2010). *System and Evolution in Corporate Governance*. ECGI - Law Working Paper N°. 150/2010. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=1581746>>

1. El concepto semántico de gobierno corporativo

Es de gran ayuda para comprender un concepto consultar su semántica y origen. El vocablo “gobierno” proviene del griego *kybernáō*, que significa “conducir o pilotar una nave”¹⁴. Por su parte, “corporativo” se refiere a lo relativo a la “corporación”, que a su vez tiene su origen en el vocablo latín “corpus”, que significa, cuerpo¹⁵. Desde los tiempos del Derecho Romano, las asociaciones de personas que tienen por objetivo un negocio en particular han sido denominadas corporaciones. Es debido a la influencia histórica del derecho romano que a las personas jurídicas también se les denomina corporaciones. En consideración a los orígenes antes explicados, es posible afirmar que etimológicamente “gobierno corporativo” significa “dirección o conducción de una sociedad”¹⁶.

2. Primeros usos del concepto de gobierno corporativo

También es importante tener en cuenta el origen histórico del uso del concepto de gobierno corporativo. BECHT, BOLTON y RÖELL afirman que el primero¹⁷ en utilizar el concepto – aunque de manera indirecta- fue Richard Eells, en el año 1960, al referirse a “la estructura y funcionamiento de la política corporativa”¹⁸. De acuerdo a estos autores, Eells utilizó la idea como una comparación entre el sistema democrático de los Estados y los mecanismos de decisión al interior de las corporaciones.

¹⁴ COROMIRAS, Joan (1973). *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*. Tercera Edición. Editorial Gredos S.A. p. 299.

¹⁵ *Ibid.*, p. 183.

¹⁶ Como afirma un autor, el término “gobierno corporativo” proviene del vocablo anglo “*corporate governance*”, perdiendo en la traducción literal parte del sentido exacto de la expresión. Lo más correcto sería referirse a “gobierno de la empresa” o “gobernanza empresarial”. Véase ENRIONE, Alfredo (2012). *Gobierno corporativo: un imperativo de hoy*. En Directorio y Gobierno Corporativo. El desafío de agregar valor en forma sostenida. ESE Business School. Universidad de Los Andes. p. 23.

¹⁷ Por su parte, Cheffins sostiene que la primera vez que el término “gobierno corporativo” apareció en el Registro Federal de la *Securities and Exchange Commission* fue en el año 1976. CHEFFINS, Brian (2013). *The History of Corporate Governance*. OXFORD HANDBOOK OF CORPORATE GOVERNANCE, Mike Wright, Donald Siegel, Kevin Keasey and Igor Filatotchev, eds., Oxford University Press, 2013; University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 54/2011; ECGI - Law Working Paper No. 184/2012, p. 2.

¹⁸ BECHT, Marco, BOLTON, Patrick y RÖELL, Ailsa (2005). *Corporate Governance and Control*. Finance Working Paper N° 02/2002. European Corporate Governance Institute. p. 2. Disponible en <http://ssrn.com/abstract_id=343461>. El texto original en inglés de Richard Eells, solo en lo pertinente, dice: “*the structure and functioning of the corporate polity*”, y es parte de la obra *The Meaning of Modern Business: An Introduction to the Philosophy of Large Corporate Enterprise*. Columbia University Press, New York. 1960.

De todas formas, el concepto de gobierno corporativo es relativamente reciente. El punto de partida para el análisis de este concepto debe ser el Reporte del Comité Sobre Aspectos Financieros de los Gobiernos Corporativos, redactado por un Comité en el Reino Unido, compuesto por el Consejo de Información Financiera, la Bolsa de Londres y la Profesión Contable, más conocido como el Reporte Cadbury¹⁹, que esboza una simple, pero completa definición: gobierno corporativo es el sistema por el cual las compañías son dirigidas y controladas²⁰. Según HOPT, la virtud de esta definición radica en establecer las dos piedras de ángulo de los gobiernos corporativos, que son la dirección y control de la sociedad²¹. Esta clásica definición de gobiernos corporativos pone el acento en lo normativo, pues lo relevante es el sistema, es decir el conjunto de normas que regulan la toma de decisiones de la firma.

3. Elementos económicos incorporados al concepto de gobierno corporativo

Otra definición de gobierno corporativo que destaca es la ofrecida por SHLEIFER y VISHNY, quienes aportan un elemento dinámico, que es la dimensión económica de la empresa. Estos autores definen gobierno corporativo como el proceso que “*se encarga de las maneras en que los proveedores de financiamiento a las corporaciones se aseguran de obtener un retorno a su inversión*”²². En Chile, el profesor PFEFFER adhiere a esta definición, agregando que el retorno de la inversión debe ser justo²³. Esta definición incorpora un elemento teleológico al concepto de gobierno corporativo, pues se hace cargo de responder el *por qué* existen los gobiernos corporativos, y no solo la interrogante de *qué* son los gobiernos corporativos. Se puede afirmar que en esta definición no solo se considera la arista

¹⁹ El objetivo del Comité –presidido por Sir Adrian Cadbury–, formado el año 1991, era estudiar los aspectos financieros y de control de las sociedades, y en particular, el objetivo del Informe Cadbury era ofrecer una “*visión común de las medidas que hay que tomar en el ámbito de la información financiera y la contabilidad*”. Véase, GONZÁLEZ, Elsa (2000). *Análisis ético del Informe Cadbury: aspectos financieros de los gobiernos de las sociedades*. Papeles de Ética, Economía y Dirección, n° 5. p. 1. Disponible en <<http://www.eticaed.org/10.Gonz%E1lez00.pdf>>

²⁰ THE COMMITTEE ON THE FINANCIAL ASPECTS OF CORPORATE GOVERNANCE AND GEE AND CO. LTD. (1992). *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*. Gee, párrafo 2.5, p.15.

²¹ HOPT, Klaus (2001). *Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation*. Law Working Paper N° 170/2001. European Corporate Governance Institute. 2001, p.6. Disponible en <http://ssrn.com/abstract_id=1713750>

²² SHLEIFER, Andrei y VISHNY, Robert (1997). *A Survey of Corporate Governance*. En 52° Journal of Finance. p 737. Disponible en <http://www.wu.ac.at/iqv/mitarbeiter/gugler/cg_shleifervishny.pdf>

²³ PFEFFER, Francisco (2000). *Nuevas normas sobre gobierno corporativo y mayores responsabilidades para los Directores de Sociedades Anónimas*. Gaceta Jurídica N° 244. Santiago, Chile. p. 7.

legal de la corporación, sino la económica. Es más, los autores señalan que “*los mecanismos de gobiernos corporativos son instituciones económicas y legales*”^{24 25}.

4. Conflictos de interés, problemas de agencia y gobiernos corporativos

Otra definición es la ofrecida por LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES, SHLEIFER y VISHNY²⁶, que da protagonismo ya no a la totalidad de los inversionistas de una sociedad, sino a un grupo específico que, además, si es dejado a la “mano invisible” de la economía corporativa, es un grupo desprotegido. Los autores definen gobierno corporativo señalando que es “*en gran medida, un conjunto de mecanismos a través de los cuales los inversionistas externos [de la sociedad] se protegen a sí mismos de la expropiación de los inversionistas internos*”²⁷. Los autores señalan que los inversionistas internos son aquellos que pueden extraer valor adicional al que en justicia les correspondería, debido al poder de decisión que ostentan al interior de la firma. Citan a modo ejemplar el poder de un inversionista para cambiar directores²⁸. A *contario sensu*, un inversionista externo corresponde a aquel que no tiene poder de decisión en la dirección de la compañía, como los accionistas no controladores o minoritarios, así como a los acreedores de la sociedad²⁹. Esta conceptualización de gobierno corporativo introduce un elemento que tendrá un impacto innegable en el estudio de las sociedades: la necesidad de identificar a un grupo de inversionistas que requiere de protección regulatoria especial. En esta definición se vislumbra tímidamente lo que hoy es la explicación

²⁴ SHLEIFER, Andrei y VISHNY, Robert (1997). op. cit. p. 738.

²⁵ Determinar que la naturaleza de los gobiernos corporativos, en cuanto institución, es tanto legal como económica rompe el paradigma anterior, que establecía que ambas características eran los pilares de visiones antagónicas en la forma de entender a los gobiernos corporativos. Es más, EISENBERG señaló que había dos maneras de entender, justificar y legitimar a los gobiernos corporativos: un modelo económico y otro político (legal). La diferencia de ambos modelos radicaría en que mientras el modelo político se basa en conceptos teóricos y abstractos, el modelo económico tiene un sustento pragmático. Sin embargo, el autor también señala que si bien ambos modelos difieren, no son necesariamente opuestos. Muy por el contrario, el modelo político-legal cumpliría la función de establecer los límites del actuar basado en los costos y beneficios que, tal como lo señala el autor, no repara en asuntos éticos, sociales o culturales. Por su parte, el modelo económico tendría la virtud de contar con las herramientas adecuadas para la dirección eficiente de la empresa. Al respecto, véase EISENBERG, Melvin (1983). *Corporate Legitimacy, Conduct, and Governance – Two Models of the Corporation*. 17 Creighton L. Rev. 1. Berkeley Law Scholarship Repository. Disponible en <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2041>>.

²⁶ Es destacable que en la elaboración de esta definición también participan SHLEIFER y VISHNY, tal vez actualizando su punto de vista respecto a qué es un gobierno corporativo.

²⁷ LA PORTA, Rafael, LOPEZ-DE-SILANES, Florencio, SHLEIFER, Andrei y VISHNY, Robert (2000). *Investor protection and corporate governance*. Journal of Financial Economics 58 (2000) 3-27, p. 4. El texto original dice: “*Corporate governance is, to a large extent, a set of mechanisms through which outside investors protect themselves against expropriation by the insiders*”. Disponible en <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/cbl/lopezdesilanes02_Roundtable.pdf>

²⁸ *Ibid.*, p. 5.

²⁹ CLARKE, Álvaro (2003). *Políticas en la implementación de gobiernos corporativos*. p. 8.

más aceptada de la existencia de los gobiernos corporativos. Nos referimos a los conflictos de interés al interior de la empresa.

Una definición que mantiene elementos aportados por las anteriores, pero que amplía los sujetos que forman parte de un gobierno corporativo es la que esboza LEFORT, al señalar que “*el gobierno corporativo consiste en el conjunto de relaciones que se establecen entre los diferentes participantes en la empresa con el fin de garantizar que cada uno reciba lo que es justo*”³⁰. Esta definición introduce incómodas interrogantes, debido a su redacción (no es lo mismo referirse a los participantes “en” la empresa que a los participantes “de” la empresa). ¿Cuál es el límite para definir qué órganos o personas forman parte de un gobierno corporativo? O, en otras palabras, ¿qué entendemos por “participante” de un gobierno corporativo? La vaguedad y amplitud de esta idea podría dificultar la demarcación de límites al momento de determinar qué es un gobierno corporativo. Por ejemplo, un inversionista que contribuye con una inversión específica a la firma –un *stakeholder* o parte interesada - para LEFORT es un participante en la sociedad³¹, y desde el punto de vista civilista puede ser considerado como un acreedor de la empresa³². Cabe preguntarse, entonces, si el acreedor de este inversionista, en virtud del ejercicio de una acción oblicua, puede considerarse como un participante en la empresa. También corresponde preguntar si el representante de los tenedores de bonos, o la junta de tenedores de bonos cumplen con los requisitos para que, bajo este concepto, sean considerados como parte del gobierno corporativo de la sociedad deudora. Más allá de las múltiples inquietudes que esta definición puede plantear, su aporte es abrir la puerta a un debate que debe ser considerado. Esto es, si solo los accionistas de una sociedad, o sea, sus propietarios, pueden ser considerados como inversionistas directos de la firma.

³⁰ LEFORT, Fernando (2003). *Gobierno corporativo: ¿qué es? y ¿cómo andamos por casa?* Cuadernos de Economía, año 40, N° 120. p. 208.

³¹ *Íbid*, p. 212.

³² La doctrina ha determinado que son considerados como *stakeholder* de una firma sus acreedores, empleados, clientes, proveedores e incluso autoridades públicas. CHARREAU, Gerard y DESBRIERES, Philippe (1998), *Corporate Governance: Stakeholder Value versus Shareholder Value*. Finance Controle Strategie, Vol. 1, June 1998. pp. 3 y 12. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=262902>>.

Antes de proseguir con la conceptualización de los gobiernos corporativos, es imperativo referir algunas palabras a los conflictos de interés al interior de las sociedades anónimas. Uno de los motivos para hacer este paréntesis es que, para una óptima comprensión del concepto de gobierno corporativo también es imprescindible una interiorización con los conflictos de interés. El otro motivo es que las consecuentes definiciones están íntimamente relacionadas con el problema de la agencia y los conflictos de interés inter propietarios (propietarios controladores y propietarios no controladores) y/o entre propietarios y administradores de la compañía³³.

Una de las diferencias más relevantes entre las sociedades de capital y las sociedades de personas es que las primeras carecen de un elemento esencial de las segundas: la *affectio societatis*³⁴. Coincido con PUGA, quien sostiene la tesis de que la *affectio societatis* no es un elemento esencial en toda sociedad³⁵. En este mismo sentido, TORRES afirma de manera tajante que la *affectio societatis* no es un elemento de las sociedades que es aplicable a las sociedades de capital, sino que solo a las de persona³⁶. En el Derecho Anglosajón es más fácil distinguir entre ambos tipos de sociedades y la ausencia de la necesidad de cooperación de los socios, que en nuestra tradición continental. Esto se debe a la denominación que reciben los diferentes tipos de personas jurídicas que en nuestro ordenamiento jurídico pertenecen a una misma categoría contractual. Me refiero a las sociedades.

En el Derecho Anglosajón, las personas jurídicas que en nuestra tradición llamamos sociedades de personas, son conocidas como *partnerships*, mientras que las personas jurídicas que en nuestro ordenamiento son sociedades de capital, son llamadas *corporations*. Mientras

³³ Puede afirmarse que en relación a los gobiernos corporativos, en lo que respecta a la toma de decisiones, hay una tercera versión del problema de la agencia: los conflictos de interés entre la firma misma, actuando como el principal, y otras empresas con las que contrata, empleados, clientes o *gatekeepers*. Al respecto, ARMOUR, John, HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier (2009). *Agency Problems, Legal Strategies, and Enforcement*. Oxford Legal Studies Research Paper No. 21/2009; Yale Law, Economics & Public Policy Research Paper No. 388; Harvard Law and Economics Research Paper Series No. 644; ECGI - Law Working Paper No. 135/2009, p. 4. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=1436555>>

³⁴ Tal como la define Puga, la *affectio societatis* es “*el espíritu y propósito de colaboración entre socios [de una sociedad]*”. PUGA, Juan (2013). *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. p. 88.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ TORRES, Óscar (2013). *Derecho de sociedades*. Quinta edición ampliada y actualizada. Thomson Reuters. p. 24.

en una el énfasis se encuentra en la lealtad individual de los socios, la otra se caracteriza por la importancia del aporte al capital de la sociedad. Es más, en una sociedad por acciones, y en especial en una sociedad anónima, es incorrecto referirse a quienes la componen como “socios”. Lo correcto es referirse a quienes participan de ella como “accionistas”³⁷. Para reforzar esta idea, un accionista no es dueño de parte de la sociedad anónima, sino que es dueño de una o de un conjunto de acciones que representan un porcentaje del capital social. Debido a lo anterior, lo correcto es afirmar que un accionista es dueño de una porción del capital social, en virtud de lo que adquiere derechos políticos en la administración de la empresa y/o económicos en las ganancias obtenidas por ésta. Pero el capital de la sociedad no pertenece a los accionistas, sino que a la sociedad anónima, persona jurídica diferente a los accionistas, con un patrimonio propio.

Es por esta particularidad de las sociedades de capital que en ellas se presenta la condición de que quienes toman las decisiones sobre cómo administrar la propiedad de la sociedad no son necesariamente sus dueños, o no representan a la totalidad de ellos. Esta hipótesis se condice con lo que en la literatura es denominado como el problema de la agencia.

JENSEN y MECKLING definen la relación de agencia como aquella en virtud de la cual, bajo un contrato, una o más personas –el *principal*- contrata(n) a otra persona –el *agente*- para llevar a cabo algún servicio en su nombre que involucra la delegación de una cuota de autoridad en la toma de decisiones en el agente³⁸. De la interacción entre el principal y el agente nace el problema de la agencia, que tal como señala PARDOW³⁹, puede distinguirse en dos etapas de la relación. La primera etapa corresponde a la elección del agente que realiza el

³⁷ El artículo 1°, inciso primero de Ley de Sociedades Anónimas reza: “La sociedad anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables”. Desde el nacimiento de la sociedad anónima, lo que corresponde es referirse a sus fundadores como accionistas, y no como socios.

³⁸ JENSEN, Michael y MECKLING, William (1976). *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure*. Journal of Financial Economics, October, 1976, V. 3, No. 4, pp. 305-360. Disponible en <<http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/jensen-meckling.pdf>>

³⁹ PARDOW, Diego (2009). *La desgracia de lo ajeno: un ensayo sobre el problema de la agencia en las relaciones fiduciarias*. En Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad Diego Portales. Legal Publishing Chile. p. 597.

principal, ya que este último siempre contará con información limitada e imperfecta respecto a las verdaderas intenciones del primero. La segunda etapa es durante el desarrollo de la administración de los bienes del principal, pues el agente podría tener intereses opuestos a los de éste, en especial atención a que no soporta el riesgo de sus decisiones de administración.

En el caso de las sociedades anónimas, el problema de la agencia se acentúa con una arista aún más compleja: tanto el principal como el agente corresponden a cuerpos colegiados, estos son la junta general de accionistas y el directorio. Ambos órganos son parte del gobierno corporativo de una firma. Y es en consideración a esta interacción que diversos autores incorporan la noción de problema de la agencia al concepto de gobierno corporativo, ya que este dilema se traduce en una regulación directa a la administración de la sociedad. Adicionalmente, en una firma puede existir pluralidad de agentes. Tal es el caso en el que un accionista controlador debe interactuar con un directorio adverso⁴⁰.

Volviendo a las definiciones de gobierno corporativo, destaca el trabajo de DENIS y MCCONNELL, que incorpora el problema de la agencia. Los autores sostienen que gobierno corporativo es el conjunto de mecanismos –tanto institucionales como basados en el mercado– que inducen a los controladores de una empresa (enfocados en su beneficio propio), que son los que toman las decisiones sobre cómo operará la empresa, al tomar decisiones que maximicen el valor de la compañía para sus dueños, los proveedores de capital⁴¹. Esta conceptualización tiene la virtud de exponer claramente cómo el problema de la agencia incide en la dirección de una compañía, volviendo a poner el acento en el planteamiento de COASE, al afirmar que el beneficio debe ser internalizado por aquellos que asumen el riesgo de la dirección de la firma. Sin embargo, y a pesar de señalar que los gobiernos corporativos tienen una dimensión institucional, esta definición tiene una clara influencia del análisis económico del derecho, acentuando los elementos de mercado por sobre los legales.

⁴⁰ ARMOUR, John, HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier (2009). *op. cit.*, p. 4. Sin embargo, en nuestra realidad jurídica y corporativa este caso pareciera ser más bien uno de laboratorio.

⁴¹DENIS, Diane y MCCONELL, John (2003). *International Corporate Governance*. ECGI - Finance Working Paper No. 05/2003. p. 1-2. Disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320121>

Otra definición de gobierno corporativo que gira en torno al problema de la agencia es la ofrecida por BECHT, BOLTON y RÖELL, quienes afirman que el gobierno corporativo puede ser descrito como un problema de agencia que involucra un agente administrador-para el caso norteamericano el CEO, en el nuestro, el Directorio-, y múltiples principales, tales como los accionistas, acreedores, proveedores, clientes, empleados y otras partes con las que el administrador de la sociedad se relaciona mediante negociaciones relativas al bienestar de la corporación⁴².

5. Propuesta del autor de concepto de gobierno corporativo

En mi opinión, el concepto de gobierno corporativo debe abarcar de manera equilibrada tanto la arista financiera y de mercado como la legal. Es en virtud de lo anterior, y de todo lo expuesto en las páginas antecedentes, que defino gobierno corporativo como aquel sistema normativo, legal y de autorregulación, que establece el conjunto de mecanismos que regulan la toma de decisiones de una firma y de sus órganos, tanto en lo que se refiere a la dirección como al control de la compañía, así como a los incentivos normativos y de mercado para que los tomadores de decisiones de la empresa velen por el interés societario por sobre su propio interés.

⁴² BECHT, Marco; BOLTON, Patrick y RÖELL, Ailsa (2005). Op. cit. p. 8.

CAPÍTULO II: LOS ÓRGANOS QUE COMPONEN UN GOBIERNO CORPORATIVO

Habiendo analizado el concepto de gobierno corporativo, lo que corresponde ahora es determinar qué órganos lo componen⁴³. Para establecer si un órgano pertenece o no a un gobierno corporativo, y de manera fiel a la definición ofrecida en el capítulo anterior, utilizaré como criterio rector si dicho órgano es un tomador de decisiones al interior de la firma.

Si bien la teoría microeconómica y el análisis económico del derecho invitan al jurista a entender al tomador de decisiones como un agente económico, formando o tomando precios en el mercado, enfocaré el presente estudio y definiré a los tomadores de decisiones de una firma con acento en el elemento volitivo, como uno de los requisitos de los actos jurídicos que celebra la empresa. Un órgano será tomador de decisiones al interior de la sociedad, y por tanto parte del gobierno corporativo de ella, si es que es parte del procedimiento de formación del consentimiento de la empresa, en especial en las decisiones relativas a su dirección y control⁴⁴. Incorporar un elemento que es propio de la teoría del acto jurídico⁴⁵ nos recuerda que, a fin de cuentas, los gobiernos corporativos son instituciones jurídicas. Tal vez el comportamiento de una sociedad anónima puede ser explicado y comprendido desde la vereda de la teoría económica, pero la naturaleza regulada de los gobiernos corporativos es, innegablemente, de una dimensión jurídica.

⁴³ Dada la naturaleza de esta investigación, solo se hará referencia a la composición de los gobiernos corporativos de las sociedades anónimas, ya que son dichas personas jurídicas —en especial las sociedades anónimas abiertas— las que están sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Valores y Seguros.

⁴⁴ El concepto de “tomador de decisiones” en un gobierno corporativo como formador del consentimiento de la empresa se encuentra implícito en el texto del numeral segundo del inciso primero del artículo 147 de la LSA, que reza: “Antes que la sociedad otorgue su consentimiento a una operación con parte relacionada, ésta deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros del directorio, con exclusión de los directores o liquidadores involucrados, quienes no obstante deberán hacer público su parecer respecto de la operación si son requeridos por el directorio, debiendo dejarse constancia en el acta de su opinión. Asimismo, deberá dejarse constancia de los fundamentos de la decisión y las razones por las cuales se excluyeron a tales directores”. Este artículo, que regula el procedimiento de la formación del consentimiento de una sociedad anónima respecto a actos jurídicos con partes relacionadas, hace explícito que el procedimiento mediante el que se forma el consentimiento de una sociedad anónima pasa por los órganos que componen su gobierno corporativo, como se explicará más adelante.

⁴⁵ Al respecto, VIAL afirma que “el primer requisito de la existencia del acto jurídico es la voluntad”. En VIAL, Víctor (2003). *La teoría del acto jurídico*. 5° Edición. Editorial Jurídica. p. 47.

Es en este sentido que la explicación de TORRES respecto a la formación del consentimiento de una sociedad anónima cobra importancia para comprender la naturaleza jurídica de los gobiernos corporativos: *“la sociedad anónima, en tanto persona ficticia, cuenta con una voluntad, otorgada por el órgano de administración denominado directorio y por los acuerdos de las juntas generales de accionistas. Ahí se encuentra radicada y nace en sentido estricto la voluntad de la sociedad anónima”*⁴⁶. Sin embargo, la opinión de TORRES es incompleta al pasar por alto dos órganos que también forman parte de la formación del consentimiento de una firma. Uno de ellos es el gerente, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 LSA también participa, aunque limitadamente, en la formación de la voluntad para dirigir a una sociedad anónima. El otro órgano que es omitido por TORRES, cuya existencia es eventual, es la comisión liquidadora, o cuando corresponda, el liquidador, que tiene las mismas facultades que el directorio respecto a la toma de decisiones, pero solo en respecto de aquellas sociedades anónimas que se han disuelto y aún no han sido liquidadas.

La participación que un órgano puede tener en la toma de decisiones de la compañía puede ser directa o indirecta. Será directa cuando el órgano es quien toma la decisión, cuando es su voluntad la que debe manifestarse para perfeccionar el acto jurídico de dirección o control de la empresa. Por otro lado, será indirecta cuando su participación en el procedimiento de perfeccionamiento del consentimiento sea meramente consultiva, pero obligatoria, para asistir la toma de decisiones de otro órgano. En otras palabras, los órganos de un gobierno corporativo se clasifican en aquellos que son tomadores de decisiones, y en aquellos que son consultivos⁴⁷.

⁴⁶ TORRES, Óscar (2013). op cit., p. 143.

⁴⁷ Se ha excluido de la investigación que abarca este trabajo a los denominados *gatekeepers* del Mercado de Valores. Se entiende por *gatekeeper* al conjunto de profesionales independientes –entre los que se encuentran auditores externos, bancos de inversión cuando actúan como agentes colocadores, asesores legales externos a la firma, analistas financieros y agencias clasificadoras de riesgo- que ejercen algún grado de control y fiscalización de los emisores de valores, en particular de las sociedades anónimas abiertas que cotizan en bolsa. Al respecto, véase MÉNDEZ, Javiera (2008). *Los guardianes privados (gatekeepers) del Mercado de Valores*. Memoria Magíster en Derecho, Mención Derecho Económico. Universidad de Chile. p. 5 y ss. En consideración a que los *gatekeepers* no forman parte del procedimiento de manifestación de voluntad para el perfeccionamiento de actos jurídicos de la firma, sino más bien fiscalizan y controlan los actos ya perfeccionados, es que no los consideramos parte del gobierno corporativo de una empresa.

Una norma que reafirma la hipótesis de que aquel órgano que participa en el proceso de formación del consentimiento de actos o contratos relativos a su dirección es parte del gobierno corporativo de una firma, es el inciso segundo del artículo 68 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, que se refiere a las personas naturales que conforman los órganos del gobierno corporativo de una sociedad. La norma en comento se refiere a estas personas como Ejecutivos Principales, que son definidos como *“cualquier persona natural que tenga la capacidad de determinar los objetivos, planificar, dirigir o controlar la conducción superior de los negocios o la política estratégica de la entidad, ya sea por sí solo o junto con otros”*. Destacamos que los verbos rectores de la definición legal de Ejecutivo Principal son “determinar”, “planificar”, “dirigir” y “controlar”, todos ellos con una carga volitiva incuestionable⁴⁸.

Los órganos de una sociedad anónima que participan en el procedimiento de formación del consentimiento para la celebración de actos jurídicos relativos a la dirección y/o control de la firma son la Junta General de Accionistas, el Directorio –dentro del que debemos señalar a los Directores Independientes y al Comité de Directores-, los Gerentes y la Comisión Liquidadora o Liquidador.

1. Junta General de Accionistas

Con anterioridad se señaló que el capital de una sociedad anónima se encuentra dividido en acciones⁴⁹. Una acción es una parte alícuota del capital social, que confiere derechos económicos y políticos a su propietario⁵⁰. La regla general es que cada una de las acciones en

⁴⁸ Las definiciones que la Real Academia de la Lengua Española ofrece para estos verbos son, respectivamente, las que siguen a continuación: 1) Determinar: Fijar los términos de algo. Tomar una resolución. 2) Planificar: Hacer plan o proyecto de una acción. 3) Dirigir: Encaminar la intención y las operaciones a determinado fin. Gobernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión. 4) Controlar: Ejercer el control. Todas las definiciones anteriores denotan la intención de manifestar una voluntad con el objetivo de concretar ciertas acciones. Las definiciones fueron consultadas en <www.rae.es>

⁴⁹ Tal como se desprende del artículo 4 número 5, y artículo 11, ambos de la LSA.

⁵⁰ PUGA, Juan. *op. cit.* p. 538.

las que se divide el capital social tenga igualdad de derechos políticos y económicos, salvo que el capital se divida en acciones de distintas series, pudiendo ser las acciones de distintas series ordinarias o preferidas, dependiendo de si tienen o no derechos políticos (derecho a voz y voto en la Junta de Accionistas), siendo en ese caso las acciones pertenecientes a una misma serie iguales entre sí.

Ya que ni la LSA ni el RLSA ofrecen una definición legal, se puede afirmar que la Junta General de Accionistas es aquel órgano colegiado del gobierno corporativo de una firma, compuesto por la totalidad de los accionistas de una sociedad anónima que pueden ejercer su derecho a voto⁵¹, cuyos acuerdos sobre las materias que la ley y los estatutos sociales le otorga competencia respecto a la dirección y control de la firma son adoptados en asambleas mediante un sistema de votación directa y quórum. En consideración a lo expuesto con anterioridad, la Junta General de Accionistas es un órgano tomador de decisiones.

Las Juntas Generales de Accionistas tienen, por mandato legal⁵², competencia exclusiva relativa a la decisión de ciertos asuntos concernientes a la dirección y control de la sociedad. Entre ellos se encuentran materias esenciales al control, funcionamiento y dirección de la empresa, como decidir su disolución, transformación, fusión, división, enajenación de bienes que representen el 50% o más del activo de la compañía, u otros asuntos administrativos como la elección y revocación del Directorio, entre otras materias sobre las que puede decidir. ¿No son acaso cada una de las materias antes mencionadas propias de la dirección y/o control de la firma? Indudablemente la respuesta es afirmativa⁵³.

⁵¹ Este concepto se encuentra recogido en los artículos 55, 62 y 65 LSA, y en el artículo 103 RLSA. Conscientemente hemos excluido a los accionistas con derecho a voz de la definición de Junta General de Accionistas, ya que, si bien es cierto pueden participar de la asamblea y exponer sus opiniones, consultas y puntos de vista, finalmente no participarán del procedimiento de formación del consentimiento que resulte de los acuerdos adoptados por la junta.

⁵² Artículos 56 y 57 LSA.

⁵³ Reforzando esta idea, un autor nacional afirma que la relación entre la Junta de Accionistas y el control de la sociedad anónima es estrecho: *“Las juntas de accionistas se encuentran vinculadas de forma estrecha con la gobernabilidad de las sociedades anónimas, toda vez que constituyen la expresión máxima de fiscalización y control por parte de aquellas personas denominadas accionistas, (...) es en este momento donde cada uno de los accionistas (...) puede participar e influir activamente en el desarrollo del objeto social y determinar el rumbo de timón que los administradores han de materializar en*

A mayor abundamiento, el numeral 4° del artículo 56, y el numeral 6° del artículo 57, ambos de la LSA, consagran la norma de clausura respecto a las materias que se pueden acordar en las Juntas de Accionistas. De acuerdo a la primera de estas normas, es materia de una junta ordinaria “*cualquiera materia de interés social que no sea propia de una junta extraordinaria*”. Por su parte, la segunda norma citada señala que son materia de una junta extraordinaria las que “*correspondan a su conocimiento o a la competencia de las juntas de accionistas*”. Estas disposiciones legales otorgan a la Junta de Accionistas, ya sea que se trate de una ordinaria o una extraordinaria, facultades para decidir sobre cualquier asunto, siempre y cuando se trate de una materia de interés social, y cabe agregar que no sean de competencia de otro órgano del gobierno corporativo de la firma.

2. Directorio

El órgano rector y con las más amplias atribuciones de decisión al interior de una sociedad anónima es la Junta de Accionistas. Sin embargo, no es eficiente que cada vez que sea necesario tomar una decisión sobre la dirección o control de la firma se convoque a una Junta de Accionistas para formar el consentimiento necesario para la celebración de los actos pertinentes. Si bien la Junta de Accionistas tiene facultades de decisión absolutas respecto a la sociedad, ésta delega en el Directorio las resoluciones del día a día relativas a la administración corporativa, tal como lo consagra la regulación normativa –irrenunciable en tanto normas de orden público- sobre esta materia⁵⁴. Al respecto, el profesor PFEFFER ha sostenido que “*las normas sobre administración de la sociedad anónima son de orden público, prohibitivas, en términos de que las competencias de cada uno de sus órganos -*

su ejercicio diario”. JARA, Andrés (2001). *Las juntas de accionistas, objeto de innovación*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 38, No. 2 (Mayo - Agosto 2011), p. 395.

⁵⁴ Nuestra estructura normativa respecto al funcionamiento del Directorio se condice con el paradigma de Directorio Monista, explicado por la Quinta Propuesta Europea sobre compañías. El Directorio Monista consiste en aquel que posee todas las facultades y poderes necesarios para la administración de la empresa, tomando decisiones al respecto en un único nivel jerárquico. Se opone a este concepto el sistema de Directorio Dualista, que consiste una estructura de dos niveles de Directorios: uno que es responsable de las operaciones del día a día, y otro que toma las decisiones más trascendentales de la política corporativa. Al respecto, véase STANGHELLINI, Lorenzo (1995). *Corporate Governance in Italy: strong owners, faithful managers. An assessment and proposal for reform.* Indiana International and Comparative Law Review (6). p. 107. Disponible en <<https://journals.iupui.edu/index.php/iiclr/article/view/17591/17691>>

directorio y juntas de accionistas- aparecen expresamente señaladas en la ley, sin que la voluntad de las partes pueda alterarlas más allá de lo que la misma ley permite”⁵⁵.

El artículo 31 LSA dispone que la administración de una sociedad anónima la ejerza un Directorio elegido por la Junta de Accionistas. Tal como ocurre con la definición de Junta de Accionistas, no podemos encontrar un concepto legal de Directorio ni en la LSA ni en el RLSA. Sin embargo, en armonía con el ya citado artículo 31 LSA, en conjunto con los artículos 37, 39, 40 y 48 del mismo cuerpo legal, así como de los artículos 70, 71, 78, 85 y 86 del RLSA, se puede desprender que el Directorio es aquel órgano colegiado del gobierno corporativo de una empresa que ejerce las gestiones necesarias y oportunas para seguir de forma regular y pronunciarse respecto de las cuestiones que plantea su administración, representa judicial y extrajudicialmente a la sociedad, y manifiesta su voluntad mediante la toma de acuerdos en sesiones mediante un sistema de votación directa.

Si bien es el Directorio, y no sus miembros, los que institucionalmente toman las decisiones administrativas de la sociedad anónima, los directores también son regulados tanto en la LSA como en el RLSA, y, por lo tanto, por medio de ellos de manera indirecta, es regulado el Directorio⁵⁶.

Sin perjuicio de marcar la diferencia institucional entre el Directorio y los directores, hay dos instituciones al interior del Directorio que, si bien son de naturaleza consultiva, afectan los

⁵⁵ PFEFFER, Francisco (2005). *El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros en el contexto del denominado "Caso Chispas"*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 32, N° 3 (Septiembre - Diciembre 2005). p. 517.

⁵⁶ Cabe hacer presente que el Directorio, en cuanto órgano, es una institución jurídica diferente a los miembros –directores– que la componen. Al respecto, véase CRISAFULLI, Vezio (1938), *Alcune considerazioni sulla teorie degli organi dello Stato*, en Archivio giuridico N° 120, p. 79, esp. p. 90. Es por esto que, en sentido estricto, la regulación de los directores no se refiere al Directorio. Sin embargo, la regulación del actuar de los directores es comunicable al Directorio, en especial en lo referente al estándar de responsabilidad y diligencia de su actuar y a la celebración de actos o contratos que involucren montos relevantes en los que uno más directores tengan interés, cuyo procedimiento se encuentra establecido en el artículo 44 LSA.

procedimientos de toma de decisiones. Estas instituciones, propias de los gobiernos corporativos, son el Director Independiente y el Comité de Directores⁵⁷.

2.1 Director Independiente y Comité de Directores

Una de las reformas introducidas a la LSA por la Ley N° 20.382 que Introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas, es la incorporación de, a lo menos, un Director Independiente al Directorio. En el Mensaje del Ejecutivo, que forma parte de la historia fidedigna de la Ley N° 20.382 se define al Director Independiente como *“aquel que no mantiene ninguna vinculación con la sociedad, las demás sociedades del grupo del que ella forma parte, su controlador, ni con los ejecutivos principales de cualquiera de ellos, que pueda privar a una persona sensata de un grado razonable de autonomía, interferir con sus posibilidades de realizar un trabajo objetivo y efectivo, generarle un potencial conflicto de interés o entorpecer su independencia de juicio”*⁵⁸. Por su parte, BECHT, BOLTON y RÖELL señalan que un director es independiente cuando éste no es un empleado de la corporación (grupo empresarial), ni se encuentra

⁵⁷ La inclusión de a lo menos un director independiente y del comité de directores se encuentra consagrada en el artículo 50 bis de la LSA. En la mencionada norma se acota el ámbito de obligatoriedad de tener éstos órganos en un gobierno corporativo a las sociedades anónimas abiertas que tengan un patrimonio bursátil igual o superior al equivalente a 1.500.000 Unidades de Fomento y a lo menos un 12,5% de sus acciones emitidas con derecho a voto se encuentren en poder de accionistas que individualmente controlen o posean menos del 10% de tales acciones. Con el mérito de lo expuesto con anterioridad, cabe concluir que en Chile, dada la característica de mercado atomizado que tiene la economía, son muy pocas las firmas que cumplen con estos requisitos. Sin embargo, la importancia de la obligatoriedad de incluir directores independientes y un comité de directores en estas empresas radica en que las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) son accionistas inversores de ellas. El objetivo de la inversión de las AFP en algunas firmas es obtener una “adecuada rentabilidad y seguridad” en las inversiones de los fondos que administran (artículo 45 Decreto Ley 3.500), y la forma de cumplir este objetivo guarda relación con el deber fiduciario de administración de fondos ajenos, consagrado en el artículo 147 del Decreto Ley 3.500, en los siguientes términos: *“Las Administradoras deberán efectuar todas las gestiones que sean necesarias para cautelar la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad en las inversiones de los Fondos que administran. En cumplimiento de sus funciones, atenderán exclusivamente al interés de los Fondos y asegurarán que todas las operaciones de adquisición y enajenación de títulos de recursos de los mismos, se realicen con dicho objetivo”*. Para dar cumplimiento a estas obligaciones legales, es imperativo que las AFP intervengan en las decisiones de dirección y control de la empresa en la que invierten, para asegurar que el controlador no extrae valor de sus inversiones. En este sentido, las AFP no solo son inversionistas institucionales, sino que son lo que la doctrina ha denominado “inversionista activista”. Para mayor abundamiento, véase BELCREDI, Massimo y ENRIQUES, Luca (2013). *Institutional Investor Activism in a Context of Concentrated Ownership and high Private Benefits of Control: the Case of Italy*. European Corporate Governance Institute. Law Working Paper N° 225/2013. Disponible en <http://ssrn.com/abstract_id=2325421>

⁵⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009). *Historia de la Ley N° 20.382 que Introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas*. p. 9.

relacionado en negocios con la corporación, ni es un familiar de personas que cumplan con estas características⁵⁹.

El artículo 50 bis de la LSA describe de manera negativa a los Directores Independientes, señalando que no se considerarán como tales a quienes en los últimos dieciocho meses se encuentren en alguna de las circunstancias indicadas en el inciso tercero de la ya referida norma, todas referidas a las relaciones que un Director pueda tener con el controlador, un inversionista u otro tomador de decisiones al interior de la firma⁶⁰. Adicionalmente, es requisito para ser Director Independiente el ser propuesto por accionistas que representen al menos el uno por ciento de las acciones de la sociedad. Estos requisitos buscan que los Directores Independientes tomen decisiones con un grado razonable, para una persona sensata, de autonomía al decidir, que realicen su trabajo de manera objetiva y efectiva, y se eviten conflictos de interés o entorpecimiento en su independencia de juicio.

El objetivo de introducir Directores Independientes a la estructura de los gobiernos corporativos de una firma es proporcionar un mecanismo que posibilite a los inversionistas internos con derechos políticos limitados en la administración de la empresa, es decir, accionistas minoritarios⁶¹, a intervenir en la toma de decisiones de un Directorio en el que no tiene representación, o tiene representación limitada. La presencia de –al menos- un Director Independiente actuaría como un indicador al mercado de inversionistas (accionistas) de que las

⁵⁹ BECHT, Marco, BOLTON, Patrick y RÖELL, Ailsa (2005). Op. cit. p. 23.

⁶⁰ El inciso tercero del artículo 50 bis de la LSA dice lo siguiente: *“No se considerará independiente a quienes se hayan encontrado en cualquier momento dentro de los últimos dieciocho meses, en alguna de las siguientes circunstancias: 1) Mantuvieren cualquier vinculación, interés o dependencia económica, profesional, crediticia o comercial, de una naturaleza y volumen relevante, con la sociedad, las demás sociedades del grupo del que ella forma parte, su controlador, ni con los ejecutivos principales de cualquiera de ellos, o hayan sido directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o asesores de éstas. 2) Mantuvieren una relación de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, con las personas indicadas en el número anterior. 3) Hubiesen sido directores, gerentes, administradores o ejecutivos principales de organizaciones sin fines de lucro que hayan recibido aportes, contribuciones o donaciones relevantes de las personas indicadas en el número 1). 4) Hubiesen sido socios o accionistas que hayan poseído o controlado, directa o indirectamente, 10% o más del capital; directores; gerentes; administradores o ejecutivos principales de entidades que han prestado servicios jurídicos o de consultoría, por montos relevantes, o de auditoría externa, a las personas indicadas en el número 1). 5) Hubiesen sido socios o accionistas que hayan poseído o controlado, directa o indirectamente, 10% o más del capital; directores; gerentes; administradores o ejecutivos principales de los principales competidores, proveedores o clientes de la sociedad.”*

⁶¹ Sobre todo en aquellas culturas jurídicas continentales, en las que el problema de la agencia se presenta entre un accionista controlador como el principal y los accionistas minoritarios como agentes.

decisiones que tome el controlador se encuentran suficientemente monitoreadas, respetándose los intereses de los accionistas minoritarios de la sociedad⁶². Al respecto, HANSMANN y KRAAKMAN han sostenido que la presencia de un director independiente, elegido por los accionistas minoritarios, es una estrategia eficiente para proteger los derechos de estos últimos, en el sentido de que el director independiente puede proveer acceso a información, dar voz a los intereses de los accionistas minoritarios, ofrece una oportunidad de ejercer presión en las decisiones del controlador, e incluso significa una oportunidad real para moldear la política corporativa, formando coaliciones entre directores independientes, votando en bloque⁶³.

De acuerdo a las soluciones teóricas que se han buscado para el problema de la agencia y el aumento de eficiencia del comportamiento de las firmas, las funciones de los Directores Independientes al interior del gobierno corporativo son cumplir el rol de ser tanto un tutor, así como un monitor de la administración⁶⁴, y resolver el problema de asimetría de información entre el controlador, el directorio y los accionistas minoritarios respecto a las decisiones que toma la empresa⁶⁵.

En nuestra legislación, las funciones del Director Independiente no se ejercen de manera directa o unilateral por éste, sino que de manera colegiada por el Comité de Directores. El Comité de Directores es aquel órgano consultivo del gobierno corporativo de una sociedad, integrado por tres miembros, de los cuales la mayoría deben ser Directores Independientes, que tiene la función de informar a los accionistas y/o al Directorio materias relativas a los

⁶² GUTIÉRREZ, María y SAEZ, Maribel (2012). *Deconstructing Independent Directors*. European Corporate Governance Institute. Law Working Paper N°.186/2012. p. 4. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=1986842>>.

⁶³ HANSMANN, Henry y KRAAKMANN, Reinier (2009). *The Basic Governance Structure*. En *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*. Oxford, p 54.

⁶⁴ En este sentido se ha sostenido que el Comité de Directores “[ha] terminado por transformarse en una especie de fiscalizador de la actividad societaria, informando al mercado en caso de infracciones de los directores de sus deberes y responsabilidades o alertando sobre la materialización de eventos corporativos mayores, como transacciones que la sociedad realice con partes relacionadas o tomas de control en cualquiera de sus formas. También han contribuido a evitar que sea el controlador el que decida su propia fiscalización” y que también es “sin duda, un eficiente mecanismo interno de control de la administración que ha contribuido significativamente a inhibir conductos y a evitar situaciones en que el interés social pueda verse lesionado”. PFEFFER, Francisco (2009). op. cit. p 300 y 301.

⁶⁵ GUTIÉRREZ, María y SAEZ, Maribel (2012). op. cit., p. 6.

conflictos de interés al interior del gobierno corporativo, y de examinar el comportamiento de algunos *gatekeepers*, así como de proponerlos.

Si solo hay un Director Independiente, éste debe nombrar a los demás miembros del Comité. La función del Comité de Directores es meramente consultiva, limitada a las materias que señala el artículo 50 bis de la LSA, entre las que se encuentran emitir informes, proponer nombres y ejercer supervisión sobre los organismos encargados de ejercer el control de la administración, examinar antecedentes relativos a operaciones entre partes relacionadas reguladas en el Título XXVI de la LSA, y examinar los sistemas de remuneraciones a gerentes, entre otros⁶⁶.

Las funciones y regulación de los Directores Independientes y del Comité de Directores han sido duramente criticadas por un sector de la doctrina, cuyos argumentos pueden agruparse en dos bloques⁶⁷. El primero guarda relación con la independencia con la que efectivamente actúan los Directores Independientes. Si bien los Directores Independientes deben ser propuestos por los accionistas minoritarios, el órgano que finalmente decide el nombramiento en el cargo es la Junta de Accionistas, y por lo tanto, de manera indirecta, es el

⁶⁶ El tenor literal del inciso octavo del artículo 50 bis de la LSA es el siguiente: *“El comité tendrá las siguientes facultades y deberes: 1) Examinar los informes de los auditores externos, el balance y demás estados financieros presentados por los administradores o liquidadores de la sociedad a los accionistas, y pronunciarse respecto de éstos en forma previa a su presentación a los accionistas para su aprobación. 2) Proponer al directorio nombres para los auditores externos y clasificadores privados de riesgo, en su caso, que serán sugeridos a la junta de accionistas respectiva. En caso de desacuerdo, el directorio formulará una sugerencia propia, sometiéndose ambas a consideración de la junta de accionistas. 3) Examinar los antecedentes relativos a las operaciones a que se refiere el Título XVI y evacuar un informe respecto a esas operaciones. Una copia del informe será enviada al directorio, en el cual se deberá dar lectura a éste en la sesión citada para la aprobación o rechazo de la operación respectiva. 4) Examinar los sistemas de remuneraciones y planes de compensación de los gerentes, ejecutivos principales y trabajadores de la sociedad. 5) Preparar un informe anual de su gestión, en que se incluyan sus principales recomendaciones a los accionistas. 6) Informar al directorio respecto de la conveniencia de contratar o no a la empresa de auditoría externa para la prestación de servicios que no formen parte de la auditoría externa, cuando ellos no se encuentren prohibidos de conformidad a lo establecido en el artículo 242 de la ley N° 18.045, en atención a si la naturaleza de tales servicios pueda generar un riesgo de pérdida de independencia. 7) Las demás materias que señale el estatuto social, o que le encomiende una junta de accionistas o el directorio, en su caso.”*

⁶⁷ Otras críticas a la figura del Director Independiente y al Comité de Directores son que su existencia institucionalizaría facciones con diferente interés al interior del Directorio, habría una división del órgano de administración que causa confusión a los accionistas, y que si el objetivo de éste órgano es proteger a los derechos de los accionistas minoritarios, existen otros mecanismos más eficientes para cumplir este fin. BUCHHEISTER, Axel (1999). *Análisis proyecto de ley sobre ofertas públicas de adquisición de acciones y gobierno corporativo*. Serie Informe Legislativo N° 14. Libertad y Desarrollo. p. 5-6.

controlador quien finalmente toma la decisión⁶⁸. En este sentido, mientras un candidato a ser nombrado Director Independiente cumpla con los requisitos legales de “independencia”, no habrá inconvenientes para que sea designado al cargo. HIGGS sostiene que, en el caso británico, el acento en la independencia formal ha tenido como consecuencia que, en la práctica, no son elegidos al cargo de Director Independiente aquellos sin vínculos con el controlador o la administración que éste ha designado. El autor señala que casi la mitad de los Directores Independientes encuestados en su investigación fueron ubicados para asumir el cargo mediante contactos personales o por amistad. De ellos, solo un cuatro por ciento tuvo una entrevista formal, y un uno por ciento obtuvo el cargo postulando por avisos. Finalmente, el autor afirma que esta circunstancia puede llevar al Director Independiente a desenvolverse en un ambiente familiar al interior del Directorio⁶⁹. En consideración a estas críticas, GUTIÉRREZ y SAEZ afirman que una alternativa es modificar el sistema de elección de los Directores Independientes, considerando la posibilidad de que los accionistas minoritarios puedan nombrarlo mediante un mecanismo directo, sin la intervención del controlador a través de la Junta de Accionistas⁷⁰. Otras opciones serían reemplazar la figura del Director Independiente privado por un ente público, independiente, sin vínculo alguno con la corporación, salvo el de ejercer su supervigilancia⁷¹; u otra opción es otorgar poder de representación total al Director Independiente para que actúe en representación de los accionistas minoritarios, bajo una estructura de responsabilidad fiduciaria. Con esta propuesta, se evitarían los problemas propios de las acciones colectivas. También, el Director Independiente debiese representar directamente la voz de los accionistas minoritarios en las decisiones que toma el Directorio en las que se pueda manifestar el problema del conflicto de interés al interior de la firma⁷².

