

### INFORME EN DERECHO

LA PROCEDENCIA DE UN RECURSO DE PROTECCION EN CONTRA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

Profesores: Alejandro Silva B.  
Manuel Daniel A.

Se nos ha pedido Informe en Derecho en relación con el recurso de protección deducido por "Sociedad de Servicios Urbanos del Litoral S.A." en contra de la Contraloría General de la República, sobre los siguientes aspectos:

- I.- Calidad del "derecho de aprovechamiento" concedido como merced provisional bajo el imperio del antiguo Código de Aguas; y si cabe invocar su protección con arreglo al art.20 de la Constitución Política.
- II.- Si la Contraloría General de la República es o no un eventual sujeto pasivo del recurso de protección, de acuerdo con la historia fidedigna del establecimiento del recurso en la Constitución vigente.

- III.- Si puede reclamarse por la vía del recurso de protección contra un dictamen de la Contraloría General de la República.
- IV.- Si la misma autoridad administrativa que concedió la merced provisional de aguas puede invalidarla por considerar que se incurrió en ella en un error de hecho, aún en perjuicio de derechos patrimoniales.
- V.- Si una autoridad administrativa facultada para prorrogar plazos, puede hacerlo después de vencido un plazo, habiéndosele pedido la prórroga durante la vigencia del mismo.

Nos referimos a cada uno de los aspectos recién enunciados; pero antes y para la mejor comprensión de lo que más adelante se dirá, conviene resumir, en lo sustancial y pertinente, los hechos que han originado el recurso en que tales aspectos tienen lugar.

1.- Por resolución N°194, de 1980, de que tomó razón la Contraloría el 30 de julio del mismo año, la Dirección General de Aguas concedió provisionalmente a los señores Patricio y Julio Salas Montes, Juan Eduardo Sotomayor Henríquez, Eduardo Vives Monreal y Salvador Valdés Pérez una merced de agua subterránea para la bebida, servicio de agua potable, usos domésticos y saneamiento del Balneario Santa Augusta de Quintay, provincia de Valparaíso, V Región, otorgándose el plazo de un año para presentar el proyecto de obras.

2.- Por resolución N°218, de 1981 de que tomó razón la Contraloría el 13 de agosto del mismo año, la Dirección General de Aguas concedió a los señores Juan Eduardo Sotomayor Henríquez, Eduardo Vives Monreal, Julio Salas Montes y Salvador Valdés Pérez, una merced provisional de aguas para destinarla a los mismos fines en un balneario ubicado en Quintay, Comuna de Casablanca, otorgándose el plazo de un año para presentar el proyecto de obras.

3.- En oficio dirigido al Director General de Aguas, N°24345, de 22 de octubre de 1985, la Contraloría General de la República se pronunció en el sentido de que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6° transitorio del nuevo Código de Aguas, los derechos de aprovechamiento concedidos provisionalmente según las normas del Código anterior, quedaban sometidos al procedimiento previsto en esas normas, y, por lo tanto, estaba facultada

tada esa Dirección General para resolver sobre la caducidad de tales derechos.

4.- Por dictamen N°13628, de 31 de diciembre de 1986, la Contraloría General concluyó en que la resolución 194, ya citada en el N°1 que precede, debería invalidarse en razón del vicio que, según ella, afectaría a la resolución y que consistiría en que hubo discrepancia, en el caso del estero Casablanca, entre lo solicitado por los peticionarios y lo concedido por la resolución 194, pues mientras aquellos señalaron como ubicación de la captación o aprovechamiento de aguas la ribera norte o derecha, la resolución fijó esa ubicación en la ribera sur o izquierda, realizándose las publicaciones legales conforme a la primera ubicación, esto es, en una provincia diferente de aquella en que correspondía hacerlo. Habría un error de hecho en la resolución que afectaría a todo el procedimiento, que la habría desviado del fin previsto en la ley y que habría dejado en la indefensión a los terceros eventuales interesados en oponerse a la concesión.

