

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

EL DERECHO
ADMINISTRATIVO
ANTE LA
JURISPRUDENCIA

VOLUMEN II

COMENTARIOS DE SENTENCIAS Y
DICTÁMENES EN TEMAS RELEVANTES
DE LA DISCIPLINA (2022 A 2025)

SANTIAGO, 2025

ÍNDICE SUMARIO

	Página
Prefacio al volumen II.....	III

Título primero **FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

§ 1. Principios jurídicos ante el Derecho administrativo.....	2
---	---

Título segundo **ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**

§2. Concepto de Administración del Estado y transparencia	16
§3. Creación <i>de facto</i> de órganos públicos: El caso de los consejos de cuenca pilotos	23
§4. El principio de separación de poderes ante la jurisprudencia.....	30

Título tercero **DERECHO LABORAL ADMINISTRATIVO: FUNCIÓN PÚBLICA**

§5. Prórroga y término intempestivo del empleo a contrata.....	40
§6. Funcionarios a honorarios para servicios habituales en la Admi- nistración	63

Título cuarto **ACTO ADMINISTRATIVO: POTESTADES Y RESPONSABILIDAD**

§7. Potestad sancionadora de la Administración	76
§8. Responsabilidad patrimonial de la Administración.....	82

	Página
§9. Autorizaciones administrativas como requisito previo de las servidumbres mineras.....	95

Título quinto

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

§10. Dilación en los procedimientos administrativos.....	102
§11. Plazo de prescripción de infracciones y sanciones administrativas.....	124

Título sexto

BIENES PÚBLICOS, FISCALES Y RECURSOS NATURALES

§12. Regularización de derechos consuetudinarios de aguas	133
§13. El principio de la unidad de la corriente.....	138
§14. Subsistencia de antiguos derechos de aprovechamiento de aguas.....	147
§15. Comunidades de aguas ante la jurisprudencia	158
§16. Conservación ambiental y pago de cuotas en organizaciones de usuarios.....	171
§17. Creación administrativa del derecho real de servidumbre de instalaciones eléctricas	177
§18. Restitución administrativa de bienes fiscales	184

Título séptimo

CONTROL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

§19. Cómputo del plazo para el ejercicio de la acción jurisdiccional	198
§20. Plazo de prescripción de las acciones contencioso-administrativas	211
§21. Acción de amparo judicial de aguas	223

Índice de autores citados.....	239
Índice de normas y principios citados.....	241
Índice de comentarios contenidos en la compilación, en orden cronológico, con indicación del lugar de la obra en que se encuentran sistematizados.....	249
Índice detallado.....	253

CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW	257
---	-----

PREFACIO AL VOLUMEN II

Contiene este segundo volumen la compilación de treinta y ocho comentarios de jurisprudencia publicados por el autor, habitualmente cada mes, desde abril de 2022 hasta febrero de 2025, esto es, tres años; por lo que parecía propicio sistematizarlos y ofrecerlos ordenadamente a los lectores, siguiendo el modelo del primer volumen de esta obra.

En esta oportunidad los comentarios se refieren a veintiún temas relevantes de la praxis del Derecho administrativo general y de algunas de sus subdisciplinas hoy autónomas, como es el caso del Derecho de aguas, del Derecho de minería y del Derecho de energía.

Mantengo el mismo orden de materias del primer volumen y las ordeno en siete títulos. Además, agregó ahora referencias temáticas o reenvíos a los demás comentarios de ambos volúmenes; para identificarlos utilizo las siguientes abreviaturas: *DAAJ I (2022)* y *DAAJ II (2025)*.

Nuevamente debo manifestar mi agradecimiento a los editores originales de estos comentarios en el sitio *El Mercurio Legal*, a su director editorial Álvaro Fernández Díaz y a la periodista coordinadora editorial Alejandra Zúñiga Cárdenas, quienes han continuado acogéndolos, mes a mes. También agradezco al ayudante de investigación del Programa de Derecho Administrativo Económico, Luis Felipe Peña, quien ha estado auxiliándome en la tarea de búsquedas jurisprudenciales en los últimos meses, gracias a lo cual puedo ofrecer panoramas más completos de los casos existentes en cada tema. Agradezco igualmente a la Editorial Thomson Reuters, la que acoge nuevamente un libro de mi autoría.

Alejandro Vergara Blanco

Santiago, febrero de 2025.