El segundo bloque de críticas a la regulación de los Directores Independientes se refiere al énfasis regulatorio de esta institución. GUTIÉRREZ y SAEZ defienden la hipótesis que el

⁶⁸ GUTIÉRREZ, María y SAEZ, Maribel (2012). op. cit. p. 21. En la doctrina nacional, comparte la misma opinión PFEFFER, Francisco (2009). op. cit. p 302.

⁶⁹ HIGGS, Derek (2003). *Review of the role and effectiveness of non-executive directors. Consultation Paper*. p 39. Disponible en < <http://www.ecgi.org/codes/documents/higgs.pdf> >

⁷⁰ GUTIÉRREZ, María y SAEZ, Maribel (2009). Op. cit. p. 26

⁷¹ Ibid, p. 27.

⁷² Ibid. p. 28.

foco de atención se ha centrado tanto en la independencia de la persona que asuma el cargo, que se ha dejado de lado el por qué es importante que ese director sea independiente. Las autoras explican que, si el objetivo de incorporar Directores Independientes a los gobiernos corporativos es monitorear al accionista controlador, entonces la institución debe ser repensada. Su objetivo debe ser evitar la extracción de valor a los accionistas minoritarios por parte del controlador, por lo que su independencia debe regularse en torno a este objetivo. Además, sostienen que el Director Independiente, por sí solo, no cuenta con las atribuciones suficientes para cumplir con su rol. Es por ello que la mera incorporación de la figura del Director Independiente y del Comité de Directores no basta para evitar la expropiación de valor que podrían sufrir los accionistas minoritarios, sino que debe ser parte de un conjunto armónico de reformas a la regulación de los gobiernos corporativos que apunten a dicho propósito⁷³.

3. Gerentes

Una de las funciones del Directorio es designar, al menos, a un gerente. Coincido con PUGA⁷⁴, que es de la opinión que la definición legal de gerente, consagrada en el inciso primero del artículo 237 del Código de Comercio, no es aplicable al concepto de gerente en el contexto del gobierno corporativo de una sociedad anónima, toda vez que un elemento esencial de la definición legal es que el gerente administra según su prudencia. Definimos gerente como aquel órgano unipersonal y tomador de decisiones del gobierno corporativo designado por el Directorio, cuyas competencias de administración se encuentran limitadas por la designación que realiza el Directorio, los estatutos y la ley, acotada su competencia a las decisiones cotidianas de dirección de la empresa, debiendo siempre rendir cuenta de su gestión ante el Directorio.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ PUGA, Juan (2003). *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. p. 641.

Si solo se ha designado un gerente, o en el caso en que se han designado más, uno de ellos es el gerente general, a éste le corresponderá la representación judicial de la sociedad, y tendrá derecho a voz en las sesiones de directorio.

A los gerentes les son aplicables las normas que regulan a los Directores, compatibles con sus funciones, en especial aquellas que regulan su responsabilidad y deberes⁷⁵.

4. Comisión Liquidadora o Liquidador

Una vez que una sociedad anónima es disuelta, y antes de su liquidación, los órganos del gobierno corporativo que administran la firma son la Junta de Accionistas y la Comisión Liquidadora, o el Liquidador, en su caso.

La definición legal de Liquidador se encuentra en el numeral 19) del artículo 2 de la Ley N° 20.720, cuyo tenor literal es el siguiente: *“Liquidador: Aquella persona natural sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, cuya misión principal es realizar el activo del Deudor y propender al pago de los créditos de sus acreedores, de acuerdo a lo establecido en esta ley”*. No obstante, esta definición legal de Liquidador es insuficiente para explicar el rol que cumple como órgano del gobierno corporativo de una sociedad anónima. Es en virtud de lo anterior que, en atención a los artículos 110 y siguientes de la LSA, se define Comisión Liquidadora como aquel órgano colegiado tomador de decisiones del gobierno corporativo de una sociedad anónima en liquidación, compuesto por regla general por tres miembros elegidos por la Junta de Accionistas⁷⁶, cuya competencia para realizar actos de administración se limita a ejecutar actos y contratos que tiendan directamente a efectuar la liquidación de la sociedad, esto es, realizar el activo de la sociedad y propender al pago de los créditos de sus acreedores, siendo

⁷⁵ Así lo regula el artículo 50 LSA.

⁷⁶ Que sea la Junta de Accionistas el órgano competente para designar a la Comisión Liquidadora, es una regla general que tiene dos excepciones. La primera de ellas es que la designación de liquidadores también la puede realizar la Justicia Ordinaria. La segunda es que la SVS también puede designarlos, en los casos que señala el artículo 119 LSA.

también competente para representar judicial y extrajudicialmente a la sociedad, estando también investidos de todas las facultades de administración y disposición que la ley o el estatuto no establezcan como privativos de las juntas de accionistas, sin que sea necesario otorgarles poder especial alguno, inclusive para aquellos actos o contratos respecto de los cuales las leyes exijan esta circunstancia.

Por otra parte, se define Liquidador como el órgano unipersonal tomador de decisiones del gobierno corporativo de una sociedad anónima en liquidación, elegido por la unanimidad de las acciones con derecho a voto en Junta de Accionistas que decida que la liquidación de la sociedad se practicará por un solo Liquidador, o en los casos en que la liquidación de la sociedad haya sido ordenada por sentencia ejecutoriada, en cuyo caso será elegido por la Junta de Accionista de una quina propuesta por el tribunal, en aquellos casos que la ley no encomiende dicha función a la SVS u otra autoridad⁷⁷, y que cuenta con las mismas facultades y competencia que la Comisión Liquidadora⁷⁸.

⁷⁷ Artículo 110 LSA.

⁷⁸ Para un análisis detallado de las funciones del Liquidador, entendidas en el contexto de la Ley N° 20.720 que Sustituye el Régimen Concursal Vigente por una Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, y Perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo, véase SANDOVAL, Ricardo (2014). *Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho Concursal*. Editorial Jurídica de Chile. pp. 335-338.

CAPÍTULO III: FUENTES DE REGULACIÓN DE LOS GOBIERNOS CORPORATIVOS EN CHILE

Tradicionalmente se ha aceptado que las fuentes de regulación de los gobiernos corporativos en Chile son la ley –en un sentido amplio, incluyendo la potestad reglamentaria en ella- y la voluntad privada, que se manifiesta en la autorregulación⁷⁹. También se puede agregar a esta lista las normas de *soft law*, cuya relevancia ha ido aumentando en la medida que Chile ha internacionalizado sus relaciones, y en particular, desde su ingreso a la OCDE⁸⁰. En la segunda parte de este trabajo se responderá a la interrogante sobre la interpretación administrativa como fuente de regulación de los gobiernos corporativos en Chile⁸¹.

1. Regulación legal

EISENBERG ha señalado que el gran objetivo de la regulación legal de los gobiernos corporativos es regular los conflictos de interés de los administradores de la sociedad y los accionistas de ésta⁸². Este autor señala que el rol primordial de la regulación legal de las conductas de los gobiernos corporativos es facilitar y conducir las transacciones corporativas⁸³, aplicando las ideas de COASE referentes a cómo la ley reduce costos de transacción en las negociaciones entre privados⁸⁴. De esta manera, el legislador establece estándares de comportamiento e incentivos para que los administradores de la sociedad no actúen de acuerdo a intereses opuestos a los de la corporación.

⁷⁹ De acuerdo a lo dispuesto en el numeral 6) del artículo 4 LSA, es materia propia de los estatutos de la sociedad “*la organización y modalidades de la administración social y de su fiscalización por los accionistas*”.

⁸⁰ Chile se convirtió en miembro de la OCDE el día 7 de mayo de 2010.

⁸¹ Según algunos autores, las normas que regulan a las corporaciones son aquellas que auto determinan los órganos de la sociedad, la ley, acuerdos contractuales o de otra naturaleza y las fuerzas del mercado. EISENBERG, Mevin, WINTER, Ralph y MCCHESENEY, Fred (1989). *The Structure of Corporation Law*. Columbia Law Review. Volumen 89. p. 1461. Disponible en <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2007>>.

⁸² EISENBERG, Melvin (2005). *The Architecture of American Corporate Law: Facilitation and Regulation*. Berkeley Business Law Journal. Vol. 2.1, 2005. p. 170. Disponible en <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3037&context=facpubs>>

⁸³ Ibid., p. 176.

⁸⁴ COASE, Ronald (1960). *The problem of social cost*. Journal of Law and Economics, Vol. 3.

En este mismo sentido, ARMOUR, HANSMANN y KRAAKMAN sostienen que existe un núcleo de características propias de una firma que deben ser reguladas legalmente. Estas son su personalidad jurídica, su responsabilidad limitada, la libre transabilidad de sus acciones, la administración delegada en un Directorio, y finalmente la propiedad de los inversionistas sobre la corporación⁸⁵. La regulación legal de estas características nucleares facilita la actividad económica que se desarrolla mediante sociedades anónimas, disminuyendo los costos de transacción para dirigir negocios.

La Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas y su Reglamento regulan estas cinco características. El artículo 1° LSA dispone que “*la sociedad anónima es una persona jurídica...*”, quedando indubitadamente establecida la naturaleza jurídica de la entidad.

En lo que respecta a los límites de responsabilidad de una sociedad anónima, cabe señalar que en cuanto es una persona jurídica se somete a las reglas generales de responsabilidad civil, por lo que no existe un límite a la responsabilidad de la empresa, debiendo responder con la totalidad de su patrimonio. Lo correcto es afirmar que, en caso de resultar responsable, la sociedad no transmite dicha responsabilidad a sus accionistas, y en este sentido, el único compromiso patrimonial de estos es enterar el precio de sus acciones, tal como lo señala el inciso primero del artículo 12 LSA. El límite de la responsabilidad de los accionistas permite orquestar un sistema de administración racionalizado que limita los riesgos de inversión del principal.

Respecto a la responsabilidad penal de una sociedad anónima, si bien no se encuentran sanciones en las Leyes N° 18.045 ni N° 18.046, se puede afirmar que es posible sancionar a una sociedad anónima con la pena de su disolución por contravención al artículo 3 del Decreto de Ley N° 211, en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 letra b) de dicho cuerpo legal, y por lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la Ley N° 20.393 que Establece la responsabilidad penal

⁸⁵ ARMOUR, John, HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier (2009). *The Essential Elements of Corporate Law*. Oxford Legal Studies Research Paper No. 20/2009, p. 3. Disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436551>

de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. Para que un accionista resulte responsable penalmente, se deben cumplir los requisitos generales del ejercicio del *ius puniendi* para el castigo de personas naturales.

En cuanto a la libre transabilidad de sus acciones, el inciso segundo del artículo 12 LSA consagra la regla de que *“a la sociedad no le corresponde pronunciarse sobre la transferencia de acciones y está obligada a inscribir sin más trámite los traspasos que se le presenten”*. Por su parte, el artículo 14 LSA prohíbe las limitaciones a la libre transabilidad de las acciones en los siguientes términos: *“los estatutos de las sociedades anónimas abiertas no podrán incluir limitaciones a la libre disposición de las acciones”*. El procedimiento para la transferencia de acciones se encuentra regulado en el párrafo 5 del Título III del RLSA.

Respecto a la administración delegada en un Directorio, y a la propiedad de inversionistas sobre la sociedad, nos remitiremos a lo señalado en el capítulo anterior de esta obra.

2. Autorregulación⁸⁶

Uno de los principios liberales sobre los que descansa nuestro ordenamiento jurídico es el de la autonomía de la voluntad. Si bien es cierto que en la regulación de los gobiernos corporativos se pueden encontrar una gran cantidad de normas de orden público, siempre la regla general, y por lo tanto residual, será la autodeterminación corporativa. Defino autodeterminación corporativa como la facultad de una firma para decidir sus propias normas de gobierno corporativo, teniendo como única limitación las normas de regulación de orden público y las normas de responsabilidad, tanto de la sociedad como de los principales agentes

⁸⁶ Para ver ejemplos de autorregulación de gobiernos corporativos, se recomienda el estudio de GARCÍA, María Paz (2012). *Responsabilidad social empresarial y autorregulación. Los códigos de conducta y las fuentes del derecho*. Boletín del Ministerio de Justicia. Estudio Doctrinal, N° 2141, Año LXVI. Disponible en <www.mjusticia.es/bmj>

de ésta⁸⁷. Como bien ha señalado LAGUNA, la función de la autorregulación no es tanto sustituir, sino complementar a la regulación⁸⁸, en especial considerando el dinamismo propio del mercado y la regulación legal reaccionaria que limita la flexibilidad del marco jurídico local⁸⁹.

Definir una política de autorregulación que ofrezca garantías a los problemas de agencia propios de los gobiernos corporativos es de vital importancia para el desempeño de una firma en el mercado, y al funcionamiento saludable del mercado mismo⁹⁰. De acuerdo a la teoría del señalamiento —o *signaling*— una de las fallas de mercado propia de las economías liberales es la asimetría de la información entre los agentes del juego de oferta y demanda. Por regla general, el oferente cuenta con más información que el demandante, lo que limita la capacidad de aquel para tomar decisiones racionales. En lo que guarda relación a las sociedades anónimas, un inversionista que quiera participar en la propiedad de la firma como accionista carece de la totalidad de información para decidir en qué compañía le resulta más beneficioso invertir⁹¹. Un indicador que la sociedad puede enviar al mercado para informar que su gobierno corporativo cumple con estándares elevados de protección a los inversionistas es contar con estatutos que resguarden sus intereses⁹². Esta manifestación voluntaria de información, junto a

⁸⁷ Las sociedades anónimas tienen un amplio margen para determinar sus normas de autorregulación. Al respecto, un autor ha señalado que, a pesar de tratarse de una regulación residual respecto a la normativa legal, las compañías tienen un amplio margen para establecer sus normas de comportamiento: “*Despite the many regulators overseeing the governance of public companies—the SEC, states, and the exchanges—corporations still enjoy a great deal of flexibility in devising substantive rules and governance structures*”. ROSE, Paul (2007). *The Corporate Governance Industry*. The Journal of Corporation Law Vol. 32, No. 4, Summer 2007. Ohio State Public Law Working Paper. p. 896. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=902900>>.

⁸⁸ LAGUNA, José (2011). *Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación*. En Revista de Administración Pública, N° 185. Centro Político de Estudios Constitucionales, Madrid. p. 91

⁸⁹ SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (2015). *Proyecto Normativo. Fortalecimiento de Estándares de Gobierno Corporativo de las Sociedades Anónimas Abiertas*. p. 5.

⁹⁰ El origen a la crisis *subprime*, de acuerdo a MOREIRA, se debe justamente a la ausencia de mecanismos que garanticen la autorregulación eficiente de los mercados financieros internacionales mediante una agencia independiente internacional. Al respecto, véase MOREIRA, Diogo (2009). *Crisis y regulación de mercados financieros. La autorregulación regulada: ¿una respuesta posible?* En Revista de Administración Pública, N° 180. Centro Político de Estudios Constitucionales, Madrid. pp. 9-19.

⁹¹ Al respecto, PFEFFER es de la opinión que “*la percepción del público inversor de que el ordenamiento jurídico es débil e ineficaz en la protección de sus derechos, al quedar expuesto a abusos y expropiaciones de riqueza no sancionadas al no existir una institucionalidad ágil y eficiente que los ampare, es una barrera insalvable en el desarrollo del mercado de capitales, lo que redundará en significativas pérdidas de eficiencia en el proceso económico, con el consiguiente costo social que ello acarrea para la economía*”. PFEFFER, Francisco (2009). op. cit. p. 298.

⁹² En relación a esta materia, un autor ha sostenido que “*los inversores más sofisticados han adquirido plena conciencia de su importancia fundamental [refiriéndose a las políticas de buen gobierno corporativo] y, efectivamente, parecen dispuestos a pagar una prima sustanciosa por los títulos de una compañía bien gobernada*”. PAZ-ARES, Cándido (2004). *El gobierno*

otra información relativa a la inversión y ganancias de la empresa, conforman un paquete que, en el largo plazo es más eficiente que el ocultamiento de información al mercado⁹³.

Sin embargo, no es el solo hecho de exponer al mercado las normas de gobierno corporativo lo que, *per se*, atraerá inversionistas⁹⁴. En realidad, las normas de autorregulación que determine la corporación solo tendrán un impacto positivo en el mercado si es que cumple con estándares elevados de protección a los inversionistas. En consecuencia, cabe preguntarse con qué parámetro han de compararse las normas de gobierno corporativo que nazcan de la autodeterminación corporativa. La respuesta se encuentra en las directrices y principios que organismos de carácter internacional –tal como la OCDE- han establecido para la materia. Abordaremos este tópico a continuación.

3. Regulación de *soft law*

El concepto de *soft law* ha sido materia de debate, y entre los académicos no hay consenso respecto a su naturaleza y límites. Sin embargo, para efectos de la presente investigación, adhiero al concepto esbozado por los académicos positivistas y racionalistas, quienes han sostenido que el *soft law* corresponde al grupo de normas que no son reconocidas directamente por el Estado, por lo que en consecuencia su cumplimiento no es coercible ni obligatorio⁹⁵. EISENBERG define *soft law* como el cuerpo de estándares, principios o reglas que son promulgadas por instituciones privadas, y que tienen cierta coercibilidad (social) aunque no son reconocidas directamente con una sanción estatal⁹⁶. En el ámbito de las normas que

corporativo como estrategia de creación de valor. Working Paper núm: 182. InDret 1/2004. p. 36. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/182_es.pdf>. Para un análisis pormenorizado de la elección de normas para la regulación de los gobiernos corporativos como mecanismo de señalamiento para internalizar la asimetría de información en el mercado, véase IACOBUCCI, Edward (2004). *Toward a Signaling Explanation of the Private Choice of Corporate Law*. American Law and Economics Review, Vol. 6, No. 2 (Fall 2004), Oxford University Press. pp. 319-344.

⁹³ Al respecto, véase CHEYNEL, Edwige (2012). *A Theory of Voluntary Disclosure and Cost of Capital*. Review of Accounting Studies, Forthcoming. Disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2112174>

⁹⁴ MCCAHERY, Joseph y VERMEULEN, Erik (2014). *Six Components of Corporate Governance That Cannot Be Ignored*. Topics in Corporate Law & Economics 2014-2. p. 3. Disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2406565>

⁹⁵ SHAFFER, Gregory y POLLACK, Mark (2010). *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonist in International Governance*. Minnesota Law Review. Vol. 94, p. 712-713. Disponible en <http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/08/ShafferPollack_MLR.pdf>

⁹⁶ EISENBERG, Melvin (2005). Op. cit. p. 182.

regulan a los gobiernos corporativos, EMBID denomina a esta categoría normativa como “autorregulación inducida”, debido a que carece de carácter vinculante, y, por lo tanto, su aplicación queda condicionada a la implementación que la firma, mediante sus órganos de gobierno corporativo, determine⁹⁷.

Destacan como ejemplo de *soft law* los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE, que, de acuerdo a su prefacio, tienen por objetivo “*ofrece[r] normas no vinculantes y buenas prácticas [relativas a los gobiernos corporativos], así como una guía para su implantación susceptible de ser adaptada a las circunstancias particulares de cada país o región*”⁹⁸. Si el objetivo de los Principios se cumple, se fortalece la confianza ciudadana en las corporaciones, que de tiempo en tiempo es defraudada por malas prácticas que tienen alto impacto en la comunidad. Las buenas normas y prácticas de gobierno corporativo consideran los intereses del entorno social en el que se desenvuelve la corporación y atraen a inversionistas.

Si bien es cierto que en cada lugar del globo existen diferentes características socio culturales, los Principios han sido cuidadosamente confeccionados atendiendo a elementos y características comunes que tienen los buenos gobiernos corporativos. Adicionalmente, los Principios se encuentran en constante revisión, para su actualización y adaptación a nuevas situaciones que con cada ciclo y crisis económica salen a la luz pública. De hecho, actualmente se está realizando una revisión de los Principios⁹⁹.

En el caso nacional, los Principios han sido una influencia en las modificaciones que ha experimentado la legislación que regula a los gobiernos corporativos, introducidas por las leyes N° 19.705 y N° 20.382, de los años 2000 y 2009 respectivamente, con especial

⁹⁷ EMBID, José (2013). *Aspectos conceptuales y tipológicos de la regulación de las sociedades de capital en el derecho español / basic and typological features of companies' regulation in spanish law*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 40, No. 2 (Mayo - Agosto 2013), pp. 447-448.

⁹⁸ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (2004). *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE*. p. 4.

⁹⁹ Véase <<http://www.oecd.org/daf/ca/2014-review-oecd-corporate-governance-principles.htm>>

consideración a que Chile introdujo estas –y otras- modificaciones legales como parte de su preparación para ser incorporado al Panel Internacional de la OCDE¹⁰⁰.

4. ¿Qué les da forma a los gobiernos corporativos en Chile?

Un último tema a tratar en este capítulo que aborda las fuentes de regulación de los gobiernos corporativos son los factores normativos y prácticos que los modelan. En las páginas anteriores se ha desarrollado en extenso el tópico del problema de la agencia y los conflictos de interés al interior de la firma, así como el de su estructura de propiedad y administración. Del tratamiento que se les ha dado a estos temas se puede deducir – erróneamente- que en Chile la actual regulación ofrece una solución satisfactoria al problema de agencia, y por lo tanto, que la regulación de gobiernos corporativos es pacífica. Sin embargo, el actual estado de la situación es diferente.

La regulación legal de los gobiernos corporativos tiene dos importantes funciones, que son establecer la estructura de la corporación, así como de su administración, y controlar los conflictos de interés entre administradores, dueños (accionistas) y partes interesadas¹⁰¹. Sin embargo, estas funciones no son siempre cumplidas, a pesar que ese sea su objetivo regulatorio. Lo anterior se debe a características propias de la actividad económica que, conjugadas con la normativa corporativa actual, tiene como resultado acentuar las condiciones que propician el entorno en el que los conflictos de interés se producen, e incluso ocultan.

A continuación, se analizarán factores económicos y normativos relativos a la regulación de los gobiernos corporativos que acentúan el problema de la agencia.

¹⁰⁰ TORRES, Óscar. op cit, p. 429.

¹⁰¹ HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier (2004). *The Anatomy Of Corporate Law: A Comparative And Functional Approach. Agency Problems and Legal Strategies*. Oxford University Press, p. 21.

4.1 Grupos empresariales y economías de escala

La economía chilena es una de tamaño relativamente pequeña y en crecimiento. Los agentes económicos relevantes se encuentran organizados en complejas estructuras de sociedades relacionadas, denominadas grupos empresariales¹⁰². Una de las explicaciones para organizar la fuerza económica de una firma de esta forma es la eficiencia de las economías de escala¹⁰³. Al respecto, EMBID sostiene que *“con la articulación de varias entidades – preferiblemente sociedades- jurídicamente autónomas bajo la dirección económica única de otra sociedad, los operadores económicos pretenden constituir una nueva forma de empresa que, de acuerdo con las particulares condiciones del mercado, alcance la dimensión óptima y permita, gracias a su flexibilidad estructural, la obtención de economías de escala, la mejor utilización de las redes de distribución y la difusión de los conocimientos”*¹⁰⁴.

En adición a lo planteado con anterioridad, y relacionado con el tamaño de la economía chilena, los actores del mercado nacional son relativamente pocos. Es más, en el ámbito de la competencia, nuestro país es uno que se caracteriza por tener mercados concentrados y no atomizados, en los que en cada mercado relevante, tanto geográfico como de producto, no hay

¹⁰² La definición legal de grupo empresarial se encuentra consagrada en el inciso 1° del artículo 96 de la LMV, cuyo tenor literal es: *“Grupo empresarial es el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten”*. Luego, los incisos siguientes explican qué entidades se entiende forman parte de un grupo empresarial: *“Forman parte de un mismo grupo empresarial: a) Una sociedad y su controlador; b) Todas las sociedades que tienen un controlador común, y este último, y c) Toda entidad que determine la Superintendencia considerando la concurrencia de una o más de las siguientes circunstancias: 1. Que un porcentaje significativo del activo de la sociedad está comprometido en el grupo empresarial, ya sea en la forma de inversión en valores, derechos en sociedades, acreencias o garantías; 2. Que la sociedad tiene un significativo nivel de endeudamiento y que el grupo empresarial tiene importante participación como acreedor o garante de dicha deuda; 3. Que la sociedad sea miembro de un controlador de algunas de las entidades mencionadas en las letras a) o b), cuando este controlador corresponda a un grupo de personas y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial, y 4. Que la sociedad sea controlada por uno o más miembros del controlador de alguna de las entidades del grupo empresarial, si dicho controlador está compuesto por más de una persona, y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial”*.

¹⁰³ ALCALDE, Enrique (2002). *Los grupos empresariales*. Revista Actualidad Jurídica N° 6. Universidad del Desarrollo. p. 204.

¹⁰⁴ EMBID, José Miguel (1987). *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones. p. 25.

suficientes actores que permitan configurar una hipótesis de competencia perfecta de mercado¹⁰⁵.

Es en atención a estos dos factores –estructura de mercado de economías de escala, y mercados poco atomizados-, que la imagen de los actores relevantes de mercado de la economía chilena es de un grupo empresarial con pocos competidores, oferente de una amplia gama de productos y/o servicios.

¿Qué relación guarda la organización de los actores de mercado con la estructura de los gobiernos corporativos? La respuesta está vinculada con la toma de decisiones en bloque de las diferentes sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial. Para que la estructura de economía de escala de producción sea eficiente y pueda implementarse, es menester que cada una de las sociedades que forma parte del proceso productivo de un bien o servicio que elabora un determinado grupo empresarial sea dirigida hacia una misma dirección, o en otras palabras, sean guiadas a cumplir un objetivo alineado. Para lograr este propósito, sus decisiones de política comercial y corporativa deben estar coordinadas¹⁰⁶. Y para poder coordinarlas sin que el actuar de las sociedades que forman parte del grupo empresarial transgreda la normativa antimonopolios¹⁰⁷, deben formar parte de un controlador común que decida a través del gobierno corporativo de esa firma¹⁰⁸. Al respecto, PFEFFER señaló que *“en un grupo de sociedades las decisiones de administración en cada una de ellas no siempre las adoptan los administradores de derecho, sino que surge el concepto de administrador de*

¹⁰⁵ Véase SAPELLI, Claudio (2002). *Concentración y Grupos Económicos en Chile*. En Estudios Públicos, 88 (primavera 2002). pp. 67-95. Disponible en <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_3167_1378/rev88_sapelli.pdf>

¹⁰⁶ ALCALDE, Enrique (2002), op. cit. p. 205-206. Refiriéndose a los elementos característicos de los grupos empresariales, sostiene que son tres las características que determinan la existencia de estas entidades: la pluralidad de sociedades autónomas, la relación de dominación-dependencia frente a una compañía determinada que actúa como cabeza del grupo, y finalmente la dirección unificada de las diferentes sociedades que forman parte del grupo. Respecto a ésta última característica, el autor señala que *“no estamos en presencia de un conglomerado nacido a partir de la simple incorporación de una serie de empresas subordinadas a otra, sino que de una estructura organizativa que persigue asegurar la unidad de gestión de los organismos agregados”*.

¹⁰⁷ Esto con la finalidad de que dicha coordinación entre diferentes actores del mercado no sea considerada como colusión.

¹⁰⁸ TORRES Óscar (2013). op. cit., p. 143-144.

hecho –generalmente el directorio de la matriz influido determinantemente por el controlador de la misma- “¹⁰⁹.

En otras palabras, una implicancia fundamental de una economía de escala de producción es que las sociedades que forman parte del grupo empresarial que la componen deben ser dirigidas por un mismo controlador, para de esa forma obtener un comportamiento eficiente, guiado por el beneficio que no solo una sociedad en particular puede obtener de determinada operación, sino del beneficio final para el grupo empresarial, analizado como un conjunto armónico¹¹⁰. Y el controlador toma formalmente las decisiones de dirección de las diferentes firmas por medio del procedimiento de toma de decisiones de los gobiernos corporativos.

4.2 Quórum de votación en Juntas de Accionistas o umbrales de decisión

El punto tratado en el numeral anterior guarda una relación de causa y efecto con el que se desarrollará en éste, en lo que se refiere a la configuración y formación de los actuales gobiernos corporativos en Chile. Nos referimos a los distintos umbrales de quórum que exige la LSA para que grupos de accionistas y la Junta de Accionistas puedan tomar decisiones relativas al gobierno de la corporación. Estos umbrales de concentración de propiedad de la sociedad, o, mejor dicho, de concentración de acciones con derecho a voto, representan el porcentaje de acciones del que un accionista debe ser dueño para tomar decisiones de dirección en la firma.

El primer umbral es el 5% de las acciones emitidas por la sociedad, y se encuentra consagrado en el artículo 133 bis LSA, que confiere el derecho al accionista o grupo de accionistas que reúna este porcentaje de participación a demandar la indemnización de

¹⁰⁹ PFEFFER, Francisco (2015). *Deber de lealtad de directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, a propósito del denominado Caso Cascadas*. En Revista Actualidad Jurídica, N° 32 – Julio 2015. pp. 215-216.

¹¹⁰ Se ha llegado a decir que el interés social de una sociedad se encuentra subordinado al interés del conglomerado del que forma parte, lo que se denomina “intereses comunes del grupo”. Al respecto, el profesor PFEFFER señaló que “*si el grupo se estructura bajo la forma de un modelo cuyo objetivo es controlar un activo productivo, todas las decisiones de administración y gestión de cada una de ellas debe considerar siempre el objetivo de no perder el control sobre el activo final, que es lo que le da valor a cada una de las sociedades pertenecientes al grupo*”. Íbid. p. 220.

perjuicios a quien correspondiere, en nombre y beneficio de la sociedad, por concepto de toda pérdida irrogada al patrimonio de la sociedad como consecuencia de una infracción a la LSA, su reglamento, los estatutos sociales, las normas dictadas por el directorio en conformidad a la ley o las normas que imparta la SVS.

El segundo umbral corresponde al 10% de las acciones emitidas con derecho a voto, y por disposición del artículo 58 N° 3 de la LSA se permite al accionista o grupo de accionistas que representen este porcentaje generar la obligación al Directorio de convocar a Junta de Accionistas, sea Ordinaria o Extraordinaria, según corresponda. Similar derecho corresponde a los accionistas que representen el mismo porcentaje de una sociedad que se encuentre en liquidación, y esta sea practicada por el Superintendente de la SVS, por sí o por delegados que designe, sólo cuando lo estime necesario o se lo soliciten para fines de información, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 115 inciso 4 de la LSA.

El tercer umbral es el 12,5% de acciones emitidas con derecho a voto, cuando estas se encuentren en poder de accionistas que individualmente controlen o posean menos del 10% de tales acciones. El artículo 50 bis de la LSA consagra este porcentaje como uno de los requisitos que debe tener una sociedad anónima para tener un Comité de Directores y Directores Independientes como parte de su gobierno corporativo¹¹¹.

El cuarto umbral es del 50% de acciones con derecho a voto más una acción con derecho a voto. Este es el quórum para que un accionista pueda determinar sin oposición en la Junta de Accionistas todas aquellas decisiones que no requieran de un quórum especial. Es decir, con esta concentración de acciones, un accionista puede decidir sobre todos aquellos asuntos que requieran de simple mayoría. Entre los asuntos que puede decidir, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 57 y 67 de la LSA, se encuentran el aumento de capital de la sociedad, la distribución de utilidades, y en general las modificaciones a los estatutos que no se encuentren

¹¹¹ El otro requisito es que la sociedad anónima abierta tenga un patrimonio bursátil igual o superior al equivalente a 1.500.000 unidades de fomento.

entre las mencionadas en el artículo 67 de la LSA. También podrá nombrar a la mayoría de los miembros del Directorio.

Finalmente, el quinto y último umbral es el de dos tercios más una de las acciones emitidas con derecho a voto. En virtud de lo dispuesto en el artículo 67 de la LSA, el accionista que reúna esta concentración de acciones podrá decidir en las Juntas de Accionistas sin oposición alguna respecto de las 16 materias que requieren de quórum especial. Cada una de estas materias se refiere a la conducción de la sociedad en lo que respecta a su estructura, entre las que destacan las siguientes: la transformación, división y fusión de la sociedad; la modificación del plazo de la sociedad; la disolución anticipada de la sociedad; la disminución del capital social; la aprobación de aportes y estimación de bienes que no sean consistentes en dinero; la modificación de las facultades reservadas a la Junta de Accionistas o de las limitaciones a las atribuciones del Directorio; la enajenación del 50% o más del activo social; el otorgamiento de cauciones reales o personales respecto a obligaciones de terceros, que excedan el 50% del activo social; y, la aprobación o ratificación de actos o contratos celebrados con partes relacionadas, en conformidad a lo establecido en los artículos 44 y 147 de la LSA.

Cada una de estas materias guarda una estrecha relación con la conducción de la firma, pero también son oportunidades de extracción de valor por parte del accionista mayoritario o controlador¹¹². Es importante recordar que un accionista tendrá interés en controlar, al menos los dos tercios más una de las acciones con derecho a voto para decidir sin oposición en estas materias, cuando para él la reestructuración societaria que puede efectuar le significa un valor adicional, un valor agregado al de la mera dirección de una firma. Dicho de otra forma, un accionista podrá organizar la producción que realiza una firma cuando tiene el control de su gobierno corporativo, pudiendo decidir sin oposición respecto a cualquier materia. Si la sociedad anónima es parte de una organización de producción a escala, para elevar los niveles de eficiencia, es necesario coordinar todas las decisiones de las diferentes sociedades que

¹¹² Un autor señala que *“las operaciones con parte relacionada son el principal vehículo que en la práctica se utiliza por el controlador para extraer riqueza de la compañía”*. PFEFFER, Francisco (2009). op. cit. p. 299.

forman parte del proceso productivo, disminuyendo los costos de transacción de coordinación entre las diferentes sociedades. Y para conseguir este objetivo, lo eficiente es controlar al menos los dos tercios más una acción con derecho a voto en cada una de estas firmas¹¹³.

Sin perjuicio de lo señalado con anterioridad, si un accionista ha reunido en sus manos dos tercios más una acción con derecho a voto, nace un desincentivo para el resto de los accionistas con pretensiones políticas al interior de la empresa para ser dueño de acciones con derecho a voto. Es en razón de este motivo que los accionistas mayoritarios tienden a concentrar un porcentaje más cercano a la totalidad de las acciones emitidas con derecho a voto que al mínimo de este umbral de decisión, que es dos tercios más una acción con derecho a voto. Y en economías de escala de producción dirigidas por un grupo empresarial, esta tendencia se replica en cada una de las firmas que integran la entidad. Por lo tanto, el sistema de quórum de decisión en las Juntas de Accionistas, en lugar de brindar la oportunidad de proteger a los accionistas minoritarios de los eventuales abusos que pueda cometer el accionista mayoritario con un voto contra mayoritario, en la práctica tiene como consecuencia que se agudiza la concentración de la propiedad de acciones con derecho a voto en un solo accionista. Este accionista, en el que se concentra la propiedad y los derechos políticos de la firma, forma parte de un grupo empresarial o conglomerado económico, que, actuando como una unidad económica, coordina el actuar corporativo como un solo bloque.

¹¹³ Los beneficios del control corporativo no se limitan al contexto de un grupo empresarial. Respecto a los beneficios privados que significan para el accionista el control de la sociedad, véase DYCK, Alexander y ZINGALES, Luigi (2011). *Private Benefits of Control: An International Comparison*. Harvard Law School Program on Negotiation Harvard University. p. 6-8. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=296107>>. Los beneficios privados del control son buscados en el mercado corporativo, y se reflejan en un sobre precio en la venta de acciones en un proceso de toma de control de una sociedad. VALDERRAMA define este sobre precio, denominado “premio de control”, como “la diferencia entre el precio de una acción que forma parte de un paquete controlador con otra acción de la misma sociedad que no forma parte de este”. VALDERRAMA, Mario (2010). *Control como causal de una oferta pública de adquisición de acciones obligatoria y su regulación en Chile*. DERECHO Y HUMANIDADES, No 16 vol. 2, p. 214. El tópico del control corporativo, la toma de control de una sociedad y los mecanismos que establece la ley para su tramitación no son el tema de este trabajo. Para un estudio sobre esta materia, véase, en adición a los textos ya citados, ARMOUR, John y CHEFFINS, Brian (2013). *The Origins of the Market for Corporate Control* (September 11, 2013). ECGI - Law Working Paper No. 226/2013. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=2324427>>; CLARKE, Blanaid (2010), *Reinforcing the Market for Corporate Control* (August 19, 2010). UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper No. 39/2010. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=1661620>>. Entre los trabajos de autores nacionales, ALCALDE, Enrique (2001). *Regulación sobre la "venta del control" en la ley de OPAS: ¿Un caso de iniquidad o simplemente un error?* Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, No. 3 (Julio / Septiembre 2001), pp. 599-614; PFEFFER, Francisco (2005). *El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros en el contexto del denominado "Caso Chispas"*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 32, No. 3 (Septiembre - Diciembre 2005), pp. 501-537.

En virtud de los argumentos antes expuestos, se puede enunciar una paradoja de la regulación de los gobiernos corporativos. Si bien el objetivo del sistema de quórum de decisión es proteger a los accionistas minoritarios de los eventuales abusos que pueden cometer los accionistas mayoritarios o controladores, en especial al acordar decisiones en las Juntas de Accionistas que sean de provecho para el interés del accionista mayoritario, mas no de la sociedad toda¹¹⁴, su efecto práctico es el contrario, ya que incentiva la concentración de la propiedad de acciones con derecho a voto de una empresa en una sola mano; misma mano que controla sociedades con las que la firma se relaciona. De esta forma, la normativa vigente crea el caldo de cultivo propicio para la generación de conflictos de interés y extracciones de valor¹¹⁵ por parte de quienes forman el gobierno corporativo de una sociedad anónima.

Uno de los roles de la SVS es hacerse cargo de esta paradoja, y mediante el ejercicio de sus funciones, fiscalizar a quienes formen parte de un gobierno corporativo, para que no abusen de su posición, y velen por los intereses de la firma. En este sentido, la interpretación administrativa que realiza la SVS al dictaminar sanciones o absolver consultas, juega un papel fundamental en el modelamiento y regulación de los gobiernos corporativos en Chile, en especial por su rápida y eficiente capacidad de reacción al dinámico comportamiento empresarial, contra el reaccionario cambio legislativo. En la segunda parte de este texto se analizará la facultad de la SVS para interpretar administrativamente y su importancia en el sistema de normas que regulan a los gobiernos corporativos.

¹¹⁴ PALACIOS, Félix (2013). *Análisis de los abusos cometidos por los socios mayoritarios contra las minorías societarias en la sociedad anónima; algunas alternativas de solución*. Revista de Derecho N° 16, p. 35-42. Disponible en <www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/download/1487/1293>

¹¹⁵ La extracción de valor es definida como la apropiación de flujos o activos que en derecho pertenecen a los accionistas no controladores producto de la desviación de oportunidades corporativas. CABRERA, Ángel *et. al.* (2000). *Regulación de las transferencias de control corporativo: discusión teórica e implementación empírica*. Serie Documentos Discusión: Elementos Conceptuales de la Ley de OPAS. Superintendencia de Valores y Seguros. p. 36.

**SEGUNDA PARTE: INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA
SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS COMO FUENTE DE
REGULACIÓN DE LOS GOBIERNOS CORPORATIVOS**

Indeed, what is administrative law about if not the control of discretion?

Bernard Schwartz, Administrative Law, p. 652.

¡Cuánto más seguro (...) parece ser que en la mayor parte de las decisiones difíciles, nuestros representantes, astutamente, prefieren no verse obligados a votar y ser contados, sino más bien dejar que (...) alguna comisión reguladora independiente, reciba el inevitable fuego político!

John Hart Ely, Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional.

CAPÍTULO IV: EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En la primera parte de este texto se hizo referencia a la conducción de una sociedad anónima, y a las diversas y complejas aristas que deben ser consideradas en su gobierno corporativo. ¿Qué tanto más sofisticado puede resultar, entonces, analizar la regulación de la dirección de un Estado?¹¹⁶ Si bien el objetivo del presente trabajo no es abordar la tarea de analizar el funcionamiento del Leviatán, es necesario que se desarrolle un tópico que se encuentra anidado en el corazón de la actividad de los Estados: el rol de los órganos de la administración, en especial la facultad de éstos para interpretar normas jurídicas. Como se desarrollará más adelante, ésta facultad es controvertida, encontrando particular resistencia en la doctrina nacional, en especial respecto de las Superintendencias.

Ambas materias –la regulación de los gobiernos corporativos y la interpretación administrativa de los órganos del Estado, en particular, de la Superintendencia de Valores y Seguros-, confluyen en la configuración del escenario normativo en el que se desenvuelven las sociedades anónimas de importancia para la economía nacional.

En esta segunda parte se analizará doctrinalmente el rol que juega la Superintendencia de Valores y Seguros, en consideración a su naturaleza de órgano de la Administración del Estado y órgano regulador de actividades económicas, en la configuración de la normativa aplicable a los gobiernos corporativos¹¹⁷.

¹¹⁶ En especial de un Estado Democrático. El énfasis del presente capítulo es, precisamente, dilucidar el papel de la jurisprudencia que emana de la Superintendencia de Valores y Seguros en el contexto de un Estado republicano y democrático.

¹¹⁷ La doctrina ha señalado la importancia de las Superintendencias como entes reguladores, al reconocer el cambio de paradigma de participación del Estado en la economía tras la Constitución Política de la República de 1980. En este sentido, CAMACHO ha sostenido que constitucionalmente se ha configurado una *“nueva forma de intervención en la economía, que está a cargo de la Administración del Estado, y que se expresa en una intensa actividad reguladora”*. CAMACHO, Gladys (2005). *La problemática de la potestad normativa de las superintendencias*. Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público (Santiago, LexisNexis), p. 423

Antes de hacer referencia al análisis del rol de la interpretación administrativa de la SVS como órgano de la Administración, es necesario asentar las bases doctrinales y dogmáticas sobre las que se construirá nuestro razonamiento. Esta labor comienza con el estudio de las fuentes del Derecho Administrativo. Las fuentes del Derecho han sido definidas como los hechos de los cuales éstas derivan, brotan o surgen las normas jurídicas¹¹⁸. A su vez, las fuentes del Derecho se clasifican en materiales¹¹⁹ y formales, siendo estas últimas “*las autoridades o sujetos que crean las normas jurídicas (Poder Legislativo, Presidente de la República, municipalidades, otros entes públicos, las fuerzas sociales), y los medios o los actos por los cuales se establecen las normas: leyes, reglamentos, ordenanzas, costumbres*”¹²⁰.

Habiendo establecido el concepto de fuentes formales del Derecho, lo que ahora corresponde es referirse a la noción doctrinaria de fuentes formales del Derecho Administrativo. Distinguir las fuentes del Derecho Administrativo, diferenciándolas de las fuentes de otras disciplinas jurídicas, no es un tópico baladí, ya que facilita la comprensión del Derecho Administrativo como una rama autónoma del ordenamiento jurídico. Al realizar este ejercicio de reconocimiento del Derecho Administrativo como una disciplina jurídica independiente, será más fácil reconocer su sistema de normas propias y autónomas, y la interacción entre ellas, con su respectiva lógica jurídica distintiva que lo diferencia del resto del sistema jurídico¹²¹.

Teniendo en consideración que el Derecho Administrativo es una disciplina jurídico-científica autónoma, GORDILLO define las fuentes del Derecho Administrativo en función a

¹¹⁸ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; y VODANOVIC, Antonio (1998). *Tratado De Derecho Civil. Partes Preliminar y General. Tomo I*. Editorial Jurídica. p. 111.

¹¹⁹ *Íbid.* Los autores definen fuente material del derecho como los factores que determinan la generación de las normas jurídicas. Para este trabajo solo se considerarán las fuentes formales del Derecho, por la importancia del debate en torno a la participación o no de la interpretación administrativa en esta clasificación.

¹²⁰ *Íbid.*

¹²¹ VERGARA, Alejandro (2010). *El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como “Derecho Común”*. Abeledo Perrot. p. 76. El autor desarrolla extensamente la tesis de la autonomía sistémica del Derecho Administrativo en la obra citada, en particular en las páginas 2-28.

la imperatividad de las normas que integran el orden jurídico positivo Administrativo¹²². Por su parte, el profesor SILVA CIMMA describe las fuentes del Derecho Administrativo señalando que, al igual que las demás ramas del Derecho, éste “*se genera de la misma forma, mediante la actividad de los Órganos productores de las normas jurídicas y por medio del reconocimiento racional que las prácticas van haciendo paulatinamente y que concurren a formarlas*”¹²³. Se aprecia en las palabras de SILVA CIMMA una correspondencia con el concepto de fuentes formales del Derecho. Sin embargo, se debe enfatizar que la definición, al gravitar en torno al concepto de “Órganos productores de normas jurídicas”, dificulta la tarea académica y doctrinal de establecer, con plena certeza, una lista cerrada de fuentes formales del Derecho Administrativo. Se hace necesario esclarecer cuáles son estos Órganos, y si son los mismos que generan las fuentes formales para las otras áreas del Derecho. Planteando esta misma interrogante desde otra perspectiva, cabe preguntar: ¿cuenta el Derecho Administrativo, en tanto disciplina autónoma del Derecho, con fuentes formales que le son propias?

La doctrina ha reconocido, de manera pacífica, como fuentes formales del Derecho Administrativo a la Constitución Política de la República y la ley (*lato sensu*), que emanan del Órgano Legislador; los Decretos Leyes, Decretos con Fuerza de Ley, Decretos Supremos, la Potestad Reglamentaria, ordenanzas, circulares, decretos e instrucciones, que emanan de un Órgano Ejecutivo¹²⁴. También es reconocida como fuente formal del Derecho Administrativo la jurisprudencia, que nace como norma jurídica por el ejercicio de la facultad jurisdiccional del correspondiente órgano. Sin embargo, en torno al reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal del Derecho Administrativo existe un actual debate en la doctrina, que tiene una doble arista. En los siguientes numerales se analizará el actual estado de mencionado debate.

¹²² GORDILLO, Agustín (2012). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo V, Primeras Obras*. 1ª edición, Buenos Aires, FDA. p. 2. Disponible en <http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo5.pdf>

¹²³ SILVA CIMMA, Enrique (1996). *Derecho Administrativo chileno y comparado. Tomo I. Introducción y Fuentes*. 4ª edición. Editorial Jurídica de Chile. p. 70.

¹²⁴ *Ibid.* p. 74.