5.- El mismo dictamen, en atención a que la Dirección General de Aguas había prorrogado los plazos otorgados a los interesados para la presentación de los planos de las obras, a petición oportunamente formulada, esto es, mientras los plazos estaban pendientes, pero por resoluciones dictadas después de su expiración, se pronunció sobre estas prórrogas. Estableció que para adoptar tal medida, es decir, la prórroga, la Dirección General sólo podía ejercer su facultad antes de expirar el plazo y sin considerar la fecha en que un interesado hubiere solicitado la extensión del lapso fijado. Dijo también que, por el incumplimiento del plazo, en relación con la resolución 218, mencionada en el N°2 precedente, la autoridad administrativa estaría facultada "para caducar el acto administrativo pertinente".

#### I.- CALIDAD DEL "DERECHO DE APROVECHAMIENTO", SU PROTECCION POR EL ARTICULO 20 DE LA CONSTITUCION POLITICA.

El derecho de aprovechamiento de las aguas es, de acuerdo con el Código de Aguas en vigencia (D.F.L.1122, de 1981), "un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código" (art.6). Se constituye según las normas de procedimiento contenidas en el párrafo 2° del Título I del Libro II; debe inscribirse en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo (arts. 112 y ss.), y el



dominio sobre este derecho "se extingue por las causas y en la forma establecida en el derecho común" (art.129), lo que excluye la caducidad, que es un modo de extinción de los efectos de un acto administrativo, por disposición de la autoridad competente de la Administración en los casos de incumplimiento de obligaciones del interesado previstos en la ley.

No era éste el sistema del Código que le precedió, hoy derogado, con arreglo al cual se concedió el derecho de la recurrente de protección. En efecto, en el antiguo Código (D.F.L.162, de 1969), para obtener el derecho de aprovechamiento ("derecho real administrativo que recae sobre las aguas y que consiste en su uso con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código"-art.11), era necesario solicitar una merced que concedía la Dirección General de Aguas, según el procedimiento establecido en el Título I del Libro II, el cual contemplaba, para estos efectos, una etapa previa, esto es, la concesión provisional del derecho.

Mediante esta concesión previa se confería al concesionario "título provisional para practicar en el terreno mismo los estudios de las obras de aprovechamiento según los croquis presentados y para obtener la concesión definitiva una vez cumplidos los demás requisitos legales" (art.258). En general, cumplidos los trámites y requisitos indicados en ese Título, el Director General de Aguas procedía a dictar la resolución de aprobación de las obras ejecutadas y de concesión definitiva de la merced (art. 265).

Conviene tener presente que la concesión definitiva otorgaba "un derecho real administrativo": real, porque recaía sobre las aguas y porque se ejercía contra toda persona, y administrativo, porque, no obstante, estaba expuesto a extinguirse por decisión de la Administración en el caso de la caducidad. La concesión provisional, en cambio, si bien no constituía un derecho de ese carácter, confería a su titular, como se acaba de ver, un "status" especial que le imponía obligaciones, pero que a la vez le otorgaba garantías o prerrogativas, entre las cuales se hallaba, primordialmente, el derecho excluyente de obtener para él la concesión definitiva.

Así configurado, el derecho del concesionario provisional constituye, sin duda, un bien incorporal, sobre el que expresamente recae el derecho de propiedad que reconoce el N°24 del art. 19 de la Constitución Política. La amplitud que debe darse a esta garantía, de modo que cubra a todos los objetos sobre los que

puede alcanzar la propiedad, quedó muy claramente establecida en los debates de la Comisión de Estudio de la actual Constitución. Como se dijo allí también, el derecho de propiedad hay que entenderlo de acuerdo con el respectivo estatuto jurídico que regule sus diferentes especies (Pueden verse, en especial, las actas de las sesiones 157 y 166). Lo que para el Código Civil era "una especie de propiedad", en los términos de la Constitución se encuentra conceptualmente comprendido en una sola garantía: la del derecho de propiedad sobre todos los bienes corporales e incorporales.