Título primero
FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

§ 1. Principios jurídicos ante el Derecho administrativo

- I. Principios generales del Derecho administrativo y casación en el fondo: La técnica procesal de citar una ley como mera formalidad
- II. Principios generales del derecho en la praxis del Derecho administrativo: Fuente no escrita, sin inducción ni deducción de normas escritas

§1. Principios jurídicos ante el Derecho administrativo

Explicación sucinta del problema

Los principios generales del derecho (o su fórmula sintética: principios jurídicos) constituye una *vexa et ardua quaestio* que ocupa no solo a filósofos del derecho, teóricos del derecho y juristas positivos, sino a la jurisprudencia; pero en el caso de esta última lo hace efectivamente, si bien de un modo casi imperceptible, sin aspavientos, ni etiquetando su actuación en esa nomenclatura (esto es, nunca o casi nunca explícita que está acogiendo un “principio”). Simplemente, cada vez que no existen reglas y se presenta un vacío la jurisprudencia funda su decisión en aquellos valores que llamamos principios. Es un tema de fuentes del derecho, pues a partir de ello queda en evidencia que no solamente las reglas (la ley) son la base de una decisión jurisprudencial: también lo son los principios. Si alguien tiene dudas, debiese ver alguno de los ejemplos que aquí mencionamos.

Dos comentarios.

I. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y CASACIÓN EN EL FONDO: LA TÉCNICA PROCESAL DE CITAR UNA LEY COMO MERA FORMALIDAD¹

En el reciente caso *Cencosud Shopping* (2023, 13 de abril), de la Tercera Sala de la Corte Suprema (CS), el juez del contencioso administrativo recurre una vez más a la técnica de los principios generales del derecho. Lo anterior (recurrir a los principios) ya no es una completa novedad en la jurisprudencia, pero cabe destacar que en este caso se trata de una sentencia de casación en el fondo y, procesalmente, ese dato no es intrascendente, como lo comento enseguida.

Retorno así, una vez más, con esta *variante procesal*, al tema de los principios generales del derecho como fuente de Derecho administrativo en caso de lagunas legales. En mi comentario inmediatamente anterior sobre la materia, de 2020 (en donde cito las columnas anteriores)², mostraba cómo esta técnica la está utilizando no solo el juez del contencioso administrativo, sino también, cada vez más ampliamente, el juez civil y constitucional.

Existe un aspecto procesal que cabe analizar en esta materia, y este caso me da la oportunidad para hacerlo, pues no es lo mismo aplicar los principios generales del derecho en un recurso de protección que en un recurso de casación en el fondo, en especial pues este último recurso *únicamente* procede en caso de “infracción de ley”, como señala enfáticamente el art. 767 del Código de Procedimiento Civil (CPC).

Entonces, ¿es posible que la CS pueda acoger un recurso de casación en el fondo por infracción de principios generales de derecho, los que operan ante lagunas de ley y, como todos sabemos, no tienen la naturaleza de una ley? ¿Incurriría en tal caso la CS en una infracción al CPC? Veamos cómo ha ocurrido esto entre nosotros.

El recurso a los principios generales del derecho en los distintos tipos de procedimientos

No es una novedad en la reciente jurisprudencia recurrir a los principios generales del derecho, pues podemos citar diversos casos en que

¹ Publicado como: “Principios generales del derecho administrativo y casación en el fondo: la técnica procesal de citar una ley como mera formalidad” (*EML* 28 abril 2023).

² Véase *DAAJI* 2022, § 2, VI, pp. 32-35.

la CS aplica dicha técnica: por ejemplo, en el último tiempo, los casos *Cabrera* (2023), *Palma* (2023), *Salcedo* (2023), *Vidal* (2023) y *Gallardo* (2023). Pero hay una diferencia entre el primero citado y estos últimos:

i) en el caso *Cencosud* (2023), la CS recurre a los principios en medio de un recurso de casación en el fondo, lo que, si bien ha ocurrido antes, es más excepcional;

ii) mientras que en los cinco siguientes, la CS recurre a los principios en medio de la apelación de un recurso de protección. Ambos procedimientos tienen reglas procesales muy distintas, como sabemos.

Pero, como digo, en todos ellos la CS basó su decisión en el quebranto de los valores contenidos en un principio general del derecho: en el principio de la confianza legítima. En ninguno de ellos se basó en el quebranto sustantivo (*de fondo*) de una ley; ello, más allá de la mera formalidad de la CS de citar *a la pasada* alguna ley, como veremos. Eso es muy importante de retener: la CS deja sin efecto actos administrativos ya no solo por el quebranto de una ley (=derecho escrito), sino por el quebranto de un principio general de derecho (=derecho no escrito), dada una laguna legal al respecto.