1. La jurisprudencia como fuente formal del Derecho

La primera arista de éste debate es, justamente, determinar si la jurisprudencia forma parte o no de las fuentes formales del Derecho, y por extensión, del Derecho Administrativo. El profesor SILVA CIMMA, adelantando este debate, identifica, en principio, a la jurisprudencia como una fuente racional (material) del Derecho Administrativo –en oposición a las formales-; sin embargo, también señala que *“hay quienes estiman, no sin cierta base de razón, que la jurisprudencia es más bien una fuente positiva [formal] que racional [material]”*¹²⁵. Nos referiremos a las tres posturas académicas que alimentan esta controversia doctrinal¹²⁶: la tesis que considera que la jurisprudencia no es una fuente del derecho, la tesis que señala que la jurisprudencia sí es fuente del derecho, y finalmente una postura ecléctica.

2. Tesis que considera que la jurisprudencia no es fuente formal del Derecho

La tesis que considera que la jurisprudencia no es una fuente formal del Derecho ha sido desarrollada comenzando desde la premisa de que nuestra tradición jurídica es continental, y orientada por la doctrina clásica nacida de la Revolución Francesa, que miraba con ojos llenos de desconfianza la labor activista y política de los jueces del Régimen¹²⁷. En virtud de la doctrina de la separación de poderes de los órganos del Estado, el modelo institucional clásico de juez consiste en concebirlo como un aplicador del Derecho, neutral y apolítico, cuya actividad se reduce a determinar, mediante un procedimiento de lógica deductiva, formal y mecánica, el Derecho aplicable a la situación sometida a su decisión¹²⁸.

Bajo los ideales de este modelo racional, la labor de los jueces se limita a la resolución de los casos que se le presenten mediante el ejercicio de su función jurisdiccional, siendo

¹²⁵ *Ibid.* p. 74.

¹²⁶ Seguiremos el esquema de análisis planteado por SCHIELE, Carolina (2014). *La jurisprudencia como fuente del derecho: El papel de la jurisprudencia*. En Dogmática y Sistema Estudios de Teoría del Derecho. Editorial Legal Publishing. p. 181-200.

¹²⁷ APARISI, Ángela (1992). *Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho*. En Anuario de filosofía del Derecho IX. Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. p. 251. Disponible en <http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1992-10024900268_ANUARIO_DE_FILOSOF%26%23769%3B_DEL_DERECHO_Notas_sobre_la_jurisprudencia_como_fuente_del_Derecho>

¹²⁸ *Ibid.*, p. 251-252.

competencia exclusiva del Poder Legislativo la creación de normas jurídicas mediante la dictación de leyes¹²⁹. Este paradigma ha radicado en buena parte de la doctrina la idea de que la función de los jueces del Derecho continental se remite a la interpretación de la ley para aplicarla en casos concretos, y que ésta es incompatible con la función de creación de las normas que interpretan¹³⁰. Esta es la idea que se encuentra plasmada en la regulación de la actividad jurisdiccional del Código Civil, en particular en los artículos 3 y 19 al 24 inclusive, que consagran el principio del imperio de la ley y del sometimiento del juez a la ley¹³¹. Este paradigma puede ser caracterizado con la famosa frase de Montesquieu respecto al poder de juzgar, para quien este “*es, en cierto modo, nulo*”¹³². Complementando con otra de sus célebres frases, la “nulidad” del poder de juzgar se explica porque “*los jueces de la nación no son (...) más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes*”¹³³. Las frases antes citadas deben entenderse dentro del contexto revolucionario del siglo XVIII francés. El objetivo político de anular y controlar la labor de los jueces se debe a que éstos formaban parte de la aristocracia conservadora contraria a la revolución. Por este motivo, no se les debía reconocer facultad alguna para crear normas que destruyeran el sistema complejo y, al menos en teoría, completo que significaba la codificación de las leyes¹³⁴. Así, el Poder Legislativo detentaría el monopolio de la creación de normas jurídicas, y a los jueces solo les correspondería aplicar dichas normas a los conflictos particulares que conocieran en el ejercicio de su facultad jurisdiccional¹³⁵. Como señala un autor, “*la jurisprudencia no es fuente del Derecho es el dogma más importante de la teoría de fuentes porque, en realidad, hay un mensaje*

¹²⁹ SCHIELE, Carolina (2014). op. cit. p. 188.

¹³⁰ BRAVO-HURTADO, Pablo (2013). *Hacia los precedentes en Chile: reforma procesal civil y fuentes del derecho / Toward precedents in Chile: civil procedure reform and sources of law*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 40, N° 2 (Mayo – Agosto 2013), Pontificia Universidad Católica de Chile. p. 552.

¹³¹ SEGURA, Francisco (2006). *Actualidad de los principios e inspiraciones del Código Civil chileno*. En Revista de Derecho N° 219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006). Universidad de Concepción. p. 35-36. En este mismo sentido, el texto del Mensaje del Código Civil, cuyo autor es el mismo Andrés Bello, ilumina sobre el pensamiento del autor de nuestro Código Civil: “... se granjeará tanto mayor confianza y veneración a la judicatura, cuanto más patente se halle la conformidad de sus decisiones a los preceptos legales. La práctica descubrirá sin duda defectos en la ejecución de tan ardua empresa; pero la legislatura podrá fácilmente corregirlos con conocimiento de causa...”.

¹³² MONTESQUIEU (1995). *Del espíritu de las leyes*. Tecnos, Madrid. p. 110.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Un autor señala respecto de esta forma de ver el rol del juez y la jurisprudencia que “*puede caracterizarse esquemáticamente por dos notas: en primer lugar, tiende a ver la decisión judicial como un acto de conocimiento más que como un acto de voluntad y, en tal sentido, a negar que una sentencia sea propiamente un mandato o norma índica; en segundo lugar, tiende a ver la decisión judicial como un acto cognoscitivo de carácter lógico-deductivo más que de otro tipo, incluido desde luego el conocimiento empírico*”. RUIZ, Alfonso (1984). *Creación y aplicación en la decisión judicial*. En Anuario de filosofía del derecho, N° 1, 1984. p. 8.

¹³⁵ BRAVO-HURTADO, Pablo (2013) op. cit. p. 553.

político”¹³⁶. Más adelante volveremos a profundizar esta idea, cuando nos refiramos al sistema de separación de poderes como límite a la jurisdicción en general, y la interpretación administrativa en particular.

Otro de los argumentos para negar que la jurisprudencia sea una fuente formal de Derecho es que las sentencias solo se aplican una situación particular –el conflicto sometido al conocimiento del juez-, mientras que las fuentes formales del derecho determinan un modelo general y abstracto de comportamiento¹³⁷. Los autores nacionales adherentes a este argumento edifican su razonamiento sobre la piedra angular del artículo 3 del Código Civil, que reza “Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”. En este sentido, BRAVO-HURTADO es de la idea que la norma antes citada consagra de manera expresa la exclusión de la jurisprudencia como fuente del Derecho, pues para el autor la frase “*no tiene fuerza obligatoria*” es sinónima a la frase “*no constituye Derecho*”¹³⁸. De acuerdo a esta tesis, la jurisprudencia, al no ser ni general ni abstracta, es un medio para servir a los intereses particulares y por este motivo sus efectos son relativos, a diferencia de la ley, que es la fuente formal del Derecho por antonomasia, que por ser de general aplicación, sus efectos también lo son¹³⁹. Y es la aplicación particular de las fuentes formales del Derecho lo que caracteriza a la jurisprudencia, que es el producto de la interpretación y aplicación de éstas¹⁴⁰, por lo que mal podría ser considerada como una fuente directa del Derecho¹⁴¹. BRAVO-HURTADO, al culminar su razonamiento sobre este punto, resume con una frase categórica el sentir antes expuesto: “*el artículo tres del código civil (sic)*

¹³⁶ *Ibid.*, p. 555.

¹³⁷ SCHIELE, Carolina (2014). *op. cit.* p. 188-189. Véase también ROJAS, Fernando (2005). *Ley, interpretación y exceso judicial*. En Revista Actualidad Jurídica N° 11, pp. 39-45.

¹³⁸ BRAVO-HURTADO, Pablo (2013), *op. cit.* p. 557. El autor complementa este razonamiento al argumentar que en numerosas ocasiones el Código Civil emplea el término “obligación” y sus derivados como sinónimo de “fuente de Derecho”, en un sentido técnico (en los artículos 3, 7, 14, 407, 553, 697, 1622, 2226 y 2489). Adicionalmente, agrega que el artículo 1437 regula las fuentes de las obligaciones –fuentes del Derecho- excluyendo a la jurisprudencia.

¹³⁹ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; y VODANOVIC, Antonio (1998). *op. cit.* p. 132. En este mismo sentido, CALVO VIDAL señaló que “*una de las características de las normas jurídicas, está reiteradamente advertido, es el grado de abstracción y generalidad que poseen y precisamente estas notas no las comparten las decisiones de los tribunales, pues no es propio de ellos establecer reglas obligatorias de matiz abstracto, sino decidir sobre situaciones concretas al amparo de las fuentes jurídicas*”. CALVO VIDAL, Félix (1992). *La jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?* Editorial Lex Nova, Valladolid. p. 155.

¹⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (1995). *Instituciones del Derecho Civil. Volumen I*. Editorial Tecnos, p.107

¹⁴¹ SCHIELE, Carolina. *op. cit.* p. 189.

chileno adhiere a la tradición de la teoría de fuentes y a su dogma más importante, que la jurisprudencia no es fuente [del Derecho]”¹⁴². En este mismo sentido, éste autor señala que es un dogma de la tradición jurídica continental que la jurisprudencia no sea fuente de Derecho, y que cualquier ejercicio para comprender el rol de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento debe enmarcarse dentro de los parámetros del *civil law*¹⁴³.

Una de las características propias del derecho continental es la organización del Derecho mediante la técnica legislativa de codificación¹⁴⁴. El profesor BRAVO es de la opinión que el proceso de codificación de la ley consagra en nuestro ordenamiento jurídico la función del juez como un aplicador del Derecho, y no como su creador. En sus palabras: *“En la medida que el juez, y en concreto los jueces superiores, aceptaron encuadrar su propia actuación dentro del marco de la legalidad, su radio de acción se encogió. Dejó de abarcar, como antes de la codificación, la declaración del derecho -ius dicere- según la expresión clásica romana, para reducirse simplemente a la aplicación de la ley –subsumir casos particulares bajo una ley general- según la fórmula clásica del racionalismo jurídico*”¹⁴⁵.

Detrás de las ideas expuestas en este párrafo subyace la aceptación de que la codificación corona la actividad racional y legislativa, creando un sistema cerrado y completo, sin lagunas¹⁴⁶. Se desarrollará una crítica a esta forma de entender el ordenamiento jurídico más adelante en esta obra, al tratar las teorías que aceptan a la jurisprudencia como una fuente formal del Derecho.

¹⁴² BRAVO-HURTADO, Pablo (2013), op. cit. p. 557.

¹⁴³ *Ibid.* p. 550-553.

¹⁴⁴ Para una revisión histórica y crítica de la codificación como técnica legislativa, véase GONZÁLEZ, Paulina (1998). *Codificación y Técnica Legislativa*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, No. 4 (Octubre / Diciembre 1998), pp. 867-895.

¹⁴⁵ BRAVO, Bernardino (1991). *Arbitrio judicial y legalismo. Juez y Derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación*. En Revista de Historia del Derecho “Ricardo Levene”. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”. p.14.

¹⁴⁶ APARISI, Ángela (1992). op. cit. p. 252.

También se ha sostenido que debido al carácter cambiante y hasta contradictorio que tiene la jurisprudencia, ésta carece de la seguridad jurídica que deben brindar las fuentes formales del Derecho, y por lo tanto, no es factible considerarla como parte de ellas¹⁴⁷.

A modo de resumen, a continuación se encuentran enumerados los principales argumentos para afirmar que la jurisprudencia no es una fuente formal del Derecho:

- i. Debido a la división de poderes del Estado, la función de los jueces se limita a aplicar el Derecho, y no es su labor crearlo.
- ii. En la tradición continental del Derecho, los jueces resuelven casos particulares, por lo que las sentencias que dictan carecen de la generalidad y abstracción propias de las normas jurídicas formales.
- iii. La codificación consagra la labor interpretativa –no creadora- del derecho por parte del juez.
- iv. La inseguridad jurídica consecuencia del cambio de criterios en la jurisprudencia no permiten reconocer que ésta es fuente formal del Derecho.

3. Tesis que considera que la jurisprudencia si es fuente formal del Derecho

En contraposición a la doctrina que excluye a la jurisprudencia de las fuentes formales del Derecho, desde el siglo XX se ha ido desarrollando entre los autores del derecho continental, cada vez con más fuerza, la tesis que sostiene lo contrario. En las páginas siguientes se expondrán los principales argumentos para considerar que la jurisprudencia es una fuente formal del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

En la doctrina nacional, el Decano LEÓN abre la puerta a la aceptación de la jurisprudencia como fuente del Derecho al ser de la opinión que ésta *“no es sino la forma de expresión de las*

¹⁴⁷ SCHIELE, Carolina (2014). op. cit. p. 189. La autora extrapola este argumento, al sostener la opinión que *“no podría ser la jurisprudencia fuente directa, toda vez que su producción queda entregada a la arbitrariedad del juez en la resolución del caso concreto. (...) He aquí el problema del arbitrio judicial que atenta contra la seguridad jurídica e impide que se pueda dar la categoría a la jurisprudencia de fuente directa del derecho”*.

*costumbres y sin duda, la más perfecta*¹⁴⁸. De acuerdo a este autor, la jurisprudencia es una manifestación de una fuente formal del Derecho reconocida de manera pacífica por la doctrina, que es la costumbre. Reconoce la mutabilidad propia del derecho consuetudinario, y estima que dicha característica es una virtud de la jurisprudencia, que permite suplir la deficiencia de la ley, en cuanto texto escrito y no dinámico, adaptando el ordenamiento jurídico al incorporar las normas jurídicas que regulan las nuevas relaciones y circunstancias de la vida en sociedad¹⁴⁹. Desde este punto de vista, la jurisprudencia es considerada fuente formal del Derecho porque es una manifestación de otra fuente formal. Otros autores señalan que la jurisprudencia no solo es manifestación de la costumbre, sino que siempre que cumpla con sus requisitos (repetición continua en el tiempo –es decir, constituir precedente- y que los jueces dicten sus sentencias con la conciencia de que están aplicando el derecho –es decir, que su convicción configure el elemento subjetivo de la costumbre, la *opinio juris*-) debe ser considerada costumbre en sí misma¹⁵⁰. Esta misma idea también se encuentra en el texto de LEÓN, quien sostiene que “*los jueces a través de la costumbre jurisprudencial van creando también el derecho con fuerza y poder indiscutibles*”¹⁵¹, y luego continúa más adelante en el texto afirmando que “*la jurisprudencia como fuente fecunda de derecho alcanza su mejor expresión a través de los fallos de las Cortes de Apelaciones y, muy especialmente, de la Corte Suprema*”¹⁵². Continuando con este planteamiento, solo las sentencias cuyo razonamiento se repite constantemente en el tiempo de manera uniforme, y que emanen de los Tribunales Superiores de Justicia, constituirían costumbre jurisprudencial¹⁵³.

Un argumento que nace como crítica a la idea legalista que excluye a la jurisprudencia como fuente formal del Derecho, que destaca por su notable persuasión, es la idea que considera que, en atención al principio de inexcusabilidad de los jueces, éstos deben dictar sentencia y resolver los casos que se le presentan, incluso a falta de ley que regule la cuestión

¹⁴⁸ LEÓN, Avelino (1958). *Valor de la jurisprudencia*. En Revista de Derecho y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Instituciones Generales. Editorial Jurídica de Chile. p. 265.

¹⁴⁹ *ibid.* p. 265-266.

¹⁵⁰ SCHIELE, Carolina (2014). op. cit. p. 185-186.

¹⁵¹ LEÓN, Avelino (1958). op. cit. p. 266.

¹⁵² *ibid.*, p. 267.

¹⁵³ SCHIELE, Carolina (2014). op. cit. p. 186.

sometida a su conocimiento¹⁵⁴. En este sentido, en contraposición a una de las premisas implicadas en el sistema aplicativista de subsunción¹⁵⁵, que es considerar que el sistema de normas legales cerrado es completo, y cubre todo el espectro de la actividad humana regulada por el Derecho, nuestro propio ordenamiento reconoce, en normas de rango constitucional y legal¹⁵⁶, la existencia de lagunas normativas. Es en el caso de lagunas normativas, en los cuales no existe norma expresa que regule el asunto sometido a la competencia del juez, que éste debe establecer el Derecho aplicable al caso particular. En otras palabras, debido a que el sistema normativo no regula con normas positivas toda actividad judicializable, el juez, necesariamente, debe crear una norma para resolver estos casos¹⁵⁷. APARISI describe este proceso creativo señalando que *“la actividad judicial se expresa mediante una serie de operaciones complejas que en muchos casos suponen la utilización de criterios y decisiones no extraíbles lógicamente de las normas. De igual modo que el artista crea cuando a la materia prima añade su propia actividad, el juez ejerce también una función creadora. En suma, las sentencias judiciales, en muchos casos, no son puras deducciones mecánicas a partir de un texto legal”*¹⁵⁸. Son, en efecto, la ausencia de norma legal que dirima el asunto y la facultad-deber constitucional del juez de resolver el caso particular, los elementos que configuran el escenario para aceptar la idea de que los jueces no solo crean, sino que deben crear derecho, por mandato constitucional, en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Los legalistas han criticado la postura de que en los casos de lagunas el juez crea derecho al dictar sentencia definitiva, argumentando que al resolver un caso concreto, la sentencia carece de la generalidad y abstracción propia de toda fuente formal del Derecho, y por lo tanto, no puede ser considerada como tal¹⁵⁹. Sin embargo, este reproche que los teóricos legalistas ha elaborado ha encontrado convincentes réplicas por parte de la doctrina que estima que la

¹⁵⁴ El principio de inexcusabilidad de los tribunales forma parte de la institucionalidad de rango constitucional en nuestro ordenamiento. El inciso 2º del artículo 76 de la Constitución Política de la República prescribe que reclamada la intervención de un tribunal en forma legal y en negocios de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión.

¹⁵⁵ RUIZ, Alfonso (1984). op. cit. p. 7.

¹⁵⁶ El artículo 76 en su inciso 2º de la Constitución Política de la República, el artículo 10 inciso 2º del Código Orgánico de Tribunales, y el artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil.

¹⁵⁷ APARISI, Ángela (1992). op. cit. p. 258. La autora también señala que el juez crea derecho en el caso de las antinomias.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ BRAVO-HURTADO, Pablo (2013), op. cit. p. 557.

jurisprudencia, a pesar de no ser necesariamente una norma de general y abstracta, es de todas formas una fuente formal del Derecho¹⁶⁰. Uno de estos argumentos es que en el sistema continental se confunden las características de la ley con las de las fuentes formales, por ser esta la fuente formal por excelencia en nuestra tradición jurídica. Es cierto que una de las características clásicas de la ley es que debe configurar una norma general y abstracta¹⁶¹, sin embargo, nada obsta a que otras fuentes formales del Derecho no cumplan con estos requisitos. En este sentido, ITURRALDE señala que “*si bien cuantitativamente muchas normas jurídicas son normas generales, ni la generalidad ni la abstracción son hoy en día requisitos imprescindibles de las normas jurídicas*”¹⁶². Reforzando este planteamiento, nuestra Constitución Política de la República admite la dictación de leyes cuyo contenido es particular y concreto¹⁶³, por lo que la generalidad de la ley no es un requisito de la misma¹⁶⁴ en nuestro ordenamiento jurídico. Consideramos que las características de generalidad y abstracción no son un requisito de las fuentes formales del Derecho, sino más bien son elementos que se presentan con frecuencia de ellas.

Otro argumento que la doctrina ha esgrimido para considerar que la jurisprudencia de los tribunales es fuente formal de Derecho, que también se encuentra vinculada a la existencia de lagunas normativas, es la aplicación que los jueces hacen de los principios generales del derecho para dar solución a los casos en los que no exista norma expresa que dirima el

¹⁶⁰ Incluso dentro de la doctrina clásica legalista se ha reconocido el valor creador de normas jurídicas de la jurisprudencia. Así, ALESSANDRI ha sostenido que, en los casos de lagunas “*podría objetarse la inconveniencia de transformar (...) al juez en legislador; habría margen para cometer arbitrariedades. Y el argumento no carecería de razón. Pero ¿qué solución cabría? Pedir al legislador que dicte una ley que solucione el asunto. ¿Sería preferible la adopción de este temperamento? No; porque la resolución legislativa sería inapelable, y porque sería más fácil un pronunciamiento arbitrario del Parlamento que uno del juez, ya que aquél no tiene que subordinarse a otra norma que la Constitución; en cambio, este último debe, además, conformarse en su pronunciamiento ‘al espíritu general de la legislación y a la equidad natural’.* Aún más, las sentencias sólo producen efectos entre los litigantes; mientras que la ley los produce generales y habría de aplicarse esta ley, dictada seguramente con precipitación, a todos los casos análogos que se presentaran. Es, pues, preferible que el juez se convierta momentáneamente en legislador que éste en juez.” ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; y VODANOVIC, Antonio (1998). op. cit. p. 133-134.

¹⁶¹ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; y VODANOVIC, Antonio (1998). op. cit. p. 112.

¹⁶² ITURRALDE, Victoria (1995). *Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de civil law: El caso español*. En Anuario De Filosofía Del Derecho XII. p. 404.

¹⁶³ Como en los casos de los artículos 10 N°4, 11 N°4, 11 inciso final, 19 N°12 inciso 5, 19 N°24 inciso 3 y 32 N° 19, todos de la Constitución Política de la República.

¹⁶⁴ ITURRALDE, Victoria (1995). op. cit. p. 405. En este mismo sentido, véase también GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1999). *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*. Editorial Civitas, Madrid. p. 51.

asunto¹⁶⁵. Discrepamos de este argumento, ya que los principios generales del derecho son en sí mismos una fuente formal del Derecho¹⁶⁶, y no corresponde ni conviene confundirlas, sin perjuicio de la estrecha relación que existe en la aplicación práctica de ambas¹⁶⁷. Una diferencia entre los principios generales del derecho y la jurisprudencia como fuentes formales, es que los primeros son siempre generales y abstractos, mientras que los segundos nacen como normas particulares y especiales que, con el paso del tiempo, pueden ser considerados como generales y abstractos, como se verá más adelante.

Se hace necesario ahondar de manera más profunda la distinción entre los principios y la jurisprudencia como fuentes formales del Derecho. Conocido es el razonamiento de DWORKING respecto a la aplicación judicial de los principios generales del Derecho como fuente formal. Para este autor, el ordenamiento jurídico no solo se compone de normas expresas, sino también de principios y directrices. Por lo tanto, los jueces, al resolver casos, y en especial aquellos “casos difíciles”, cuya solución no se encuentra al aplicar normas expresas, no crean una nueva norma, sino que aplican un principio ya existente en el ordenamiento jurídico, ya que para el autor los jueces no deben ni pueden legislar. Más bien, los jueces ejercen “discrecionalidad en un sentido débil”, al descubrir el principio que deben aplicar en la solución del caso. Para cumplir con esta tarea, el juez –al que denomina “Hércules”- debe conocer la totalidad del ordenamiento y las normas contenidas en él¹⁶⁸. De acuerdo a DWORKING, los principios jurídicos cumplirían una función de norma de clausura en el ordenamiento jurídico, por lo que el juez jamás se vería en la necesidad de crear derecho, o ejercer “discrecionalidad en un sentido fuerte”. Este concepto es criticado por PRIETO, quien señala que, incluso aceptando las ideas de Dworking, no es posible negar el ejercicio creativo del juez. De acuerdo al autor español, “*el Derecho preexistente, las normas y*

¹⁶⁵ SCHIELE, Carolina (2014) op. cit. p. 186. En este mismo sentido, la autora cita a CASTAN TOBEÑAS: “*Por otra parte, el sentido dado por el Tribunal Supremo a los principios generales del derecho equivale a confundirlos e identificarlos con la antigua doctrina legal, y, por ende, a facilitar a la jurisprudencia un camino para volver a ingresar en la categoría de las fuentes directas*”. CASTAN TOBEÑAS, José (1930): *Derecho Ovil Español Común y Foral*, Tomo I. 3a edición reformada. Madrid, Editorial Reus S.A., p. 9-11.

¹⁶⁶ Al respecto, véase, ALCALDE, Enrique (2001). *Creación judicial de derecho y garantías constitucionales*. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, No. 2, Actas del Seminario Multidisciplinario sobre Garantías Constitucionales: Conmemoración de los 20 años de la Constitución y Homenaje al Profesor don Enrique Evans de la Cuadra (Abril / Junio 2001), pp. 459-465.

¹⁶⁷ ROMERO, Alejandro (2004). *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho (una perspectiva procesal)*. Editorial Jurídica de Chile. p. 19.

¹⁶⁸ DWORKING, Ronald (1983). *Los derechos en serio*. Editorial Ariel S.A., Barcelona. pp. 61-101, 146-156.

*principios, están, sin duda, incorporados al fallo, pero de aquí no puede deducirse que todos los aspectos que han sido valorados como fundamento del mismo ‘deriven’ de ese Derecho. Naturalmente, la valoración de objetivos sociales y el peso de la ideología no serán idénticos en todos los casos, y de ahí que la creación judicial del Derecho se presente como un problema cuantitativo, pero, de cualquier forma, en último término ‘la norma jurídica no es el presupuesto, sino el resultado del proceso interpretativo’ Los principios de DWORKIN, lejos de excluir ese momento de creación, lo presuponen”*¹⁶⁹. Coincido con PRIETO, al dudar de la función de norma de clausura que jugarían los principios en un ordenamiento jurídico. Si bien esta pretensión sería, en principio, concordante con la racionalidad neopositivista que plantea Dworking, el efecto de aceptarla sería difuminar los límites del ordenamiento mismo, ya que se disolvería, confundándose con un sistema normativo moral¹⁷⁰.

Entendiendo que los principios generales del Derecho son una fuente formal, una implicancia de ello es que su aplicación judicial no significa que, por el hecho de ser utilizados en el razonamiento del juez, la jurisprudencia también lo sea. Este no es el motivo para considerar a la jurisprudencia una fuente formal. De aceptar dicha premisa, la razón para aceptar que la jurisprudencia es una fuente formal podría ser enunciada “al aplicar el juez una fuente formal, la jurisprudencia es considerada una fuente formal”. Este planteamiento carece de lógica, pues pasa por alto el concepto mismo de fuente formal del Derecho, e ignora la cualidad de estas como continentes suficientes de normas jurídicas. Además, siguiendo esta línea de pensamiento, por el solo hecho de aplicar la ley, que es la fuente formal del Derecho por excelencia, la jurisprudencia debió ser aceptada pacíficamente como fuente formal. Más bien, la jurisprudencia es una fuente formal autónoma, con independencia de las fuentes a las

¹⁶⁹ PRIETO, Luis (1985). *Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworking*. En Revista Española de Derecho Constitucional, Año 5, Núm. 14, mayo-agosto 1985, p. 368.

¹⁷⁰ *Íbid.* p. 367. En palabras de PRIETO, “es dudoso también que los principios de DWORKIN puedan desempeñar la función de normas de clausura. Tradicionalmente, los criterios que se han sugerido para cerrar el sistema jurídico se presentan de forma simple y alternativa, lo que desde luego no sucede con los principios de DWORKIN, que se caracterizan por una formulación abierta a la posibilidad del tertium datur y que, además, mantienen una relación de subsidiaridad con el Derecho explícito. En realidad, creo que en el esquema de DWORKIN la idea de «clausura del ordenamiento» resulta extraña y difícilmente viable tras la renuncia explícita a la norma de reconocimiento y a cualquier otro procedimiento último de identificación. Tal vez pudiera defenderse que los principios de DWORKIN cierran efectivamente el Derecho, pero al precio de disolverlo con el sistema moral; sería el propio orden jurídico quien vería desaparecer sus límites precisos”.

que acuda y aplique para la construcción del razonamiento jurídico que dirima el asunto particular sometido al conocimiento del juez.

Existe otro grupo de argumentos asociados al realismo jurídico, corriente de la filosofía jurídica cuyo análisis no corresponde realizar en esta obra, en virtud de lo extenso que resultaría. Sin embargo, cabe hacer mención a algunas consideraciones propias de esta forma de pensar el Derecho, que significan un aporte teórico para la aceptación de la jurisprudencia como fuente formal del Derecho. El realismo jurídico nace al alero del *common law*¹⁷¹, tradición jurídica en la cual el Derecho nace de la casuística y del razonamiento inductivo que realiza el juez, que determina la norma aplicable en un ejercicio analítico que comienza desde el caso particular y concreto, hasta establecer la norma general y abstracta¹⁷². Sin la intención de parecer reduccionista, se puede afirmar que el sentir del realismo jurídico se plasma en dos frases: “solo los jueces crean Derecho”¹⁷³ y “el Derecho solo está vigente porque es aplicado”¹⁷⁴. Para los teóricos del realismo jurídico, la jurisprudencia no solo es “una”, sino que más bien es “la” fuente formal del Derecho.

Se había señalado con anterioridad que una de las consideraciones para afirmar que la jurisprudencia no constituye fuente formal del Derecho, al menos en los países del derecho continental, es justamente nuestra tradición jurídica, ya que a diferencia del *common law*, de acuerdo a la doctrina clásica, los jueces no pueden ni deben crear Derecho. Estas ideas han sido también debatidas. Tímidamente DAVID afirma que en el sistema romano-germano la jurisprudencia cumple un rol creador, disimulado tras la apariencia de interpretación de la ley. El autor sostiene que “*la jurisprudencia desempeña un papel creador en la medida en que, en cada ordenamiento, tal proceso conduce más allá de la simple exégesis*”, y complementa esta

¹⁷¹ En especial, en sus vertientes escandinava y anglosajona. Para una introducción a la materia, véase CAMPOS, Francisco (2010). *Nociones fundamentales del realismo jurídico*. En Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (mayo-agosto 2010). Universidad de Costa Rica. pp. 191-220. Disponible en <<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13562>>

¹⁷² BLASCO, Francisco (2001). *Derecho judicial y derecho jurisprudencial (nobles sueños, pesadillas y vigiliias del juez)*. En Revista Jueces para la Democracia N° 41. p. 70. Disponible en <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174856>>

¹⁷³ Frase citada por APARISI para explicar el realismo jurídico anglosajón. También señala la autora que la misma idea puede expresarse con la frase “todo el derecho es creado por los jueces”. APARISI, Angela (1992). op. cit. p. 256.

¹⁷⁴ ROSS, Alf (1994). *Sobre el Derecho y la justicia*. Trad. de G. G. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 5ª ed., Buenos Aires, 1994, p. 71.

idea diciendo que el aporte creativo de la jurisprudencia es diferente al que realiza el legislador¹⁷⁵. Continúa su razonamiento aseverando que el rol del legislador en la tradición continental es el establecimiento de “normas jurídicas”, a las que caracteriza como “cuadros jurídicos”, a los que más adelante identifica con los principios del Derecho. Por su parte, el rol de la jurisprudencia, de acuerdo al autor, se encuentra limitado por los cuadros jurídicos establecidos por el legislador, debiendo el juez solo razonar dentro de los límites de dichos cuadros. Es por eso que la jurisprudencia no podría poner en peligro la aplicación de los principios jurídicos asentados por el legislador. En definitiva, DAVID es de la opinión que en la tradición continental la jurisprudencia si es creadora de Derecho, ya que *“la formula según la cual la jurisprudencia no es una fuente de Derecho nos parece inexacta, pero es correcto si la corregimos diciendo que la jurisprudencia no es fuente de normas jurídicas. Non exemplis, sed legibus, judicandum est”*¹⁷⁶. Es importante considerar que, de acuerdo a DAVID, a pesar de que en la tradición continental no hay aplicación del sistema de precedentes, el juez crea Derecho, pero sin transformarse en legislador. En otras palabras, el juez no crea normas jurídicas generales y abstractas, ni principios, sino normas jurídicas particulares y especiales, que son parte del ordenamiento jurídico. En este mismo sentido, PECES-BARBA es de la idea que la creación judicial del Derecho debe ser integrada armónicamente con el resto del ordenamiento jurídico, en concordancia con la ley¹⁷⁷.

¹⁷⁵ DAVID, René (1967) *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Editorial Aguilar, Madrid. p.101. En este mismo sentido, un autor ha afirmado, respecto a la superación que la doctrina ha alcanzado en relación a los postulados de la Escuela de la Exégesis, que *“tal configuración ha quedado desfasada, al hilo de la superación de la teoría mecanicista de la aplicación del Derecho y del postulado cognoscitivista de la interpretación de las normas, lo que ha llevado al destierro de la idea de que al tarea llevada a cabo por los operadores jurídicos se mantiene dentro de las neutrales coordenadas de la lógica. Y es que en todo caso, la exigencia de la garantía de la actuación no arbitraria de los órganos jurisdiccionales sigue siendo, como no podía ser de otro modo, plenamente vigente en la actualidad. No es difícil en este orden de cosas sostener, como es hoy lugar común de la Teoría de la Argumentación jurídica, que todos los jueces crean Derecho, al resolver una pretensión sometida a sus conocimiento, con arreglo a las normas de organización de un Ordenamiento jurídico; esto es, se admite que una sentencia es una norma particular y concreta que se suma al Ordenamiento jurídico –antes de la sentencia no existe en el Ordenamiento ese mandato-, que no solo está formado por normas generales y abstractas, y que además puede revestir efectos erga omnes. Tal planteamiento, por otra parte, no viene sino a enunciar la cuestión, pero no la resuelve en modo alguno, y ello por cuanto es perfectamente posible admitir en el plano estrictamente fáctico que los jueces crean Derecho y, correlativamente, sostener al tiempo que desde una perspectiva ideológico-política, no deben crear Derecho, y ello con argumentos que hacen referencia, en el aspecto político-democrático, a la cuestión de su legitimidad en el marco del sistema, y en el aspecto jurídico, a la cuestión esencial de la debida salvaguarda de los criterios de certeza y del valor seguridad”*. VILATA, Salvador (2003). *Sobre el valor normativo de las decisiones judiciales*. En Pasajes, N° 11 (Primavera 2003), Publicacions Universitat de Valencia. pp. 127-128.

¹⁷⁶ *Ibid.* p. 102-103.

¹⁷⁷ PECES-BARBA, Gregorio (1983). *La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico*, en Poder Judicial N° 6. p 17,

Habiendo despejado la objeción que señala que en la tradición continental la jurisprudencia no puede ser fuente de Derecho, ahora corresponde determinar en qué sentido sí lo es. Para ITURRALDE, la doctrina ha entendido que en la tradición continental la jurisprudencia crea Derecho en cinco sentidos¹⁷⁸.

El primero de estos sentidos –al que la autora llama “creación formal”– se refiere a entender la sentencia judicial como una norma particular, ocupando la terminología kelseniana. En otras palabras, la sentencia es fuente de derecho por crear un mandato que forma parte del ordenamiento jurídico¹⁷⁹. El segundo sentido, denominado por ITURRALDE como “creación material para un caso concreto por especificación de normas jurídicas preexistentes”, considera que hay creación judicial de Derecho cuando el juez especifica en la sentencia los posibles significados de la norma aplicada en su decisión, dentro de un universo de al menos dos significados de la norma posibles de aplicar¹⁸⁰. La autora prosigue señalando que el elemento que tienen en común ambos sentidos de creación judicial del Derecho es que crean una norma de alcance individual. Sin embargo, continúa, no es en este sentido en el que realmente los jueces crean Derecho, ya que el contenido de la norma individual se identifica, en estos casos, con el contenido de una norma general preexistente, por lo que en definitiva estas formas de entender la creación judicial del Derecho lo que hacen es crear una norma individual que reproduce, de manera aplicativa, una norma general. En consecuencia, al no haber un ejercicio creativo, al no haber innovación en el contenido del ordenamiento jurídico,

¹⁷⁸ ITURRALDE, Victoria (1995). op. cit. p. 402-406. La autora a su vez sigue los lineamientos planteados por RUIZ, Alfonso (1985), *Sobre la creación judicial del derecho*. En Poder Judicial N° 16, pp. 52-53; CARRIÓ, Genaro (1976), *Notas sobre derecho y lenguaje*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2° Ed. pp. 108-109; y BULYGIN, Eugenio (1991) *Sentencia judicial y creación de derecho*, en C.E. Alchourron- E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. pp.360-362.

¹⁷⁹ En este sentido, KELSEN afirmó que *“los tribunales aplican las normas jurídicas generales al dictar normas individuales, determinadas en su contenido por las normas generales, que estatuyen una sanción concreta, sea la ejecución forzosa civil, sea una pena. (...) La función del tribunal no es mero descubrimiento y formulación del derecho, y en este sentido, declaratoria. El descubrir el derecho se da solamente en la determinación de la norma general aplicable al caso concreto. Y también esta determinación tiene un carácter, no puramente declaratorio, sino constitutivo”*. KELSEN, Hans (1960). *Teoría pura del derecho*. Editorial Porrúa S.A., México. 2° Ed. Traducción de Roberto J. Vernego. pp. 246-247.

¹⁸⁰ Al respecto, KELSEN sostuvo que *“la necesidad de una ‘interpretación’ resulta justamente de que la norma por aplicar, o el sistema de normas, deja abiertas varias posibilidades, lo que significa, por lo tanto, que no contiene ninguna decisión sobre cuál de las interpretaciones en competencia sea la de mayor valor, dejando esa determinación del rango de los intereses justamente al acto que se efectúe de producción de normas, por ejemplo, a la sentencia judicial”*. KELSEN, Hans (1960). op. cit. p. 353.

sino solo una adición formal de una norma individual que antes no existía, no hay en estos casos creación judicial del Derecho¹⁸¹.

El tercer sentido en el que se puede entender que los jueces crean Derecho en el sistema continental es denominado por la autora como “creación material de una norma particular para un caso concreto por inexistencia de normas jurídicas preexistentes”. Dicho de otra forma, las sentencias judiciales son fuente de Derecho en los casos de lagunas normativas. En relación a las lagunas y el ejercicio creativo de los jueces, nos remitiremos a lo señalado con anterioridad en este capítulo. Sin perjuicio de ello, esta forma de entender la jurisprudencia como fuente formal del Derecho se diferencia de las dos anteriores en que, si bien su alcance también es individual, en este caso no se trata de la aplicación de una norma preexistente en el ordenamiento jurídico, por lo que corresponde hablar de creación judicial de Derecho¹⁸².

El cuarto sentido es el de “creación material de normas generales”. Para la autora, esta manera de entender que la jurisprudencia crea derecho, ocurre bajo la hipótesis en que *“del conjunto del ordenamiento jurídico se pueda inferir que éste atribuye a las decisiones judiciales (o a algunas de ellas) la calidad de vinculantes erga omnes”*¹⁸³. Es interesante el reconocimiento limitado que se realiza a este sentido de función de fuente del Derecho de la jurisprudencia, en el sentido que solo algunas sentencias son consideradas como tal. De acuerdo a KELSEN, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia constituye fuente de Derecho. En sus palabras, *“un tribunal, en especial, un tribunal de última instancia, puede estar facultado no solo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales, válidas para el caso presente, sino también normas generales. Así pasa cuando la sentencia judicial crea un llamado precedente”*¹⁸⁴. Antes de continuar, es menester hacer algunas apreciaciones. La primera es que, para considerar que la jurisprudencia de algunos tribunales

¹⁸¹ ITURRALDE, Victoria (1995). op. cit. p. 402-403.

¹⁸² Al respecto, y tal como se explicó en páginas anteriores, cabe señalar que hacemos la distinción entre la inspiración que el juez pueda tener en un principio general del Derecho para la creación de la norma concreta a aplicar en los casos de lagunas, de la consideración misma del principio como fuente formal.

¹⁸³ ITURRALDE, Victoria (1995). op. cit. p. 404.

¹⁸⁴ KELSEN, Hans (1960). op. cit. p. 258.

en el sistema continental, hay que determinar qué tribunales, al dictar sentencia constituyen derecho, y qué tribunales no. De acuerdo a KELSEN, son los tribunales de “última instancia”. En el caso chileno, lo más adecuado es referirse a la Corte Suprema, que al conocer del recurso de casación, no constituye instancia, por solo conocer el derecho, y no los hechos. Se revisará, a continuación, el rol de la Corte Suprema en la consideración de la jurisprudencia como fuente formal del Derecho.

Las funciones de la Corte Suprema pueden resumirse en las de ejercer la superintendencia directiva, económica y correccional sobre los demás tribunales y en velar por la correcta aplicación que éstos deben realizar de las normas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico, en especial, de la Constitución Política de la República y de las Leyes¹⁸⁵. Respecto al ejercicio de las funciones de superintendencia directiva y velar por la correcta aplicación de las normas jurídicas, y en especial respecto a la relación de estas funciones y las fuentes del derecho, RODRÍGUEZ GREZ señaló que *“las sentencias de la Corte Suprema, si bien no constituyen precedentes obligatorios para los jueces, sí que conforman una pauta, una señal o advertencia de que la aplicación correcta de la ley es aquella que determina el tribunal superior. En consecuencia, la autoridad llamada a interpretar la norma (judicial o administrativa) debe, en cuanto sea posible, adecuar su interpretación a las pautas que al respecto le proporciona la jurisprudencia de la Corte Suprema. No se trata de que deba el intérprete ceñirse obsecuentemente a lo que aquel tribunal falla, pero sí que es conveniente que la interpretación sea uniforme sobre la base de lo que resuelve la Corte Suprema”*¹⁸⁶. En otras palabras, el autor señala que, si bien las sentencias de la Corte Suprema no constituyen precedente en el sentido del derecho anglosajón, si constituyen una pauta que los tribunales inferiores debiesen seguir en la interpretación que realizan de la ley. Corresponde ahora hacer referencia a un segundo tópico: el precedente y el rol que juega en el sistema romano-germano de Derecho.

¹⁸⁵ MATURANA, Cristián (2012). *Concepto, clasificación y bases orgánicas de los tribunales ordinarios, especiales y árbitros. Los auxiliares de la administración de justicia*. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. p. 153.

¹⁸⁶ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1990). *Teoría de la interpretación jurídica*. Edimpres, Santiago. p. 147.

BLASCO caracteriza la doctrina del precedente, cuya manifestación más evidente y aceptada se desenvuelve en el sistema anglosajón, como aquel en la que “*la decisión judicial del caso en litigio se debe resolver con base en las rationes decidendi de sentencias anteriores de casos iguales o similares expuestas por tribunales superiores, de manera que tales rationes previas conforman el ordenamiento jurídico, son normas jurídicas*”¹⁸⁷. La doctrina del precedente se ve reforzada por el principio del *stare decisis*¹⁸⁸, que BLASCO explica consiste en la vinculación que un tribunal tiene respecto a sus propias decisiones anteriores, quedando vinculado por ellas en lo futuro¹⁸⁹. El poco interés que los juristas del derecho continental históricamente han demostrado ha tenido como consecuencia una ignorancia relativa respecto al precedente y al *stare decisis*, que ha tenido como consecuencia arraigar en nuestra cultura jurídica una serie de prejuicios respecto a la doctrina en comento, que a su vez concluye en un rechazo del precedente como aporte al sistema de fuentes en nuestro Ordenamiento jurídico¹⁹⁰. A pesar de este rechazo, CAPPELLETTI sostiene que en el sistema del *civil law* el precedente también juega un rol en la argumentación judicial, y que la diferencia con el derecho anglosajón es una cuestión de grados¹⁹¹. La confusión que se produce en nuestra doctrina radica en hacer sinónimos a la doctrina del precedente con el principio del *stare decisis*, siendo la realidad muy diferente. Mientras el precedente guarda relación con el sistema de fuentes y los requisitos necesarios para considerar que la jurisprudencia es parte del sistema de fuentes, el *stare decisis* tiene relación con la protección del principio de igualdad ante la ley (o normas jurídicas en el sistema del derecho anglosajón). Sobre esta confusión, ACCATINO lúcidamente ha sostenido que la consideración del sistema de precedentes en nuestro sistema continental es rechazado por un sector importante de la doctrina, ya que la creación

¹⁸⁷ BLASCO, Francisco (2001). op. cit. p. 70-71.

¹⁸⁸ El nombre completo de este principio es *stare decisis et quia non movere*, que es traducido por LEGARRE y RIVERA como, “*estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto*”. LEGARRE, Santiago, y RIVERA, Julio César (2006). *Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 1, p. 109.

¹⁸⁹ BLASCO, Francisco (2001). op. cit. p. 70-71.

¹⁹⁰ A modo de ejemplo, se puede mencionar un conjunto de reglas que tiene como objetivo la separación del juez del sistema de precedentes, que relativiza y regula la relación del juez con la jurisprudencia. Entre estas reglas se encuentran las de *distiguishing of a case*, *refusal to follow*, respecto al cambio de condiciones, las reglas de *reversed* y *overruled*.

¹⁹¹ El autor afirma que “*de facto siempre se ha reconocido una auctoritas rerum similiter judicatarum –la autoridad de los precedentes– incluso en la tradición del civil law. La diferencia, de hecho, es esencialmente una de grado y tiene que ser vista en conexión con (...) la estructura más diluida de los tribunales, la inundación de decisiones irrelevantes tapando las pocas significativas, el personal judicial más anónimo y orientado a la rutina: todas estas características [de los sistemas del civil law] conducen a tornar esa auctoritas menos pronunciada, menos visible, y menos dramática que la autoridad de los precedentes en las áreas donde prevalece la tradición del common law*”. CAPPELLETTI, Mauro (1989). *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford, Clarendon Press. p. 51-51. Citado y traducido por LEGARRE, Santiago, y RIVERA, Julio César (2006). op. cit. p 111.

jurisprudencial del Derecho se trata de una práctica ajena a nuestro sistema jurídico continental, pero, que es aceptado como parte de la metodología argumentativa de los jueces incluir en su razonamiento las consideraciones abstractas que nuestra Corte Suprema ha desarrollado en sentencias anteriores, vale decir, que los modelos de decisión de nuestra Corte de Casación son vinculantes¹⁹². ¿No es acaso este razonamiento similar al del sistema de precedentes? En nuestra opinión, la respuesta es un rotundo “sí”.

El quinto sentido en el que ITURRALDE entiende que los jueces crean Derecho en el sistema continental es el de “expulsión de normas jurídicas del ordenamiento”, o también denominado “legislación negativa de los jueces”¹⁹³. En un Estado de Derecho, la norma primordial que debe ser respetada y defendida institucionalmente es la Constitución, y en este sentido, el llamado principio de la supremacía constitucional introdujo en los diversos sistemas jurídicos, tanto continentales como anglosajones, la facultad de algunos tribunales para inaplicar leyes en virtud del respeto a los preceptos constitucionales¹⁹⁴. Hoy en día, en nuestro ordenamiento, es el Tribunal Constitucional el órgano jurisdiccional competente para conocer de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y acción de inconstitucionalidad. En consecuencia, y en los términos de KELSEN antes citados, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional son tribunales facultados para la dictación de normas generales.

¹⁹² ACATTINO, Daniela (2002). *El precedente judicial en la cultura jurídica chilena*. En Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 20. Sobre la cultura jurídica chilena. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. pp. 559-582.

¹⁹³ La autora afirma que *“tan legislativa es la actividad que tiene por objeto la introducción de nuevas normas en el ordenamiento, como la dirigida a la derogación de otras. Pues bien, hay decisiones judiciales que tienen como efecto la expulsión de normas del ordenamiento, y en este sentido se puede decir que tienen alcance legislativo”*. ITURRALDE, Victoria (1995). op. cit. p. 404.

¹⁹⁴ Sobre la facultad y competencia de los tribunales para expulsar normas jurídicas del ordenamiento, se ha sostenido que *“la irrestricta defensa de la supremacía de la Constitución había logrado introducir la facultad de que cada juez inaplicara, para el caso concreto de que conocía, aquellas leyes contrarias a la Carta Fundamental, la instauración de jurisdicciones constitucionales especializadas autorizadas para anular las leyes inconstitucionales y expulsarlas del ordenamiento jurídico, representó un avance aun más notable y, por lo mismo, fue objeto de severas críticas. (...) Desde esta perspectiva, la justicia constitucional, en general, y el funcionamiento de las Magistraturas Constitucionales, en particular, no pueden sino ser entendidas como una expresión de los checks and balances o de los frenos y contrapesos que dan vida al Estado de Derecho y que permiten la preservación de la democracia”*. PEÑA, Marisol (2001). *Aportes del Tribunal Constitucional de Chile al Estado de Derecho y a la democracia*. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 47, año 2011. pp. 19-20.