Durante la vigencia del antiguo Código, pues, y a la luz del precepto constitucional, el concesionario provisional, por serlo, e independientemente del derecho real que ulteriormente se le otorgare, era titular de la propiedad de su derecho a la concesión, en cuanto bien incorporal, consistente en las prerrogativas que la ley reconocía, entre otras y principalmente, la de obtener en esa calidad la concesión definitiva. En tanto ese derecho se hallare vigente, conforme a su estatuto legal, nadie habría podido, en caso alguno, privar de él a su dueño, sino mediante la expropiación, según lo asegura el N°24 del art. 19 de la Constitución Política.

Ahora bien, y aún cuando este aspecto no parece incluirse en la materia que en esta parte se consulta, puede agregarse que, con arreglo al art. 30 del Código de Aguas antiguo, la Dirección General de Aguas podía poner fin, mediante caducidad, a los derechos de aprovechamiento, provisionales o definitivos, por las causales mencionadas en el mismo precepto, de las cuales eran pertinentes a los provisionales la de la letra e), que se refiere al no cumplimiento en la ejecución de las obras hidráulicas, y las del inciso 3°; que curiosamente se refieren a los requisitos de la resolución que concede la merced provisional y a la aprobación de planos y fijación de plazos, y no directamente a incumplimiento del concesionario.

Es posible preguntarse si la caducidad reglada en el art. 30 (colocado en el Título II del Libro I, sobre dominio y aprovechamiento de las aguas), instituto que armoniza con el carácter de derecho real pero administrativo que en ese Código se daba a la concesión definitiva, puede considerarse vigente ahora, cuando ha sido derogado el Código que la contenía por el art. 308 del Código actual.

A este respecto, la disposición 6a. transitoria del Código vigente dice: "Los derechos de aprovechamiento otorgados provisio



nalmente de acuerdo a las normas del Código que se deroga, continuarán tramitándose hasta obtener la concesión definitiva conforme a dichas normas".

Hay aquí una remisión a "la tramitación" de los derechos de aprovechamiento provisionales, que deberá seguir hasta obtenerse la *concesión definitiva conforme a las normas antiguas*. Obtenida ésta, es obvio que revestirá el carácter de derecho real regido por la legislación común en cuanto a su extinción, sin que a su respecto proceda la caducidad que, no obstante, le era aplicable en el régimen anterior.

Tratándose de una concesión provisional obtenida según las normas antiguas, hoy derogadas, habría sido necesario que, además de preservar la aplicación de las reglas de "tramitación", la disposición 6a. transitoria hubiera también mantenido expresamente la facultad de declarar la caducidad contenida en el art. 30 para sostener su vigencia. Porque la caducidad no está regulada por normas "de tramitación"; es, por la inversa, una causal de expiración del derecho ya tramitado, que se regulaba en el Título II del Libro I, a diferencia de las normas de procedimiento, que se encuentran en el Libro II.

Ciertamente, el legislador quiso que la tramitación continuara y se convirtieran los derechos de aprovechamiento provisionales en definitivos para que se incorporaran así al nuevo sistema, incompatible con la caducidad.

Con todo, el derecho del concesionario provisional obtenido según el antiguo Código se encuentra protegido por el art. 20 de la Constitución Política, no por la sola virtud de la citada disposición 6a. transitoria, sino porque, como ya se ha dicho, constituye un bien incorporal en el que recae propiedad, de acuerdo con el N°24 del art. 19 de la Constitución, con independencia de lo que proceda respecto del derecho real al que accediere ulteriormente.

## II. SI LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA ES O NO UN EVENTUAL SUJETO PASIVO DEL RECURSO DE PROTECCION, DE ACUERDO CON LA HISTORIA FIDEDIGNA DEL ESTABLECIMIENTO DEL RECURSO EN LA CONSTITUCION VIGENTE.

El art. 20 de la Constitución es, en su letra, suficientemente claro en el sentido de incluir en sus términos, como sujeto pasivo del recurso de protección que instituye, a todo aquel, sin

excepciones, que sea autor de un acto u omisión ilegal o arbitrario que cause amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de los derechos que allí se tutelan. Pero el texto no es sino la expresión de lo que se quiso desde el origen de este instituto jurídico que -como se reconoce por todos- vino a llenar la necesidad de dar garantía eficaz en lo instrumental y no sólo en lo declarativo a los derechos reconocidos a todas las personas; y es también, ese texto, fiel reflejo del pensamiento de quienes concurren a su gestación.