Veamos más de cerca las exigencias procesales en cada uno de estos procedimientos y cómo la CS ha enfrentado su decisión ya no en la ley sino en principios generales del derecho.

Los principios generales del derecho en los contenciosos administrativos anulatorios: protección, ilegalidad municipal u otros

Es posible y usual invocar los principios generales del derecho en cualquier contencioso administrativo anulatorio (como es el caso de un recurso de ilegalidad municipal, de un recurso de protección, de un recurso de reclamación, entre otros). Desde el punto de vista procesal, este tipo de recursos tiene por objeto obtener de parte del tribunal la declaración de nulidad de un acto administrativo, y, en la praxis, ello se solicita ya sea basado:

- i) en el quebranto de la legalidad; esto es, del derecho escrito;
- ii) en el quebranto de un principio general del derecho; esto es, en el derecho no escrito.

En el caso de la ilegalidad municipal la ley pareciera constreñirlo a la pura legalidad; en el caso del recurso de protección, es más amplio, pues la Constitución se refiere al quebranto del “imperio del derecho”. En la protección el juez actúa autorizado para “adoptar las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho” (como señala el art. 20 de la Constitución) y, entre ellas, dejar sin efecto o anular un

acto administrativo. En el caso del reclamo de ilegalidad municipal la ley es más precisa y señala que el tribunal puede decidir “la anulación total o parcial del acto impugnado” (art. 151 h) LOC Municipalidades). Pero cabe revisar el fundamento de esa declaración de nulidad: ¿por quebranto de las leyes solo? ¿O también por quebranto de los principios?

En los contenciosos administrativos anulatorios ya casi no hay discusión en la doctrina ni dificultades para que el juez del contencioso administrativo declare la nulidad de los actos administrativos, ya sea porque estos infringen una ley o un principio. Es la situación de los casos *Cabrera* (2023), *Palma* (2023), *Salcedo* (2023), *Vidal* (2023) y *Gallardo* (2023) que cito más arriba, todos ellos originados en recursos de protección, en que el juez se siente habilitado o legitimado para aplicar como fuentes del derecho tanto las leyes como los principios generales del derecho. Es que estos recursos, dirigidos a obtener la nulidad del acto, son muy similares al esquema del Consejo de Estado francés en el recurso por exceso de poder (*recours pour excès de pouvoir*), también dirigido al acto y, en donde, a mediados del s. XX, dicho juez comenzó la revolución de declarar ese exceso de poder ya sea por infracción a las leyes como a los principios generales del derecho.

En la práctica, entre nosotros, aún en los recursos anulatorios más formalmente *legalistas*, como es el caso del recurso de ilegalidad municipal (en que la LOC de Municipalidades pareciera constreñirlo solo a los quebrantos de ley), se suelen interponer y acoger por el juez por quebranto a los principios generales del derecho; un ejemplo es el caso *Cencosud* (2023).

Este es entonces un paso que ha dado la jurisprudencia sin mayor aspaviento, aunque con alguna precaución, como comento más adelante, cuando la nulidad del acto administrativo debe ser declarada por la sentencia de reemplazo en medio de un recurso de casación en el fondo.

Los principios generales del derecho en la casación en el fondo de casos administrativos

Este tema de los principios generales del derecho como fundamento de la casación en el fondo hasta ahora no ha sido objeto de discusiones doctrinarias entre nosotros. Solo recuerdo la propuesta de Enrique Alcalde (2003, p. 146) de considerar causal de casación en el fondo el quebranto de un principio general del derecho. No obstante, captando lo atrevido de la cuestión, indica que lo dice como “base de una posible hipótesis” (a tal punto que el prologuista, Hernán Corral Talciani, lo considera arriesgado, por la paradoja de que la casación ideada para imponer la

primacía de la ley podría entronizar “aquello que se quería repudiar”; en p. 16)³. Por mi parte lo he postulado derechamente en un comentario anterior (numerando 3)⁴ y en el prólogo de la obra sobre la materia de Franck Moderne (2017, p. 16)⁵.

Pero más allá de estas propuestas, lo importante es lo que haga el juez, y en el caso *Cencosud* (2023) el juez de lo contencioso administrativo lo realiza sin timidez y mediante una técnica habilidosa. No es la primera vez que ello ocurre en la CS, pues podemos citar el caso anterior del juez civil en *Sociedad de Inversiones* (2020) de la Primera Sala (véase el mismo comentario anterior)⁶.