Finalmente, existe un argumento adicional que se puede esgrimir en favor de la consideración de la jurisprudencia como fuente formal del Derecho. Se trata de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, consagrada en el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Se ha señalado que no resulta justo que ante dos situaciones similares se obtengan dos soluciones diferentes¹⁹⁵. Al respecto, para otorgar mayor seguridad jurídica a los pronunciamientos judiciales sobre asuntos similares, ALCALDE ha sostenido que una solución a este problema es aceptar que la jurisprudencia es una fuente formal del Derecho. En sus palabras, *“cabe agregar que existen también otros aspectos que determinan el que la función judicial se halle en condiciones de alcanzar en nuestro medio una esfera de creación jurídica y expansión normativa mucho mayor que la habitualmente entendida. Entre otros factores, me parece importante considerar el que las decisiones judiciales sobre una determinada materia, en la medida que sean reiteradas y uniformes, van confiriendo a la jurisprudencia así generada una eficacia y trascendencia que excede de aquella que le es más propia y específica en cuanto a “decir el Derecho” para un cierto caso en particular. Ello no solo en razón de la tendencia normal a fallar de una manera semejante las situaciones que presentan hechos o circunstancias similares, sino que en función de un verdadero imperativo jurídico. En efecto, si las exigencias que derivan del “principio de igualdad” suponen, en una de sus facetas inmediatas, tratar de igual manera a quienes enfrentan una misma situación, no se comprendería el que tal obligación no se predicara también respecto de los órganos a quienes se ha confiado la jurisdicción, independientemente de cuáles personas concretas fueren sus integrantes en cada momento. Lo anterior implica que no sería lícito a un tribunal modificar, sin una adecuada y fundamentada razón, aquellos criterios y opiniones que previamente hubiere aplicado, con los caracteres de uniformidad más arriba enunciados, en casos que versaron sobre la misma materia que sea objeto de actual juzgamiento. En mi opinión, el no entenderlo así podría llegar a importar (...) la admisión de una discriminación arbitraria cuya prohibición se contempla en la propia Constitución Política en términos extensivos a cualquier autoridad (art. 19 N° 2)”*¹⁹⁶.

¹⁹⁵ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1990). op. cit. p. 147.

¹⁹⁶ ALCALDE, Enrique (2001). op. cit. p. 465. En este mismo sentido, VILATA ha señalado que *“la decisión judicial tiene que estar justificada en una razón que ya ha sido utilizada para justificar casos semejantes y que va a seguir siendo utilizada en el futuro para la resolución de casos similares”*. VILATA, Salvador (2003). op. cit. p. 138.

En nuestro sistema procesal, el problema de la discriminación arbitraria que podrían significar resoluciones dispares de casos similares encuentra solución en el recurso de casación en el fondo en materia procesal civil y el recurso de nulidad en materia procesal penal, en particular al conocer de llamado “recurso de unificación de jurisprudencia”¹⁹⁷.

A modo de resumen, los principales argumentos para aceptar que la jurisprudencia si constituye una fuente formal del Derecho son:

- i. La jurisprudencia es la manifestación perfecta de una fuente formal del Derecho ampliamente aceptada, que es la costumbre.
- ii. En el ejercicio de la facultad-deber de jurisdicción, los jueces se enfrentan a hechos no regulados por el Derecho. El principio de inexcusabilidad de los jueces les obliga a dictar una sentencia, incluso en los casos de lagunas normativas, casos en los cuales el juez debe crear una norma jurídica para resolver el caso sometido a su competencia.
- iii. El movimiento filosófico del realismo jurídico considera que la jurisprudencia es la fuente formal del Derecho por excelencia.
- iv. A pesar de nacer en el derecho anglosajón, el sistema de precedentes es aplicable en la tradición romano-germana del Derecho. Manifestaciones de este sistema son la creación material de normas generales y la expulsión de normas del ordenamiento por parte de tribunales.
- v. En virtud de la garantía constitucional de no discriminación arbitraria, no es aceptable que dos casos similares sean resueltos de manera diferente, por lo que es deseable la aplicación de la técnica procesal de la unificación de jurisprudencia. Para lograr tal cometido, deben ser consideradas las sentencias anteriores de los tribunales superiores de justicia.

¹⁹⁷ ROMERO, Alejandro (2004). op. cit. pp. 52-56, 61-62.

4. Tesis ecléctica

Un sector de la doctrina también ha desarrollado una teoría ecléctica sobre la aceptación de la jurisprudencia como fuente de Derecho. Ésta postula que la jurisprudencia no es una fuente directa del Derecho, en atención al principio de separación de poderes de los órganos del Estado, y por lo tanto no cabe señalarla como una fuente autónoma. Sin embargo, la jurisprudencia cumpliría una función sistematizadora de las fuentes del derecho, por lo que, en la medida que un mismo criterio se aplique a casos similares, es posible considerarla una fuente del Derecho, pero solo en función a otras fuentes¹⁹⁸. Dado que este planteamiento es similar al expuesto con anterioridad al tratar el argumento que sostiene que la jurisprudencia la manifestación más perfecta de la costumbre como fuente de Derecho, nos remitiremos a lo dicho más arriba en este capítulo.

5. Opinión del autor

Considero que la jurisprudencia es, efectivamente, una fuente formal del Derecho. Adhiero a gran parte de los argumentos expuestos con anterioridad en este sentido (con excepción de aquellos vinculados al realismo jurídico, sin por ello restarle mérito a su aporte al asunto). Queda añadir que si bien, formalmente las decisiones judiciales, al aplicar una norma legal en su razonamiento, parecieran realizar un silogismo aparentemente legalista, este hecho no prejuzga en absoluto que la sentencia cree Derecho¹⁹⁹. Como bien lo manifestó BLASCO, *“decir que, en cualquier caso, (...) hay siempre una norma legal previa que el juez recrea es*

¹⁹⁸ SCHIELE, Carolina (2014). op. cit. p. 187.

¹⁹⁹ RUIZ señaló a este respecto que *“lo que la teoría de la subsunción describe no es el proceso lógico de la decisión judicial, sino su fase final solamente: la facilidad con la que aquí puede tomarse la parte por el todo creo que proviene de que esta última fase proporciona ya lo que podría denominarse el «contexto de justificación» de la decisión judicial. Pero como la teoría contemporánea de la ciencia viene asumiendo, existe también un «contexto de descubrimiento» en el que cabe la intuición, los prejuicios, la casualidad y la invención. Si mi análisis del proceso lógico de la decisión judicial se sostiene, lo que pone de manifiesto es que aquello que puede ocurrir en la elaboración de teorías científicas no puede dejar de ocurrir en la toma de decisiones judiciales. Más aún, para no echar en ríu revuelto el parangón entre el quehacer del científico y el quehacer del juez, conviene añadir que éste último no sólo implica valoraciones, sino que tiene como puntos de partida y de llegada prescripciones que también contienen valoraciones: dicho de otro modo, mientras el silogismo científico es descriptivo, el silogismo judicial sería una clase de silogismo práctico”*. RUIZ, Alfonso (1984). Op. cit. p. 16.

desconocer la función real del juez y quitar importancia a Miguel Ángel porque, aunque esculpió al David, no creó el mármol”²⁰⁰.

²⁰⁰ BLASCO, Francisco (2001). op. cit. p. 71.

CAPÍTULO V: LA INTERPRETACIÓN (JURISPRUDENCIA) ADMINISTRATIVA COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En este capítulo se desarrollará la segunda arista del debate sobre las fuentes del Derecho Administrativo, que consiste en determinar qué Órgano Jurisdiccional es considerado como tal para que sus actos decisorios sean aceptados como jurisprudencia. Dicho de otra forma, este punto de controversia gira en torno a la interrogante de que si solo los tribunales de justicia que pertenecen al Poder Judicial (tribunal en el sentido orgánico) deben ser considerados como tales para efectos de establecer sus sentencias como jurisprudencia, o si también los órganos que pertenecen a la Administración, que cuentan con competencias y facultades jurisdiccionales, deben ser considerados como tribunales, y por lo tanto, que sus actos decisorios también sean considerados como jurisprudencia, y como fuente del Derecho Administrativo.

El debate que gira en torno a la consideración de los Órganos de la Administración como tribunales será materia de los siguientes acápite, en los que este tópico será desarrollado en extenso. Para un análisis sistematizado del asunto, a continuación, se explicará la relación entre la llamada interpretación administrativa y el debate sobre la aceptación de los órganos administrativos como tribunales.

1. El concepto de interpretación administrativa

Es ampliamente conocida la definición de “interpretación de la ley” que ofrecen autores asentados de la doctrina nacional, que la entienden como “*fijar su verdadero sentido y alcance*”²⁰¹. También es conocida la clasificación doctrinal de la interpretación de la ley entre “doctrinal o privada” y “por vía de autoridad o pública”, siendo esta última aquella que

²⁰¹ Entre ellos destacan CLARO SOLAR, Luis (2013). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. Tomo Primero*. Editorial Jurídica de Chile. p. 115; y DUCCI, Carlos (1980). *Derecho Civil. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile. p. 70.

*“emana de la autoridad que tiene el poder para interpretar la ley”*²⁰². A su vez, la interpretación por vía de autoridad se clasifica en “judicial” y “auténtica”; la primera emana de los tribunales, y la segunda del legislador. Pero, ¿en qué consiste la interpretación administrativa? En virtud de los conceptos antes expuestos, y parafraseando al profesor GUZMAN BRITO, se puede definir interpretación administrativa como aquella fijación del verdadero sentido y alcance de una norma jurídica que proviene del jefe de un ente administrativo en cuanto tal, a quien le fue expresamente conferida por una ley la facultad de interpretar ciertas normas²⁰³.

Sin embargo, la definición antes propuesta es una meramente descriptiva, que no aporta al debate de las fuentes del Derecho Administrativo, ya que se trata de una explicación formal del acto interpretativo y del sujeto activo que lo lleva a cabo. En esta definición es imposible reconocer la magnitud del debate que plantea el fenómeno jurídico de la interpretación administrativa. Como bien lo señala CORDERO, éste es uno de los problemas clásicos del Derecho Administrativo, pues *“se vincula a la tradicional posición ejecutiva de la Administración y a la natural desconfianza con la cual el Derecho liberal miró ese rol, de modo que siempre buscó limitar la ‘creatividad’ de los operadores del sistema legal al momento de aplicar el Derecho, evitando de ese modo la creación de reglas que no estuviesen en la ‘voluntad soberana’”*²⁰⁴. En otras palabras, la interpretación administrativa toca el nervio de la concepción liberal clásica del Estado y también se encuentra en el epicentro del debate sobre las fuentes del Derecho Administrativo.

Para obtener una visión amplia del rol que cumple la interpretación administrativa, es inevitable relacionarla con la llamada “jurisprudencia administrativa”, pues ambos fenómenos jurídicos se han desarrollado en paralelo y de manera interrelacionada, confundándose entre sí. El profesor SILVA CIMMA define jurisprudencia administrativa como *“la función que*

²⁰² CLARO SOLAR, Luis (2013). op. cit. p. 115. La interpretación privada de la ley corresponde a aquella *“que emana de los particulares”*.

²⁰³ GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014). *La interpretación administrativa en el derecho chileno*. Editorial Thomson Reuters. Colección Ensayos Jurídicos. p.2.

²⁰⁴ CORDERO, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Editorial Thomson Reuters. p. 37.

tiene por objeto principal la interpretación de la regla jurídico-administrativa en su adaptación a los casos concretos (...) [hecha] por las autoridades a quienes corresponda conocer de un asunto administrativo”²⁰⁵. Por su parte, el profesor CALDERA se centra no en la función, sino en el acto interpretativo para conceptualizar la jurisprudencia administrativa, al señalar que ésta corresponde a *“la serie de dictámenes emanados del órgano administrativo especialmente habilitado para precisar el sentido y alcance de una ley y, en general, de las normas positivas*”²⁰⁶.

Una segunda institución que complementa el concepto de interpretación administrativa, junto al de jurisprudencia administrativa, es el de “discrecionalidad administrativa”, cuyo desarrollo se encuentra ligado a las instituciones ya referidas. CIRIANO VELA define la discrecionalidad administrativa como *“el margen de actuación o interpretación que el ordenamiento otorga a la Administración, que se encuentra en distinto grado en los diferentes elementos de la peculiar estructura de la norma en Derecho Administrativo, que responde a distintos tipos en función de los diferentes modos de actuación de la Administración, y cuya correcta atribución y ejercicio se someten a una fiscalización por parte de los Tribunales y de otros órganos no jurisdiccionales de control*”²⁰⁷. MAGIDE propone un punto de vista adicional al fenómeno de la discrecionalidad administrativa, vinculado a la articulación de los Poderes del Estado, al definirla como *“la remisión parcial, de acuerdo con los límites constitucionalmente establecidos al respecto, que el Poder legislativo hace a la Administración pública para que ésta contribuya al paulatino proceso de determinación del interés general a partir de la ponderación de los intereses particulares y colectivos en presencia*”²⁰⁸. Este autor relaciona su definición de discrecionalidad administrativa con la de interpretación al señalar que en el ejercicio de todas sus potestades, la Administración debe

²⁰⁵ SILVA CIMMA, Enrique (1996). op. cit. p. 383.

²⁰⁶ CALDERA, Hugo (1979). *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica. p. 86.

²⁰⁷ CIRIANO VELA, César (2000). *Administración económica y discrecionalidad, un análisis normativo y jurisprudencial*. Editorial Lex Nova, Valladolid. p. 85.

²⁰⁸ MAGIDE, Mariano (2000). *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. p. 252.

actuar “de acuerdo con la totalidad del ordenamiento jurídico”, ya que en éste “no solo encuentra (...) su límite, sino también su orientación”²⁰⁹.

Para determinar si la facultad de interpretar administrativamente, en especial respecto del ejercicio de la judicatura y discrecionalidad administrativa, permite la creación de derecho por parte de los Órganos de la Administración, es necesario establecer su actual estado de situación. A continuación, se analizarán los factores normativos, tanto legales como constitucionales, que han llevado a la configuración regulatoria actual de la interpretación y la jurisprudencia administrativas. Luego, se analizará el debate doctrinal sobre el rol que cumple la interpretación administrativa como fuente del Derecho Administrativo, y la función que la discrecionalidad administrativa desempeña en su estructura institucional.

2. El contexto normativo de la interpretación (jurisprudencia) administrativa

El denominado fenómeno jurídico de la interpretación administrativa, de acuerdo al profesor GUZMÁN BRITO, “constituye una voluminosa peculiaridad chilena”²¹⁰. Para entender los alcances teórico-conceptuales y prácticos de la interpretación administrativa, es necesario, pues, conocer la historia y el proceso normativo mediante el cual nuestro ordenamiento ha devenido en otorgar a una numerosa cantidad de órganos de la administración la facultad de interpretar administrativamente la ley. Esta historia tiene su punto de partida en la regulación de la justicia administrativa, y en especial, del procedimiento contencioso-administrativo.

La historia de la denominada “justicia administrativa”, entendiéndola como tal al conjunto de instituciones cuyo objetivo es la defensa tanto de los derechos subjetivos como de los intereses

²⁰⁹ Ibid., p. 253.

²¹⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014). op. cit. p. 2. El profesor Alejandro Guzmán Brito explica que, sin embargo, puede considerarse que en el ordenamiento jurídico español es posible encontrar un fenómeno similar.

legítimos de los administrados frente a la actividad de la Administración²¹¹, se caracteriza en nuestro ordenamiento por la ausencia de tribunales contencioso-administrativos, alejándose nuestra regulación del modelo francés, el que se caracteriza por la existencia de diversos órganos jurisdiccionales con competencia para conocer asuntos administrativos, entre los que se encuentran los tribunales administrativos, las cortes administrativas de apelación, y en especial por su relevancia, el Consejo de Estado²¹².

El profesor PANTOJA atribuye la ausencia de tribunales contencioso-administrativos en nuestro ordenamiento jurídico al polarizado debate doctrinal, presente en cada etapa constitucional de nuestra vida republicana, y que históricamente ha significado un desencuentro tanto académico como legislativo en la materia. Al respecto, el reconocido académico sostiene que este desencuentro doctrinal se ha alimentado –y actualmente sigue vigente el debate- de la contraposición entre dos posturas. Por un lado, algunos sostienen la necesidad de articular orgánicamente tribunales contencioso-administrativos, con competencia general para resolver los conflictos entre la Administración y los particulares; por otro lado, y con una opinión en contrario, otros apoyan la idea de que resultaría insustancial para nuestra arquitectura republicana la existencia de mencionados tribunales, toda vez que existen actualmente tribunales con competencia en lo contencioso administrativo, a pesar de no llevar este nombre y no ser de competencia general²¹³. Si bien escapa al objetivo de la presente

²¹¹ VÁZQUEZ, José Luis (1991). *Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. pp. 25-26. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=467>>. El término “justicia administrativa” es utilizado indistintamente por la doctrina para referirse a una amplia diversidad de instituciones iusadministrativas, entre las que se encuentran el control de la administración, la jurisdicción administrativa, lo contencioso administrativo –tanto en su aspecto sustantivo como procesal-, y al concepto mismo de justicia. Como bien señala FIX-ZAMUDIO, lo que corresponde es precisar las conceptualizaciones y el uso de términos, diferenciando la “justicia administrativa” que es el género, de “jurisdicción administrativa”, que es una especie iusadministrativa referida a la solución de controversias entre la Administración y los administrados por los jueces o tribunales administrativos ordinarios; “proceso administrativo” o “contencioso administrativo”, que se refiere a la regulación procesal de solución de controversias entre la Administración y los administrados. Véase FIX-ZAMUDIO, Héctor (2005). *Concepto y contenido de la justicia administrativa*. En Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Procesal. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. pp. 171-234. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2391/10.pdf>>

²¹² Para un análisis detallado de la estructura de la jurisdicción administrativa francesa, véase VÁSQUEZ, José Luis (1991). op. cit. pp. 39-57.

²¹³ PANTOJA, Rolando (2007). *La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile*. En Justicia Administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. pp. 381-423. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2391/16.pdf>> Si bien el “agudo desencuentro doctrinal” al que se refiere PANTOJA también versa sobre otros asuntos (competencia de la jurisdicción administrativa, su naturaleza jurídica, control por parte

investigación realizar un análisis acabado de la historia del contencioso administrativo en Chile, remitiéndonos al efecto a la numerosa bibliografía que desarrolla este tema²¹⁴, hay tres hitos constitucionales y legislativos que ayudan a comprender el actual estado normativo, más o menos espontáneo, o al menos inorgánico, de la interpretación administrativa: la ausencia institucional de tribunales contencioso administrativos, la facultad de interpretar normas de la Contraloría General de la República y la reforma constitucional de 1989²¹⁵.

2.1 Presencia constitucional y ausencia legislativa de tribunales contencioso administrativos

El primer hito que se debe considerar en este análisis es la inclusión programática de tribunales contencioso administrativos en las Constituciones de los años 1925 y 1980, los cuales nunca fueron implementados debido a la ausencia de leyes que los regularan. El conocido artículo 87 de la Constitución de 1925, señalaba: *“Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley”*. Por su parte, el original inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política de la República de 1980 rezaba: *“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 contencioso administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar*

de la justicia ordinaria respecto de las decisiones de la administración, etc.), el debate de mayor relevancia versa sobre la eventual competencia que ostentan los tribunales ordinarios de justicia para conocer de procesos contencioso administrativos.

²¹⁴ Al respecto, BORDALÍ, Andrés (2006). *La Administración Pública ante los tribunales de justicia chilenos*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 33, N° 1 (Enero – Abril 2006). pp. 17-36; PANTOJA, Rolando (2007), op. cit.; RODRÍGUEZ, Natalia (2007). *El Sistema de Justicia Administrativa en el Derecho Chileno*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Universidad Austral de Chile; VERGARA, Alejandro (2012). *El nuevo paradigma de jurisdicción administrativa pluriforme e hiperespecializada: crónica de una espera, como la de Godot*. Anuario de Derecho Público. Universidad Diego Portales. pp. 269-292; y SOTO KLOSS, Eduardo (2012). *Litigación judicial frente a la Administración del Estado: un recuento histórico*. En Derecho Público Iberoamericano. Revista del Centro de Justicia Constitucional. Año 1, N° 1. Universidad del Desarrollo. pp. 13-23.

²¹⁵ El análisis que se realizará de los hitos de la regulación de la interpretación administrativa no se hará en orden estrictamente cronológico. Más bien, se describirán los escenarios normativos que han servido como telón de fondo para el desarrollo del actual estado regulatorio de la interpretación administrativa.

al funcionario que hubiere causado el daño”²¹⁶. Ambas regulaciones de orgánica constitucional, como es ampliamente conocido, no sirvieron de germen práctico para que los tribunales contencioso administrativos vieran la luz en su implementación, quedando el alcance de los textos precitados acotado a ser meras declaraciones programáticas, las que fueron, sin embargo, ampliamente estudiadas por la doctrina nacional²¹⁷.

Bajo el alero del Código Político de 1925, los tribunales ordinarios de justicia se declararon sistemáticamente incompetentes para conocer de asuntos contencioso administrativos, ya que la Constitución otorgaba dicha competencia a tribunales especiales que debían ser creados al efecto²¹⁸ (sin perjuicio de los casos de competencia específica y acotada que la ley otorgaba a los tribunales ordinarios de justicia para conocer de asuntos contencioso administrativos puntuales²¹⁹). La consecuencia inmediata y directa de esta postura jurisprudencial fue que, en virtud del vacío legal por la ausencia de regulación de los tribunales contencioso

²¹⁶ Este artículo debe entenderse complementado por la redacción original del inciso primero del artículo 79 de la Constitución Política de la República del año 1980, que consagraba la supervigilancia de la Corte Suprema respecto de los tribunales contencioso administrativos: “La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación. (...) Los tribunales contencioso administrativos quedarán sujetos a esta superintendencia conforme a la ley”.

²¹⁷ A modo de ejemplo, respecto al artículo 87 de la Constitución de 1925, véase PANTOJA, Rolando (1964). *Alcance de la expresión "Tribunales Administrativos" empleada por el artículo 87 de la carta política*. En Revista de Derecho Público N° 2. Universidad de Chile. pp. 49-55; y SOTO KLOSS, Eduardo (1974). *La competencia contencioso-administrativa de los tribunales ordinarios de justicia*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 1, N° 3/4 (junio-agosto 1974), pp. 349-359. Respecto del original inciso segundo del artículo 38 de la Constitución de 1980, véase OELCKERS, Osvaldo (1987). *Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado (Análisis conforme al Art. 38 inc. 2º de la Constitución Política del Estado y a consideraciones del fallo de la Excma. Corte Suprema "Comunidad Galletúe con Fisco, de fecha 7 de agosto de 1984. Recurso de casación en el fondo*. En Revista de Derecho, Tomo XI, 1987. Universidad Católica de Valparaíso, pp. 67-77; FIAMMA, Gustavo (1989), *La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio*. En Revista Chilena de Derecho, volumen 16, nº 2, julio-agosto 1989, pp. 429-440; y PANTOJA, Rolando (2010). *El artículo 38, inciso 2º, de la Constitución Política de la República*. En Doctrinas Esenciales. Derecho Constitucional. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. pp. 695-714.

²¹⁸ PIERRY, Pedro (2002). *Las transformaciones del Derecho Administrativo en el siglo XX*. En Revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso XXIII. p. 379.

²¹⁹ Como es el caso de las acciones de responsabilidad patrimonial en contra del Fisco, los reclamos de ilegalidad municipal, o recursos de inaplicabilidad mediante los cuales se conocía de pretensiones anulatorias en contra de actos ilegales de la Administración. Véase FERRADA, Juan Carlos (2005). *El Recurso de Protección como mecanismo de control contencioso administrativo*. En La Justicia Administrativa. Lexis Nexis. pp. 136-137. Respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado en el periodo de la Constitución de 1925, véase también BARROS, Enrique (2010). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. pp. 488-489. Sobre este tipo particular de contencioso administrativo reparatorio, es en la década de 1960 que se asienta la teoría de que los tribunales competentes para conocer de tal materia son los ordinarios de justicia, postura que se ha visto robustecida, y en la actualidad goza de aceptación transversal en la doctrina y práctica forense.

administrativos, los tribunales ordinarios de justicia dejaban en completa indefensión a los administrados que estimaran vulnerados sus derechos por parte de la Administración²²⁰.

Por otro lado, con la Carta Fundamental de 1980, las renovadas esperanzas de implementación de tribunales contencioso administrativos perdieron paulatinamente intensidad, reemplazando este anhelo con el sentido práctico de buscar un sustituto en nuestro ordenamiento que haga las veces de recurso contencioso administrativo. En este contexto, la acción de protección es protagonista de la defensa de administrados que estimaban lesionadas sus pretensiones por parte de la Administración. El profesor SOTO KLOSS señala al respecto que una de las virtudes de la acción de protección es, justamente, permitir un control –ausente hasta la década de 1980- por parte de los tribunales superiores de justicia de la actuación de la Administración, en la práctica implementándose como un verdadero contencioso administrativo de anulación²²¹.

Sin perjuicio de la intención, tanto doctrinal como de la práctica forense, de implementar a través de la acción de protección un sustituto a las acciones contencioso administrativas, no es posible considerarlo como tal²²². Uno de los argumentos para desechar que la acción de protección es un sustituto al contencioso administrativo, al menos *per se*, es que su origen y función institucional dentro de la normativa constitucional es más amplia²²³, ya que su objetivo es reestablecer el imperio del derecho ante privaciones, perturbaciones o amenazas a

²²⁰ Véase VERGARA, Alejandro (2012). op. cit. p. 275; y FERRADA, Juan Carlos (2011). *Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno*. En Litigación Pública. Universidad de Los Andes-Editorial Legal Publishing. pp. 123-131. Este último académico reconoce que con posterioridad al Golpe de Estado de 1973 hubo una corriente jurisprudencial que reconoció la competencia de los tribunales ordinarios de justicia para conocer del recurso anulador denominado por la doctrina “acción de nulidad de derecho público”, justificado en el artículo 4° de la Constitución de 1925 (similar al actual artículo 7° de la actual Constitución Política de la República), que tenía por finalidad impugnar actos administrativos –sobre todo expropiatorios- dictados durante el gobierno de la Unidad Popular. Sin embargo, este criterio no fue uniforme y parejo, declarándose incompetentes los tribunales ordinarios de justicia en numerosas ocasiones para conocer de este tipo de contencioso administrativo con posterioridad al año 1973.

²²¹ SOTO KLOSS, Eduardo (1984). *El recurso de protección: aspectos fundamentales*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 11, No. 2/3 (mayo - diciembre 1984), pp. 370-371.

²²² En este mismo sentido, VERGARA denomina a la acción de protección como un “sustituto incompleto”, aun en nuestros días, de la acción contencioso administrativa. VERGARA, Alejandro (2011). *Esquema del contencioso administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del recurso de protección*. En Litigación Pública. Universidad de Los Andes-Editorial Legal Publishing. pp. 46, 51-63.

²²³ VERGARA, Alejandro (2012). p. 276.

las garantías constitucionales que forman parte del catálogo sujeto a protección, y no solo servir de vehículo procesal para ejercer control sobre los actos de la Administración. En este sentido, la naturaleza cautelar de la acción de protección es contradictoria con algunas características del contencioso administrativo, como lo son la bilateralidad y la necesidad de ser un proceso contradictorio, en el que es reconocida la igualdad jurídica del administrado y de la Administración como partes de un litigio²²⁴. De manera adicional, respecto de las decisiones de las Cortes que recaen sobre actos administrativos, al conocer sobre la acción de protección, éstas adquieren un carácter, en la práctica, de irrevocable, por lo que el supuesto contencioso administrativo de nulidad modificaría la naturaleza cautelar y provisoria de la acción constitucional, sin permitir conocer del fondo del asunto en un procedimiento posterior de lato conocimiento²²⁵. Otro argumento que ayuda a entender por qué la acción de protección no es un sustituto perfecto de los contenciosos administrativos es su falta de eficacia amparando a los administrados en contra de los eventuales abusos cometidos por la Administración, ya que el sistema de recursos de protección se encuentra saturado, haciendo lento un sistema que al menos teóricamente se diseñó para obtener una resolución judicial en un tiempo sumario, y además la proporción de recursos acogidos considerablemente inferior a la de recursos presentados²²⁶. Es por estos motivos que la acción de protección no parece ser el medio más idóneo para solucionar los conflictos de naturaleza administrativa, quedando reservado solo para aquellos casos excepcionales de manifiesta arbitrariedad o ilegalidad²²⁷.

A pesar de quedar en meras declaraciones programáticas, los artículos 87 y 38 inciso 2° de las Constituciones de 1925 y 1980, respectivamente, sirvieron de marco para la forma en la que tanto los tribunales como la doctrina concebiría la defensa de los administrados frente a la Administración, y por tanto, cimentaron las bases de la configuración constitucional del contencioso administrativo en Chile. En este sentido, cabe señalar que existen dos grandes

²²⁴ FERRADA, Juan Carlos, BORDALÍ, Andrés, y CAZOR, Kamel (2003). *El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo*. En Revista de Derecho, Vol. XIV – Julio 2003. Universidad Austral. pp. 74-76.

²²⁵ *Ibid*, pp. 79-81.

²²⁶ Al menos hasta el año 2003, se trata de una cifra inferior al 10%. Véase CARMONA, Carlos (2005). *El contencioso administrativo entre 1990-2003*. En La Justicia Administrativa. Editorial LexisNexis. pp. 183-199. De todas formas, en este análisis se obvia el fenómeno del recurso de protección como mecanismo de regulación de precios de alzas de planes de Isapres.

²²⁷ PIERRY, Pedro (2002). *op. cit.* pp. 382-383.

modelos de justicia administrativa. Por una parte, se encuentra el sistema objetivo o francés, cuyo acento está puesto en el resguardo de la legalidad de los procedimientos administrativos. Por otro lado, se encuentra el sistema subjetivo o alemán, cuyo énfasis se centra en la protección de los sujetos-administrados, y protegerles de las lesiones que puedan sufrir productos de las actuaciones de la Administración²²⁸. La doctrina mayoritaria considera que las normas que se han comentado con anterioridad en este acápite configuran un sistema subjetivo de justicia administrativa en nuestro país²²⁹. En este sentido, FERRADA ha sostenido que *“nuestro constituyente, quizás sin quererlo, hizo una opción similar a la establecida en el derecho alemán, configurando un modelo subjetivo que condiciona la legitimación activa para incoar un proceso administrativo. Así para el constituyente, aparentemente, la revisión judicial de los actos administrativos no se configura como un proceso al acto, sino como una tutela de derechos o posiciones jurídicas subjetivas, las que deben ser esgrimidas por el demandante como requisito para la procedencia de la demanda o recurso judicial específico”*²³⁰. Como se verá más adelante, no solo en las normas constitucionales, sino en el actuar mismo de la Administración, se ha entendido que nuestro sistema de justicia administrativa es uno subjetivo.

2.2 La facultad de interpretación administrativa de la Contraloría General de la República

Otro de los factores que influye en el actual estado de la interpretación administrativa ha sido el actuar de la Contraloría General de la República (CGR), en especial en el cumplimiento de su rol institucional como controlador –en el contexto de un sistema democrático de *checks & balances*- de la juridicidad y gestión financiera de los Órganos de la

²²⁸ Para un análisis detallado de ambos sistemas de justicia administrativa, que por cierto excede el objetivo de este trabajo, véase FERRADA, Juan Carlos (2012). *El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses*. En Revista de Derecho, Vol. XXV – N°1 Julio 2012. Universidad Austral de Chile. pp. 103-126.

²²⁹ Véase, BORDALÍ, Andrés (2013). *Principios de una nueva justicia administrativa en Chile*. En La Justicia Administrativa. Lexis Nexis. pp. 372 y ss.; CORDERO, Eduardo (2005). *La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo*. En La Justicia Administrativa. Lexis Nexis, pp. 394 y ss.; PANTOJA, Rolando (2010). *El artículo 38, inciso 2º, de la Constitución Política de la República*. En Doctrinas Esenciales. Derecho Constitucional. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. pp. 695-714; y OELCKERS, Osvaldo (1992). *Algunos principios claves en la protección constitucional de los administrados*. En Revista de Derecho, Vol. XIV, 1991-1992. Universidad Católica de Valparaíso, p. 410

²³⁰ FERRADA, Juan Carlos (2012). op. cit. p. 116.

Administración, en particular a través del trámite de la toma de razón²³¹. En virtud del artículo 6 inciso 1° de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República (LOACGR), el Contralor está investido de la facultad de *“informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”*. Esta facultad se complementa con la del inciso 1° del artículo 9 del mismo cuerpo legal, que faculta al Contralor *“para dirigirse directamente a cualquier Jefe de Oficina o a cualquier funcionario o persona que tenga relaciones oficiales con la Contraloría o que le haya formulado alguna petición, a fin de solicitar datos e informaciones o de dar instrucciones relativas al Servicio”*. Es en virtud de estas atribuciones que la Administración no solo está sujeta a la jurisprudencia de la justicia ordinaria, sino a la interpretación que la CGR haga del derecho en sus dictámenes²³².

El alcance, entonces, de la interpretación administrativa de la CGR es amplio respecto de la Administración²³³, por lo que institucionalmente es un contrapeso fuerte de control de legalidad a las decisiones sus distintos órganos. Con la consagración que adquirió la CGR en

²³¹ ISRAEL, Ricardo, y OÑATE, Emilio (2012). *La función contralora, políticas públicas y calidad de la democracia*. En 85 Años de Vida Institucional. Contraloría General de la República. pp. 40-45. Al respecto, los autores sostienen que *“la función de control que desarrolla la Contraloría General de la República resulta prioritaria y fundamental, por cuanto ayuda a asegurarle a la sociedad de la cual depende la legitimidad democrática de todo Estado, que la Administración actuará en concordancia con el orden jurídico y que tienen existencia legal los recursos presupuestarios necesarios para llevar a cabo una política pública”*. Más adelante añaden que *“respecto de la verificación de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, existe como instrumento principal el denominado trámite de toma de razón, en virtud del cual el contralor examina los antecedentes y fundamentos de derecho del proyecto de acto administrativo, y si estima que están acordes y son armónicos con la Constitución y las leyes, tomará razón de ese acto y le imprimirá fuerza obligatoria invistiéndolo de una presunción de legalidad”*.

²³² SOTO KLOSS, Eduardo (1977). *La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República*. En La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927 – 1977), Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p. 188.

²³³ En particular por la aplicación de los artículos 6 inciso 4° y 19, ambos de la LOACGR, que respectivamente disponen: *“sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere al artículo 1°”*, y *“Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición”*. Al respecto, véase CORDERO, Luis (2010). *La jurisprudencia administrativa en perspectiva. Entre legislador positivo y juez activista. Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después*. Anuario de Derecho Público, N°. 1, 2010. Universidad Diego Portales. p. 170.

1943, mediante la dictación de la Ley N° 7.727, de órgano constitucional, ratificada en la Constitución Política de la República de 1980, el control ejercido sobre la Administración mostró un considerable aumento, tanto cuantitativo como cualitativo²³⁴. Cuantitativo, en el sentido de amplitud no solo de dictámenes sino de competencia de materias sobre las que emite juicios²³⁵. Cualitativo, en el sentido de realizar no solo un control objetivo de los actos administrativos, sino uno subjetivo. Al respecto, CORDERO sostiene que *“la progresiva subjetividad de la condición jurídica del derecho público en la segunda mitad del siglo XX, que evidentemente se trasladó a nuestra literatura, hizo que la Contraloría, ocupando el estándar de constitucionalidad y legalidad, comenzara a subjetivizar el control jurídico y, en consecuencia, la interpretación de la ley administrativa, legitimando su intervención no solo con un estándar de control objetivo y abstracto, sino que también en la protección de situaciones jurídicas subjetivas concretas”*²³⁶. Adicionalmente, el ámbito de aplicación de los dictámenes de la Contraloría es amplio. De acuerdo al mismo autor, *“la jurisprudencia administrativa ha señalado que los dictámenes de la Contraloría General no solo tienen el carácter de obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen de que se trate, por lo que, como se evidencia, son de aplicación general”*²³⁷.

Frente a un órgano tan poderoso —y se debe agregar autónomo de los poderes del Estado²³⁸— como la CGR, diversos actores políticos y ciudadanos buscaron limitar su campo de acción, en especial en la década de 1980²³⁹. Por una parte, mediante la interposición de recursos de protección, se buscó modificar la jurisprudencia administrativa de la CGR, siendo los órganos competentes para determinar el criterio de la jurisprudencia administrativa los tribunales

²³⁴ OBANDO, Iván, y ALLESCH, Johann (2012). *La Contraloría General de la República en perspectiva histórica y comparada*. En 85 Años de Vida Institucional. Contraloría General de la República. pp. 73-79.

²³⁵ CORDERO, Luis (2007). *La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: Fundamento de cuatro falacias*. En Revista de Derecho Público, Vol. 69, Tomo II. pp. 139-166.

²³⁶ CORDERO, Luis (2010). op. cit. p. 186.

²³⁷ *Ibid.* p. 171.

²³⁸ CORDERO, Eduardo (2012). *La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía*. En 85 Años de Vida Institucional. Contraloría General de la República. pp. 15-33.

²³⁹ PIERRY sostiene que, paradójicamente, al alcanzar rango constitucional, la Contraloría se vio más limitada en su actuar. PIERRY, Pedro (2002). op. cit. p. 389

ordinarios de justicia²⁴⁰. Por otra parte, la influencia política que se podría ejercer institucionalmente en los actos de la administración se veían limitados tanto por la amplitud de competencia de control que ejerce el Contralor, como por la independencia institucional de éste. Es la tesis del profesor GUZMÁN BRITO que, con la finalidad de influir políticamente en diversas materias, se extrajeron materias de competencia de control del Contralor a otros jefes de servicio, ya que cada vez que por ley se otorga a un jefe de servicio la facultad de interpretar un grupo de normas sectoriales, se sustrae este poder al Contralor. En sus palabras, *“el otorgamiento de facultades de interpretación administrativa a jefes de servicio era interesante para el gobierno por razones ostensibles. Entregadas aquéllas al contralor general de la República, su independencia y autonomía, constitucionalmente garantizadas, impedían al Ejecutivo tener participación en la gestación de la interpretación administrativa de las leyes; pero si ésta quedaba radicada en un jefe de servicio, en todo dependiente del Ejecutivo, éste podría ejercer alguna influencia en los respectivos procesos hermenéuticos. Tal parece haber sido, pues, el motor político del fenómeno de la proliferación de las potestad (sic) de interpretar administrativamente las leyes en Chile”*²⁴¹. Con la finalidad de no solo extraer competencia interpretativa desde la CGR hacia otros servicios de la Administración, sino de igualar su calidad interpretativa, el modelo normativo que se utilizó por el legislador para facultar a los jefes de servicios para interpretar normas sectoriales, fue el mismo que se encuentra consagrado en la LOACGR. Y por existir la misma disposición que regula la facultad de interpretar normas, se debe aplicar la misma lógica normativa, por lo que los jefes de servicio comenzaron a ejercer este poder de la misma forma en que el Contralor venía haciéndolo desde mediados del siglo XX, esto es, ejerciendo un modelo de control subjetivo sobre los actos administrativos al interpretar sus respectivas normas sectoriales.

2.3 Reforma constitucional de 1989 y el actual estado de la justicia administrativa en Chile

A la ausencia de tribunales contencioso administrativos, el rol jurisdiccional de la Contraloría General de la República y el proceso paralelo de subjetivación de la justicia

²⁴⁰ *Íbid.*

²⁴¹ GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014). op. cit. p. 21.

administrativa, se les debe agregar un factor adicional para completar el cuadro normativo que configura el actual paradigma de la jurisdicción administrativa en Chile. El elemento adicional determinante en la arquitectura institucional del contencioso administrativo es la serie de reformas legales y constitucionales que asentaron nuestro actual modelo jurídico-económico.

Mediante el plebiscito del día 30 de Julio de 1989, fue aprobado el proyecto de ley de reforma constitucional que se materializaría en la Ley N° 18. 825 que Modifica la Constitución Política de la República de Chile. En lo que atañe a este trabajo, en esta reforma constitucional se modificaron, entre otros, los artículos 38 inciso 2° y 79 de la Constitución Política de la República, en el sentido de eliminar de ambas normas las respectivas referencias a los tribunales contencioso administrativos. En el caso del inciso segundo del artículo 38, se suprime el término “contencioso administrativos”, quedando el texto de la norma “*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 le ley...*”. Por su parte, se suprime del artículo 79 la frase “*los tribunales contencioso administrativos quedarán sujetos a esta superintendencia conforme a la ley*”. ANDRADE GEYWITZ explicó que el sentido de estas reformas no era excluir de nuestro ordenamiento jurídico la existencia de tribunales contencioso administrativos, sino ratificar constitucionalmente que, mientras una ley no los creara, serían los tribunales ordinarios de justicia los competentes para conocer de las contiendas de justicia administrativa²⁴², y que una vez creados²⁴³, no necesariamente debiesen quedar sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, pudiendo señalar dicha ley su independencia o dependencia del Poder Judicial, u otra forma de integración a la Administración del Estado²⁴⁴. El profesor AYLWIN, al referirse sobre los efectos de la reforma constitucional en los artículos antes referidos, señaló que el efecto de la supresión de las referencias a los tribunales contencioso administrativos en la Constitución de 1980 fue la consagración de la tesis que afirma que se otorga competencia a los tribunales ordinarios de justicia para conocer de todo

²⁴² ANDRADE, Carlos (1991). *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*. Editorial Jurídica. p. 216.

²⁴³ Sobre un proyecto de ley que crea tribunales contencioso administrativos de data posterior a la reforma constitucional de 1989, véase OVIEDO, Tarcisio (1993). *Actual y nueva justicia administrativa*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 20, No. 2/3, XXIV Jornadas Chilenas de Derecho Público (Mayo-Diciembre 1993), pp. 769-773.

²⁴⁴ *Ibid.* p 231.

tipo de asunto contencioso administrativo, salvo que existan normas legales que establezcan tribunales contencioso administrativos especiales, competentes para conocer los conflictos administrativos para los que la ley le otorgue competencia²⁴⁵. En otras palabras, la regla general es que los tribunales ordinarios de justicia son los competentes para conocer asuntos de justicia administrativa, salvo que la ley determine excepcionalmente el conocimiento de dichas materias a un tribunal administrativo especial.

No obstante a que la regla general sea que los tribunales ordinarios de justicia tengan competencia para conocer residualmente de asuntos contencioso administrativos, en la actualidad, sin embargo, existen una gran cantidad de tribunales administrativos especiales, cuya competencia disminuye la esfera de conocimiento de asuntos administrativos de los tribunales ordinarios de justicia. La implementación constitucional y legal del actual modelo económico²⁴⁶, que entiende al Estado como un actor subsidiario de la actividad económica, contribuyó a la sobrepoblación de tribunales administrativos especiales con competencia sobre materias parceladas. En este sentido, uno de los elementos decisivos que la llamada “Constitución Económica” consagró –y al menos así lo ha interpretado gran parte de la doctrina nacional, a propósito del llamado “principio de subsidiaridad”²⁴⁷- es el modelo de privatización de las empresas estatales, que se vio reforzado en la década de 1990²⁴⁸. A partir de este cambio de paradigma en la forma de entender la participación del Estado en las actividades económicas, éste paso de ser un agente del mercado a ser, por medio de los correspondientes órganos de la Administración (Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Ministerio de Hacienda, Superintendencias, Banco Central, entre otros) un regulador²⁴⁹, que

²⁴⁵ AYLWIN, Arturo (1990). *Efectos de la reforma del art. 38, inciso 2°, de la Constitución Política sobre régimen de lo contencioso administrativo*. En La reforma constitucional de 1989. Estudio Crítico. Cuadernos de análisis jurídico. Serie Seminarios N° 13. Universidad Diego Portales. p. 49-50.

²⁴⁶ YRARRÁZVAL, Arturo (1987). *Principios económicos de la Constitución de 1980*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 14, No. 1 (enero - abril 1987), pp. 97-112

²⁴⁷ Para revisar una crítica a esta postura, véase VALLEJO, Rodrigo y PARDOW, Diego (2008). *Derribando mitos sobre el Estado empresario*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 35, No. 1 (Enero - Abril 2008), pp. 135-156.

²⁴⁸ GALETOVIC, Alexander, y SANHUEZA, Ricardo (2002). *Regulación de servicios públicos: ¿hacia dónde debemos ir?* En Estudios Públicos N° 85 (verano 2002). p. 106.

²⁴⁹ Sobre el rol del Estado como regulador de la actividad económica, véase PAREDES, Ricardo. (1993). *Privatización y regulación: lecciones de la experiencia chilena*. En Después de las privatizaciones. Hacia el Estado regulador, CIEPLAN, Santiago, Chile. pp. 217-248; BITRÁN, Eduardo y SAAVEDRA, Eduardo (1993). *Algunas reflexiones en torno al rol regulador y empresarial del Estado*. En Después de las privatizaciones. Hacia el Estado regulador, CIEPLAN, Santiago, Chile. pp. 251-280; PÁEZ, Pedro y SILVA, José (2010). *Las teorías de la Regulación y Privatización de los Servicios Públicos*. En Administración &

en el ejercicio de sus funciones políticas, normativas y de supervigilancia²⁵⁰, encamina su actuar siguiendo la orientación valórica y axiológica recogida en nuestra Constitución²⁵¹. En este sentido, CANCIO declaró que “no estamos, como a veces se ha dicho, ante un proceso de desregulación”, concepto que puede dar a entender un funcionamiento únicamente basado en las leyes del mercado, sino ante una ‘re-regulación’ dirigida a garantizar cierta competencia en el mercado abierto”²⁵².

Uno de los corolarios de la participación del Estado en la actividad económica como regulador, es la especificidad de infraestructura normativa e institucional requerida de los órganos de la Administración que, en pos de lograr un servicio eficiente, deben poseer tanto un suficiente conocimiento técnico sobre el sector regulado, como independencia de otros órganos para el correcto ejercicio del control de la prestación que realiza el actor privado²⁵³. En el ejercicio de control de entes privados, y como respuesta a las fallas de mercado y abusos en que los regulados han incurrido²⁵⁴, el legislador ha dotado a los distintos órganos reguladores de atribuciones y potestades fiscalizadoras y normativas que permiten la dirección y definición de un marco legítimo de acción, cuyo objetivo es el bienestar general²⁵⁵, que

Desarrollo. vol. 52, núm. 38, enero/diciembre 2010. pp. 39-56; PANTOJA, Rolando (1999). *La Organización Administrativa del estado*. Editorial Jurídica de Chile. p. 253.

²⁵⁰ MINISTERIO DE ECONOMÍA (2000). *Experiencias Regulatorias de una década. Balance y propuestas para el futuro*. Ediciones LOM. pp. 14-15.

²⁵¹ FERNANDOIS, Arturo (2001). *Derecho Constitucional Económico. Garantías Económicas, doctrina y jurisprudencia*. Tomo I. Ediciones Universidad Católica de Chile. p. 58.

²⁵² CANCIO, Jorge (2003). *La Constitución económica: lo que pudo haber sido y no fue*. En *Mientras Tanto*, No. 86 (Primavera 2003). Icaria Editorial. p. 133.

²⁵³ NAHÓN, Carolina y BONFIGLIO, Nicolás (2007). *¿Entes de regulación o control? Imprecisiones del “moderno” esquema de regulación: reflexiones y enseñanzas del caso argentino*. En *Rev. Adm. Pública* vol. 41 no. 6 Rio de Janeiro, Nov. / Dez. 2007. p. 1105. Disponible en <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-76122007000600005&script=sci_arttext>

²⁵⁴ Al respecto, ARIÑO señaló que “La intervención del Estado en la economía surge –se ha dicho siempre- de las ineficiencias o los fracasos del mercado. Nadie defiende hoy la vuelta al puro *laissez faire*, nadie pretende un Estado mínimo (the less government, the better) sin matización alguna. De lo que se trata, justamente, es de asegurar el ‘orden de la competencia’ y llevar a cabo aquellas intervenciones estatales que contribuyan a defender, a asegurar y, en algunos casos, a recrear el mercado”. ARIÑO, Gaspar (1999) *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Editorial Comares. p. 325. La tesis que justifica la regulación debido a la existencia de fallas de mercado también ha sido criticada, en el sentido que supone que solo los mercados tienen fallas, obviando los problemas políticos anidados en la Administración, y los conflictos de interés o captura de la regulación por los intereses privados. Para una visión de esta crítica, véase ROMERO, Juan José (2008). *¿Capturados por nuestra suspicacia? Algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones*. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, No. 1 (Enero - Abril 2008), pp. 9-35.

²⁵⁵ FERRADA, Juan Carlos (2003). *Los órganos reguladores de actividades económicas relevantes en Chile: una visión panorámica*. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, No. 2 (Mayo / Agosto 2003). pp. 274-275. Respecto del rol de la Superintendencia de Valores y Seguros, el autor señaló que “en (...) sectores como la banca y el crédito, el mercado de valores o los aportes obligatorios a las cuentas individuales del seguro de salud o de vejez, por la naturaleza teóricamente

oriente el actuar de los privados. Al respecto, NAHÓN sugiere que el Estado, por medio de los órganos de regulación y control de la Administración, debe *“asumir [un] carácter no neutral [para] proteger los derechos del Estado (...), de los usuarios y consumidores y de la sociedad en su conjunto; de forma tal que la prestación de los servicios coadyuve al desarrollo económico nacional, a la innovación tecnológica y a la distribución equitativa del ingreso. Para ello, los organismos deberían asumir funciones administrativas y de gestión, regulatorias (reglamentarias), de fiscalización y control (investigativas y de solicitud de información), judiciales (de última instancia) y de defensa de la competencia”*²⁵⁶. En este mismo sentido, NIETO sostiene que *“la Administración Pública, antes tan enérgica, ha terminado rindiéndose ante unos intereses capitalísticos (sic) que, para mayor fuerza, superan las barreras nacionales. Y es aquí cabalmente donde está el mayor peligro. La nueva misión del Derecho Administrativo consiste, por tanto, en defender a los ciudadanos y a la Administración de las eventuales (y reales) agresiones de los grupos privados, mucho más poderosos que las propias Administraciones”*²⁵⁷.

Para lograr los fines regulatorios antes señalados, los órganos de la Administración, en particular, pero no excluyentemente las Superintendencias²⁵⁸, están facultados para fiscalizar y sancionar a los actores privados que quebranten la normativa sectorial respectiva. Las potestades sancionadoras atribuidas legalmente a la Administración configuran lo que la doctrina ha denominado Derecho Administrativo Sancionador, una rama autónoma²⁵⁹ del

ilimitada de los bienes económicos en juego, lo que permite un mercado más abierto y plural, esta competitividad está garantizada por la pluralidad de agentes que participan. No obstante, algunos de los órganos administrativos reguladores- como, por ejemplo, las Superintendencias de Bancos e Instituciones Financieras o la de Valores y Seguros, en su caso-, (...), están dotados de las potestades necesarias para impedir la consolidación de monopolios u oligopolios en dichos sectores o que una empresa asuma una posición dominante en ese mercado. Además, estos mismos órganos reguladores deben fiscalizar que su comportamiento en el mercado sea coherente con los principios de libertad, igualdad y no discriminación que impone el ordenamiento”.

²⁵⁶ NAHÓN, Carolina (2006). *La metamorfosis del Estado. Límites y potencialidades de la regulación pública*. Ponencia en “Primeras Jornadas de Estudios Sociales de la Economía”, Centro de Estudios Sociales de la Economía, Instituto de Altos Estudios Sociales, Universidad Nacional de San Martín, 19 y 20 de julio de 2006. p. 23.

²⁵⁷ NIETO GARCÍA, Alejandro (2003). *Recensión al libro de Esteve Pardo: Autorregulación. Génesis y efectos*. En Revista de Administración Pública N° 160 (2003). p. 429

²⁵⁸ FERRADA, Juan Carlos (2003). op. cit. p. 280; CAMACHO, Gladys (2005). op. cit. pp. 423-425.

²⁵⁹ Si bien es cierto es discutida en doctrina la autonomía del Derecho Administrativo Sancionador, ya que muchos autores lo consideran como una manifestación del Derecho Penal, denominándolo al efecto “Derecho Penal Administrativo”, adhiero a la posición contraria, sustentada por NIETO GARCÍA, que explica la existencia de la potestad sancionadora de los órganos de la Administración como una *“distinta de la penal aunque muy próxima a ella”* que cuenta con *“medios técnico-jurídicos suficientes, potenciando, al efecto, las garantías del particular”*. NIETO GARCÍA, Alejandro (2005). *La potestad sancionadora*

Derecho Público cuyas finalidades son proteger los intereses generales y colectivos de la sociedad mediante la prosecución de un procedimiento sancionatorio que, a su vez, respete las garantías del perseguido²⁶⁰. La función que juegan las sanciones administrativas en la institucionalidad regulatoria es incrementar la eficiencia competitiva de las actividades económicas –en particular de aquellas vinculadas a la privatización de servicios públicos²⁶¹– mediante la disciplina que se impone a los actores que extraen un beneficio particular en desmedro de la sociedad debido a las fallas de mercado, en especial la asimetría de información entre los oferentes y los consumidores finales de los mercados regulados. Al efecto, la regulación incluye un control institucional de los mercados²⁶², ya que, ni los consumidores ni la “mano invisible” cuentan con las herramientas ni medios suficientes para determinar la calidad de los servicios ofrecidos²⁶³, pues el escenario en que se desenvuelven consiste en mercados imperfectos de nula o limitada competencia, por lo que no es posible comparar el servicio ofrecido por los regulados con el de otros actores, justificando de esta forma la intervención de la Administración que permite establecer estándares de calidad en el producto final. Cabe recordar que los mercados regulados son mercados públicos, de necesidades y servicios básicos y/o de alto impacto en la economía nacional²⁶⁴, por lo que los servicios ofrecidos deben cumplir con los estándares de universalidad, generalidad, seguridad y calidad consagrados en las respectivas normativas sectoriales²⁶⁵, que tienen por finalidad sustituir artificialmente los precios y calidad de un mercado competitivo²⁶⁶.

de la administración en Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos, 4ª ed. p. 177. También véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2004). *Las sanciones administrativas*. En Curso de Derecho Administrativo, Tomo. II, 9ª edición. pp. 163- 196.

²⁶⁰ Sobre la naturaleza, autonomía, finalidades y principios que informan al Derecho Administrativo Sancionador, véase CORDERO, Cristian (2008). *Derecho Administrativo Sancionador: “¿Ser o no ser? He ahí el dilema”*. En Derecho Administrativo. 120 Años de Cátedra. Editorial Jurídica de Chile. pp. 107-141.

²⁶¹ CARRO, José Luis (2014). *Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo*. En Revista de Administración Pública, N° 193, enero-abril 2014. Madrid. p. 34.

²⁶² VILLABLANCA, Lusitania (2010). *Derecho y regulación en Francia. Derecho de la regulación*. En revista Actualidad Jurídica, Año XI, N° 22, Julio 2010. Universidad del Desarrollo. pp. 243-244.

²⁶³ GAVIOUS, Ilanit y ROSENBOIM, Mosi (2013). *The Disciplining Role of the Market Versus Government Regulation: The Case of Sarbanes–Oxley and the Earnings Quality of M&A Targets*. En American Law and Economics Review V15 N1 2013. pp. 300-332. Disponible en <<http://aler.oxfordjournals.org/content/early/2013/01/22/aler.ahs032.abstract>>

²⁶⁴ CORDERO, Eduardo (2013). *Sanciones administrativas y mercados regulados*. En Revista De Derecho (Valdivia). Vol. XXVI, N° 1, Julio 2013. pp. 125-128.

²⁶⁵ VERGARA, Alejandro (2014). op. cit. p. 283.

²⁶⁶ ARIÑO, Gaspar (1999). op. cit. p. 510.

En atención a la privatización de empresas públicas, y al cambio de la actividad estatal, que actúa como un regulador por medio de la Administración, la cantidad de órganos Administrativos con facultades fiscalizadoras y sancionadoras aumentó de manera considerable, en especial a partir de la década de 1990. Este fenómeno es denominado por CORDERO como “*elefantiasis de las potestades sancionadoras de la administración*”²⁶⁷ en atención a las facultades sancionadoras de los órganos reguladores, y por VERGARA como “*sistema de justicia administrativa pluriforme e hiperespecializada*”²⁶⁸, poniendo este autor el énfasis no tanto en la sanción, sino en el procedimiento contencioso administrativo y órgano administrativo que la produce. Éste último académico caracteriza el actual periodo de la interpretación administrativa como uno que cuenta con una gran cantidad de recursos contencioso administrativos especiales²⁶⁹, que a su vez son conocidos por diversos órganos reguladores de los distintos mercados, necesariamente pertenecientes a la Administración²⁷⁰, que cuentan con las suficientes competencias técnicas para evaluar la calidad de los servicios proveídos por los particulares regulados. Las principales características de los actuales órganos con jurisdicción administrativa, de acuerdo al profesor VERGARA, son su independencia frente a otros órganos de la Administración, la competencia acotada, especializada y definida de materias (mercados regulados) de las que conocen, composición de profesionales especialistas en el área regulada y control judicial de las decisiones de la Administración²⁷¹.

En mérito de lo señalado con anterioridad, cabe cerrar el análisis del actual estado de la regulación de la interpretación (jurisdicción) administrativa indicando qué tribunales tienen, actualmente, competencia para conocer de asuntos contencioso administrativos²⁷² en nuestro sistema inorgánico de justicia administrativa. En primer término, y como se señaló con antelación, la regla general es que los tribunales ordinarios de justicia sean los competentes residuales, y por lo tanto constituyan la regla general, para conocer de recursos

²⁶⁷ CORDERO, Cristian (2008). op. cit. pp. 109-116.

²⁶⁸ VERGARA, Alejandro (2014). op. cit. pp. 277-292.

²⁶⁹ CARMONA, Carlos (2005). op. cit. pp. 203-207.

²⁷⁰ CORDERO, Cristian (2010). *El castigo en el Derecho Administrativo*. En Derecho y Humanidades, N° 16 vol. 1, 2010. p. 168.

²⁷¹ VERGARA, Alejandro (2014). op. cit. p. 285.

²⁷² Escapa al objetivo del presente trabajo realizar un análisis detallado de cada uno de estos órganos. Al efecto, se remite al lector a LARA, José Luis (2011). *Algunas reflexiones sobre el contencioso administrativo en Chile*. En Litigación Pública. Universidad de Los Andes-Editorial Legal Publishing. pp. 65-92.

administrativos, en aplicación directa del artículo 38 de la Constitución Política de la República²⁷³. Destacan, en este sentido, la acción de protección, el amparo económico, el reclamo de ilegalidad constitucional, cuya competencia en primera instancia corresponde a las respectivas Cortes de Apelaciones²⁷⁴.

En segundo término, la ley ha facultado a órganos jurisdiccionales especiales con competencia en asuntos contencioso administrativos. Destacan como ejemplo el Tribunal de Contratación Pública²⁷⁵, el Consejo Para la Transparencia²⁷⁶, el Tribunal Calificador de Elecciones²⁷⁷, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia²⁷⁸, los Tribunales Ambientales²⁷⁹, los Tribunales Tributarios y Aduaneros²⁸⁰, el Tribunal de Cuentas de la Contraloría General de la República²⁸¹ y el Panel de Expertos²⁸². También la ley ha facultado a órganos administrativos con competencias contenciosas, o en otras palabras, que han sido dotados legalmente con facultades jurisdiccionales, en especial al conocer de procedimientos sancionatorios, ordenar diligencias, tomar declaraciones de testigos u otras diligencias probatorias, y realizar actos de juicio mediante un acto administrativo²⁸³. Como se verá más adelante, en el numeral 3 de este capítulo, destacan por el debate que han suscitado en la doctrina, las Superintendencias, catalogadas por diferentes sectores como órganos contenciosos, por una parte, como órganos *pseudo* contenciosos, por otra.

Finalmente, cabe señalar que en nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo advierte LARA, también existen, por habilitación expresa de la ley, instancias arbitrales u otros

²⁷³ En opinión de FERRADA, se refuerza la idea de competencia de los tribunales ordinarios de justicia también por aplicación del artículo 76 de la Constitución Política de la República y del artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales, que confiere a los mencionados tribunales competencia general y residual para conocer de asuntos civiles y criminales, entendiendo por “civil” todo conflicto “no criminal”. FERRADA, Juan Carlos (2011). op. cit. p. 143.

²⁷⁴ Para una vasta lista de otros ejemplos en los que tribunales ordinarios de justicia son competentes para conocer de recursos contencioso administrativos, véase FERRADA, Juan Carlos (2011). op. cit. pp. 142-143.

²⁷⁵ Creado mediante la Ley N° 19.886.

²⁷⁶ Creado mediante la Ley N° 20.285.

²⁷⁷ Establecido en artículo 84 de la Constitución Política de la República y creado mediante la Ley N° 18.460

²⁷⁸ Creado mediante la Ley N° 19.911.

²⁷⁹ Creado mediante la Ley N° 20.600.

²⁸⁰ Creado mediante la Ley N° 20.322.

²⁸¹ Creado mediante la Ley N° 19.886.

²⁸² Creado mediante la Ley N° 19.940.

²⁸³ LARA, José Luis (2011). op. cit. p. 74.

sistemas de resolución de conflictos contencioso administrativos²⁸⁴. El autor destaca, entre otros, el arbitraje previsto para desacuerdos de precio entre empresas portuarias y concesionarias en caso de que las primeras elijan quedarse con las mejoras introducidas por las segundas en los puertos, consagrado en el inciso primero del artículo 18 de la Ley N° 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal; el sistema de solución de conflictos entre quienes se consideren afectados por prestaciones de servicios de salud y quienes brindan dicho servicio, regulado en los artículos 38 al 55, inclusive, de la Ley N° 19.966; o el Tribunal Arbitral que se encuentra consagrado en el artículo 63 del D.L. N° 1.939, cuya competencia es resolver las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión de viene raíces del Estado, o a que dé lugar su ejecución.

3. La interpretación administrativa como fuente del Derecho Administrativo

Se señaló con anterioridad que, en opinión del autor, la jurisprudencia de los tribunales si es una fuente formal del Derecho²⁸⁵. Sin embargo, aun aceptando esta hipótesis, queda pendiente la respuesta a una segunda pregunta que descansa en el núcleo de la doctrina sobre las fuentes del Derecho Administrativo: ¿es la jurisprudencia de los tribunales especiales administrativos o de los órganos administrativos con facultades jurisdiccionales (interpretación administrativa) una fuente formal del Derecho Administrativo? Luego de haber analizado el concepto y el actual estado normativo de la interpretación administrativa, corresponde responder a esta interrogante, cuya respuesta no es pacífica en la doctrina.

A continuación, se realizará un análisis de las dos opiniones doctrinales que debaten actualmente sobre este tópico, para finalmente ofrecer una opinión personal sobre el asunto.

²⁸⁴ *Íbid.* p. 77.

²⁸⁵ *Supra.*, IV.

3.1 Tesis que niega el valor de fuente del Derecho Administrativo a la interpretación administrativa

Los autores que defienden la tesis que niega a los actos administrativos interpretativos valor como fuente de Derecho, y por lo tanto como fuente de regulación, proponen sus bases argumentativas en el principio constitucional de reserva legal²⁸⁶. En este sentido, ARÓSTICA sostiene que el artículo 63 de la Constitución Política de la República es claro en consagrar que, constitucionalmente, solo la ley puede regular ciertas materias, por lo que, cada vez que el Congreso delega en un órgano de la Administración la facultad de interpretar la ley, en verdad éste cede inconstitucionalmente una porción de su soberanía²⁸⁷. El autor refuerza esta postura el recordar que, en atención al inciso 1° del artículo 3 del Código Civil, solo corresponde al Legislador interpretar de manera general la ley²⁸⁸, por lo que si un órgano de la Administración innova creando una nueva norma so pretexto de interpretar administrativamente la ley, se incurre en un acto inconstitucional e ilícito. En este mismo sentido, EVANS sostiene que la interpretación administrativa de la ley no debe tener el alcance general que tienen las leyes interpretativas, que se entienden incorporadas a la norma interpretada, sino que son de rango inferior (reglamentario)²⁸⁹. También, de acuerdo a algunos autores, el artículo 19 número 21 de la Constitución consagra la norma de reserva legal respecto a la regulación de las actividades económicas²⁹⁰.

²⁸⁶ El estudio de la reserva legal escapa a los objetivos de este trabajo. Para un análisis de la referida institución, véase CEA, José Luis (1984). *Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 11, No. 2/3 (mayo - diciembre 1984), pp. 417-431; RAJEVIC, Enrique (1996). *Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 23, No. 1, Derecho de Propiedad (Enero-Abril 1996), pp. 23-97; FERNANDOIS, Arturo (2001). *La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, No. 2, Actas del Seminario Multidisciplinario sobre Garantías Constitucionales: Conmemoración de los 20 años de la Constitución y Homenaje al Profesor don Enrique Evans de la Cuadra (Abril / Junio 2001), pp. 287-298; y RIBERA, Teodoro. (2001). *Reserva legal, potestad reglamentaria y Constitución de 1980: antecedentes inéditos de la Junta de Gobierno*. En Revista de Derecho Público N° 63. Universidad de Chile. pp. 471-488.

²⁸⁷ ARÓSTICA, Iván (2006). *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*. En Revista Actualidad Jurídica N° 14. Universidad del Desarrollo. pp. 149-151.

²⁸⁸ La citada norma reza: "Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio".

²⁸⁹ EVANS, Eugenio (2002). *Las actividades económicas de las empresas en la Constitución y las facultades normativas de los órganos de la Administración y fiscalización del Estado*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 29, No. 3, Actas de las I Jornadas de Derecho de la Empresa: Santiago, 24-25 de octubre de 2001 (Sept. / Dic. 2002), pp. 682-683.

²⁹⁰ EVANS, Eugenio (2002). op. cit. p. 680; y GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2010). *De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio*. En Revista Actualidad Jurídica N° 22 – Julio 2010. Universidad del Desarrollo. p. 293.

En palabras de ARÓSTICA, son ejemplos de casos en que un órgano Administrativo crea Derecho de manera abusiva e ilegal al interpretar una ley, en los casos en que: “a) a pretexto de en una interpretación ‘finalista’ de la ley, se torturan los textos hasta hacerlos confesar aquello que conviene al gobierno de turno (...); b) a excusa de darle eficacia práctica a la norma y de explotar todas sus potencialidades, se extienden sus disposiciones hasta cubrir actuaciones administrativas que, en rigor, no encuentran respaldo expreso alguno en la ley (...); c) no se (...) [interpretan] únicamente las específicas normas sectoriales afectas a su fiscalización, dentro de su respectiva competencia y especialidad técnica [del órgano Administrativo respectivo], sino que incursionan en la hermenéutica (por lo común extensiva) que aquellas otras disposiciones relativas al funcionamiento y atribuciones del mismo servicio o entidad pública al que pertenecen, no obstante que –en sede administrativa- la aclaración de estas últimas incumbe privativamente a la Contraloría General de la República (...); d) en ausencia de puntos oscuros que aclarar, en verdad no se restringen a declarar el sentido de las leyes, sino que razonan con miras, o a alterar un estatus jurídico anterior, dirimiendo una situación controvertida, o a innovar en el ordenamiento vigente, expresando una voluntad de mandar, prohibir o permitir (...); o e) lejos de esclarecer una situación, crean mayor confusión con sus pronunciamientos que –más atentos a la coyuntura política que al recto sentido de la ley- un día entienden una cosa y al siguiente otra, con grave quebranto para la seguridad jurídica”²⁹¹. Para DÍAZ DE VALDÉS, estos usos de la interpretación administrativa son una manifestación de facultades normativas conferidas por el legislador a los órganos Administrativos (en especial a las Superintendencias), ya que en la práctica modifican la normativa aplicable, sin estar expresamente facultadas por ley para hacerlo²⁹². Para GARCÍA, el ejercicio de las facultades normativas y discrecionales de los órganos de la Administración (en particular se refiere a las Superintendencias, pero su razonamiento es predicable a otros órganos de la Administración con facultad de interpretar administrativamente), debe ser restringido por el principio de reserva legal, sobre todo en materias de regulación de una actividad económica²⁹³.

²⁹¹ ARÓSTICA, Iván (2006). op cit. pp. 153-154.

²⁹² DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2010). *Anomalías constitucionales de las Superintendencias: un diagnóstico*. En Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. pp. 259-260.

²⁹³ GARCÍA, José Francisco (2009). *¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio*. En Revista Actualidad Jurídica, N° 19. Universidad del Desarrollo. pp.341-346.

Respecto a la potestad normativa de las Superintendencias, y su manifestación por medio de resoluciones emanadas del órgano Administrativo (y por lo tanto, como un ejercicio interpretativo y discrecional), CAMACHO señala que por no estar sujetos, por regla general, al trámite de toma de razón, y no contar con un procedimiento estandarizado que acrediten su ejercicio razonable y razonado, no cuentan con un mecanismo institucionalizado que garantice la protección de las garantías constitucionales de todos los involucrados en el procedimiento que concluirá con la dictación de la resolución, o que considere todos los intereses en juego²⁹⁴. Con relación al respeto debido a las normas constitucionales, en especial a las garantías contenidas en la Carta Política, CALDERA critica la función normativa que desempeña la Administración mediante el ejercicio de actos discrecionales, señalando que ésta no cuenta con las mismas garantías y límites que el Congreso respecto del control de constitucionalidad en la creación legislativa. El académico sostiene que se traspasan los límites de la reserva legal al permitir que, por vía de interpretación administrativa, se creen normas de competencia legal exclusiva. En este sentido, afirma que *“es irrazonable y antijurídica la tesis sostenida por quienes arguyen que la discrecionalidad administrativa sería una suerte de excepción de legalidad, que estaría autorizada tácitamente por la Constitución, lo que significa sostener el equívoco que la inconstitucionalidad en que incurra una ley que otorga facultades discrecionales que sobrepasan o desbordan la Constitución sería considerada como una atribución válida, constitutiva de una excepción al principio positividad de preeminencia y de vinculación jurídica integral de todos los órganos del Estado a la Constitución Política de la República; es obvio que un razonamiento semejante adolece de fundamento racional y que, además, está en contradicción manifiesta con el articulado de la Carta Fundamental”*, declaración que complementa concluyendo que *“el hecho de que la ley pudiera conferir a la Administración del Estado competencias que facultaran a ésta para ejercer un poder ilimitado o incondicionado, cuya utilización quedara entregada al capricho de la autoridad o del funcionario”* merece el máximo rechazo²⁹⁵.

²⁹⁴ CAMACHO, Gladys (2005). op. cit. pp. 430-432.

²⁹⁵ CALDERA, Hugo (1989). *Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 16, No. 2 (junio-agosto de 1989), pp. 425-426. En este mismo sentido, GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2010). op. cit. p. 294.

Otro de los argumentos que esgrimen quienes están en contra de considerar la interpretación administrativa como fuente de regulación, y que se encuentra relacionado con la vulneración a la reserva legal y la falta de garantías en la creación de la norma que nace producto del acto interpretativo y discrecional de la Administración, es que el diseño institucional de los órganos administrativos no responde a los estándares democráticos de un Estado de Derecho²⁹⁶. En este sentido, algunos autores señalan que los órganos administrativos no tienen la suficiente autonomía en la toma de decisiones de interés público²⁹⁷. Al respecto, GARCÍA y VERDUGO plantean la idea que estos órganos carecen de autonomía real, ya que el jefe de servicio es siempre designado por el Ejecutivo, y además mediante el Ministerio de Hacienda es el Presidente quien designa el presupuesto a dichos órganos. Por estas razones, los autores piensan que los órganos de la Administración *“si bien se configuran como entidades de un perfil eminentemente técnico, no tienen ninguna garantía para realizar su función con plena autonomía o independencia del Gobierno y de los cálculos políticos que en muchas ocasiones mueven a éste”*²⁹⁸. En este mismo sentido, EVANS señala que *“la interpretación administrativa y con ella la normatividad resultante, variará conforme quien ejerza la función respectiva o más grave aún, cambiará radicalmente en la medida que asuma el gobierno un representante de otra visión de la sociedad y de los medios para alcanzar el bien común”*²⁹⁹.

Actuando como agravante al problema de la dependencia de los órganos de la Administración al poder Ejecutivo, GARCÍA DE ENTERRÍA hace ver que en el funcionamiento de las democracias occidentales se presentan dos vicios que afectan el correcto funcionamiento de la Administración: la partidocracia o “Estado de partidos” y la corrupción³⁰⁰, cuya consecuencia es el fenómeno del clientelismo, como expresión de la

²⁹⁶ BERNSTEIN, Marver (1955). *Regulating Business by Independent Commission*. Princeton Legacy Library. p. 293; GONZÁLEZ, Daniela (2011). *Agencias reguladoras independientes: Legitimidad, control y transparencia*. En Revista de Derecho Administrativo N° 5. Editorial LexisNexis. pp. 83-96.

²⁹⁷ EVANS, Eugenio (2002). op. cit. p. 681; CORDERO, Luis y GARCÍA, José Francisco (2012). *Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias*. En Anuario de Derecho Público N° 1. Universidad Diego Portales. p. 416; FERRADA, Juan Carlos (2003). *Los órganos reguladores de actividades económicas relevantes en Chile: una visión panorámica*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 30 N°2. pp.282-2283.

²⁹⁸ GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2010). op. cit. pp. 291-292.

²⁹⁹ EVANS, Eugenio (2002). op. cit. p. 683.

³⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1995). *Democracia, jueces y control de la administración*. Editorial Civitas. pp.75-76.

“tendencia de los partidos políticos dominantes a penetrar todos los ámbitos de la vida estatal y social”. El autor continúa describiendo este desagradable e indeseado fruto de la gobernabilidad democrática señalando que *“los partidos dominantes se apresuran a situar hombres de su confianza, no sólo en los centros políticos relevantes, que ha sido una tradición en el sistema de partidos, sino en los sucesivos niveles de la Administración, hasta haberse consolidado una verdadera regresión de la independencia, neutralidad y objetividad de los funcionarios, hoy gobernados en buena parte más que por la regla constitucional del mérito y la capacidad, por el criterio de la confianza política”*³⁰¹. DE LA CRUZ se refiere a este fenómeno como “captura del regulador”, y lo explica señalando que los intereses públicos son manipulados por intereses políticos partidistas que reaccionan de acuerdo a consideraciones coyunturales. El autor también señala que esta captura puede ser ejercida por grupos de interés particulares, que se supone están sujetos a la regulación del órgano de la Administración³⁰².

Continuando con estos lineamientos, surge otra idea que es presentada como argumento para desestimar que la interpretación administrativa crea normas generales de Derecho, y es que los órganos de la Administración, en razón de su falta de autonomía política e independencia, no cumplen con los estándares constitucionales necesarios para que sean considerados como tribunales especiales de justicia, y, por lo tanto, sus actos de juicio no son sentencias ni constituyen jurisprudencia³⁰³. La falta de autonomía e independencia institucional hacen imposible que se cumpla con la garantía constitucional de independencia de los tribunales de justicia³⁰⁴ y con el principio de inamovilidad de los jueces³⁰⁵, para lo que es indispensable, de acuerdo a BORDALÍ, la interdicción de remoción de los jueces por el poder Ejecutivo³⁰⁶. Por estos motivos, algunos autores denominan el conjunto de facultades de resolución de conflictos, fiscalizadora, sancionadora e interpretativa de los órganos de la

³⁰¹ *Íbid.* p. 79.

³⁰² DE LA CRUZ, Juan (2006). *Los entes reguladores como elemento de garantía constitucional*. En Revista de Derecho Administrativo Económico Nº 17. Editorial LexisNexis. p. 15.

³⁰³ Esta crítica implica la aceptación de que la jurisprudencia de los tribunales es una fuente formal de Derecho.

³⁰⁴ Consagrada en la segunda parte del inciso primero del artículo 76 de la Constitución Política de la República en los siguientes términos: *“Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”*.

³⁰⁵ Consagrado en el inciso primero del artículo 80 de la Constitución Política de la República, que dispone: *“Los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento; pero los inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes”*.

³⁰⁶ BORDALÍ, Andrés (2006). *op. cit.* p.33.

Administración como “cuasi jurisdiccionales”³⁰⁷, haciendo hincapié en que el ejercicio de mencionadas facultades no significa el de jurisdicción, sino más bien se configura un sistema mixto, caracterizado por un acto administrativo que emana de un órgano Administrativo con facultades resolutivas –cuya naturaleza es Administrativa, no jurisdiccional, por carecer el funcionario que dicta la resolución de autonomía respecto de una de las partes (el mismo órgano fiscalizador)-, que constituye instancia, por lo que dicha resolución es impugnabile ante el respectivo superior jerárquico, sin perjuicio de la posterior impugnación que corresponda en sede judicial, momento en el que el asunto pasa a ser conocido por un órgano jurisdiccional³⁰⁸.

Sin perjuicio de lo señalado con anterioridad, incluso si los órganos administrativos son considerados como tribunales contencioso administrativos, surge otra crítica a la tesis que reconoce a la interpretación administrativa como fuente de Derecho, relacionada al diseño institucional del Estado: el principio de separación de funciones públicas, también conocido como principio de separación de poderes. Al respecto, se ha sostenido que existe una concentración de poderes en órganos administrativos que cuentan con facultades no solo para hacer cumplir la ley en el ejercicio del control de la respectiva normativa sectorial, sino que también ostentan competencias jurisdiccionales al sancionar dicho incumplimiento, y legislativas al interpretar imperativamente la ley³⁰⁹. No obstante lo anterior, la sola facultad para sancionar o para dirimir conflictos (en este caso entre el regulador y el regulado), no

³⁰⁷ Al respecto, PIERRY ha afirmado que “*existen innumerables instituciones, miles en Estados Unidos, que reciben el nombre y se conocen como tribunales administrativos. En realidad son agencias o servicios públicos dotados de cierta autonomía, que tienen atribuciones ‘cuasi judiciales’. Atribuciones ejecutivas, reglamentarias y cuasi judiciales y que en su estructura interna estas instituciones funcionan con autonomía y, sobre todo, con gran especialización*”. Agrega que es un error terminológico por una incorrecta traducción del Derecho Anglosajón denominar a estos órganos como tribunales, “*siendo entonces, por su denominación, un tribunal administrativo de aquellos con funciones cuasi judiciales, internos de las agencias gubernamentales, como las del sistema del common law*”. PIERRY, Pedro (2000). *Tribunales Contencioso-Administrativos*. En Revista de Derecho, Año 1 - N° 2 – diciembre de 2000. Consejo de Defensa del Estado. Disponible en <<http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/485bc27e-c057-4867-818e-d70b48b839ab/5.pdf?MOD=AJPERES>>

³⁰⁸ PINILLA, Francisco (2008). *Las denominadas funciones jurisdiccionales de los órganos de la administración del Estado: Apreciaciones a partir de la STC de 26 de marzo de 2007*. En Revista Ius et Praxis - año 14 - n° 1. pp. 363-389. El mismo autor afirma que “*cuando estamos en presencia de un ‘tribunal’ conformado y dependiente funcionalmente de un órgano administrativo, no hay más que un fortalecimiento o asignación de exorbitancias, a un procedimiento administrativo obligatorio que infringe directamente los elementos sustantivos de la función jurisdiccional. Un establecimiento nominal de ‘formas jurisdiccionales’ no puede ser admitirse en un Estado de Derecho en que la resolución de las controversias y la protección de garantías se encuentran enraizadas en los Tribunales de Justicia*”. El profesor SOTO KLOSS va más lejos, al sostener la opinión que los órganos administrativos que son mal llamados “tribunales” son verdaderas comisiones especiales, motivo de su inconstitucionalidad. Al respecto, SOTO KLOSS, Eduardo (2002). *Los llamados Tribunales Tributarios ¿son propiamente tribunales?* En Gaceta Jurídica, N° 263, p. 9.

³⁰⁹ ARÓSTICA, Iván (2006). op cit. p. 151.

harían, *per se*, que se considere al órgano administrativo como un tribunal. Reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que es la función jurisdiccional –entendida como “*el poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir*”³¹⁰- la que determina al órgano como tribunal, por lo tanto, a todo órgano que la ley le entrega competencias para resolver un conflicto de relevancia jurídica se le debe considerar un tribunal. Sin embargo, y como lo sostiene BORDALÍ, acotar la función jurisdiccional a la resolución de conflictos de relevancia jurídica, sin atribuirle otras características esenciales para su ejercicio, significaría comprometer la finalidad de la separación de poderes y el Estado de Derecho, ya que no es suficiente que la ley le otorgue competencias a un órgano para resolver un conflicto, sino que debe también resguardar esa decisión, revistiéndola de total imparcialidad³¹¹, lo que se consigue, institucionalmente, buscando la independencia de los jueces respecto de los otros poderes del Estado³¹². Con motivo de lo que se ha explicado con anterioridad, es imposible alcanzar los estándares de independencia que exige el ejercicio de la jurisdicción por parte de los órganos administrativos, ya que el nombramiento y permanencia en el cargo de sus funcionarios depende solo del Ejecutivo, por lo tanto, la sola facultad de resolver conflictos y sancionar no transforman al órgano administrativo que lo hace en un tribunal, y por lo tanto, sus actos de juicio, en los que se interpreta administrativamente la ley, no pueden tener el mismo valor como fuente formal del Derecho que la jurisprudencia. Sobre este tema, ARÓSTICA señaló que los actos administrativos son declaraciones de juicio que “*por su propia naturaleza y condición son ineptos para innovar, decidir o expresar una voluntad de cambio respecto de un statu quo anterior*”³¹³. En otras palabras, de acuerdo a las ideas antes expuestas, los órganos de la Administración carecen de aptitud institucional para ser considerados como tribunales.

³¹⁰ COLOMBO, Juan (1991). *La jurisdicción en el derecho chileno*. Editorial Jurídica de Chile. p. 41.

³¹¹ BORDALÍ, Andrés (2009). *Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado*. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, No. 2 (Mayo - Agosto 2009). pp. 218-219.

³¹² *Ibid.* p. 226.

³¹³ ARÓSTICA, Iván (2006). *op cit.* p. 157.

También respecto a la separación de funciones del Estado, se ha criticado el rol que cumple la Administración al interpretar las normas legales porque en la práctica, reemplazan al Congreso en la dictación de leyes (normas jurídicas generalmente obligatorias) sin que los burócratas que la componen hayan sido electos democráticamente³¹⁴. Dicha facultad atentaría contra el principio de separación de poderes del Estado, ya que conferiría a un órgano ejecutivo facultades legislativas (e incluso judiciales). Un sector de la doctrina critica la facultad de interpretación administrativa de la ley, tanto por su inconstitucionalidad como por sus efectos corrosivos en el diseño institucional del funcionamiento político-democrático del Estado. La inconstitucionalidad de la delegación de facultades legislativas ya fue tratada más arriba, por lo que me remitiré a lo señalado con anterioridad. Respecto al daño institucional que produce la delegación de facultades legislativas a la Administración, éste se produce porque el Congreso termina evadiendo las decisiones políticas que dirigen la legislación regulatoria, disfrazándola de una decisión tecnócrata que debe ser delegada a los expertos burócratas que conforman la Administración³¹⁵. De esta forma, el debate político es trasladado al Ejecutivo, evitando que la ciudadanía juzgue a los respectivos congresistas³¹⁶.

El principio de separación de poderes se encontraría en total oposición a esta práctica legislativa, de acuerdo a quienes sostienen la idea de la inconstitucionalidad de la delegación de facultades legislativas por conducto de facultades de interpretación administrativa³¹⁷. Respecto a la división de poderes, por una parte, BREYER se ha referido a la necesidad de frenos y contrapesos, así como a controles a la Administración en el ejercicio de sus funciones regulatorias, debido a que el exceso de celo o la visión de corto plazo que motiva sus

³¹⁴ ELY, John (1997). *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Traducción de HOLGUÍN, Magdalena. Editorial Siglo del Hombre. p. 161. Citado en GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2010). op. cit. p. 268.

³¹⁵ *Ibid.* p. 162. Citado en GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2010). op. cit. p. 276.

³¹⁶ Al respecto, un autor ha señalado: “*Delegation has allowed legislators to rewrite the ground rules of democracy to help entrench themselves in office. They can pretend to deliver the best of everything to everyone by commanding agencies to promulgate laws to achieve popular statutorily prescribed goals. The statutes are framed so that legislators can skirt the hard choices. This permits legislators to claim much of the credit for the benefits of the laws but shift to the unelected agency officials much of the blame for the inevitable costs and disappointments when the agency fails to deliver all the benefits promised*”. SCHOENBROD, David (1998). *Delegation and Democracy: A Reply to My Critics*. Symposium - The Phoenix Rises again: The Nondelegation Doctrine from Constitutional and Policy Perspectives: Democracy and Delegation. p. 740. Disponible en

<http://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1231&context=fac_articles_chapters>

³¹⁷ SUNSTEIN, Cass (1999). *Nondelegation Canons*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper N° 82. University of Chicago Law School. p. 3. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=179651>>

decisiones puede conducir a políticas injustas y a un comportamiento opresivo³¹⁸. Por otra parte, GLUCK y SCHULTZ han sugerido que los órganos Legislativos tienden a ver a los órganos Administrativos con facultades interpretativas más como un compañero cooperativo que como un contrapeso al ejercicio de su poder³¹⁹, por lo que no se ejercería un verdadero control a la Administración, al menos por parte del Congreso, por lo que la delegación de facultades legislativas significaría un atentado en contra del Estado de Derecho³²⁰.

La necesidad de control de la discrecionalidad administrativa es un argumento que se ha utilizado para criticar su admisibilidad como fuente de Derecho. SUNSTEIN ha desarrollado una teoría que otorga directrices de limitación a la Administración, para evitar el eventual abuso de las facultades normativas que el poder Legislativo le ha delegado, que consiste en determinar cánones de no delegación (en inglés, *nondelegation canons*). De acuerdo al autor, estos cánones promueven el bienestar social, ya que aumentan los costos político-legislativos de los congresistas, en atención a la obligación que tienen de dar cuentas al electorado, al menos, en cada elección. También fortalece la certeza jurídica de la ley y ayuda a mantener el debate legislativo en el lugar en que constitucionalmente se diseñó su desarrollo: las respectivas Cámaras del Congreso³²¹. GARCÍA y VERDUGO sostienen que los cánones de no delegación son una barrera o contención al actuar de la Administración para los casos de meros juicios o decisiones discrecionales de la Administración³²², por lo que, a *contrario sensu*, debe entenderse que de no ser por el control del ejercicio discrecional de los órganos administrativos, éstos podrían hacer un mal uso del “cheque en blanco” –en palabras de SUNSTEIN³²³- que significa la delegación de potestades legislativas mediante el ejercicio de discrecionalidad, con el riesgo implícito que este trae aparejado de devenir en una actuación arbitraria. Para MERKL, el ejercicio de la discrecionalidad administrativa debe encontrarse, necesariamente, circunscrito a la ley, en virtud del principio de legalidad. Para el autor, “*el*

³¹⁸ BREYER, Stephen (1986). *Judicial review of questions of law and policy*. En *Administrative Law Review* Vol. 38, No. 4 (Fall 1986). American Bar Association. p. 363.

³¹⁹ GLUCK, Abbe, y SCHULTZ, Lisa (2013). *Statutory Interpretation from the Inside - An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation and the Canons: Part II*. Yale Law School, Public Law Research Paper No. 488. p. 36. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=2358074>>

³²⁰ GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2010). op. cit. p. 270.

³²¹ SUNSTEIN, Cass (1999). op. cit. pp. 10-11.

³²² GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2010). op. cit. p. 285.

³²³ SUNSTEIN, Cass (1999). op. cit. p. 21.

sentido jurídico del principio de legalidad consiste en que cada una de las acciones administrativas se halla condicionada por una ley formal, de la que debe resultar la licitud o la necesidad jurídicas de la acción administrativa en cuestión”³²⁴. SAAVEDRA sostiene que la necesidad de sujeción de la Administración al principio de legalidad es una consecuencia directa de la desconfianza histórica que ha inspirado la Administración en Europa, por su pasado absolutista, sin controles ni contrapesos políticos, lo que tuvo como consecuencia un historial de abusos y arbitrariedades³²⁵. Como argumento adicional, cabe señalar que la falta de control sobre la interpretación administrativa introduce problemas de certeza jurídica a la actividad económica regulada³²⁶. En palabras de EVANS, *“la ausencia de esa certeza [jurídica], indispensable en el ámbito de las actividades económicas, es una de las consecuencias lamentables de la recurrente técnica del legislador para delegar funciones interpretativo-normativas en los jefes de servicios y superintendencias*”³²⁷.

La falta de certeza jurídica que, de acuerdo a la tesis en análisis, importa la discrecionalidad administrativa, motivo por el que no debe ser considerada como fuente de Derecho, también se fundamenta en el peligro de arbitrariedad en la interpretación que realiza el órgano de la Administración. De acuerdo al profesor SOTO KLOSS, *“es en lo discrecional donde puede darse el arbitrio (...), es allí donde cabe la arbitrariedad, es allí donde –por un uso carente de racionalidad- puede dictarse un acto arbitrario o donde puede dejarse de actuar (existiendo el deber jurídico de actuar) e incurrir en una omisión arbitraria*”³²⁸. CALDERA es más severo al vincular la arbitrariedad –o mejor dicho, el peligro inminente de arbitrariedad- a la interpretación administrativa, como un vicio inseparable de la discrecionalidad, equiparando como sinónimo de discrecionalidad el *“capricho de la autoridad o del funcionario [de un órgano Administrativo],* o al afirmar que se debe rechazar el otorgamiento de amplias facultades discrecionales a la Administración, *“particularmente cuando los motivos que autorizan el ejercicio de las competencias sólo dependen de la apreciación libre e*

³²⁴ MERKL, Adolf (2004). *Teoría General del Derecho Administrativo*. Editorial Comares. p. 217.

³²⁵ SAAVEDRA, Rubén (2011). *Discrecionalidad Administrativa*. Editorial LegalPublishing Chile. p. 33.

³²⁶ GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2010). op. cit. p. 294.

³²⁷ EVANS, Eugenio (2002). op. cit. p. 683.

³²⁸ SOTO KLOSS, Eduardo (1982). *El recurso de protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Jurídica. p. 190.

incondicionada o del criterio subjetivo del funcionario”³²⁹. En esta misma línea, URUETA sostiene que las facultades discrecionales otorgadas a la Administración pueden tener como efecto “*estimular la arbitrariedad al dejarle un margen de libertad demasiado amplio en el cumplimiento de sus funciones [refiriéndose al funcionario]*”³³⁰.

La arbitrariedad en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa es considerada como un peligro latente y constante para el respeto irrestricto que la Administración le debe a los derechos de los administrados, así como a la certeza jurídica que debe emanar del sistema de fuentes³³¹. Es por estos inconvenientes propios de la interpretación administrativa que esta no constituye una fuente de Derecho Administrativo. Como lo asevera GARCÍA DE ENTERRÍA, “*en ningún caso, la discrecionalidad puede equipararse a la Ley o pretender sustituirla. Esta es, en último extremo, la razón de que no pueda nunca intentarse aplicar a la discrecionalidad la irresistibilidad (hoy ya relativa) propia de la Ley, o su valor como expresión de la ‘voluntad general’*”³³², o dicho de otra forma, la discrecionalidad administrativa no puede ser una fuente de Derecho, porque no ofrece las garantías que las fuentes formales garantizan. Cabe añadir como argumento que uno de los propósitos del control judicial de las decisiones administrativas es, justamente, revestir como fuente del Derecho un criterio que, si bien nace en el seno de la Administración, la seriedad institucional que caracteriza a los órganos judiciales depura de eventuales ilegalidades y arbitrariedades a los actos discrecionales de la Administración. Así, los tribunales, que no están ligados a los criterios administrativos, sino obligados a resolver en conformidad a la ley, actúan como garantes respecto de los posibles abusos en los que pueda incurrir la Administración. Para ARÓSTICA, si un administrado es afectado por un dictamen o una declaración de juicio ilegal o arbitraria de la Administración que “*trasciende a lo que son sus derechos u obligaciones*”, cuenta con una herramienta de defensa para la protección de sus derechos vulnerados, ya que “*el ordenamiento procesal le abre inmediatamente la posibilidad de reclamar la intervención de los tribunales, a fin de que una sentencia de índole declarativa precise exactamente cuál es*

³²⁹ CALDERA, Hugo (1989). op. cit. pp. 426-427.

³³⁰ URUETA, Mamiel (1999). *El poder discrecional*. En La Revue administrative, 52e Année, No. 9, Numero special 9: Histoire et perspectives de la juridiction administrative en France et en Amérique latine. p. 152.

³³¹ GARCÍA, José Francisco (2009). op. cit. p. 349.

³³² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1999). op. cit. pp 143-144.

la norma pertinente a su caso y/o cuál es la correcta interpretación que cabe darle a esa disposición”³³³. Por su parte, ALCALDE, al referirse a la persecución administrativa de sanciones, critica el rol que juega el funcionario al disfrazarse de juez, señalando que “*se encomienda al burócrata de turno el ejercicio de un derecho que naturalmente debiera corresponder al legislador o al magistrado –según cuál sea el aspecto de la sanción de que se trate- desconociéndose en muchas ocasiones, si no infringiéndose abiertamente, las garantías fundamentales de que gozan los administrados de cara al ius puniendi estatal*”³³⁴. Por estas razones se ha afirmado que los órganos administrativos deben limitar su función a fiscalizar los actos sancionados por la ley, mediante una interpretación objetiva y evidente a la normativa sectorial de su competencia³³⁵, “*debiendo limitarse a efectuar la denuncia pertinente ante los tribunales de justicia, porque la calificación jurídica de los hechos es una materia eminentemente jurisdiccional*”³³⁶.

A modo de resumen, los argumentos de quienes niegan valor de fuente del Derecho Administrativo a la interpretación administrativas son:

- i. En razón del principio constitucional de reserva legal, la delegación de potestades normativas que el Legislativo realiza a la Administración deviene en inconstitucional. Esta idea se ve reforzada en el valor jerárquico normativo de la interpretación administrativa, inferior al de una ley interpretativa. Mientras ésta última se entiende incorporada a la norma interpretada, la primera no debe tener alcance general.
- ii. El riesgo de interpretaciones ilegales y/o arbitrarias por parte de la Administración es más elevado en comparación al ejercicio legislativo del Congreso o de la dictación de sentencias de la Justicia Ordinaria, pues estos órganos cuentan con resguardos institucionales de independencia que garantizan la creación de normas jurídicas generales y abstractas. Por su parte. el diseño institucional de los órganos

³³³ARÓSTICA, Iván (2006). op. cit. p. 158.

³³⁴ ALCALDE, Enrique (2003). *Los principios generales del derecho*. Ediciones Universidad Católica de Chile. p. 225.

³³⁵ CARMONA, Carlos (1999). *Una aproximación general sobre las superintendencias desde la perspectiva del Derecho*. p. 21.

³³⁶ GARCÍA, José Francisco (2009). op. cit. p. 362. Por su parte, respeto de la regulación ambiental, GARCÍA y VERDUGO sostienen que “*el reconocimiento legislativo de la necesidad de fortalecer el control judicial de la regulación administrativa ambiental a través de un tribunal as hoc echa por tierra las pretensiones de algunos autores de permitir que las superintendencias tuvieran potestades de carácter jurisdiccional*”. GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2010). op. cit. p. 302.