Veamos más de cerca cómo ha operado en este caso la CS; lo hace a través de dos pasos.

i) Primer paso. Dado que el recurrente invoca en su recurso de casación en el fondo un quebranto de un principio general del derecho, en este caso, el principio de la confianza legítima, la sentencia de casación razona sobre la base de los valores contenidos en ese principio, con la clara conciencia de que no es derecho escrito (esto es, consagrado en una ley), incluso cita como apoyo a la doctrina (en este caso, un conocido trabajo de Jorge Bermúdez, de 2005)⁷. Pero, para escamotear el citado designio del art. 767 CPC que exige “infracción de ley”, los sentenciadores *anclan* su decisión en los arts. 11 y 41 (incisos 4º y 6º) de la Ley Nº 19.880, de 2003, de Bases Generales de los Procedimientos Administrativos. Pero estos artículos se refieren a la confianza legítima, se refieren a una exigencia de procedimiento: la fundamentación y motivación de los actos administrativos.

Y en este caso no se trataba entonces de una *falta de motivación*, con lo que se habrían infringido esos artículos de ley, sino de que la motivación esgrimida por el órgano administrativo quebrantaba el principio de confianza legítima. De ahí que la CS entonces utiliza un *modo indi-*

³ Cfr.: ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. 2003. *Los principios generales del derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile [con prólogo de Hernán CORRAL TALCIANI].

⁴ Véase DAAJI 2022, § 2, VI, p. 34.

⁵ Cfr.: MODERNE, Franck (2017). *Principios generales del derecho. Método y aceptación en Derecho administrativo y constitucional*. Santiago: Thomson Reuters [véase ahora nueva edición: MODERNE, Franck (2024). *Principios generales del derecho. Legitimidad, método y controversias en Derecho administrativo y constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch].

⁶ En DAAJI 2022, § 2, VI, p. 34.

⁷ BERMÚDEZ Soto, Jorge. 2005. El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria. *Revista de Derecho Valdivia*, vol. XVIII, Nº 2, pp. 83-105.

recto de encontrar el principio de confianza legítima, y para ello aduce instrumentalmente, como mera formalidad (para dar por cumplido el art. 767 CPC), los señalados arts. 11 y 41 de la Ley N° 19.880, a partir de lo cual acoge el recurso y anula la sentencia por infracción de esos dos artículos de ley (ello, no obstante que el fundamento de fondo, real, es la infracción al principio de confianza legítima, el que, como sabemos, no está consagrado en ley alguna). Cabe sincerar esta *técnica indirecta* que ha establecido la CS, lo cual no es tampoco necesario, atendido el art. 76 de la Constitución, pues la CS podría aducir la “falta de ley” para arribar al mismo resultado.

ii) Segundo paso. Una vez anulada la sentencia a través de la sentencia de casación, cabe ahora que la CS dicte la sentencia de reemplazo. Para ello la CS asume el papel del tribunal del contencioso administrativo anulatorio, es decir, debe anular el acto administrativo. Y es lo que realiza en este caso, acogiendo el reclamo de ilegalidad del acto municipal, anulando la resolución del municipio, para lo cual aduce el quebranto de los mismos arts. 11 y 41 de la Ley N° 19.880, con lo que dicho acto, dice la CS, “aparece desprovisto de fundamentos y (aparece) como arbitrario”. Utiliza así, nuevamente, la técnica indirecta de ocultar el fundamento real de su decisión (el quebranto del principio de la confianza legítima), anclando formalmente su decisión en esas dos disposiciones.

Como se ve, este caso nos permite observar la técnica precisa que está utilizando el juez del contencioso administrativo para fundamentar una casación en el fondo y, a la vez, la nulidad de un acto administrativo, cuando se trata del quebranto de un principio general del derecho (=derecho no escrito), sin perjuicio de la cita simultánea del quebranto de una ley (=derecho escrito) *como mera formalidad*. Lo real es que la CS casa una sentencia y anula un acto administrativo ya no basada en el quebranto de una ley sino de un principio general del derecho, más allá de las formas y de ese modo larvado o indirecto en que lo realiza.

Sentencia de casación de la Tercera Sala de la CS en que recurre a un principio general de derecho (protección de la confianza legítima):

Cenconsud Shopping Center S.A. con Municipalidad de Temuco (2023): CS, 13 abril 2023 (rol N° 10.841-2022), 3ª Sala. M: Ravanales, Carroza (r), Matus, Contreras (s), AI: Etcheverry (recurso de ilegalidad municipal) [casación de fondo].