- administrativos no cuenta con garantías suficientes de autonomía en la toma de decisiones que comprometen el interés público.
- iii. La Administración adolece de vicios propios de los sistemas democráticos, como el Estado de partidos, la corrupción y la captura del regulador, lo que hace dudar del criterio jurídico empleado en sus actos de juicio o normativos.
 - iv. Los órganos administrativos, a pesar de estar aparentemente dotados de facultades jurisdiccionales, no deben ser considerados, sin una mayor revisión, como tribunales, ya que no son órganos independientes, imparciales, ni sus “jueces” son inamovibles del cargo. Más bien, son órganos “cuasi jurisdiccionales”, cuyos actos resolutivos necesariamente deben estar sujetos al control judicial. En otras palabras, los órganos administrativos carecen de aptitud institucional para ser considerados tribunales.
 - v. En virtud del principio político de separación de funciones o poderes, reconocer valor de fuente de Derecho a la interpretación administrativa significaría aceptar una intromisión del Ejecutivo en funciones propias del Legislativo y Judicial.
 - vi. La necesidad de someter a la discrecionalidad administrativa a control judicial evita falta de certeza en el sistema de fuentes del Derecho Administrativo, pues evita abusos ilegales y/o arbitrarios en la interpretación de normas sectoriales por parte de la Administración. La verdadera fuente interpretativa de Derecho es la realizada por el juez en el ejercicio de control discrecional de la Administración.

3.2 Tesis que acepta el valor de fuente del Derecho Administrativo a la interpretación administrativa

Mucho se ha escrito sobre la jurisprudencia administrativa, los alcances de la interpretación administrativa en el sistema de fuentes del Derecho Administrativo y las repercusiones en el Estado de Derecho que puede alcanzar la discrecionalidad administrativa. En el contexto de este análisis, VERGARA, para responder la pregunta “*¿qué jurisdicción debe conocer de las materias contencioso-administrativas?*” hace una distinción que, al parecer, ha pasado desapercibida por una porción importante de la doctrina. El académico agrupa las respuestas a

esta pregunta en dos grandes bloques: respuestas de *lege ferenda* y respuestas de *lege data*³³⁷. En otras palabras, el autor implica que, para el análisis certero de nuestro sistema de justicia administrativa, es menester quitar las anteojeras de nuestras buenas intenciones y examinar el ordenamiento jurídico tal cual es. Considerando –*lege data*– el sistema de fuentes del Derecho Administrativo, el profesor SOTO KLOSS declaró que “*es un hecho indiscutible que una buena parte, y nada escasa, de nuestro Derecho Administrativo, más que emanar de la ley, arranca sus raíces de la jurisprudencia, sea contralora, sea judicial*”³³⁸. Al respecto, cabe recordar lo señalado con anterioridad sobre la interpretación administrativa de la Contraloría General de la República, y cómo a otros órganos de la Administración se les ha facultado para interpretar normas legales, utilizando como modelo al órgano contralor³³⁹.

La facultad de interpretar la ley que se ha otorgado a determinados órganos de la Administración tiene, en cada caso, su origen en una ley o una norma que hace sus veces, ya sea un decreto con fuerza de ley o un decreto ley, que en todo caso es dictada en conformidad a la Constitución Política de la República³⁴⁰. El profesor GUZMÁN BRITO incluso señala que un órgano de la Administración, sin estar expresamente facultado para interpretar administrativamente la ley sectorial que vigila o regula, puede hacerlo, ya que “*basta con que la ley, generalmente su ley orgánica, les encomiende aplicar ciertas leyes o supervigilar su aplicación ejecutada por otros órganos para que se entienda que pueden interpretar esas leyes, porque en caso contrario no las podrían aplicar*”³⁴¹. En virtud de que la facultad de interpretación administrativa, y la consecuente jurisprudencia administrativa emanada de los

³³⁷ VERGARA, Alejandro (2011). *op. cit.* p. 40.

³³⁸ SOTO KLOSS, Eduardo (1989). *Invalidez de los actos administrativos*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 16, No. 2 (junio-agosto de 1989). p. 475. Cabe citar como ejemplo de la jurisprudencia administrativa actuando como fuente formal del Derecho Administrativo la evolución del procedimiento administrativo en Chile. Al respecto, se ha dicho que “*en Chile, en una praxis completamente alejada del movimiento de codificación procedimental por el que optaron otros países de nuestro entorno cercano –siguiendo el extendido modelo español de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958– la originalidad del modelo nacional descansa en la incorporación paulatina de reglas, principios y de un régimen jurídico general del procedimiento administrativo en base a la labor jurisprudencial de este órgano fiscalizador. De forma tal que a principios de la primera década de este siglo XXI, cuando entra en vigencia la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, ella sólo viene a superponerse con retraso a una cultura de relativa generalización jurisprudencial de reglas mínimas sobre el proceso de formación de los actos administrativos, que le precedía en unos 40 años de lenta evolución*”. JARA, Jaime (2013). *La Contraloría General de la República y su contribución al surgimiento y evolución del procedimiento administrativo en Chile*. En Revista de Derecho Público, Vol. 78, 1° Semestre 2013. Universidad de Chile. pp. 64-65.

³³⁹ *Supra*, 2.2.

³⁴⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014). *op. cit.* p. 57.

³⁴¹ *Ibid.* p. 60.

órganos administrativos facultados para interpretar la ley, son normas jurídicas dictadas en conformidad a la Constitución, deben ser consideradas dentro del ordenamiento jurídico como una fuente formal de Derecho, que en especial regula a la Administración³⁴². Al respecto, cabe hacer presente que no toda norma jurídica nace a la luz del derecho como una ley, como es el caso de la jurisprudencia administrativa, pero sí es concebida en virtud de una ley, que le otorga el carácter de norma imperativa que debe ser obedecida³⁴³. Esta idea es compartida por EVANS, quien declaró respecto de las superintendencias que son “*órganos autónomos, a veces funcionalmente descentralizados, pero en todos los casos con potestades interpretativo-normativas establecidas en la respectiva ley de creación, por lo que la habilitación competencial para dictar normas obligatorias a los particulares y entes fiscalizados emana de esa fuente y no de una derivación de la facultad atribuida al Jefe de Estado para dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes*”³⁴⁴.

Las normas jurídicas que son creadas consecuencia de la interpretación administrativa, de acuerdo a quienes sostienen la tesis que la considera fuente de Derecho, no contravienen el principio constitucional de reserva legal. En este sentido, FERMANDOIS, luego de explicar las diferentes posiciones doctrinales respecto al principio de reserva legal³⁴⁵, plantea una “tesis realista” sobre el principio de reserva legal: “*la ejecución administrativa de la ley reguladora podría conllevar también cierto grado de regulación, entendida como ‘ajustar a regla o someter a reglamentación’; pero la esencia de la ejecución –que la separa de la regulación– consiste en que esta norma ejecutora no podrá jamás imponer parámetros, regulaciones, requisitos, formalidades u ordenaciones que sean más exigentes, gravosos o dificultosos que los que ha impuesto previamente la ley*”. El académico concluye “*he ahí la esencia de la*

³⁴² CÉSPEDES, Rodrigo (2001). *La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, No. 1 (Enero / Marzo 2001). p. 159.

³⁴³ NINO, Carlos (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Editorial Astrea. 2ª edición. Buenos Aires. p. 95.

³⁴⁴ EVANS, Eugenio (2002). op cit. p. 681.

³⁴⁵ Distinguiendo entre la tesis de “reserva legal absoluta o extensiva”, que sostiene la idea de la indelegabilidad de regulación de materias que deben solo ser materia de ley, quedando al reglamento solo la ejecución de dicha regulación; la tesis de “reserva legal relativa”, que defiende una posición más activa de la Administración, y no la relega a ser un mero ejecutor de la ley, sino que pueda regular en conformidad a la ley; y la tesis de “reserva legal poderosa”, que consiste en la admisión de la regulación mediante la potestad reglamentaria de ejecución respecto de garantías constitucionales, facilitando el cumplimiento de la ley, dictando normas limitada a este efecto.

potestad reglamentaria de ejecución tolerada por la Constitución y he ahí la frontera entre lo constitucional y lo inicuo, ilegítimo e inconstitucional”³⁴⁶. En este mismo sentido, MORAGA declaró que “*la circunstancia que el Constituyente establezca la reserva de ley (...) no significa que la potestad reglamentaria esté impedida absolutamente de entrar a normar, de un modo colaborativo y particularizador en aspectos instrumentales y con sujeción a la ordenación legal superior, a la propia ley*”³⁴⁷. En concordancia con los autores antes citados, pareciera correcto sostener la idea que la concepción clásica del principio de legalidad, entendido como el sometimiento absoluto de la Administración –entendida a su vez como un mero ejecutor- a la ley, ha sido superada, dando cabida a un concepto más amplio que considera no solo la ley como fuente del Derecho a la que los órganos de la Administración deben fidelidad en su actuar, sino que al ordenamiento jurídico como un conjunto armónico, incluyendo, por lo tanto, normas constitucionales, legales, reglamentarias y nacidas del ejercicio jurisdiccional³⁴⁸.

Otro argumento a favor de considerar a la interpretación administrativa como fuente normativa de regulación es que el precedente administrativo es vinculante, al menos para el órgano que lo dictó. A diferencia de los opositores a esta hipótesis, quienes apoyan esta idea consideran que la discrecionalidad administrativa se encuentra institucionalmente resguardada de incurrir en interpretaciones arbitrarias, abusivas y contrarias a Derecho. Siguiendo el análisis del profesor CÉSPEDES³⁴⁹, a pesar de no existir una norma general que consagre la obligatoriedad de los precedentes administrativos, al aplicar ciertos principios jurídicos que son parte de las “Bases Generales” comunes para toda la Administración³⁵⁰, se puede deducir que la jurisprudencia administrativa considerada como precedente si es obligatoria. Sobre la supremacía y aplicación de estos principios constitucionales que rigen el actuar de la

³⁴⁶ FERMANDOIS, Arturo (2001). op. cit. pp. 157-163.

³⁴⁷ MORAGA, Claudio (2011). *La actividad formal de la administración del Estado*. En Tratado de Derecho Administrativo, Tomo VII. Legal Publishing. p. 50.

³⁴⁸ URUETA, Mamiel (1999). op. cit. p. 149.

³⁴⁹ CÉSPEDES, Rodrigo (2001). op. cit. pp. 153-156.

³⁵⁰ CORDERO, Luis (2015). op. cit. p. 36.

Administración, es importante señalar que encausan el ejercicio del poder público, mediante limitaciones que proscriben el actuar arbitrario e ilegal de los órganos ejecutivos³⁵¹.

Uno de estos principios es el de igualdad ante la ley, entendida como no discriminación arbitraria, amparado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución. El profesor SOTO KLOSS, sobre este tema ha señalado que la uniformidad en la actuación de la Administración, manifestada en la uniformidad en la forma de desarrollarse y en los criterios de sus decisiones, tiene como consecuencia la estabilidad, homogeneidad y previsibilidad de sus decisiones, lo que ofrece seguridad jurídica ya que, ante iguales situaciones, el órgano administrativo tomará decisiones análogas³⁵². Respecto de la jurisprudencia administrativa de la Contraloría –por lo tanto aplicable a otros órganos de la Administración con facultades interpretativas- el académico afirma que *“todo el sistema contralor se fundamenta precisamente en el respeto de las decisiones/dictámenes precedentes, que constituyen su jurisprudencia; de allí es que esta se configure sobre la base de la aplicación constante, reiterada y uniforme de dictámenes a los casos semejantes y análogos, no siendo jurídicamente válida alterarlos cuando las situaciones son idénticas, iguales, semejantes o análogas. En otros términos, su jurisprudencia obliga a la Contraloría General de la República; sus precedentes le vinculan, le obligan, son parte del ordenamiento jurídico vigente”*³⁵³. Bajo un razonamiento *contrario sensu*, la Administración discriminaría al no seguir el precedente del respectivo órgano, contraviniendo la normativa constitucional.

En relación a la interdicción de arbitrariedad, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ sostienen que este principio exige que toda decisión discrecional tomada por la Administración debe tener como fundamento un elemento racional y debidamente justificado³⁵⁴. De acuerdo a la doctrina, el elemento del acto administrativo que provee de

³⁵¹ PONCE DE LEÓN, Sandra (2014). *Notas sobre la discrecionalidad en la Administración del Estado*. En Administración y Derecho: homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. pp. 194-195.

³⁵² SOTO KLOSS, Eduardo (1999). *Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 26, No. 2 (Abril / Junio 1999). p. 401.

³⁵³ *Ibid.* p. 402.

³⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás (2002). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Editorial Civitas. Madrid. p.480.

racionalidad y justificación a los actos discrecionales es la motivación, definida por ENCINA como “*el deber del Estado consistente en expresar las razones de hecho y de Derecho que llevaron a la Administración a la dictación de un acto, explicando y justificando la decisión adoptada*”³⁵⁵. La importancia de la motivación de los actos administrativos radica en que su ausencia es sinónimo de arbitrariedad, mientras que su presencia inviste formalmente al acto administrativo discrecional de apariencia de legitimidad, y sustancialmente de suficiencia de razonabilidad³⁵⁶. En este sentido, se ha dicho que la motivación es epicentro de la lucha de la debida fundamentación del acto administrativo y de la racionalización del poder del Estado³⁵⁷. El ejercicio racional de la Administración se aprecia en la motivación porque, para entender que ésta es suficiente, es requisito que el acto discrecional sea precedido de un ejercicio argumentativo basado en los antecedentes que constan en el respectivo expediente administrativo, y no en una mera cita de la norma aplicada que sirve de base para el silogismo jurídico que concluye en la resolución administrativa³⁵⁸. Gracias a la obligación de motivar los actos administrativos³⁵⁹, se hace patente la razonabilidad y razonabilidad de las decisiones administrativas acertadas, y también facilita el descubrimiento de los errores de Derecho en el razonamiento del órgano administrativo³⁶⁰, lo que permite encontrar argumentos de hecho y Derecho para que se puedan impugnar estos actos³⁶¹.

Otro de los principios por los que debe considerarse obligatorios los precedentes administrativos es el de la teoría de los actos propios. El *venire contra factum proprium non valet* Administrativo, estrechamente relacionado con el principio de igualdad y no discriminación arbitraria, consiste en la prohibición de ejercer una facultad –en este caso interpretativa discrecional- en contradicción a una conducta propia anterior. De acuerdo a

³⁵⁵ ENCINA, Juan Andrés (2015). *Motivación de los actos administrativos. Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Librotecnia. Santiago. p. 34.

³⁵⁶ SAAVEDRA, Rubén (2001). op. cit. p. 131.

³⁵⁷ ENCINA, Juan Andrés (2015). op. cit. p. 49.

³⁵⁸ CORDERO, Luis (2015). op. cit. pp. 91-92.

³⁵⁹ Contendida en los artículos 11, 16, 41 inciso 4° y 6°, todos de la Ley N° 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Para un análisis acabo de la materia, véase ENCINA, Juan Andrés (2015). op. cit. pp. 84-90.

³⁶⁰ ALCALDE, Enrique (2013). *La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas. Responsabilidad civil y penal administrativa*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Centro de Gobierno Corporativo. p. 389.

³⁶¹ CAMACHO, Gladys (2010). *La actividad sustancial de la Administración del Estado*. En Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV. Legal Publishing. p. 49.

CÉSPEDES, “*la administración al emitir un pronunciamiento en determinado sentido, se encuentra ligada por dicho acto para el futuro; apartarse de esa interpretación de la ley implicaría ir contra sus propios actos, dañar la seguridad jurídica y, en definitiva, discriminar*”³⁶². Al contravenir actos propios al interpretar la ley, la Administración también pasa por alto otros dos principios que son corolarios de la teoría de los actos propios: la buena fe administrativa y la confianza legítima que el administrado deposita en la Administración.

El principio de la buena fe, reconocido como parte de los principios que informan y complementan el ordenamiento jurídico, en sede Administrativa se manifiesta en la prohibición de ir en contra de los actos propios, así como en el retraso desleal en la realización de actos administrativos, en el abuso de la nulidad motivos parciales, o en el cumplimiento parcial de solicitudes de los administrados, entre otros³⁶³. En relación al principio de los actos propios, el órgano administrativo se opone a la buena fe en sus actos discrecionales cuando contradice su razonamiento anterior sin causa justificada. Se entiende que existe un motivo suficientemente justificado para contradecir un razonamiento anterior por parte de la Administración cuando el precedente anterior se funda en antecedentes fácticos diferente al caso en cuestión, cuando una fuente formal de jerarquía superior –como puede ser una ley interpretativa o jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema- modifica la interpretación anterior ofrecida por la Administración, cuando el órgano motiva con fundamentos racionales aceptados por el Derecho de manera diferente a como lo ha hecho con anterioridad³⁶⁴, o el acto administrativo anterior adolece de un vicio de nulidad³⁶⁵.

³⁶² CÉSPEDES, Rodrigo (2001).op. cit. p. 154.

³⁶³ SAAVEDRA, Rubén (2001). op. cit. p. 141.

³⁶⁴ Al respecto cabe señalar que algunos autores han definido la discrecionalidad administrativa en oposición al acto administrativo reglado, señalando que “*mientras que el acto reglado se refiere a la simple ejecución de la ley, la cual señala cómo debe la administración pública comprender el deber de actuar en el ejercicio de su autoridad, el acto administrativo propiamente discrecional alude a aquellos casos en los que existe cierto margen de libertad necesario para el aseguramiento de una apreciación y comprensión justas en la aplicación de la norma y, por consiguiente, en el marco del respecto al principio de legalidad*”. NAVARRO, María (2013). Discrecionalidad administrativa. En Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad, N° 3, septiembre 2012 – febrero 2013. p. 201. Siguiendo este curso de argumentación, PONCE DE LEÓN ha conceptualizado la discrecionalidad administrativa como “*una modalidad de ejercicio del poder público que el ordenamiento jurídico expresamente confiere a quien desempeña una función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido en la actuación, concrete el objetivo y el fin de la norma, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el Derecho*”. PONCE DE LEÓN, Sandra (2014). op. cit. pp. 199-200. Se destaca de esta última cita, con la que concuerdo, que el ordenamiento ofrece al órgano de la Administración una gama de soluciones igualmente válidas a la luz del Derecho, para que ejerza sus facultades discrecionales. Por ese motivo, es correcto afirmar

En lo que respecta al principio de la protección de la confianza legítima, éste opera cuando el administrado confía en la estabilidad de las situaciones jurídicas que la misma Administración ha creado mediante sus propias resoluciones³⁶⁶, en especial si se trata de actos que crean una situación jurídica favorable para el administrado, o crea derechos para éste³⁶⁷, sin perjuicio de lo que la justicia ordinaria pueda decidir con posterioridad en el ejercicio del control a la discrecionalidad administrativa. De acuerdo al análisis de MUÑOZ, los requisitos de procedencia para invocar el principio de la protección de la confianza legítima consisten en que se trate de mantener una situación jurídica legítima, es decir, concordante a Derecho, y que la confianza debe haberse generado a partir de actos positivos de la Administración, vale decir, a partir de resoluciones y no de silencio administrativo³⁶⁸. A estos argumentos debe adicionarse la convicción del propio órgano Administrativo que señala que las situaciones jurídicas que ha creado son legítimas, constituyen Derecho y, por lo tanto, sus precedentes constituyen jurisprudencia administrativa³⁶⁹.

En concordancia con todo lo expresado con anterioridad, es posible afirmar que el ordenamiento jurídico contiene resguardos suficientes para evitar que las decisiones administrativas discrecionales sean abusivas, arbitrarias o ilegales. Como lo asevera SAAVEDRA, “*la discrecionalidad no constituye un mal que hay que evitar, sino una premisa necesaria para el buen funcionamiento de la Administración*”³⁷⁰, ya que el ejercicio de las facultades discrecionales, dentro de los marcos del Derecho Administrativo, es el antónimo del ejercicio arbitrario de poder³⁷¹.

que no es contrario a la buena fe administrativa la elección de una u otra opción, siempre que la decisión se encuentre debidamente argumentada conforme a la razón y el Derecho.

³⁶⁵ CÉSPEDES, Rodrigo (2001). op. cit. pp. 155-156.

³⁶⁶ SAAVEDRA, Rubén (2001). op. cit. pp. 148-149.

³⁶⁷ BERMÚDEZ, Jorge (2005). *El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria*. En Revista de Derecho, Vol. XVIII – N° 2 – Diciembre 2005. Revista de Derecho (Valdivia). pp. 85-105.

³⁶⁸ MUÑOZ, Santiago (2004) *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I*. Editorial Thomson-Civitas. Madrid. p. 582. Citado por SAAVEDRA, Rubén (2001). op. cit. p. 151.

³⁶⁹ CÉSPEDES, Rodrigo (2001). op. cit. p. 154.

³⁷⁰ SAAVEDRA, Rubén (2001). op. cit. p. 2.

³⁷¹ OELCKERS, Osvaldo (1984). *Nuevos roles de la administración pública y su regulación por el Derecho Administrativo*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 11, No. 2/3 (mayo - diciembre 1984). p. 475. En este mismo sentido, CASSAGNE sostiene

Una pregunta que nace luego de determinar la obligatoriedad del precedente administrativo es determinar el universo de obligados por la interpretación realizada por la Administración. Respecto de la interpretación que realiza cada jefe de servicio, ésta es al menos vinculante para el mismo órgano y sus funcionarios³⁷². Y dado que el funcionario está obligado a acatar esta interpretación, lo hará cada vez que un particular regulado actúe ante el servicio, gravándolo de esta manera con dicha interpretación³⁷³. Con relación a la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, también se ha determinado por la doctrina que es obligatoria, no solo para la misma Contraloría, sino para toda la Administración, por lo que no solo es aplicable para el caso concreto al que se refiere sino, como dice CORDERO, a *“todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen de que se trate, por lo que, como se evidencia, son de aplicación general”*³⁷⁴. Cabe concluir que las interpretaciones que la Administración haga de la ley no solo son vinculantes, sino de aplicación general³⁷⁵.

Otro argumento en favor de considerar que la interpretación administrativa es fuente formal del Derecho Administrativo guarda relación con la naturaleza de las atribuciones con las que la ley faculta al órgano administrativo para el cumplimiento de sus objetivos institucionales. Me refiero a la calificación de tribunal determinado por ley que detentan los órganos administrativos, en virtud del ejercicio de facultades jurisdiccionales. La pregunta clave que debe ser respondida para determinar si los órganos administrativos son o no tribunales es

que *“la discrecionalidad no implica un arbitrio ilimitado ni absoluto. Antes bien, se encuentra circunscripta tanto por los límites sustanciales y formales del ordenamiento positivo, tales como las reglas que prescriben la competencia de los órganos o entes, y fundamentalmente, por los principios generales del Derecho”*. CASSAGNE, Juan Carlos (2009). *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Editorial Marcial Pons. p. 50.

³⁷² GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014). op. cit. pp. 117-131.

³⁷³ Íbid. p. 131.

³⁷⁴ CORDERO, Luis (2010). op. cit. pp. 170-171.

³⁷⁵ Al respecto, el mismo CORDERO declaró que *“al ampliar la cobertura de la vinculatoriedad de su jurisprudencia y derechamente afirmar que ésta, más allá del mandato explícito de su ley, ‘no solo tienen el carácter de obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto de la materia de que se trate, por lo que mientras constituyan jurisprudencia vigente, son de aplicación general’, se ha transformado en un legislador positivo”*. Íbid. p. 186. En mi opinión, más que transformarse en un legislador positivo, el órgano administrativo que interpreta crea Derecho, pero mediante una fuente formal diferente a la ley, por lo que no es exacto señalar que es un “legislador”.

“¿ejercen o no jurisdicción?”³⁷⁶. Sobre esta materia, el profesor PANTOJA señaló que por razones jurídicas y prácticas, la Constitución y las leyes han confiado la función jurisdiccional –entendida como aquella actividad del Estado que constituye o declara situaciones jurídicas subjetivas con fuerza de verdad legal- a autoridades administrativas³⁷⁷, lo que se explica por motivos históricos³⁷⁸, consistentes en la herencia europea de gestión del Estado mediante la forma jurisdiccional³⁷⁹.

En Chile, un caso emblemático del reconocimiento de facultades jurisdiccionales conferidas a un órgano administrativo es el de la judicatura tributaria, que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.322 correspondía al respectivo Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, quien actuaba como tribunal tributario. Así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional, al referirse a la inconstitucionalidad del antiguo artículo 116 del Código Tributario³⁸⁰, que facultaba al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos para delegar la facultad jurisdiccional que el legislador le había confiado³⁸¹. Otro caso expresamente reconocido por nuestro ordenamiento jurídico en que un órgano de la administración ejerce jurisdicción es el de la Contraloría General de la República, a través del Subcontralor, por la actividad del Tribunal de Cuentas reconocido no solo a nivel legal (en los artículos 107 y siguientes de la Ley N° 10.336), sino constitucional, en virtud del inciso 1° del artículo 98 de la Constitución³⁸², respecto del juzgamiento de cuentas que deben rendir ciertos funcionarios públicos. FERRADA menciona como otros ejemplos de órganos

³⁷⁶ Es pertinente recordar la definición de jurisdicción ofrecida por COLOMBO: “*el poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir*”. COLOMBO, Juan (1991). op. cit. p. 41.

³⁷⁷ Para GUZMÁN BRITO, los actos interpretativos de los órganos de la Administración son declaraciones de juicio, de acuerdo al artículo 3° de la Ley N° 19880, “*lo cual no impide que se añada una declaración de voluntad, como si el emisor ordena que la interpretación que ha proferido sea acatada por todos los órganos ejecutivos u operativo del servicio*”. GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014). op. cit. pp. 148-149.

³⁷⁸ PANTOJA, Rolando (2004). *La organización administrativa del Estado*. Editorial Jurídica de Chile. p 360.

³⁷⁹ BORDALÍ, Andrés (2006). op. cit. pp. 19-23.

³⁸⁰ El tenor literal del antiguo artículo 116 del Código Tributario rezaba: “*El Director Regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando 'por orden del Director Regional'*”.

³⁸¹ Sentencia 681, considerandos 17 al 25; Sentencia 499, considerandos 21 al 23; y Sentencia 595, considerando 14, todas del Tribunal Constitucional.

³⁸² El tenor literal del artículo 98 inciso 1° de la Constitución es: “*Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva*”.

administrativos que ejercen jurisdicción al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, al Jefe del Departamento de Propiedad Industrial, y al Consejo Nacional de Televisión³⁸³.

Sin embargo, el mismo autor señala que una comprensión demasiado amplia del término “órgano que ejerce jurisdicción” conllevaría una desnaturalización de toda la Administración Activa³⁸⁴. CASSAGNE propone como solución a esta problemática utilizar cinco criterios copulativos de constitucionalidad para limitar el listado de órganos administrativos que deben ser considerados como tribunales por ejercer jurisdicción: que los respectivos órganos de la Administración hayan sido creados por ley; que su independencia e imparcialidad se encuentren aseguradas; que el objetivo político y económico que preside su creación haya sido razonable; que sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente; y que la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos de la Administración no comprendan materias de derecho común³⁸⁵. En tanto el órgano administrativo cumpla con todos estos requisitos, le son predicables las normas y criterios que regulan el ejercicio de la función jurisdiccional, por lo que sus resoluciones sostenidas en el tiempo constituyen jurisprudencia, vale decir, crea derecho.

De los criterios propuestos por CASSAGNE, hay dos que merecen comentarios adicionales: la necesidad de independencia del órgano administrativo y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Sobre este último se profundizará más adelante en este mismo acápite. Ahora haré algunos comentarios sobre la independencia del órgano administrativo. Con anterioridad, se sostuvo que una de las críticas de mayor peso esgrimida por aquellos que no consideran que los órganos de la Administración ejercen función jurisdiccional es la falta de independencia de los funcionarios que hacen las veces de juez en el ejercicio de discrecionalidad, ya que dependen directamente del Presidente de la República para su

³⁸³ Respectivamente en virtud de los primeros tres incisos del artículo 36 A de la Ley N° 18.168; del artículo 4 y siguientes del DFL N° 3 de 2006 del Ministerio de Economía; y del artículo 34 de la Ley N° 18.383. FERRADA, Juan Carlos (2011). op. cit. p. 136.

³⁸⁴ *Ibid*, p. 139.

³⁸⁵ CASSAGNE, Juan Carlos (2006). *Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores o agencias independientes*. En *Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 16. p. 72.

designación y permanencia en el cargo. Sin perjuicio de reconocer la importancia de la independencia en el ejercicio de la actividad jurisdiccional por parte de un juez que forma parte del Poder Judicial, es pertinente analizar críticamente el rol que cumple este principio dentro de la dinámica democrática en la que se desenvuelve la Administración.

¿En qué consiste realmente el principio de independencia de los jueces, y cuál es su finalidad? Las respuestas a sendas preguntas ayudarán a comprender el rol democrático del ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de la Administración. Una especie de ceguera ideológica ha llevado a gran parte de la doctrina a idealizar el principio de independencia de los jueces. Sin embargo, dicha independencia no es absoluta, y tiene límites. Tal como lo hace ver ATRIA, en virtud de la superintendencia disciplinaria que ostenta la Corte Suprema respecto de los demás tribunales de justicia que forman parte del Poder Judicial, los jueces pueden ser sancionados con la remoción de su cargo por la Corte Suprema, por lo que no gozan de inamovilidad absoluta, por lo tanto, al interior del Poder al que pertenecen – entendido como un órgano estatal-, si no gozan de inamovilidad, tampoco gozan de total independencia para resolver³⁸⁶. En otras palabras, la independencia institucional, de acuerdo a nuestra arquitectura constitucional y normativa, requerida para el ejercicio de la función jurisdiccional, se refiere a una independencia respecto de otros órganos y Poderes del Estado, no a una independencia individual absoluta del funcionario. A mayor abundamiento, la independencia de los jueces se ve afectada por el sistema de carrera judicial, que sirve como motivación para que los jueces de instancia resuelvan como lo harían los de casación³⁸⁷, y por el sistema de autogeneración incompleta para el nombramiento de jueces³⁸⁸. De acuerdo a BORDALÍ, esta influencia podría incluso teñirse de tintes políticos, ya que los Tribunales Superiores podrían no solo actuar aplicando la ley, sino como actores políticos coyunturales. El autor cita el caso italiano, en el que a principios del siglo XX se dio una dinámica en la que

³⁸⁶ ATRIA, Fernando (2007). *La improbabilidad de la jurisdicción*. En Revista En Foco N° 114. Editorial Expansiva. p. 11. Disponible en <http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/14112007100957.pdf>

³⁸⁷ BORDALÍ, Andrés (2013). *La independencia de los jueces en la aplicación de la ley dentro de la organización judicial chilena*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 40, No. 2 (Mayo - Agosto 2013). pp. 619-621.

³⁸⁸ Al respecto, se ha sostenido que, respeto de la participación del Legislativo en el nombramiento de jueces, “se conducirá la dependencia de los jueces al poder político, con la consiguiente debilitación de las garantías de independencia e imparcialidad en el desenvolvimiento jurisdiccional, y difícil será no dudar de influencias o compromisos indebidos”. MATURANA, Cristián (2012). op. cit. p. 155.

los jueces de instancia se sometían a los criterios dictados por la Corte de Casación, y ésta era sometida por las tendencias del gobierno de turno³⁸⁹.

Ya que la total independencia de juicio por parte de quienes ejercen la función jurisdiccional parece una utopía, en un Estado de Derecho democrático lo que corresponde es, mediante otras garantías institucionales, buscar el mecanismo de asegurar un juicio imparcial (o lo más imparcial posible), siempre sujeto a revisión. Se puede afirmar que, en cierta medida, la independencia es un medio para alcanzar la imparcialidad de juicio en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico por parte del órgano jurisdiccional; o, en otras palabras, que la independencia es un requisito instrumental para alcanzar la imparcialidad en el juzgamiento. En este sentido, el razonamiento de IBÁÑEZ es claro al establecer los vínculos entre la independencia y la imparcialidad: *“Estrechamente interimplicados, independencia e imparcialidad son, pues, términos conceptualmente susceptibles de deslinde, mediante el análisis. Éste hace ver que la relación que mantienen, en el plano constitucional, es de funcionalidad del primero respecto del segundo. Y de ambos al principio de legalidad: sujeción del juez sólo a la ley, que, a su vez, mira a hacer efectivo el principio de igualdad. Por tanto, la independencia guarda relación con la posición de la magistratura en el marco estatal y con la del juez en el contexto orgánico. La imparcialidad, tiene en la independencia un presupuesto o condición de posibilidad; y su espacio propio de actuación en el enjuiciamiento”*³⁹⁰.

La doctrina ha definido la garantía de imparcialidad como aquel requisito que debe cumplir el órgano jurisdiccional, consistente en *“obrar sin prejuicio o designio anticipado a favor o en contra de personas, ideas, situaciones, de igualdades, diferencias y de cosas”*. Es considerado como imparcial *“el órgano jurisdiccional impersonal o institucionalmente concebido, cuyo*

³⁸⁹ BORDALÍ, Andrés (2013). op. cit. p. 621.

³⁹⁰ IBÁÑEZ, Perfecto (2009). *Imparcialidad judicial e independencia judicial*. En *Ética Judicial: reflexiones desde jueces para la democracia*. Fundación Antonio Carretero. pp. 21-22.

actuar es objetivo, dirigido sólo por la justicia y que, para realizarla, vence o rechaza cualquier circunstancia extraña a su oficio”³⁹¹.

La imparcialidad, como garantía en el juzgamiento por parte de órganos administrativos, no es una garantía que solo se encuentra vinculada a la independencia del funcionario respecto de otros órganos y otros Poderes del Estado, o que cuyo objetivo sea privar al funcionario de sus opiniones políticas, sino, como lo señala FERREIRA, debe entenderse como *“una garantía para el respeto de una serie de fines implícitos en el funcionamiento de una Administración democrática”*³⁹². En nuestro ordenamiento jurídico, los principios que resguardan el funcionamiento democrático de la Administración se encuentran consagrados en ambos incisos del artículo 3° de la Ley N° 18.575 General de Bases de la Administración del Estado, cuyo tenor literal es: *“La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal. La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes”*.

De la lectura de la norma precitada, y solo en lo que es pertinente al actual análisis, se deben destacar dos comentarios. El primero de ellos consiste en que la Administración, por mandato legal, no puede actuar como un tercero imparcial absoluto al resolver un asunto sometido a su jurisdicción, ya que su finalidad es *“promover el bien común atendiendo las*

³⁹¹ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2005). *El Derecho Constitucional al Debido proceso con especial aplicación al Nuevo Proceso penal*. En Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de Chile. p. 80.

³⁹² FERREIRA, Xavier (2002). *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*. Instituto Nacional de Administración Pública de Madrid. p. 59.

necesidades públicas en forma continua y permanente”. Vale decir, el juzgamiento que realice el órgano administrativo debe seguir las directrices de las políticas públicas que satisfagan las necesidades demandadas por el bienestar general³⁹³. Además, los órganos administrativos que gozan de facultades jurisdiccionales son también, por regla general, los mismos que realizan la investigación pertinente, obedeciendo el principio inquisitivo de regulación del proceso. En atención a la estructura institucional antes descrita, ¿puede aplicarse la garantía de imparcialidad a los órganos administrativos que ejercen jurisdicción? ALCALDE responde afirmativamente esta pregunta, aseverando que no solo puede, sino que debe exigirse que el órgano que ejerce jurisdicción en sede administrativa sea imparcial, *“lo cual exige que el estándar que debe observar quien ejerce la función jurisdiccional lo compele también a comportarse cuidando su ‘apariencia de imparcialidad’ y en consecuencia que debe abstenerse de ejecutar cualquier acto que pueda poner en duda o que haga cuestionar la imparcialidad con la que llevará a cabo y ejercerá su potestad”*³⁹⁴.

El segundo comentario relativo al artículo 3 de la Ley N° 18.575 responde a la cuestión sobre cómo el órgano administrativo logra la imparcialidad en su juzgamiento, y cómo institucionalmente se garantiza dicha imparcialidad. De acuerdo a JARA, *“la idea de imparcialidad en el ámbito administrativo no es equivalente a aquella que impera en el ejercicio de la función judicial. La imparcialidad administrativa más que ‘neutralidad’ frente al objeto del procedimiento (propia del juez: independencia), se acerca a la idea de ‘objetividad’ en la fundamentación y adopción de las decisiones”*³⁹⁵. La mencionada

³⁹³ Lo que no implica que el órgano de la Administración vulnere la garantía constitucional de igualdad ante la ley. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dicho que *“Ni la ley orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, ni las de otras entidades fiscalizadoras similares, como la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, la de Seguridad Social, del Medio Ambiente, de Salud, de Casinos de Juego, de Electricidad y Combustibles, establecen en sus procedimientos que de existir mérito para ello y antes de sancionar deba formular cargos, de manera que éstas brindan el mismo trato procedimental a los sujetos por ellas fiscalizados, en condiciones semejantes, lo cual descarta una vulneración a la garantía de igualdad ante la ley adjetiva o procesal”*. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2015). *Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015)*. p. 132.

³⁹⁴ ALCALDE, Enrique (2013). op. cit. p. 409.

³⁹⁵ JARA, Jaime (2009). *Apuntes sobre Acto y Procedimiento Administrativo*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p. 100. En este mismo sentido, ALCALDE sostiene que *“el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración únicamente puede ser ejercido tratándose de infracciones ‘manifiestas’, ‘objetivas’, y ‘evidentes’”*. ALCALDE, Enrique (2013). op. cit. p. 410. A mayor abundamiento, FERREIRA sostiene que el deber de imparcialidad administrativa *“no es un medio para privar al funcionario de sus opiniones políticas”*, sino una garantía democrática. FERREIRA, Xavier (2002). op. cit. p. 59. No obstante lo anterior, el principio de probidad administrativa está relacionado con el principio de apoliticidad, entendido por la Contraloría General de la República como la prohibición para los funcionarios de realizar cualquier actividad política

objetividad es garantizada mediante los principios de responsabilidad³⁹⁶, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas. Respecto a la impugnabilidad y control de los actos administrativos se hará referencia más adelante en este mismo apartado. Se dedicarán unas líneas a explicar el rol de la probidad y transparencia como garantía de objetividad, y por lo tanto de imparcialidad, en el ejercicio de la facultad jurisdiccional por parte de la Administración.

El artículo 8 de la Constitución y el artículo 11 bis de la Ley N° 18.575 consagran el deber de los funcionarios de observar el principio de probidad administrativa. El principio de probidad administrativa es definido legalmente por el inciso 2° del artículo 54 de la Ley N° 18.575: *“El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”*. El artículo 55 del mismo cuerpo legal establece los estándares para que el funcionario actúe con probidad. Una de las manifestaciones del cumplimiento del principio de probidad, de acuerdo a esta norma, es lo *“razonable e imparcial de sus decisiones”*. Dicho de otra forma, la probidad administrativa es una garantía de imparcialidad en el juzgamiento de la Administración. En palabras de PALLAVICINI, el principio de probidad administrativa significa *“verificar el correcto empleo de los dineros de los contribuyentes; que se deben alcanzar los objetivos previstos; que se deben reducir los costos administrativos sin afectar la calidad y cantidad de los servicios que se proveen a los ciudadanos; y que todo esto debe hacerse en el momento preciso, cuando la necesidad pública está frente a nuestras narices. (...) Deben satisfacer las necesidades colectivas, pero respetando este nuevo estándar: de manera eficiente, eficaz, económica y oportuna, cierto, pero también que dignifique la persona humana. (...) En este sentido, la probidad administrativa juega un rol esencial en el mantenimiento, preservación y*

dentro de la Administración, por lo que *“en el desempeño de su cargo, los servidores públicos no pueden realizar actividades ajenas al mismo, como son las actividades de carácter político contingente, ni tampoco valerse de sus empleos para favorecer o perjudicar a determinada candidatura, tendencia o partido político”*. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2013). *Imparte instrucciones con motivo de las próximas elecciones de Presidente de la República, Senadores, Diputados y Consejeros Regionales*. Instrucción de fecha 5 de septiembre de 2013. p. 2.

³⁹⁶ El principio de responsabilidad administrativa tiene por objetivo internalizar el actuar del funcionario que ejerce facultades interpretativas, de tal forma que *“una infracción a las obligaciones funcionarias (...) involucran un castigo, el que responde al interés público concretado mediante la acción de la Administración”*. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (1999). Dictamen N° 15.587 del año 1999

fortalecimiento del Estado de Derecho”³⁹⁷. La probidad administrativa, por lo tanto, consiste en el deber del funcionario de actuar de manera honesta e íntegra en el ejercicio de sus competencias, teniendo como directriz de comportamiento la búsqueda del interés público, por sobre el suyo particular.

Respecto de la relación entre probidad e imparcialidad, ALCALDE sostiene que “*la imparcialidad así exigida por el ordenamiento se traduce en el deber ético y legal de neutralidad, que proscribire los perjuicios y que connota el deber en que se encuentran los órganos instructores o fiscales, de investigar –con igual celo y acuciosidad- tanto lo que perjudica a una persona (hipótesis de culpabilidad) como aquello que la beneficia (hipótesis de inocencia). Y lo anterior, al punto de tener que transparentar qué indagaciones concretas llevó a cabo para confirmar o descartar cada una de las dos posibilidades en juego*”³⁹⁸. En este sentido, la garantía de imparcialidad es un guardián institucional de la objetividad con la que debe actuar la Administración en la búsqueda del interés general³⁹⁹.

Corresponde hacerse cargo de otro argumento en el que se funda la naturaleza jurisdiccional de la interpretación administrativa. Me refiero al rol que cumple el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Para abordar esta labor, primero es necesario referir algunas palabras a la naturaleza jurídica de la actividad discrecional de la Administración, y su vínculo con el ejercicio de facultades jurisdiccionales. Los críticos de la posición que admite que la interpretación administrativa es fuente formal del Derecho Administrativo afirman, como se analizó con anterioridad, que los riesgos de arbitrariedad e ilegalidad justifican el control judicial de las decisiones discrecionales de la Administración. Sin embargo, esta visión de la institucionalidad administrativa es parcializada, y omite el

³⁹⁷ PALLAVICINI, Julio (2013). *El principio de probidad administrativa en la jurisprudencia de la Contraloría General*. En Revista de Derecho Público, Vol. 78, 1° Sem. 2013. Universidad de Chile. pp. 119-120.

³⁹⁸ ALCALDE, Enrique (2013). op. cit. p. 412.

³⁹⁹ SABÁN, Alfonso (1997). *La aplicación del principio de imparcialidad en la jurisdicción contencioso-administrativa*. En Jueces para la democracia, N° 29. p. 77. Disponible en <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174704>>. En este mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene que “*ante la prepotencia de los partidos, ante el panorama de una corrupción peligrosamente extendida, ha resultado una exigencia especialmente enérgica en el funcionamiento de la Administración actual la de robustecer su objetividad e imparcialidad, la de su buena fe correlativa y todo ello, necesariamente, con la garantía de su neutralidad política*”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1999), op. cit. p. 114.

análisis del contexto en el que se desenvuelve el debate sobre el control judicial a la discrecionalidad administrativa, en cuya consideración corresponde afirmar que el verdadero motivo que lo justifica es el diseño institucional de la separación de los poderes públicos del Estado y la legitimidad democrática que es exigible a todo órgano estatal en razón del Estado de Derecho.

Antes de continuar con el análisis del control judicial de la discrecionalidad administrativa, corresponde referir algunas palabras sobre principio de separación de poderes. De acuerdo al análisis que MAGIDE realiza del Federalista N° 47 de Madison, el concepto de la separación de poderes tiene una lectura *“literal y simplista del reparto de poderes”*, que *“supondría la creación de tres Poderes estatales y la rígida atribución a cada uno de ellos de una de las tres funciones estatales tradicionales”*, mientras que la idea de frenos y contrapesos (*checks and balances*) *“resultaría considerablemente más sutil, pues no supondría una radical división del poder estatal en tres partes, sino que consistiría en un sistema de relaciones entre los diferentes centros de poder regido por la idea de que se contrapesen y frenen unos a otros en garantía de la libertad”*, e implicaría una *“interpretación flexible y teleológica”* del principio⁴⁰⁰. En otras palabras, el sistema de frenos y contrapesos, en conjunto con el de separación de poderes, más que una división absoluta de las funciones estatales entre los clásicos poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, es un mecanismo que permite la competencia interinstitucional, en el que los distintos órganos están facultados en mayor o menor medida para crear normas jurídicas, ejecutarlas y hacerlas cumplir, así como para resolver conflictos jurídicos (con una obvia preponderancia de las respectivas facultades en cada una de las ramas del Estado). NEGRETTO afirma, en este sentido, que *“a diferencia de un esquema de separación pura, que coloca en manos de distintos agentes el ejercicio de una función estatal específica, el modelo de frenos y contrapesos propone complementar la división de poderes con dos elementos adicionales. Por un lado, un sistema electoral que induzca en cada rama del gobierno una representación de intereses lo más diversa posible. Por otro, una distribución de poderes tal que permita a cada uno de los agentes estatales bloquear las decisiones de los otros en ausencia de acuerdo entre los mismos. La idea central*

⁴⁰⁰ MAGIDE, Mariano (2000). op. cit. p. 177.

*de este mecanismo es mantener la separación a través del equilibrio*⁴⁰¹. Respecto a la relación entre la separación de poderes y la creación del Derecho, CASSAGNE señaló que *“la experiencia demuestra que, en mayor o menor medida, los tres órganos del Estado crean y aplican derecho dentro de las competencias que le fijan la Constitución, las leyes o los reglamentos. (...) El constituyente, el legislador, el juez y el funcionario administrativo son creadores de Derecho, aunque en distinta medida*⁴⁰².

En el contexto institucional antes descrito, el control judicial de la discrecionalidad administrativa debe analizarse bajo el prisma de la relación e interacción de no solo los poderes Ejecutivo y Judicial, sino también del Legislativo. Al respecto, BULLINGER define la discrecionalidad como *“un margen de libertad de la Administración que surge cuando su actividad no está plenamente determinada por una ley ni puede ser revisada totalmente por un tribunal, de modo que la discrecionalidad de la Administración pública se caracteriza por una doble independencia en relación con los otros dos Poderes clásicos del Estado: el Poder legislativo y el Poder judicial*⁴⁰³. MAGIDE resalta de esta definición que las facultades discrecionales conferidas por el Legislador a la Administración son una técnica de regulación cuya finalidad es articular la relación entre el poder Legislativo y el Ejecutivo⁴⁰⁴. Entonces, la facultad de interpretación y discrecionalidad administrativa tiene una doble relación bidireccional con el poder Legislativo y con el Judicial. Cabe recordar la ya citada definición de discrecionalidad que ofrece MAGIDE, que la entiende como *“la remisión parcial, de acuerdo con los límites constitucionalmente establecidos al respecto, que el Poder legislativo hace a la Administración pública para que ésta contribuya al paulatino proceso de determinación del interés general a partir de la ponderación de los intereses particulares y colectivos en presencia*⁴⁰⁵. En términos más simples, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ han sostenido que la discrecionalidad no es otra cosa sino una verdadera

⁴⁰¹ NEGRETTO, Gabriel (2009). *Hacia una nueva visión de la separación de poderes en América Latina*. En *El Estado de Derecho: dilemas para América Latina*. Editorial Palestra. p. 183

⁴⁰² CASSAGNE, Juan Carlos (2009). op. cit. p. 178.

⁴⁰³ BULLINGER, Martín (1986). *La discrecionalidad de la Administración pública*. La Ley, VII. p. 1001. Citado en MAGIDE, Mariano (2000). op. cit. p. 247.

⁴⁰⁴ MAGIDE, Mariano (2000). op. cit. p. 248

⁴⁰⁵ *Íbid.* p. 252.

remisión del legislador a la Administración pública, para que en el caso particular determine en qué consiste el interés público⁴⁰⁶.

Por su parte, la relación entre la Administración y el poder Judicial, en lo que respecta al control de la discrecionalidad, debe ser situado en el corazón mismo de un Estado de Derecho. El profesor SILVA CIMMA declaró que *“el control es de la esencia y está íntimamente vinculado a un régimen democrático de gobierno. Bien podríamos expresar que no hay democracia sin control, ni control sin democracia. En efecto, así como para que el control se perfeccione y desarrolle en su amplio sentido es menester la existencia en un sistema que implique garantía de respeto e independencia; así también para que la acción de las esferas políticas y administrativas de un Estado importe garantía de que ese actuar no caerá en los límites de la arbitrariedad, es necesario un control jurídico fuerte, sereno, eficaz, objetivo e independiente”*⁴⁰⁷. El motivo del control judicial de la discrecionalidad administrativa no es la inseguridad jurídica ni la tendencia al abuso de facultades interpretativas por parte de la Administración, como señala parte de la doctrina⁴⁰⁸, sino el control propio que un órgano ejerce sobre otro en el sistema de *checks and balances* propio de una República democrática.

Es importante, en este punto, transparentar que todo accionar, de cualquiera de los tres poderes clásicos del Estado, involucra de manera directa o indirecta un tinte político que debe

⁴⁰⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2004). op. cit. Vol. I. p. 445. En este mismo sentido, CASSAGNE declaró que la discrecionalidad administrativa *“implica un supuesto de remisión legal que habilita a la Administración a escoger una solución entre varias soluciones igualmente justas”*. CASSAGNE, Juan Carlos (2009). op. cit. pp. 49-50. Respecto a la determinación del interés público, MAGIDE realiza un interesante análisis, al argumentar que dicha tarea es siempre política, pues *“en un Estado democrático y pluralista el interés general surge de la ponderación de los diversos intereses, individuales y colectivos, presentes en la sociedad, y dicho proceso supone la confrontación de intereses opuestos”*. MAGIDE, Mariano, op. cit. p. 256. Al tratarse de una labor eminentemente política, resulta superflua la consigna de etiquetar la labor de la Administración, y en especial de los entes reguladores, como meramente técnica, sin ponderar su componente público y político. Lo paradójico es que enfatizar la idea que dichos órganos son solo técnicos (más bien, tecnocráticos), corresponde a una postura ideológica llena de tintes políticos, resultante de una determinada visión de cómo alcanzar el bien común y el rol pasivo del Estado en este cometido.

⁴⁰⁷ SILVA CIMMA, Enrique (1994). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público*. Editorial Jurídica de Chile. p. 15.

⁴⁰⁸ Véase PIERRY, Pedro (1984). *El control de la discrecionalidad administrativa*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 11, No. 2/3 (mayo - diciembre 1984), pp. 479-491. Al respecto, el autor enfatiza sus preocupaciones en la defensa de los derechos subjetivos de los administrados: *“Lo que caracteriza al Estado de Derecho es el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos y el otorgamiento a los particulares de los medios idóneos para su defensa. El sometimiento de la Administración a la Ley, concebida en términos genéricos, es en su nota principal y esencial”*.

ser controlado. Por ejemplo, nuestro sistema de autogeneración incompleta, para la selección de jueces, al involucrar a los tres poderes del Estado, incluye, entre otros, un debate político, al menos, en lo que respecta a la participación del Legislativo. Sin embargo, la arista política del funcionamiento y decisiones de los tribunales ordinarios de justicia no están sometidos al mismo escrutinio, al menos académico, que las decisiones discrecionales de la Administración⁴⁰⁹, ni ponen en tela de juicio la calidad técnica de sus decisiones jurisdiccionales. Que todos los poderes públicos del Estado tengan matices políticos al cumplir con sus funciones es, justamente, parte de la respuesta que explica el motivo de la necesidad del control judicial de la discrecionalidad administrativa. Como se mencionó con anterioridad, una de las críticas hacia la Administración es su composición partidista, dependiente del gobierno de turno, así como su eventual captura por parte de privados. Negar este problema significaría dejar corroer las bases de un Estado de Derecho democrático y republicano, maquillando este defecto estructural con la apariencia de la tecnocracia, al señalar que los órganos de la Administración solo deben guiar su actuar por parámetros técnicos. Dicha pretensión es, institucionalmente, imposible, ya que todo órgano administrativo debe guiar su actuar buscando *“promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente”*⁴¹⁰, y dicha finalidad es esencialmente política, no técnica. Como bien lo explica HABERMAS en su ensayo *Ciencia y técnica como “ideología”*, no se puede insistir en la idea que lo técnico no forma parte de una cultura, que tiene neutralidad política al ser aplicado.

El rol del control judicial de la discrecionalidad administrativa es, institucionalmente, hacerse cargo de la penetración de lo político en lo administrativo, sacudir el maquillaje tecnocrático de la influencia partidista, derribar la falacia tecnócrata de la apoliticidad, determinando si la Administración realiza o no una correcta aplicación del derecho en el ejercicio de sus facultades discrecionales. Esta solución institucional, propia de un Estado de Derecho, potencia las bases democráticas al establecer frenos y contrapesos, en este caso, entre el poder Judicial y el Ejecutivo, delimitando los límites de la delegación que el

⁴⁰⁹ Tal vez, también debido a una decisión política. Sin embargo, no es el objetivo de este trabajo realizar un análisis de la influencia de la política y los partidos en el desempeño de la justicia chilena. Al respecto, véase la obra de HILBINK, Lisa (2014). *Jueces y política en democracia y dictadura. Lecciones desde Chile*. Editorial Flacso México.

⁴¹⁰ Tal como lo consagra el artículo 3 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

Legislativo realiza a la Administración para determinar en un caso concreto en qué consiste el “bien común”.

Tal como se explicó con anterioridad, las atribuciones discrecionales implican más de una solución jurídicamente correcta al caso particular, por lo que el órgano debe aplicar la que satisfaga de mejor manera los intereses contrapuestos y signifique, por sobre todo, la promoción del bien común. Esto significa que la Administración puede realizar una interpretación con la que un particular sienta que sus derechos han sido vulnerados. Como lo explica CORDERO, el ejercicio del control judicial a la Administración solo se justifica cuando se pretende del juez enmendar dicha vulneración por parte de la Administración⁴¹¹. Sin embargo, la Administración debe buscar el bien común, y puede determinar qué interpretación, dentro de todas las jurídicamente admisibles, se ajusta de mejor manera a este fin. Por esta razón, no es posible controlar la discrecionalidad misma, sino lo que se controla por parte del juez es el ejercicio de la facultad discrecional, evaluando si la decisión tomada por el órgano administrativo se encuentra dentro de los límites fijados por el ordenamiento jurídico⁴¹². En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA explica que “*el control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados con que la atribución legal de la potestad correspondiente ha sido conferida*”⁴¹³. En otras palabras, los jueces controlan que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa se ajuste a derecho, examinando que los elementos jurídicos de la facultad discrecional no se hayan contaminado de tintes políticos. Así, el juez examina la existencia de la facultad discrecional, sus límites y extensión normativa, la realidad de los hechos que justifican su ejercicio, su calificación jurídica, que la ponderación de las pruebas rendidas en el respectivo procedimiento administrativo se haya realizado conforme a derecho, que el acto administrativo se encuentre motivado conforme a derecho, o que no exista desviación de poder, entre otros elementos de naturaleza jurídica.

⁴¹¹ CORDERO, Luis (2009). *El control de la Administración del Estado*. Editorial LegalPublishing. p. 157.

⁴¹² SAAVEDRA, Rubén (2011). op. cit. p 75.

⁴¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1999), op. cit. p. 144.

El alcance del control judicial ha sido objeto de debate. Por una parte, un sector de la doctrina, representada por FERNÁNDEZ, piensa que el juez puede ejercer un control pleno sobre las decisiones de la Administración, pudiendo éste incluso sustituir la decisión administrativa cuando sea necesario proteger los derechos subjetivos del afectado⁴¹⁴. Por otra parte, otro sector de la doctrina sostiene que el control judicial solo puede evaluar la legalidad del ejercicio de las facultades discrecionales, ya que esa es la función institucional que corresponde al poder Judicial⁴¹⁵. En lo que respecta al presente trabajo, cabe señalar que solo compete a la Administración buscar el bien común, ya que es una delegación que el poder Legislativo no encomendó en el Judicial, sino en el Ejecutivo mediante la Administración. En el ejercicio de las facultades discrecionales, el órgano administrativo determina qué aspectos técnicos y/o políticos deben ser considerados para alcanzar el bien común en el caso particular, y tal como lo sostiene SÁNCHEZ MORÓN, el juez no puede ejercer estas facultades propias de la Administración al controlar los aspectos técnico-jurídicos de la discrecionalidad⁴¹⁶; o como opina CORDERO, la forma de aproximación al conflicto jurídico por parte del juez es diferente a la de la Administración, y no puede sustituir la competencia exclusiva de ésta al decidir el contenido de la solución final, sino controlar que haya llegado a esta en conformidad a las normas aplicables y pertinentes, delimitándose los respectivos ámbitos de actuación del juez y de la Administración de forma negativa⁴¹⁷. En palabras de CASSAGNE, *“los juicios técnicos o de oportunidad son susceptibles del control judicial de la arbitrariedad (...). Lo jurídico no radica tanto en la técnica ni en el criterio de oportunidad en sí mismo sino en el modo de aplicación o en la manera en que la Administración elige las opciones compatibles con el interés público”*⁴¹⁸. Por motivo de todo lo expuesto con anterioridad, es correcto afirmar que en el ejercicio de las facultades discrecionales, el órgano administrativo crea normas jurídicas que no están sometidas al control del juez, ya que son de competencia exclusiva de la Administración.

⁴¹⁴ FERNÁNDEZ, Tomás (1994). *De la arbitrariedad de la Administración*. Editorial Civitas. p. 99.

⁴¹⁵ Para un análisis detallado de ambas posturas, véase CASSAGNE, Juan Carlos (2009). op. cit. pp. 184-189, y SAAVEDRA, Rubén (2011). op. cit. pp. 62-73.

⁴¹⁶ SÁNCHEZ MORON, Miguel (1994). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Editorial Tecnos. p. 92.

⁴¹⁷ CORDERO, Luis (2015). op. cit. p. 633.

⁴¹⁸ CASSAGNE, Juan Carlos (2009). op. cit. p. 216.

A modo de resumen, los argumentos de quienes aceptan el valor de fuente del Derecho Administrativo a la interpretación administrativas son:

- i. La respuesta a la interrogante sobre las fuentes del Derecho Administrativo debe ser de *lege data*. Al respecto, la facultad de órganos administrativos para interpretar la ley ha derivado en un sistema de jurisprudencia administrativa que es considerada por el mismo ordenamiento como fuente formal del Derecho Administrativo.
- ii. Las normas jurídicas creadas vía jurisprudencia (interpretación) Administrativa no contravienen el principio constitucional de reserva legal, ya que se trata de regulación complementaria a la ley, relativa a la ejecución de la misma.
- iii. El principio de interdicción de arbitrariedad que rige el actuar de la Administración se encuentra debidamente resguardado por un conjunto de principios que informan el Derecho Administrativo, como son la igualdad ante la ley, la obligación de motivación en los actos administrativos, la teoría de los actos propios, la buena fe administrativa y la protección de la confianza legítima del administrado. Estos principios brindan, institucionalmente, seguridad jurídica a las resoluciones e interpretaciones de la Administración.
- iv. El precedente administrativo es vinculante, al menos, para el órgano que lo dictó, y por consiguiente, para los administrados que se someten a su competencia.
- v. Los órganos administrativos con facultades interpretativas y discrecionales son verdaderos tribunales especiales, ya que gozan de facultades jurisdiccionales. La independencia e imparcialidad de estos tribunales se encuentran garantizadas mediante el deber de objetividad de la Administración, garantizada a su vez por los deberes de probidad y responsabilidad administrativa.
- vi. El control judicial de las decisiones de la Administración debe entenderse en el contexto institucional de la separación de poderes y frenos y contrapesos de los órganos del Estado. En este sentido, el control judicial implica un reconocimiento tácito que la discrecionalidad administrativa es una fuente de Derecho, ya que su función es garantizar que el ejercicio de las facultades discrecionales por parte del órgano respectivo se haya realizado conforme a Derecho, y no sirve de instancia de control del fondo de la decisión de la Administración.

4. Opinión del autor

En mi opinión, y en virtud de todos los argumentos expuestos con anterioridad, la interpretación y discrecionalidad administrativas si crean Derecho, son fuentes formales del Derecho Administrativo. Sin perjuicio de ello, quisiera agregar una razón adicional para considerar a la interpretación administrativa como fuente de Derecho Administrativo.

El profesor VERGARA, al referirse a la aplicación que los jueces hacen de los principios generales del Derecho, hace una distinción entre la generalidad y la universalidad de éstos, señalando que su aplicación debe circunscribirse a una determinada rama del Derecho. En sus palabras, *“los principios jurídicos no son creados por el juez de un modo universal para toda relación jurídica; ni son propuestos por el jurista para toda disciplina jurídica; los principios jurídicos (esto es, aquellos que sustituyen a las reglas y que rellenan lagunas) no son nada de ‘generales’; no son universales: son muy específicos y singulares. Los principios jurídicos tienen la misma naturaleza jurídica de las disciplinas a cuyo sistema de fuentes se incorporan: son de naturaleza laboral, penal, o administrativa, dependiendo la relación jurídica y disciplina que corresponda”*⁴¹⁹. De esta reflexión cabe concluir que cada rama del Derecho tiene su propio sistema de aplicación de principios jurídicos, con una lógica y consecuencias prácticas variables en cada una de ellas. Similar opinión sostiene ALDUNANTE respecto de la interpretación jurídica. El académico afirma que el objetivo de desarrollar una teoría de la interpretación jurídica es determinar *“reglas que permitan justificar o acotar el margen dentro del cual el juez asigna un significado a un texto normativo, y toma sobre esa base (“sujeción al derecho”) una decisión vinculante (...). A partir de una Teoría General de la Interpretación Jurídica construida sobre esta base, cada disciplina particular deberá desarrollar los aspectos que permitan formular los elementos*

⁴¹⁹ VERGARA, Alejandro (2014). *Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los “núcleos dogmáticos”*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 41 Nº 3. p. 983.

proprios de su teoría de interpretación, y que corresponderán a las variantes derivadas de la naturaleza de la materia que regulan”⁴²⁰.

De ambas citas es posible desprender un principio de especificidad en la aplicación de fuentes del Derecho para cada rama que forma parte del ordenamiento. En el caso del Derecho Administrativo, una de las particularidades de su sistema de fuentes es que la interpretación administrativa si genera nuevo derecho, en virtud del rol que juega la jurisdicción administrativa de los órganos de la Administración en la formación de estos principios.

⁴²⁰ ALDUNATE, Eduardo (1998). *Consideraciones preliminares para una teoría de la interpretación jurídica*. En Revista Chilena de Derecho, Número Especial. p. 31.

CAPÍTULO VI: LA FACULTAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS PARA INTERPRETAR ADMINISTRATIVAMENTE LA LEY COMO FUENTE DE REGULACIÓN DE LOS GOBIERNOS CORPORATIVOS

Con anterioridad se expuso, a propósito del contexto normativo que configura el actual paradigma de la justicia administrativa en Chile, que una de las funciones de la Administración es regular, fiscalizar y sancionar a los actores de aquellos mercados que fueron objeto de liberalización económica desde la década de 1980 en adelante, función que ejerce, por regla general, mediante las superintendencias⁴²¹. CAMACHO define a las superintendencias como *“instituciones creadas por la ley, con personalidad jurídica propia, lo que les da autonomía jurídica y no las hace depender bajo relación de jerarquía de las estructuras administrativas tradicionales, pero al mismo tiempo están sujetas a supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio con el que se relacionan. Estas autoridades desarrollan su actividad en función de un objetivo: la regulación de la actividad económica, por lo que cumplen una misión de regulación dentro de un área determinada”*⁴²². El Tribunal Constitucional definió a las superintendencias como *“órganos de la Administración del Estado encargados de fiscalizar a sujetos privados que llevan a cabo actividades particularmente relevantes. Se distinguen por estar dotadas de fuertes atribuciones (normativas, fiscalizadoras, sancionadoras); y por controlar a sujetos acotados”*; acto seguido agrega *“estos órganos no han sido creados por el legislador en todas las áreas de la economía, sino sólo donde hay bienes jurídicos significativos comprometidos para la sociedad. De ahí que existan en el mercado de capitales (Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Superintendencia de Valores y Seguros)”*⁴²³. Uno de los mercados que tiene un alto impacto en la economía nacional es el de capitales y valores, en especial por

⁴²¹ Con excepción de los mercados de transporte, telecomunicaciones y laboral, que son supervigilados por la Subsecretaría de Transporte, la Subsecretaría de Telecomunicaciones y la Dirección del Trabajo, respectivamente.

⁴²² CAMACHO, Gladys (2008). *Las entidades administrativas fiscalizadoras y su rol de aseguramiento de mercados competitivos*. En Revista de Derecho Público N° 70. Universidad de Chile. p. 255.

⁴²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013). Sentencia Rol N° 2264-12-INA, Considerando 9°.

que implica la utilización de fondos masivos del público, y es fiscalizado, junto a otros órganos, por la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS)⁴²⁴.

En el presente capítulo se analizarán las facultades interpretativas de la SVS, así como las principales materias que son reguladas por su jurisprudencia administrativa, y los efectos de ésta en el modelamiento y regulación de los gobiernos corporativos en Chile.

1. La facultad de la Superintendencia de Valores y Seguros para interpretar la ley

La facultad de la SVS para interpretar la ley se encuentra consagrada en la letra a) del artículo 4° de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros (LOSVS), en los siguientes términos: “*Corresponde a la Superintendencia (...): a) Interpretar administrativamente, en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas, y fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento*”. De acuerdo a GUZMÁN BRITO, la técnica legislativa de otorgar al órgano la facultad de interpretación administrativa conlleva el problema de crear una atribución difusa al interior del órgano, lo que dificulta su aplicación práctica por parte de un funcionario particular, ya que en virtud del artículo 2° de la Ley N° 18.575⁴²⁵, no puede señalarse que una facultad atribuida a todo un órgano se atribuye a todos sus funcionarios. La solución propuesta por el autor es que en los casos en que una ley otorga una facultad a un órgano, debe entenderse que la facultad en verdad se atribuye al respectivo jefe del servicio⁴²⁶. Por lo tanto, para el caso de la SVS, la facultad para interpretar administrativamente se encuentra radicada en el Superintendente⁴²⁷. De la redacción del artículo 10 de la LOSVS, que consagra las facultades del Superintendente, se desprende que

⁴²⁴ MORAND, Luis (1982). *Funciones de la Superintendencia de Valores y Seguros*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 9, No. 1 (Enero - Mayo 1982). pp. 33-34

⁴²⁵ Cuyo tenor literal es: “*Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes*”.

⁴²⁶ GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014). op. cit. pp. 84-86.

⁴²⁷ Cada vez que en el texto se haga referencia al “Superintendente”, debe entenderse que la referencia es al Superintendente de Valores y Seguros.

las enumeradas en la norma no son las únicas, ya que el tenor literal de su inciso primero es “*corresponde especialmente al Superintendente*”. El uso de la palabra “especialmente” indica que la lista no es taxativa, y que, por lo tanto, no hay impedimento para atribuir al Superintendente las facultades enumeradas en el artículo 4° LOSVS.

Por su parte, la facultad para aplicar sanciones se encuentra consagrada en la letra f) del artículo 10 LOSVS, la cual es atribuida directamente al Superintendente. Para un sector de la doctrina, el rol que define a una Superintendencia es el de fiscalizar y sancionar a los actores del mercado que se encuentra bajo su regulación⁴²⁸. Si bien es cierto que la constitucionalidad de estas potestades no ha estado exenta de debate⁴²⁹, la doctrina mayoritaria ha señalado que entre las sanciones administrativas y las penales no existe una diferencia cualitativa, sino cuantitativa, siendo ambas una manifestación del llamado *ius puninedi* estatal⁴³⁰, lo que en la práctica forense se aplica de manera cotidiana. Cabe recordar entonces que el Superintendente aplica sanciones y su correspondiente procedimiento⁴³¹ frecuentemente, y al hacerlo debe, necesariamente, interpretar la ley, tal como lo hace el juez penal⁴³², por lo tanto, en el ejercicio de ésta función, necesariamente hay implícita una facultad interpretativa.

⁴²⁸ Al respecto véase GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2010). op. cit. p. 264; y GARCÍA, José Francisco (2009). op. cit. p. 327.

⁴²⁹ Para una revisión a estas críticas, véase DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2010). op. cit. pp. 249 - 282. Como una solución institucional a las diversas críticas que ha recibido la SVS, actualmente se encuentra en trámite un proyecto de ley que reforma la LOSVS, transformando la estructura unipersonal del órgano en una Comisión de Valores y Seguros (CVS), cuya estructura sería colegiada y separaría las funciones normativas y regulatorias, de las fiscalizadoras y sancionatorias en distintos órganos independientes entre sí. Para el seguimiento del trámite legislativo del proyecto de ley, véase <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9420>

⁴³⁰ Véase BUSTOS, Juan (2007). *Obras Completas. Tomo I. Derecho Penal - Parte General*. ARA Editores. p. 540; y CURY, Enrique (2004). *Derecho Penal, Parte General*. 7° Edición ampliada. Ediciones Universidad Católica de Chile. p. 107.

⁴³¹ Respecto al procedimiento sancionatorio, la Contraloría General de la República ha señalado que “*la potestad punitiva que el ordenamiento jurídico le ha conferido debe llevarse a cabo conforme a las normas especiales que rigen su funcionamiento y a las generales que regulan la actividad de los Órganos de la Administración del Estado. En efecto, conforme al artículo 1° de la ley N° 19.880, ese cuerpo normativo contempla y regula dichas bases, al tiempo que, reconociendo la existencia de procedimientos administrativos especiales, determina que en ellos sus disposiciones se aplicarán en forma supletoria, en los aspectos o materias respecto de las cuales la preceptiva correspondiente no ha previsto regulaciones específicas. De ello se sigue que en lo no regulado por el decreto ley N° 3.538, de 1980, o por las demás leyes aplicables al sector de que se trata tales como las N°s. 18.045, sobre Mercado de Valores, o 18.046, sobre Sociedades Anónimas, la Superintendencia de Valores y Seguros debe seguir las normas de la citada ley N° 19.880*”. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2014). Dictamen N° 7.439 de fecha 30 de enero de 2014.

⁴³² Tal como ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC señalan, “*si la aplicación de la norma, por prístina que sea, implica una labor intelectual para resolver el caso particular y concreto con la fórmula general y abstracta dada por el legislador, resulta evidente que no es posible aplicar la norma sin su previa interpretación*”. ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; y VODANOVIC, Antonio (1998). op. cit. p. 171.

La facultad para absolver consultas se encuentra consagrada en la letra b) del artículo 4° LOSVS⁴³³. Respecto a dicha facultad cabe decir lo dicho con anterioridad respecto a la facultad para interpretar administrativamente la ley, toda vez que se concede ésta a la Superintendencia.

Finalmente, es pertinente señalar que el jefe de servicio también puede delegar sus atribuciones o facultades en funcionarios de la SVS, de acuerdo a la letra e) del artículo 10° LOSVS.

2. La Superintendencia de Valores y Seguros como órgano regulador de los gobiernos corporativos en Chile

Nuestra tradición jurídica continental se ha visto reflejada en la regulación normativa de los gobiernos corporativos. En Chile, los principios y prácticas de buenos gobiernos corporativos se encuentran contenidos en normas legales aplicables, ya sean leyes o normas de carácter general dictadas por la SVS⁴³⁴. No obstante lo anterior, en el ejercicio de sus facultades interpretativas, sancionadoras y discrecionales, la SVS ha ido complementando, en la práctica, la regulación legal de los gobiernos corporativos que se encuentra en la Ley de Sociedades Anónimas, el Nuevo Reglamento de Sociedades Anónimas y en la Ley de Mercado de Valores mediante su jurisprudencia administrativa, delineando los estándares mínimos de comportamiento deseable de los gobiernos corporativos para un desarrollo eficiente del mercado.

⁴³³ Cuyo tenor literal es: "Artículo 4°.- Corresponde a la Superintendencia velar por que las personas o instituciones fiscalizadas, desde su iniciación hasta el término de su liquidación, cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan, y, sin perjuicio de las facultades que éstos le otorguen, está investida de las siguientes atribuciones generales: b) Absolver las consultas y peticiones e investigar las denuncias o reclamos formulados por accionistas, inversionistas u otros legítimos interesados, en materia de su competencia, determinando los requisitos o condiciones previas que deban cumplir para entrar a conocer de ellas".

⁴³⁴ SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (2015). *Informe Final. Fortalecimiento de Estándares de Gobierno Corporativo de las Sociedades Anónimas Abiertas*. p. 29.

A continuación, se analizarán las principales materias en las que la SVS, mediante su jurisprudencia e interpretación administrativa, ha proporcionado lineamientos adicionales sobre los gobiernos corporativos.

2.1 Responsabilidad y estándar de diligencia de directores, gerentes y otros ejecutivos principales

El artículo 41 LSA consagra el estándar de diligencia, y por lo tanto el límite a la responsabilidad de los directores. La norma referida señala que *“los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios”*. Por su parte, el artículo 50 LSA hace predicable dicha disposición a los gerentes y otros ejecutivos principales, al establecer que *“a los gerentes, a las personas que hagan sus veces y a los ejecutivos principales, les serán aplicables las disposiciones de esta ley referente a los directores en lo que sean compatibles con las responsabilidades propias del cargo o función”*. Dicho estándar de diligencia, asimilable a la culpa leve definida en el artículo 44 del Código Civil, establece un canon objetivo y abstracto de comportamiento esperable y deseable⁴³⁵ de los directores y gerentes, que, si bien tiene como fuente las normas antes citadas, la complejidad y diversidad de materias que involucra este deber de cuidado hacen necesaria la intervención del juez contencioso administrativo para determinar de qué forma, en un caso particular, se ha infringido. En otras palabras, el juez administrativo construye el estándar de conducta mediante su jurisprudencia al establecer los patrones de infracción de usos normativos respectivos⁴³⁶.

La determinación del estándar de conducta con el que deben actuar los directores, gerentes y ejecutivos principales es, desde el punto de vista del autor, la mayor contribución de la jurisprudencia administrativa de la SVS a la regulación de los gobiernos corporativos, debido

⁴³⁵ Esta es la opinión de la doctrina mayoritaria sobre la materia. Véase BARROS, Enrique (2010). op cit. pp. 77-78.

⁴³⁶ AEDO, Cristián (2014). *El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial / The concept of guilt as legal standard of distribution of risk. A jurisprudence analysis*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 41, No. 2 (2014 Mayo - Agosto). p. 709.

a la claridad que aporta en la delimitación de la diligencia esperable en un gobierno corporativo.

A continuación, se expondrán las sentencias administrativas más relevantes desde 2010 y sus respectivos aportes interpretativos en la regulación de los gobiernos corporativos.

2.1.1 Resolución Exenta N° 245 de fecha 22 de abril de 2010

La SVS multó a dos gerentes (general y de inversiones) de un inversionista institucional por haber gestionado la adquisición de acciones de una sociedad anónima abierta, estando en posesión de información privilegiada, lo que constituye una infracción al deber de abstención consagrado en el artículo 165 LMV.

La SVS determinó que si bien la conducta de los gerentes *“no se ajusta al estándar de cuidado y diligencia que exige el artículo 41 en relación al artículo 50 de la Ley N° 18.046, tal negligencia implicó que incurrieran en la prohibición de adquirir valores respecto de los cuales se está en posesión de información privilegiada, definido en la parte final del inciso tercero del artículo 165 de la Ley N° 18.045, y en consecuencia sólo corresponde aplicar sanciones por esta última infracción”*. De esta doctrina, es posible deducir dos conclusiones: que una infracción a los deberes de cuidado regulados en la normativa vigente son, *per se*, una infracción al estándar de diligencia exigible en virtud del artículo 41 LSA; y que, sin perjuicio de lo expuesto con anterioridad, no corresponde una sanción, en estos casos, por infracción a dicho artículo.

2.1.2 Resolución Exenta N° 545 de fecha 06 de octubre de 2011

Mediante esta resolución, la SVS sancionó con multa a beneficio fiscal a los directores de una sociedad anónima por haber celebrado una operación con parte relacionada (su matriz), de

la cual eran a su vez ejecutivos principales, sin haber verificado si dicha operación se ajustó o no a las condiciones que prevalecen en el mercado al tiempo de su aprobación. Adicionalmente, se sanciona a los directores que formaban parte del Comité de Directores por no haber evacuado el informe sobre operaciones con partes relacionadas al que se refiere el artículo 50 bis LSA; y a todos los directores por haber presentado información falsa a los accionistas, pues en Acta de Sesión de Directorio dejaron constancia de haber leído dicho informe, que nunca fue emitido.

Sobre el primer cargo - haber verificado si la operación con la matriz se ajustó o no a las condiciones que prevalecen en el mercado al tiempo de su aprobación-, la SVS realizó diversas consideraciones relativas a la regulación del estándar de diligencia exigible a los directores.

En primer lugar, la SVS determinó que una infracción al deber de cuidado de los directores no guarda relación causal con el perjuicio que dicha infracción pueda significar al interés social. Al respecto, el Superintendente señaló que *“no resulta exigible a la Superintendencia, como requisito habilitante para la realización de [su función de superior fiscalización de las sociedades anónimas], el determinar si se ha atentado o no contra el interés social de la compañía, sino que simplemente basta con la existencia de incumplimientos normativos para que proceda, de conformidad al artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, la aplicación de las sanciones administrativas que correspondan”*.

En segundo término, el reproche por la infracción normativa no guarda relación con el nivel de conocimiento y experiencia que los directores pudieran tener tanto del mercado en el que se desenvuelve la firma como de la operación en cuestión. Los directores estaban obligados por ley a realizar un análisis y estudio de las condiciones que prevalecían en el mercado al tiempo de la operación, y contrastarlas con las del contrato a celebrar, lo que constituye una garantía objetiva del cumplimiento del deber de cuidado exigible a los

directores. Al respecto, la resolución reza: *“que de la información tenida a la vista por esta Superintendencia, no es posible sino concluir que el Directorio, para la aprobación del contrato en cuestión, contó únicamente con la información que le fue transmitida por parte de la administración y la que detentaban privadamente los directores, la cual se deriva, principalmente, del hecho de haber ocupado éstos importantes cargos ejecutivos en [la sociedad matriz]. Lo anterior, se ve ratificado por los propios argumentos hechos valer por los directores quienes le otorgan un valor adicional al “expertise” que poseen en el sector eléctrico, cuestión que es información privada. De igual manera, debe tenerse presente que una de las normas cuya infracción se imputa mediante el Oficio de cargos radica en el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación al artículo 89 [hoy 147] del mismo cuerpo legal, cuestión que no guarda relación con el nivel de conocimiento técnico por parte de los directores, situación respecto de la cual esta Superintendencia no se ha pronunciado. (...) Habida consideración que no se trataba de un contrato común para la compañía (...) es que el tratamiento de dichos temas debió condecirse con el nivel de importancia de los mismos, cuestión que no se observa en el presente caso. Así, una discusión pormenorizada a su respecto representaba una garantía objetiva de cumplimiento del deber de cuidado con que debieron actuar los directores a fin de verificar que los términos en que se celebraba el contrato correspondían a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado y, de esta forma, velar porque su aprobación se hiciera con garantía de total independencia de juicio por parte de los directores. (...) De los antecedentes consta que no existió un análisis crítico, por parte de los Directores de la sociedad, del contrato a suscribirse (...). Lo reprochado mediante el Oficio de cargos, no es la celebración del contrato, ni tampoco los valores establecidos en éste, materias sobre las que no se pronuncia esta investigación, sino que la ausencia de medidas de verificación en orden a garantizar que el contrato y los valores fijados en él, se correspondieran a condiciones de equidad que prevalecen habitualmente en los mercados, lo cual importa un incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación a lo dispuesto en el artículo 89 [hoy 147] del mismo cuerpo legal. (...) Así, esta Superintendencia se ha formado la convicción de que los Directores no cumplieron con el deber de diligencia establecido en el artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas por cuanto no adoptaron medida alguna tendiente a verificar mediante un medio idóneo –*

utilización de fuentes de información o informes de terceros independientes o cualesquiera otro mecanismo de determinación de precios que recogiera antecedentes o variables referidos a contratos de similar naturaleza celebrados entre compañías o sociedades no relacionadas u otros referentes de mercado-, que el contrato se ajustaba a las condiciones de equidad que habitualmente operan en el mercado”.

Respecto del segundo cargo, la SVS determinó que para dar cumplimiento cabal a la obligación del artículo 50 bis LSA, el Comité de Directores debe efectivamente emitir un informe, el cual no puede ser reemplazado por el Acta de Sesión del Comité de Directores en el que sus miembros se pronuncian sobre la operación, ya que *“en dicha Acta no se encuentran especificados los fundamentos de la decisión adoptada ni ningún análisis de las condiciones en que se celebraría el contrato en cuestión”*. La SVS también tiene en consideración que el objetivo de introducir un Comité de Directores como órgano consultivo de los gobiernos corporativos, es *“fortalecer la autorregulación al interior de las sociedades anónimas, haciendo más eficiente el desempeño del directorio, al incorporar una mayor fiscalización de las actividades que realizan sus pares”*.

Finalmente, respecto al último cargo, la SVS indica que la constancia en el Acta de Sesión de Directorio que da cuenta con falsedad de la lectura del informe emitido por el Comité de Directores, *“no hace sino reafirmar la falta de diligencia con que actuaron los directores en la adopción de la decisión de celebrar el contrato”*.

2.1.3 Resoluciones Exentas N°s 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80 y 81, todas de fecha 09 de marzo de 2012

En el marco del denominado caso La Polar, las resoluciones mencionadas en el enunciado corresponden a las sanciones emitidas en contra de los directores de la firma. Siguiendo el criterio de ALCALDE, en razón de la similitud de los argumentos esgrimidos en todas las resoluciones referidas, se utilizará como muestra y referencia la Resolución Exenta N° 73,

toda vez que se refiere al director que más tiempo ocupó dicho cargo, y además formaba parte del Comité de Directores de la empresa⁴³⁷.

Como es de conocimiento público, gerentes y ejecutivos principales de la empresa desarrollaron un sistema que respecto a los deudores morosos de crédito, de manera unilateral, concretaba renegociaciones automáticas de sus deudas, lo que impactaba las provisiones de la cartera de deudores y modificaba los estados financieros, disminuyendo los pasivos reales y aumentando las ganancias, lo que era deseable por parte de los gerentes ya que sus planes de incentivo guardaban relación directa con los resultados de la compañía.

Los cargos imputados por la SVS a los directores son, por una parte, *“la falta de diligencia al no observar una conducta orientada a mejorar los controles internos de la Sociedad. Ello se manifiesta en: a) el no establecimiento de mecanismos de control destinados a prevenir los eventuales problemas derivados de la presencia de evidentes conflictos de interés que enfrentaban los ejecutivos principales de La Polar en su calidad de beneficiarios de planes de incentivos asociados a los resultados de la Compañía; b) aun estando en conocimiento de que no había un gerente de contraloría interna y que no existían las condiciones que aseguraran una adecuada independencia de dicha área con la administración ejecutiva, según lo establecen los estándares mínimos de gobierno corporativo, no requirió a la administración la contratación de dicho gerente, como tampoco un fortalecimiento de la independencia de dicha área o, en su defecto, no requirió que se le reportase directamente los resultados de las revisiones efectuadas por la gerencia de contraloría interna”*.

Respecto a estos cargos, el Superintendente señala que el reproche en contra de los directores no se configura por los ilícitos cometidos por gerentes y ejecutivos, sino por su falta de vigilancia y control. En sus palabras, *“las señales de alerta (...) constituían antecedentes suficientes como para que un director, mediando la actuación cuidadosa y diligente que le*

⁴³⁷ ALCALDE, Enrique (2013). op cit. p. 430.

impone la ley, pudiera haber advertido la existencia de implicancias asociadas a ellas”, lo que complementa señalando que, luego de haber requerido información, la negligencia del director se manifestó “al conformarse con explicaciones poco consistentes entregadas por la administración, sin profundizar ni ahondar inquisitivamente e su análisis ni en la petición de mayor información relevante o antecedentes específicos”⁴³⁸. También considera que “a la falta de análisis y de requerimientos de información (...), cabe agregar la casi permanente conformidad mostrada con las explicaciones brindadas por la administración, aun cuando éstas eran inconsistentes con las cifras, indicadores y con la propia información que se exponía (...), no observándose en ningún momento un cuestionamiento a la labor de dicha administración”⁴³⁹.

La resolución explica la relación entre el principio de buena fe que el directorio debe depositar en la administración con su propia responsabilidad respecto al deber de control y vigilancia de la misma, señalando que *“aun cuando por aplicación del principio de buena fe el directorio debe depositar en la administración de la Compañía una confianza legítima en su actuar, ello no puede significar en modo alguno relevar a los directores de los deberes de cuidado que legalmente están obligados, como de ejecutar y disponer las medidas de control y resguardo que sean necesarias para cautelar los intereses de la Compañía y sus accionistas”*. También, sobre la eximición de responsabilidad, el Superintendente afirma que *“de dichos deberes de cuidado tampoco quedan eximidos los directores por el hecho de que los diversos informes emitidos por la empresa auditora externa y las clasificadoras de riesgo no manifestaran reparo alguno a la situación financiera de la Compañía, más aún si se considera que [el director] estaba en condiciones de obtener información interna a través del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas, y por las instancias de auditoría interna que la propia Compañía contemplaba, la cual fue permanentemente ignorada”⁴⁴⁰.*

⁴³⁸ Resolución Exenta N° 73, considerando 12.

⁴³⁹ Resolución Exenta N° 73, considerando 13.

⁴⁴⁰ Resolución Exenta N° 73, considerando 14.

Con relación al deber de control interno de la firma que debe desempeñar el directorio, el Superintendente explica que *“dentro de los aspectos inherentes a las funciones que desempeña el directorio en la administración superior de una Compañía, se encuentra efectuar la supervisión y monitoreo permanente de la correcta ejecución de las políticas fijadas por dicho órgano a través de las respectivas gerencias. Ello supone el establecimiento de mecanismos y procedimientos que permitan que la información relevante de la Compañía fluya hacia la dirección superior, y sea en concreto recibida y procesada por el directorio; como igualmente controlar las condiciones para que dichos procedimientos funcionen correcta y eficientemente”*⁴⁴¹. Luego, complementa lo afirmado al hacer presente que *“el directorio sólo manifestó una aprensión menor acerca de la idoneidad de la estructura de auditoría interna, pero no requirió en ningún momento informes preparados por dicha área, de forma de haber constatado si ésta había efectuado revisiones al respecto, como el resultado de las mismas”*⁴⁴². Complementa explicando que *“en forma permanente [el director] descansó en los resultados y las revisiones efectuadas por los auditores externos, no otorgando importancia a la labor prestada por el área interna de auditoría de la Compañía”*⁴⁴³. Finalmente, el Superintendente sentencia que esta falta de diligencia *“denota un total y completo abandono por parte [del director], de las labores de control que corresponden a un director en el contexto de la superior administración de la Compañía, con el objeto de verificar el cumplimiento de las políticas y lineamientos establecidos por el directorio”*⁴⁴⁴.

Por otra parte, respecto a las implicancias normativas de las consideraciones anteriores, y en consideración a otro cargo que se le imputo al director, esto es haber incumplido el artículo 39 LSA por no haber ejercido adecuadamente y conforme a derecho las facultades que dicha norma establece respecto al conocimiento de la situación financiera de la firma, el Superintendente realiza un análisis del artículo 39 LSA, configurando los lineamientos que permiten afirmar que los derechos de los directores son más bien deberes-derechos: *“resulta evidente e indudable que (...) [el director] no recabó suficiente información ni requirió*

⁴⁴¹ Resolución Exenta N° 73, considerando 15.

⁴⁴² Resolución Exenta N° 73, considerando 17.

⁴⁴³ Resolución Exenta N° 73, considerando 19.

⁴⁴⁴ Resolución Exenta N° 73, considerando 21.

diligentemente de ésta, no obstante la disposición del artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas, que le reconoce el derecho, como director de la Sociedad, de estar informado de todos los aspectos relacionados a la marcha de la empresa. (...) El derecho consagrado en la citada disposición leal descansa sobre la premisa de que debe ser ejercido por quien tiene deberes fiduciarios respecto de la Compañía y sus accionistas, por lo que el mismo no se ejecuta ni realiza en favor de quien lo detenta, sino a favor y en beneficio de los intereses de los terceros respecto de quienes existe tal deber. De esta forma, más que un derecho que se ejercita al arbitrio de los directores, constituye un deber que cede a favor de los accionistas de la Compañía, debiendo el director ejercerlo en cuanto ello sea necesario y le permita realizar su labor de tal’’⁴⁴⁵.

En relación al contenido de los deberes fiduciarios de los directores, el Superintendente realiza un interesante análisis vinculado a la naturaleza de la firma, que ayuda a determinar el contenido del estándar de diligencia esperable de un director en virtud del artículo 41 LSA: *“los deberes de cuidado propios de los directores de sociedades anónimas establecidos según el patrón de conducta del artículo 41 de la Ley 18.046, deben adoptarse en consideración, entre otros parámetros, al interés comprometido en una sociedad anónima de las características de La Polar. Al respecto, resulta evidente que en una Compañía como La Polar no sólo está comprometido el interés particular de la misma sociedad y de sus accionistas, sino también el interés público que se deriva de su condición de sociedad anónima abierta, emisora de valores, que recurre al financiamiento público, sujeta a un régimen especial de fiscalización por la autoridad que descansa en bienes jurídicos como la fe pública y la transparencia, competencia y equidad en el mercado, por lo que el ejercicio de los deberes y derechos que entraña el cargo de director debe estar a la altura de la magnitud e importancia del interés que debe calcularse’’⁴⁴⁶.*

Finalmente, en relación a la diligencia propia con la que debe actuar un director miembro del Comité de Directores, la resolución señala que el cumplimiento de los deberes propios de

⁴⁴⁵ Resolución Exenta N° 73, considerandos 25 y 26.

⁴⁴⁶ Resolución Exenta N° 73, considerando 27.

dicho órgano consultivo es de carácter prioritario, y que su ejecución “*requiere de un análisis pormenorizado e integrado con la misión que la propia ley le entrega al comité, y que se desprende de las propias funciones específicas que menciona el artículo 50 bis, como del hecho de dotar a sus miembros de una remuneración aparte de la que les corresponde como directores de la Compañía, establecer un presupuesto especial para los gastos del funcionamiento del comité, otorgar el derecho a contratar asesores en el cumplimiento de sus funciones, y establecer la obligación de presentar un informe de gestión anual para el conocimiento de los accionistas*”⁴⁴⁷.

2.2 Límites materiales al gobierno corporativo de una sociedad controladora respecto del resto de sociedades que forman parte del grupo empresarial. Resolución Exenta N° 223 de fecha 02 de septiembre de 2014.

La jurisprudencia administrativa de la SVS, mediante la correspondiente interpretación administrativa que ello conlleva, ha aportado luces respecto al comportamiento deseable del controlador en un grupo empresarial, en especial en lo relacionado a los límites que debe considerar el controlador al interior del gobierno corporativo de cada una de las sociedades relacionadas que conforman el grupo empresarial. Cabe recordar que en los grupos empresariales existe el riesgo constante de extracción de valor de las empresas controladas por parte del controlador, como se señaló con anterioridad en este trabajo⁴⁴⁸.

La resolución en comento corresponde al denominado Caso Cascadas, haciendo referencia a la estructura del grupo empresarial controlado por la Sociedad Química y Minera de Chile S.A. (SQM en lo sucesivo). Los hechos que originaron el procedimiento administrativo guardan relación con ciclos de un esquema de extracción de valor desde las sociedades controladas hacia SQM, consistente en una serie de operaciones sociales y bursátiles relativos a la compra y venta de acciones de las denominadas sociedades cascada (sociedades controladas), cuyo objetivo era ofrecer paquetes de acciones de dichas sociedades para su

⁴⁴⁷ Resolución Exenta N° 73, considerando 31.

⁴⁴⁸ Supra III.4

venta en el mercado, para luego, recomprar esos títulos a precios mayores a los de su venta inicial. Las acciones eran compradas por empresas también controladas por el mismo controlador de SQM, o por sociedades relacionadas o vinculadas a éste mediante sus ejecutivos principales. Al recomprar los paquetes accionarios, las sociedades cascada debieron incurrir en un alto sobre costo, cuyo beneficiario directo fue el controlador de las sociedades, toda vez que internalizó dichos beneficios mediante las empresas relacionadas y vinculadas, mientras que el sobre costo fue absorbido por las sociedades cascada, siendo repartido entre todos sus accionistas.

En lo que respecta al presente trabajo, la resolución que se comenta aporta un elemento teleológico ligado a la regulación de los gobiernos corporativos, que explica la regulación legal de las prohibiciones para los directores contenidas en los 7 numerales del artículo 42 LSA. El razonamiento expuesto por el Superintendente diferencia entre el interés del grupo empresarial y el interés social de cada una de las sociedades que lo componen, debiendo los gobiernos corporativos –y sus respectivos órganos, en especial el directorio y los gerentes– velar por éste último, más que por el primero. A continuación, se reproducirán los principales aportes de la resolución sobre la materia que se comenta.

En primer término, el Superintendente analiza y descarta la eventual existencia de un “interés del grupo empresarial”, que debiese ser considerado en la dirección de cada una de las sociedades que forma parte de dicho grupo, desestimando dicho concepto, toda vez que el objetivo que debe guiar el accionar de los órganos de un gobierno corporativo debiese ser el interés social. Al respecto, señala que *“al tenor de la normativa vigente, no corresponde el análisis en el contexto de “grupo empresarial”, que echan de menos las defensas de los formulados de cargos, ni bajo la perspectiva del que denominan “interés común” de las sociedades “Cascada”, toda vez que la norma en referencia alude al interés social como el objetivo y propósito del directorio de las compañías. En dicho sentido, debe mencionarse que, conforme a la historia fidedigna de la ley, el concepto de “grupo empresarial” del artículo 96 de la Ley N° 18.045 -introducido por la Ley N° 18.660 de 1987- fue establecido para efectos*

de proteger a los inversionistas institucionales en el mercado y minimizar sus riesgos, al tener éstos conocimiento de los integrantes de un grupo o conglomerado empresarial. En dicho contexto, los “intereses comunes” a que alude la norma constituyen un término que, en su acepción plural -y no singular, que utiliza la defensa- es meramente descriptivo, ya que solo sirve al propósito de explicar qué constituye el “grupo empresarial” y, en ningún caso permite establecer el denominado “interés común” como una excepción a los deberes de lealtad que recaen sobre los directores de las sociedades anónimas. (...) La Ley N°18.046 alude al “interés social” y lo concibe como el interés específico de cada compañía, como persona jurídica individual y no como un interés de carácter grupal. Tanto es así, que ni la Ley N° 18.045 ni la Ley N° 18.046 contemplan consecuencia jurídica alguna a la vulneración de los ‘intereses comunes del grupo’”⁴⁴⁹.

En lo que guarda relación a las prohibiciones consagradas en los números 1) al 7) del artículo 42 LSA, el Superintendente lo vincula con las normas que regulan las operaciones entre partes relacionadas del Título XVI de la LSA, otorgándole a dichas normas una carga teleológica que explica su existencia en razón de los bienes jurídicos que deben ser protegidos por un buen gobierno corporativo. La resolución argumenta que *“la reforma introducida a la dicha ley por la Ley N° 20.382 tuvo como uno de sus ejes centrales el reforzamiento de la protección legal a los accionistas no controladores en las sociedades anónimas abiertas, como una forma de incentivar a los ahorrantes e inversionistas institucionales a invertir en el mercado de valores y participar como accionistas minoritarios y, de esta forma, desarrollar nuestro mercado de valores en pos de lograr mayor disponibilidad de financiamiento para el eficiente desarrollo productivo de la economía. Con ese objeto, se incorporó el Título XVI a la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, que introdujo un régimen jurídico especial para las operaciones celebradas por una sociedad anónima abierta y sus personas relacionadas, dada la condición de ser emisor de títulos de oferta pública. (...) El gobierno corporativo regula las relaciones entre el cuerpo directivo de una empresa, su administración, sus accionistas y otras partes interesadas, asegurando un tratamiento equitativo entre los mismos y la transparencia en el mercado. En esa consideración, las prácticas de gobierno societario*

⁴⁴⁹ Resolución Exenta N° 233, considerando 1593, letra h.

revisten gran importancia tanto para la empresa en particular como para el mercado en su conjunto, toda vez que las relaciones referidas generan señales y efectos que contribuyen a perfilar el mercado, incidiendo favorablemente en el desarrollo de los mercados financieros y el desempeño de la economía”. Luego continúa, señalando que “el gobierno corporativo utiliza mecanismos que estructuran de manera óptima los objetivos de las empresas, determinando los medios que pueden utilizarse para alcanzar dichos objetivos y supervisar su cumplimiento. En ese contexto, mejores gobiernos corporativos son indispensables para el surgimiento de empresas más eficientes y que alcanzan sus resultados de manera sustentable, teniendo presente no solamente los intereses de determinados accionistas, sino de todos los actores involucrados, incluidos sus clientes, proveedores y las comunidades con que las empresas se relacionan. (...) De esta forma, el bien jurídico protegido, en definitiva, es la protección de los accionistas minoritarios de las sociedades anónimas abiertas”⁴⁵⁰.

El razonamiento continúa, haciendo presente que dicho bien jurídico es protegido, justamente, por el artículo 42 y por el Título XVI de la LSA: *“Pues bien, y en razón de lo antes expresado, no es procedente la alegación de los formulados de cargos en cuanto a que las operaciones objeto de cargos no serían contrarias al Título XVI de la Ley N° 18.046, ni a los numerales 1 y 7 del artículo 42 del mismo cuerpo legal, (i) por cuanto, no obstante haberse ejecutado al amparo de la política general de habitualidad de la respectiva “Sociedad Cascada” -la que a su vez habría sido aprobada de conformidad con la ley-, fueron contrarias al interés social de las Sociedades Cascada que participaban en ellas y (ii) porque no obstante que algunas de las operaciones fueron autorizadas de manera previa a su ejecución por el Directorio, ello no implica que dichas operaciones cumplan además con las exigencias legales de los numerales 1 y 7 del artículo 42 de la Ley N° 18.046, y de su Título XVI. En otras palabras, la realización de una operación al amparo de la política de habitualidad, no exonera a sus directores o gerentes, conforme el artículo 50 de la Ley N° 18.046, de desempeñar su cargo en los términos exigidos por el artículo 42 y el Título XVI de la Ley N° 18.046, toda vez que dichas normas les imponen un deber de conducta que no admite excepciones. De concluirse lo contrario, se llegaría al absurdo de que toda operación*

⁴⁵⁰ Resolución Exenta N° 233, considerando 1593, letra I.

ejecutada al amparo de una política de habitualidad, liberaría a los directores o gerentes de la sociedad respectiva a cumplir con los deberes de conducta prescritos por el artículo 42 y el Título XVI de la Ley N° 18.046. De conformidad con lo anteriormente señalado, y si bien algunas de las Sociedades Cascada implementaron una política de habitualidad de acuerdo a lo permitido por el artículo 147 de la Ley N° 18.046, la misma disposición establece que una sociedad anónima abierta sólo podrá celebrar operaciones con partes relacionadas cuando tengan por objeto contribuir al interés social de la sociedad y se ajusten en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación, lo que no ocurrió en la especie”⁴⁵¹. Sobre esta materia, el Superintendente concluye que “la afectación al interés social de las sociedades que conforman la “Cascada”, en razón de las operaciones cuestionadas, surge, de este modo, por acuerdos de directorio y subsecuentes decisiones de inversión y financiamiento que reiteradamente subordinaron el interés social de las Sociedades Cascada -yendo incluso en contra de éste- a los intereses de las Sociedades Relacionadas, Vinculadas e Instrumentales, operando además con personas relacionadas. Ello, evidentemente, no responde al interés social de las Sociedades Cascada y configura la infracción al artículo 42 y al Título XVI de la Ley N° 18.046, siendo por disposición del artículo 27 del D.L. N° 3.538, actuaciones sancionables por este Organismo, no obstante haber sido ejecutadas al amparo de una política general de habitualidad”⁴⁵².

2.3 Extracción de valor por parte de un director. Resolución Exenta N° 338 de fecha 26 de noviembre de 2015, rectificada por Resolución Exenta N° 339 de la misma fecha.

Mediante la resolución del título, la SVS sancionó al director de una sociedad anónima por haber ocultado la compra de acciones de una sociedad que realizaría una operación con la firma de la cual es director. Al ser accionista de la empresa con la que se realizaría la operación, ésta le reportó un beneficio que ocultó a los accionistas de la firma de la cual es director. Al respecto, y en lo que guarda relación con el presente trabajo, la SVS formuló

⁴⁵¹ Íbid.

⁴⁵² Íbid.

cargo por infracción al número 4) del artículo 42 LSA, por presentar información falsa a los accionistas, con relación al artículo 207 LMV.

Sobre la materia, y en lo que guarda relación con la regulación de los gobiernos corporativos, el Superintendente señaló que *“el numeral 4) del artículo 42 de la Ley N° 18.046 establece una prohibición general a los directores de sociedades anónimas de entregar información falsa a los accionistas, la cual, conforme tal norma, no se limita solo a lo que diga únicamente relación con la situación legal, económica y financiera del emisor (...). En efecto, del tenor literal de tal disposición consta que la prohibición legal al señalar que los directores no podrán ‘presentar a los accionistas (...) informaciones falsas’, no distingue el tipo de información de que se trata, lo cual, además, se condice con el debido cumplimiento de los deberes fiduciarios, de lealtad y transparencia de los directores con los accionistas y con la protección de la confianza que estos depositan en aquellos. Limitar la posibilidad de conductas prohibidas (...), no es sino desconocer la importancia que juega la confianza depositada en los directores y la lealtad de éstos con la sociedad, en un mercado que busca evitar el desvío del valor creado por el gobierno corporativo hacia determinados miembros de éste”*⁴⁵³.

2.4 Falta de entrega de información oportuna a los accionistas por parte del directorio. Resolución Exenta N° 279 de fecha 30 de septiembre de 2015.

La SVS sancionó a los directores de una firma por no haber informado oportunamente a los accionistas y al mercado información relativa a gastos en los que incurrió la sociedad que no reunían los requisitos para ser calificados como gasto bajo la normativa tributaria. El tiempo transcurrido entre la toma de conocimiento de dichos gastos por parte de los directores y su comunicación mediante hecho esencial fue de 6 días corridos. Sobre la materia, el Superintendente resolvió respecto a la referida omisión que los directores *“al no proporcionar a los accionistas de la Compañía y al público, las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que establece la ley y la SVS, incurrieron en la prohibición dispuesta en el numeral*

⁴⁵³ Resolución Exenta N° 339.

4) del artículo 42 de la Ley N° 18.046, desde que producto de ello, la información de marras se mantuvo oculta para los accionistas, incumpléndose, asimismo, el deber de cuidado establecido en el artículo 46 de la Ley N° 18.046, todo lo cual atenta contra el bien jurídico de plena revelación que debe imperar en la sociedades anónimas abiertas para un buen gobierno corporativo”.

CONCLUSIÓN

Las sociedades anónimas abiertas se desenvuelven en mercados dinámicos y complejos, por lo que requieren de buenos gobiernos corporativos que adopten medidas de dirección y control que no autorregulen los problemas de agencia que puedan producirse al interior de la firma, y que aporten externalidades positivas a la economía del país. Una regulación óptima de los gobiernos corporativos debe proporcionar las directrices que permitan dichos objetivos, y reducir los costos de transacción en la implementación de éstos.

Sin embargo, tan dinámico como el comportamiento de los agentes del mercado son las prácticas que atentan contra los buenos gobiernos corporativos. Por su naturaleza, toda regulación legal es siempre reaccionaria, por lo que al momento de implementar reformas que buscan perfeccionar la normativa vigente, éstas ya presentan desperfectos o vacíos.

El rol normativo de la interpretación administrativa de la Superintendencia de Valores y Seguros es ofrecer normativa que se adapte al dinamismo de los actores sujetos a la vigilancia del ente fiscalizador. Con este fin, nuestro sistema ha adoptado como fuente formal del derecho administrativo la jurisprudencia e interpretación administrativa, que si bien en el caso de las Superintendencias puede mejorar su arquitectura institucional, aporta valor democrático al sistema de fuentes. Como lo explica GARCÍA DE ENTERRÍA, la legitimidad democrática de la administración se basa en su calidad de agente que aplica la ley⁴⁵⁴, y en tal calidad, determina para un caso concreto qué debe entenderse por “bien común”.

En tal sentido, la interpretación administrativa de la Superintendencia de Valores y Seguros aporta, a partir de elementos casuísticos, aporta un análisis regulatorio que permite complementar la legislación y normativa reglamentaria de los gobiernos corporativos,

⁴⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1995). op cit. p 52.

analizando para cada caso concreto la aplicación de los principios contenidos en nuestra legislación respecto a la correcta dirección y control de las firmas. No se debe menospreciar el aporte institucional de la interpretación y jurisprudencia administrativa, ya que operan como una norma de clausura al sistema de fuentes del Derecho Administrativo, desenvolviéndose en medio del sistema de frenos y contrapesos de los órganos del Estado, y aportando diversidad al paradigma decimonónico de fuentes basado en la división absoluta y tripartita de los poderes del Estado.

En el caso particular de la Superintendencia de Valores y Seguros, la interpretación administrativa tendrá mayor legitimidad democrática cuando se recojan las diversas críticas que ha recibido su institucionalidad, en particular respecto a la necesidad de separar al órgano investigador del órgano sancionador. Es deseable, por el principio democrático y los valores constitucionales republicanos que rigen nuestro Estado, que para tales efectos pronto vea la luz el proyecto de ley que crea la Comisión de Valores, órgano colegiado que, entre otras características, separa las antes mencionadas funciones en distintos órganos, distribuyendo sus facultades de acuerdo a la garantía constitucional de debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA

ACATTINO, Daniela (2002). *El precedente judicial en la cultura jurídica chilena*. En Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 20. Sobre la cultura jurídica chilena. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

AEDO, Cristián (2014). *El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial / The concept of guilt as legal standard of distribution of risk. A jurisprudence analysis*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 41, No. 2 (2014 Mayo - Agosto)

ALCALDE, Enrique (2013). *La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas*. Responsabilidad civil y penal administrativa. Ediciones Universidad Católica de Chile. Centro de Gobierno Corporativo

(2006). *Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección*. Revista Actualidad Jurídica, N° 16. Universidad del Desarrollo.

(2003). *Los principios generales del derecho*. Ediciones Universidad Católica de Chile

(2002). *Los grupos empresariales*. Revista Actualidad Jurídica N° 6. Universidad del Desarrollo.

(2001). *Regulación sobre la "venta del control" en la ley de OPAS: ¿Un caso de iniquidad o simplemente un error?* Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, No. 3 (Julio / Septiembre 2001)

(2001). *Creación judicial de derecho y garantías constitucionales*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, No. 2, Actas del Seminario Multidisciplinario sobre Garantías Constitucionales: Conmemoración de los 20 años de la Constitución y Homenaje al Profesor don Enrique Evans de la Cuadra (Abril / Junio 2001)

ALDUNATE, Eduardo (1998). *Consideraciones preliminares para una teoría de la interpretación jurídica*. En Revista Chilena de Derecho, Número Especial

ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; y VODANOVIC, Antonio (1998). *Tratado De Derecho Civil*. Partes Preliminar y General. Tomo I. Editorial Jurídica.

ANDRADE, Carlos (1991). *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*. Editorial Jurídica

APARISI, Ángela (1992). *Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho*. En Anuario de filosofía del Derecho IX. Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. Disponible en [http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1992-](http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1992-10024900268_ANUARIO_DE_FILOSOF%26%23769%3B_DEL_DERECHO_Notas_sobre_la_jurisprudencia_como_fuente_del_Derecho)

[10024900268_ANUARIO_DE_FILOSOF%26%23769%3B_DEL_DERECHO_Notas_sobre_la_jurisprudencia_como_fuente_del_Derecho](http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1992-10024900268_ANUARIO_DE_FILOSOF%26%23769%3B_DEL_DERECHO_Notas_sobre_la_jurisprudencia_como_fuente_del_Derecho)

ARIÑO, Gaspar (1999). *Principios de derecho público económico*. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Editorial Comares

ARMOUR, John y CHEFFINS, Brian (2013). *The Origins of the Market for Corporate Control* (September 11, 2013). ECGI - Law Working Paper No. 226/2013. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=2324427>

ARMOUR, John, HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier (2009). *Agency Problems, Legal Strategies, and Enforcement*. Oxford Legal Studies Research Paper No. 21/2009; Yale Law, Economics & Public Policy Research Paper No. 388; Harvard Law and Economics Research Paper Series No. 644; ECGI - Law Working Paper No. 135/2009. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1436555>

(2009) *The Essential Elements of Corporate Law*. Oxford Legal Studies Research Paper No. 20/2009. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436551

ARÓSTICA, Iván (2006). *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*. En Revista Actualidad Jurídica N° 14. Universidad del Desarrollo

ATRIA, Fernando (2007). *La improbabilidad de la jurisdicción*. En Revista En Foco N° 114. Editorial Expansiva. Disponible en http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/14112007100957.pdf

AYLWIN, Arturo (1990). *Efectos de la reforma del art. 38, inciso 2°, de la Constitución Política sobre régimen de lo contencioso administrativo*. En La reforma constitucional de 1989. Estudio Crítico. Cuadernos de análisis jurídico. Serie Seminarios N° 13. Universidad Diego Portales

BARROS, Enrique (2010). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile

BECHT, Marco, BOLTON, Patrick y RÖELL, Ailsa (2005). *Corporate Governance and Control*. Finance Working Paper N° 02/2002. European Corporate Governance Institute. Disponible en http://ssrn.com/abstract_id=343461

BELCREDI, Massimo y ENRIQUES, Luca (2013). *Institutional Investor Activism in a Context of Concentrated Ownership and high Private Benefits of Control: the Case of Italy*. European Corporate Governance Institute. Law Working Paper N° 225/2013. Disponible en http://ssrn.com/abstract_id=2325421

BERMÚDEZ, Jorge (2005). *El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria*. En Revista de Derecho, Vol. XVIII – N° 2 – Diciembre 2005. Revista de Derecho (Valdivia)

BERNSTEIN, Marver (1955). *Regulating Business by Independent Commission*. Princeton Legacy Library

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009). *Historia de la Ley N° 20.382 que Introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas*

BITRÁN, Eduardo y SAAVEDRA, Eduardo (1993). *Algunas reflexiones en torno al rol regulador y empresarial del Estado*. En Después de las privatizaciones. Hacia el Estado regulador, CIEPLAN, Santiago, Chile

BLAIR, Margaret (2004). *Reforming Corporate Governance: What History Can Teach Us*. 1 Berkeley Bus. L.J. 1. Disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/bblj/vol1/iss1/1/>

BLASCO, Francisco (2001). *Derecho judicial y derecho jurisprudencial (nobles sueños, pesadillas y vigiliias del juez)*. En Revista Jueces para la Democracia N° 41. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174856>

BORDALÍ, Andrés (2013). *La independencia de los jueces en la aplicación de la ley dentro de la organización judicial chilena*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 40, No. 2 (Mayo - Agosto 2013)

(2013). *Principios de una nueva justicia administrativa en Chile*. En La Justicia Administrativa. Lexis Nexis

(2009). *Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 36, No. 2 (Mayo - Agosto 2009)

(2006). *La Administración Pública ante los tribunales de justicia chilenos*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 33, N° 1 (Enero – Abril 2006)

BRAVO, Bernardino (1991). *Arbitrio judicial y legalismo. Juez y Derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación*. En Revista de Historia del Derecho “Ricardo Levene”. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”

BRAVO-HURTADO, Pablo (2013). *Hacia los precedentes en Chile: reforma procesal civil y fuentes del derecho / Toward precedents in Chile: civil procedure reform and sources of law*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 40, N° 2 (Mayo – Agosto 2013)

BREYER, Stephen (1986). *Judicial review of questions of law and policy*. En Administrative Law Review Vol. 38, No. 4 (Fall 1986). American Bar Association

BUCHHEISTER, Axel (1999). *Análisis proyecto de ley sobre ofertas públicas de adquisición de acciones y gobierno corporativo*. Serie Informe Legislativo N° 14. Libertad y Desarrollo

BULLINGER, Martín (1986). *La discrecionalidad de la Administración pública*. La Ley, VII

BULYGIN, Eugenio (1991). *Sentencia judicial y creación de derecho*. Nn C.E. Alchourron-E. Bulygin, Análisis lógico y derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991

BUSTOS, Juan (2007). *Obras Completas*. Tomo I. Derecho Penal - Parte General. ARA Editores

BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán (1997). *Lecciones de Derecho Penal. Volumen I*. Editorial Trotta

CABRERA, Ángel, et. al. (2000). *Regulación de las transferencias de control corporativo: discusión teórica e implementación empírica*. Serie Documentos Discusión: Elementos Conceptuales de la Ley de OPAS. Superintendencia de Valores y Seguros

CALDERA, Hugo (1989). *Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 16, No. 2 (junio-agosto de 1989)

(1979). *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica

CALVO VIDAL, Félix (1992). *La jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?* Editorial Lex Nova, Valladolid

CAMACHO, Gladys (2010). *La actividad sustancial de la Administración del Estado*. En Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV. Legal Publishing

(2008). *Las entidades administrativas fiscalizadoras y su rol de aseguramiento de mercados competitivos*. En Revista de Derecho Público N° 70. Universidad de Chile

(2005). *La problemática de la potestad normativa de las superintendencias*. Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público (Santiago, LexisNexis)

CAMPOS, Francisco (2010). *Nociones fundamentales del realismo jurídico*. En Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (mayo-agosto 2010). Universidad de Costa Rica. pp. 191-220. Disponible en <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13562>

CANCIO, Jorge (2003). *La Constitución económica: lo que pudo haber sido y no fue*. En Mientras Tanto, No. 86 (Primavera 2003). Icaria Editorial

CAPPELLETTI, Mauro (1989). *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford, Clarendon Press

CARMONA, Carlos (2005). *El contencioso administrativo entre 1990-2003*. En La Justicia Administrativa. Editorial LexisNexis

(1999). *Una aproximación general sobre las superintendencias desde la perspectiva del Derecho*

CARRIÓ, Genaro (1976). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2º Ed.

CARRO, José Luis (2014). *Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo*. En Revista de Administración Pública, N° 193, enero-abril 2014. Madrid

CASSAGNE, Juan Carlos (2009). *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Editorial Marcial Pons

(2006). *Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores o agencias independientes*. En Revista de Derecho Administrativo Económico N° 16

CASTAN TOBEÑAS, José (1930). *Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo I*. 3a edición reformada. Madrid, Editorial Reus S.A.

CEA, José Luis (1984). *Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 11, No. 2/3 (mayo - diciembre 1984)

CÉSPEDES, Rodrigo (2001). *La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, No. 1 (Enero / Marzo 2001)

CHARREAUX, Gerard y DESBRIERES, Philippe (1998). *Corporate Governance: Stakeholder Value versus Shareholder Value*. Finance Controle Strategie, Vol. 1, June 1998. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=262902>

CHEFFINS, Brian (2012). *The History of Corporate Governance*. Law Working Paper N° 184/2012. European Corporate Governance Institute. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1975404>

CHEYNEL, Edwige (2012). *A Theory of Voluntary Disclosure and Cost of Capital*. Review of Accounting Studies, Forthcoming. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2112174

CIRIANO VELA, César (2000). *Administración económica y discrecionalidad, un análisis normativo y jurisprudencial*. Editorial Lex Nova, Valladolid

CLARKE, Álvaro (2003). *Políticas en la implementación de gobiernos corporativos*.

CLARKE, Blanaid (2010). *Reinforcing the Market for Corporate Control* (August 19, 2010). UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper No. 39/2010. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1661620>

CLARO SOLAR, Luis (2013). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. Tomo Primero. Editorial Jurídica de Chile

COASE, Ronald (1937). *The Nature of the Firm*. *Economica*, n. s., vol. 4. London School of Economics

(1960). *The problem of social cost*. *Journal of Law and Economics*, Vol. 3

COLOMBO, Juan (1991). *La jurisdicción en el derecho chileno*. Editorial Jurídica de Chile

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2014). *Dictamen N° 7.439 de fecha 30 de enero de 2014*

(2013). *Imparte instrucciones con motivo de las próximas elecciones de Presidente de la República, Senadores, Diputados y Consejeros Regionales*. Instrucción de fecha 5 de septiembre de 2013

(1999). *Dictamen N° 15.587 del año 1999*

COOTER, Robert y ULEN, Thomas (2008). *Derecho y Economía*. Segunda edición en español. Editorial Fondo de Cultura Económica

CORDERO, Cristian (2010). *El castigo en el Derecho Administrativo*. En *Derecho y Humanidades*, N° 16 vol. 1, 2010

(2008). *Derecho Administrativo Sancionador: “¿Ser o no ser? He ahí el dilema”*. En *Derecho Administrativo*. 120 Años de Cátedra. Editorial Jurídica de Chile

CORDERO, Eduardo (2013). *Sanciones administrativas y mercados regulados*. En *Revista De Derecho (Valdivia)*. Vol. XXVI, N° 1, Julio 2013

(2012). *La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía*. En 85 Años de Vida Institucional. Contraloría General de la República

(2005). *La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo*. En *La Justicia Administrativa*. Lexis Nexis

CORDERO, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Editorial Thomson Reuters

(2010). *La jurisprudencia administrativa en perspectiva. Entre legislador positivo y juez activista*. Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después. *Anuario de Derecho Público*, N° 1, 2010. Universidad Diego Portales

(2009). *El control de la Administración del Estado*. Editorial LegalPublishing

(2007). *La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: Fundamento de cuatro falacias*. En *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, Tomo II

CORDERO, Luis y GARCÍA, José Francisco (2012). *Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias*. En *Anuario de Derecho Público* N° 1. Universidad Diego Portales

COROMIRAS, Joan (1973). *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*. Tercera Edición. Editorial Gredos S.A.

CRISAFULLI, Vezio (1938). *Alcune considerazioni sulla teorie degli organi dello Stato*. En Archivio giuridico N° 120

CURY, Enrique (2004). *Derecho Penal, Parte General*. 7° Edición ampliada. Ediciones Universidad Católica de Chile

DAVID, René (1967). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Editorial Aguilar, Madrid

DE LA CRUZ, Juan (2006). *Los entes reguladores como elemento de garantía constitucional*. En Revista de Derecho Administrativo Económico N° 17

DEAKIN, Simon y CARVALHO Fabio (2010). *System and Evolution in Corporate Governance*. ECGI - Law Working Paper N°. 150/2010. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1581746>

DENIS, Diane y MCCONELL, John (2003). *International Corporate Governance*. ECGI - Finance Working Paper No. 05/2003. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320121

DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2010). *Anomalías constitucionales de las Superintendencias: un diagnóstico*. En Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (1995). *Instituciones del Derecho Civil*. Volumen I. Editorial Tecnos

DUCCI, Carlos (1980). *Derecho Civil*. Parte General. Editorial Jurídica de Chile

DWORKING, Ronald (1983). *Los derechos en serio*. Editorial Ariel S.A., Barcelona.

DYCK, Alexander y ZINGALES, Luigi (2011). *Private Benefits of Control: An International Comparison*. Harvard Law School Program on Negotiation Harvard University. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=296107>

EISENBERG, Melvin (2005). The Architecture of American Corporate Law: Facilitation and Regulation. Berkeley Business Law Journal. Vol. 2.1, 2005. Disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3037&context=facpubs>

(1983). *Corporate Legitimacy, Conduct, and Governance – Two Models of the Corporation*. 17 Creighton L. Rev. 1. Berkeley Law Scholarship Repository. Disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2041>

EISENBERG, Mevin, WINTER, Ralph y MCCHESENEY, Fred (1989). *The Structure of Corporation Law*. Columbia Law Review. Volumen 89. Disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2007>

ELY, John (1997). *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Traducción de HOLGUÍN, Magdalena. Editorial Siglo del Hombre

EMBED, José (2013). *Aspectos conceptuales y tipológicos de la regulación de las sociedades de capital en el derecho español / Basic and typological features of companies' regulation in spanish law*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 40, No. 2 (Mayo - Agosto 2013)

(1987). Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones

ENCINA, Juan Andrés (2015). *Motivación de los actos administrativos*. Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Librotecnia. Santiago

ENRIONE, Alfredo (2012). *Gobierno corporativo: un imperativo de hoy*. En Directorio y Gobierno Corporativo. El desafío de agregar valor en forma sostenida. ESE Business School. Universidad de Los Andes

EVANS, Eugenio (2002). *Las actividades económicas de las empresas en la Constitución y las facultades normativas de los órganos de la Administración y fiscalización del Estado*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 29, No. 3, Actas de las I Jornadas de Derecho de la Empresa

FERMANDOIS, Arturo (2001). *Derecho Constitucional Económico. Garantías Económicas, doctrina y jurisprudencia. Tomo I*. Ediciones Universidad Católica de Chile

(2001). *La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, No. 2, Actas del Seminario Multidisciplinario sobre Garantías Constitucionales: Conmemoración de los 20 años de la Constitución y Homenaje al Profesor don Enrique Evans de la Cuadra (Abril / Junio 2001)

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2005). *El Derecho Constitucional al Debido proceso con especial aplicación al Nuevo Proceso penal*. En Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de Chile

FERNÁNDEZ, Tomás (1994). *De la arbitrariedad de la Administración*. Editorial Civitas

FERRADA, Juan Carlos (2012). *El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses*. En Revista de Derecho, Vol. XXV – N°1 Julio 2012. Universidad Austral de Chile

(2011). *Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno*. En Litigación Pública. Universidad de Los Andes-Editorial Legal Publishing

(2005). *El Recurso de Protección como mecanismo de control contencioso administrativo*. En La Justicia Administrativa. Lexis Nexis

(2003). *Los órganos reguladores de actividades económicas relevantes en Chile: una visión panorámica*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 30, No. 2 (Mayo / Agosto 2003)

FERRADA, Juan Carlos, BORDALÍ, Andrés, y CAZOR, Kamel (2003). *El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo*. En Revista de Derecho, Vol. XIV – Julio 2003. Universidad Austral

FERREIRA, Xavier (2002). *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*. Instituto Nacional de Administración Pública de Madrid

FIAMMA, Gustavo (1989). *La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio*. En Revista Chilena de Derecho, volumen 16, n° 2, julio-agosto 1989.

FIX-ZAMUDIO, Héctor (2005). *Concepto y contenido de la justicia administrativa*. En Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Procesal. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2391/10.pdf>

GALETOVIC, Alexander, y SANHUEZA, Ricardo (2002). *Regulación de servicios públicos: ¿hacia dónde debemos ir?* En Estudios Públicos N° 85 (verano 2002)

GARCÍA, José Francisco (2009). *¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio*. En Revista Actualidad Jurídica, N° 19. Universidad del Desarrollo

GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2010). *De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio*. En Revista Actualidad Jurídica N° 22 – Julio 2010. Universidad del Desarrollo

GARCÍA, María Paz (2012). *Responsabilidad social empresarial y autorregulación. Los códigos de conducta y las fuentes del derecho*. Boletín del Ministerio de Justicia. Estudio Doctrinal, N° 2141, Año LXVI. Disponible en www.mjusticia.es/bmj

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1999). *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*. Editorial Civitas

(1995). *Democracia, jueces y control de la administración*. Editorial Civitas

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2004). *Las sanciones administrativas*. En Curso de Derecho Administrativo, Tomo. II, 9ª edición

(2002). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid

GAVIOUS, Ilanit y ROSENBOIM, Mosi (2013). *The Disciplining Role of the Market Versus Government Regulation: The Case of Sarbanes–Oxley and the Earnings Quality of M&A Targets*. En American Law and Economics Review V15 N1 2013. Disponible en <http://aler.oxfordjournals.org/content/early/2013/01/22/aler.ahs032.abstract>

GLUCK, Abbe, y SCHULTZ, Lisa (2013). *Statutory Interpretation from the Inside - An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation and the Canons: Part II*. Yale Law School, Public Law Research Paper No. 488. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=2358074>

GONZÁLEZ, Daniela (2011). *Agencias reguladoras independientes: Legitimidad, control y transparencia*. En Revista de Derecho Administrativo N° 5. Editorial LexisNexis

GONZÁLEZ, Elsa (2000). *Análisis ético del Informe Cadbury: aspectos financieros de los gobiernos de las sociedades*. Papeles de Ética, Economía y Dirección, n° 5. Disponible en <http://www.eticaed.org/10.Gonz%E1lez00.pdf>

GONZÁLEZ, Paulina (1998). *Codificación y Técnica Legislativa*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, No. 4 (Octubre / Diciembre 1998)

GORDILLO, Agustín (2012). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo V, Primeras Obras. 1ª edición, Buenos Aires, FDA. Disponible en http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo5.pdf

GUTIÉRREZ, María y SAEZ, Maribel (2012). *Deconstructing Independent Directors*. European Corporate Governance Institute. Law Working Paper N° .186/2012. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1986842>

GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014). *La interpretación administrativa en el derecho chileno*. Editorial Thomson Reuters. Colección Ensayos Jurídicos

HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier (2009). *The Basic Governance Structure*. En The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach. Oxford

(2000). *The End Of History For Corporate Law*. Yale Law School Working Paper N° 235; NYU Working Paper N° 013; Harvard Law School Discussion Paper N° 280; Yale SOM Working Paper N° ICF - 00-09. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=204528>

(2004). *The Anatomy Of Corporate Law: A Comparative And Functional Approach*. Agency Problems and Legal Strategies. Oxford University Press

HIGGS, Derek (2003). *Review of the role and effectiveness of non-executive directors*. Consultation Paper. Disponible en <http://www.ecgi.org/codes/documents/higgs.pdf>

HILBINK, Lisa (2014). *Jueces y política en democracia y dictadura*. Lecciones desde Chile. Editorial Flacso México

HOPT, Klaus (2001). *Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation*. Law Working Paper N° 170/2001. European Corporate Governance Institute. 2001. Disponible en http://ssrn.com/abstract_id=1713750

IACOBUCCI, Edward (2004). *Toward a Signaling Explanation of the Private Choice of Corporate Law*. American Law and Economics Review, Vol. 6, No. 2 (Fall 2004), Oxford University Press. pp. 319-344

IBÁÑEZ, Perfecto (2009). *Imparcialidad judicial e independencia judicial*. En *Ética Judicial: reflexiones desde jueces para la democracia*. Fundación Antonio Carretero

ISRAEL, Ricardo, y OÑATE, Emilio (2012). *La función contralora, políticas públicas y calidad de la democracia*. En *85 Años de Vida Institucional*. Contraloría General de la República

ITURRALDE, Victoria (1995). *Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de civil law: El caso español*. En *Anuario De Filosofía Del Derecho XII*

JARA, Andrés (2001). *Las juntas de accionistas, objeto de innovación*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 38, No. 2 (Mayo - Agosto 2011)

JARA, Jaime (2013). *La Contraloría General de la República y su contribución al surgimiento y evolución del procedimiento administrativo en Chile*. En *Revista de Derecho Público*, Vol. 78, 1° Semestre 2013. Universidad de Chile

(2009). *Apuntes sobre Acto y Procedimiento Administrativo*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile

JENSEN, Michael y MECKLING, William (1976). *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure*. En *Journal of Financial Economics*, October, 1976, V.

3, No. 4, pp. 305-360. Disponible en <http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/jensen-meckling.pdf>

KELSEN, Hans (1960). *Teoría pura del derecho*. Editorial Porrúa S.A., México. 2º Ed. Traducción de Roberto J. Vernego

LA PORTA, Rafael, et. al. (2000). *Investor protection and corporate governance*. Journal of Financial Economics 58 (2000) 3-27 Disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/cbl/lopezdesilanes02_Roundtable.pdf

LAGUNA, José (2011). *Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación*. En Revista de Administración Pública, N° 185. Centro Político de Estudios Constitucionales, Madrid

LARA, José Luis (2011). *Algunas reflexiones sobre el contencioso administrativo en Chile*. En Litigación Pública. Universidad de Los Andes-Editorial Legal Publishing

LEFORT, Fernando (2003). *Gobierno corporativo: ¿qué es? y ¿cómo andamos por casa?* Cuadernos de Economía, año 40, N° 120.

LEGARRE, Santiago, y RIVERA, Julio César (2006). *Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 1

LEÓN, Avelino (1958). *Valor de la jurisprudencia*. En Revista de Derecho y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Instituciones Generales. Editorial Jurídica de Chile

LUCO, Nicolás (1995). *Protección a los accionistas minoritarios frente a la toma de control de una sociedad anónima abierta*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 22, No. 3, DERECHO MERCANTIL Y BANCARIO (Septiembre-Diciembre 1995)

MAGIDE, Mariano (2000). *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid

MATURANA, Cristián (2012). *Concepto, clasificación y bases orgánicas de los tribunales ordinarios, especiales y árbitros. Los auxiliares de la administración de justicia*. Facultad de Derecho. Universidad de Chile

MCCAHERY, Joseph y VERMEULEN, Erik (2014). *Six Components of Corporate Governance That Cannot Be Ignored*. En *Topics in Corporate Law & Economics 2014-2*. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2406565

MÉNDEZ, Javiera (2008). *Los guardianes privados (gatekeepers) del Mercado de Valores*. Memoria Magíster en Derecho, Mención Derecho Económico. Universidad de Chile.

MERKL, Adolf (2004). *Teoría General del Derecho Administrativo*. Editorial Comares

MINISTERIO DE ECONOMÍA (2000). *Experiencias Regulatorias de una década. Balance y propuestas para el futuro*. Ediciones LOM

MONTESQUIEU (1995). *Del espíritu de las leyes*. Tecnos, Madrid

MORAGA, Claudio (2011). *La actividad formal de la administración del Estado*. En *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo VII. Legal Publishing

MORAND, Luis (1982). *Funciones de la Superintendencia de Valores y Seguros*. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 9, No. 1 (Enero - Mayo 1982)

MOREIRA, Diogo (2009). *Crisis y regulación de mercados financieros. La autorregulación regulada: ¿una respuesta posible?* En *Revista de Administración Pública*, N° 180. Centro Político de Estudios Constitucionales, Madrid

MORRISSEY, Daniel (2014). *The riddle of shareholder rights and corporate social responsibility*. En *Selected Works of Dan Morrissey*. January 2014. Disponible en http://works.bepress.com/dan_morrissey/8

MUÑOZ, Santiago (2004). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo I. Editorial Thomson-Civitas. Madrid

NAHÓN, Carolina (2006). *La metamorfosis del Estado. Límites y potencialidades de la regulación pública*. Ponencia en “Primeras Jornadas de Estudios Sociales de la Economía”,

Centro de Estudios Sociales de la Economía, Instituto de Altos Estudios Sociales, Universidad Nacional de San Martín, 19 y 20 de julio de 2006

NAHÓN, Carolina y BONFIGLIO, Nicolás (2007). *¿Entes de regulación o control? Imprecisiones del “moderno” esquema de regulación: reflexiones y enseñanzas del caso argentino*. En Rev. Adm. Pública vol. 41 no. 6 Rio de Janeiro, Nov. / Dez. 2007. Disponible en http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-76122007000600005&script=sci_arttext

NAVARRO, María (2013). *Discrecionalidad administrativa*. En Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad, N° 3, septiembre 2012 – febrero 2013

NEGRETTO, Gabriel (2009). *Hacia una nueva visión de la separación de poderes en América Latina*. En El Estado de Derecho: dilemas para América Latina. Editorial Palestra

NIETO GARCÍA, Alejandro (2005). *La potestad sancionadora de la administración en Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos, 4ª ed

(2003). *Recensión al libro de Esteve Pardo: Autorregulación. Génesis y efectos*. En Revista de Administración Pública N° 160

NINO, Carlos (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Editorial Astrea. 2º edición. Buenos Aires

OBANDO, Iván, y ALLESCH, Johann (2012). *La Contraloría General de la República en perspectiva histórica y comparada*. En 85 Años de Vida Institucional. Contraloría General de la República

OELCKERS, Osvaldo (1992). *Algunos principios claves en la protección constitucional de los administrados*. En Revista de Derecho, Vol. XIV, 1991-1992. Universidad Católica de Valparaíso

(1987). *Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado (Análisis conforme al Art. 38 inc. 2º de la Constitución Política del Estado y a consideraciones del fallo de la Excma. Corte Suprema “Comunidad Galletúe con Fisco, de fecha 7 de agosto de 1984. Recurso de casación en el fondo*. En Revista de Derecho, Tomo XI, 1987. Universidad Católica de Valparaíso

(1984). *Nuevos roles de la administración pública y su regulación por el Derecho Administrativo*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 11, No. 2/3 (mayo - diciembre 1984)

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (2004). *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE*.

OVIEDO, Tarcisio (1993). *Actual y nueva justicia administrativa*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 20, No. 2/3, XXIV Jornadas Chilenas de Derecho Público (Mayo-Diciembre 1993)

PÁEZ, Pedro y SILVA, José (2010). *Las teorías de la Regulación y Privatización de los Servicios Públicos*. En Administración & Desarrollo. vol. 52, núm. 38, enero/diciembre 2010

PALACIOS, Félix (2013). *Análisis de los abusos cometidos por los socios mayoritarios contra las minorías societarias en la sociedad anónima; algunas alternativas de solución*. Revista de Derecho N° 16. Disponible en www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/download/1487/1293

PALLAVICINI, Julio (2013). *El principio de probidad administrativa en la jurisprudencia de la Contraloría General*. En Revista de Derecho Público, Vol. 78, 1° Sem. 2013. Universidad de Chile

PANTOJA, Rolando (2010). *El artículo 38, inciso 2°, de la Constitución Política de la República*. En Doctrinas Esenciales. Derecho Constitucional. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Edición Bicentenario

(2007). *La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile*. En Justicia Administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. pp. 381-423. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2391/16.pdf>

(2004). *La organización administrativa del Estado*. Editorial Jurídica de Chile

(1964). Alcance de la expresión "Tribunales Administrativos" empleada por el artículo 87 de la carta política. En Revista de Derecho Público N° 2. Universidad de Chile

PARDOW, Diego (2009). *La desgracia de lo ajeno: un ensayo sobre el problema de la agencia en las relaciones fiduciarias*. En Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad Diego Portales. Legal Publishing Chile

PAREDES, Ricardo. (1993). *Privatización y regulación: lecciones de la experiencia chilena*. En Después de las privatizaciones. Hacia el Estado regulador, CIEPLAN, Santiago, Chile.

PAZ-ARES, Cándido (2004). *El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor*. Working Paper núm: 182. InDret 1/2004. Disponible en http://www.indret.com/pdf/182_es.pdf

PECES-BARBA, Gregorio (1983). *La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico*. En Poder Judicial N° 6

PEÑA, Marisol (2001). *Aportes del Tribunal Constitucional de Chile al Estado de Derecho y a la democracia*. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 47, año 2011

PFEFFER, Francisco (2015). *Deber de lealtad de directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, a propósito del denominado Caso Cascadas*. En Revista Actualidad Jurídica, N° 32 – Julio 2015

(2009). *Una década de avances en la regulación legal de la actividad económica, especialmente en su vertiente financiera. Los desafíos pendientes*. En Revista Actualidad Jurídica N° 20, Tomo I. Universidad del Desarrollo

(2005). *El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros en el contexto del denominado "Caso Chispas"*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 32, N° 3 (Septiembre - Diciembre 2005)

(2000). *Nuevas normas sobre gobierno corporativo y mayores responsabilidades para los Directores de Sociedades Anónimas*. Gaceta Jurídica N° 244. Santiago, Chile.

PIERRY, Pedro (2002). *Las transformaciones del Derecho Administrativo en el siglo XX*. En Revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso XXIII

(2000). *Tribunales Contencioso-Administrativos*. En Revista de Derecho, Año 1 - N° 2 – diciembre de 2000. Consejo de Defensa del Estado. Disponible en <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/485bc27e-c057-4867-818e-d70b48b839ab/5.pdf?MOD=AJPERES>

(1984). *El control de la discrecionalidad administrativa*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 11, No. 2/3 (mayo - diciembre 1984)

PRIETO, Luis (1985). *Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin*. En Revista Española de Derecho Constitucional, Año 5, Núm. 14, mayo-agosto 1985

PINILLA, Francisco (2008). *Las denominadas funciones jurisdiccionales de los órganos de la administración del Estado: Apreciaciones a partir de la STC de 26 de marzo de 2007*. En Revista Ius et Praxis - año 14 - n° 1

PONCE DE LEÓN, Sandra (2014). *Notas sobre la discrecionalidad en la Administración del Estado*. En Administración y Derecho: homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile

PUGA, Juan (2003). *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*. 2 Tomos. Editorial Jurídica de Chile

RAJEVIC, Enrique (1996). *Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 23, No. 1, Derecho de Propiedad (Enero-Abril 1996)

RIBERA, Teodoro. (2001). *Reserva legal, potestad reglamentaria y Constitución de 1980: antecedentes inéditos de la Junta de Gobierno*. En Revista de Derecho Público N° 63. Universidad de Chile

RODRÍGUEZ, Natalia (2007). *El Sistema de Justicia Administrativa en el Derecho Chileno*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Universidad Austral de Chile

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1990). *Teoría de la interpretación jurídica*. Edimpres, Santiago

ROJAS, Fernando (2005). *Ley, interpretación y exceso judicial*. En Revista Actualidad Jurídica N° 11

ROMERO, Alejandro (2004). *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho (una perspectiva procesal)*. Editorial Jurídica de Chile

ROMERO, Juan José (2008). *¿Capturados por nuestra suspicacia? Algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 35, No. 1 (Enero - Abril 2008)

ROSE, Paul (2007). *The Corporate Governance Industry*. The Journal of Corporation Law Vol. 32, No. 4, Summer 2007. Ohio State Public Law Working Paper. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=902900>

ROSS, Alf (1994). *Sobre el Derecho y la justicia*. Trad. de G. G. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 5ª ed., Buenos Aires, 1994

RUIZ, Alfonso (1985). *Sobre la creación judicial del derecho*. En Poder Judicial N° 16

(1984). Creación y aplicación en la decisión judicial. En Anuario de filosofía del derecho, N° 1

SAAVEDRA, Rubén (2011). *Discrecionalidad Administrativa*. Editorial LegalPublishing Chile

SABÁN, Alfonso (1997). *La aplicación del principio de imparcialidad en la jurisdicción contencioso-administrativa*. En Jueces para la democracia, N° 29. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174704>

SÁNCHEZ MORON, Miguel (1994). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Editorial Tecnos

SANDOVAL, Ricardo (2014). *Reorganización y liquidación de empresas y personas*. Derecho Concursal. Editorial Jurídica de Chile

SAPELLI, Claudio (2002). *Concentración y Grupos Económicos en Chile*. En Estudios Públicos, 88 (primavera 2002). pp. 67-95. Disponible en http://www.cepchile.cl/dms/archivo_3167_1378/rev88_sapelli.pdf

SCHIELE, Carolina (2014). *La jurisprudencia como fuente del derecho: El papel de la jurisprudencia*. En Dogmática y Sistema Estudios de Teoría del Derecho. Editorial Legal Publishing

SCHOENBROD, David (1998). *Delegation and Democracy: A Reply to My Critics*. Symposium - The Phoenix Rises again: The Nondelegation Doctrine from Constitutional and Policy Perspectives: Democracy and Delegation. Disponible en http://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1231&context=fac_articles_chapters

SEGURA, Francisco (2006). *Actualidad de los principios e inspiraciones del Código Civil chileno*. En Revista de Derecho N° 219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006). Universidad de Concepción

SHAFFER, Gregory y POLLACK, Mark (2010). *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonist in International Governance*. Minnesota Law Review. Vol. 94. Disponible en http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/08/ShafferPollack_MLR.pdf

SHLEIFER, Andrei y VISHNY, Robert (1996). *A Survey of Corporate Governance*. NBER Working Paper N°. w5554. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=10182>

SILVA, Berta (2011). *Metodología de la OCDE para la evaluación de los principios de gobiernos corporativos*. Thomson Reuters

SILVA CIMMA, Enrique (1996). *Derecho Administrativo chileno y comparado*. Tomo I. Introducción y Fuentes. 4° edición. Editorial Jurídica de Chile

(1994). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público*. Editorial Jurídica de Chile

SOTO KLOSS, Eduardo (2012). *Litigación judicial frente a la Administración del Estado: un recuento histórico*. En Derecho Público Iberoamericano. Revista del Centro de Justicia Constitucional. Año 1, N° 1. Universidad del Desarrollo

(2002). *Los llamados Tribunales Tributarios ¿son propiamente tribunales?* En Gaceta Jurídica, N° 263

(1999). *Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 26, No. 2 (Abril / Junio 1999)

(1989). *Invalidación de los actos administrativos*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 16, No. 2 (junio-agosto de 1989)

(1984). El recurso de protección: aspectos fundamentales. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 11, No. 2/3 (mayo - diciembre 1984)

(1982). *El recurso de protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Jurídica

(1977). La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República. En La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927 – 1977), Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile

(1974). La competencia contencioso-administrativa de los tribunales ordinarios de justicia. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 1, N° 3/4 (junio-agosto 1974), pp. 349-359

STANGHELLINI, Lorenzo (1995). *Corporate Governance in Italy: strong owners, faithful managers. An assessment and proposal for reform*. Indiana International and Comparative Law Review (6). Disponible en <https://journals.iupui.edu/index.php/iiclr/article/view/17591/17691>

SUNSTEIN, Cass (1999). *Nondelegation Canons*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper N° 82. University of Chicago Law School. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=179651>

SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (2015). *Proyecto Normativo. Fortalecimiento de Estándares de Gobierno Corporativo de las Sociedades Anónimas Abiertas.*

(2015). *Informe Final. Fortalecimiento de Estándares de Gobierno Corporativo de las Sociedades Anónimas Abiertas*

THE COMMITTEE ON THE FINANCIAL ASPECTS OF CORPORATE GOVERNANCE AND GEE AND CO. LTD. (1992). *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance.*

TORRES, Óscar (2013). *Derecho de sociedades.* Quinta edición ampliada y actualizada. Thomson Reuters.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2015). *Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015)*

(2013). *Sentencia Rol N° 2264-12-INA*

TUCKER, Anne (2012). *The Citizen Shareholder: Modernizing the Agency Paradigm to Reflect How and Why a Majority of Americans Invest in the Market.* Seattle University Law Review, Vol. 35, p. 1299, 2012; Georgia State University College of Law, Legal Studies Research Paper N° 2012-21. p. 1302 y ss.

URUETA, Mamiel (1999). *El poder discrecional.* En La Revue administrative, 52e Année, No. 9, Numero special 9: Histoire et perspectives de la juridiction administrative en France et en Amérique latine

VALDERRAMA, Mario (2010). *Control como causal de una oferta pública de adquisición de acciones obligatoria y su regulación en Chile.* DERECHO Y HUMANIDADES, No 16 vol. 2

VALLEJO, Rodrigo y PARDOW, Diego (2008). *Derribando mitos sobre el Estado empresario.* Revista Chilena de Derecho, Vol. 35, No. 1 (Enero - Abril 2008)

VÁZQUEZ, José Luis (1991). *Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano.* Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=467>

VERGARA, Alejandro (2014). *Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los “núcleos dogmáticos”*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 3

(2012). *El nuevo paradigma de jurisdicción administrativa pluriforme e hiperespecializada: crónica de una espera, como la de Godot*. Anuario de Derecho Público. Universidad Diego Portales

(2011). Esquema del contencioso administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del recurso de protección. En Litigación Pública. Universidad de Los Andes-Editorial Legal Publishing.

(2010). *El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como “Derecho Común”*. Abeledo Perrot

VIAL, Víctor (2003). *La teoría del acto jurídico*. 5° Edición. Editorial Jurídica.

VILATA, Salvador (2003). *Sobre el valor normativo de las decisiones judiciales*. En Pasajes, N° 11 (Primavera 2003), Publicacions Universitat de Valencia

VILLABLANCA, Lusitania (2010). *Derecho y regulación en Francia. Derecho de la regulación*. En revista Actualidad Jurídica, Año XI, N° 22, Julio 2010. Universidad del Desarrollo

YRARRÁZAVAL, Arturo (1987). *Principios económicos de la Constitución de 1980*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 14, No. 1 (enero - abril 1987)