Basta recordar, en cuanto a su origen, el antecedente directivo que tuvo el recurso de protección, que fue el proyecto presentado en 1973 al Senado por los senadores señores Sergio Onofre Jarpa y Sergio Diez Urzúa, y antes, en los mismos términos, por los diputados señores Arnello, Lorca y Undurraga. Ese proyecto decía: "Art. 1º -Agrégase al art. 11 de la Constitución Política el siguiente inciso: Quienes por procedimiento, actos y omisiones arbitrarias o ilegales de las autoridades políticas o administrativas o quien quiera, se perturbado o privado.."

Y en cuanto se refiere al debate que al respecto se produjo en la Comisión de Estudio de la Constitución, como consta especialmente en la sesión 214 (Actas, págs. 6 y 19-20), se produjo consenso en admitir que la disposición tenía que ser muy amplia, de modo "que no sólo comprenda los actos u omisiones arbitrarios de la autoridad política o administrativa sino de quien quiera, como expresa el proyecto".

Vale la pena reproducir lo que, fuera de lo ya transcrito, dijo el señor Ortuzar (Presidente): "Parece que también hubiera consenso en el sentido de que este recurso de amparo puede ejercerse respecto de cualquier acto u omisión, arbitrario o ilegal, sea de autoridad política o administrativa o de quien quiera". Y el señor Evans: "Expresa que no hay necesidad de decirlo. Toda persona puede ser perturbada en legítimo ejercicio de los derechos tales u cuales. ¿Por quién? La Constitución no dice nada, porque el perturbador puede ser cualquiera autoridad u otro particular". Concluyó, entonces, el señor Ortuzar: "Si no se dice nada, se entiende que naturalmente puede tener lugar cualquiera que sea el origen de la perturbación o de la prohibición" (puede verse también "El recurso de protección. Antecedentes del texto contenido en el Acta Constitucional N°3, Gustavo Fiamma Olivares, en G.J. N°36).

Es muy importante, en realidad, la función de la Contraloría General de la República, porque es el órgano constitucional llama



do a fiscalizar a la Administración del Estado; pero no lo es más que las más altas autoridades políticas y administrativas. En la cúspide de la Administración y el Gobierno se ubica constitucionalmente el Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado, y, sin embargo, se incluye también -sin que nadie lo dude- entre los sujetos pasivos del recurso por sus actuaciones u omisiones ilegales o arbitrarias.

Ni siquiera la propia Contraloría General- como se observa en sus escritos presentados en el caso en informe- sostiene la tesis de ser ajena, por constituir un órgano contralor, a la posibilidad de que sus actos sean impugnables por la vía de la protección. Que ponga en duda que sus dictámenes, por no ser decisiones, puedan ser objeto del recurso, es otro aspecto diferente que se comentará por separado.

Ni por su origen, ni por la historia de su establecimiento, ni por su letra, el art.20 de la Constitución permite, pues, una interpretación que conduzca a excluir a la Contraloría de recurso de protección. Si no se la menciona expresamente en los debates respectivos no es, lógicamente, porque se la entiende excluida, sino porque siendo amplísimo el precepto, era innecesaria esa mención, así como la de los demás órganos o personas, que sí se habría requerido, en cambio, para excluirlos del precepto.

### III. "SI PUEDE RECLAMARSE POR LA VIA DEL RECURSO DE PROTECCION CONTRA UN DICTAMEN DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

Se plantea para la consideración de este informe la cuestión así enunciada, ciertamente porque se ha sostenido que los dictámenes de la Contraloría General de la República, en general, y el que motiva el presente recurso también, no constituyen actos de cisorios, sino "meras opiniones fundadas" que se expresan, conforme a las potestades de ese organismo de control, para que la autoridad competente resuelva en el caso correspondiente, y, por lo tanto, carecerían de la calidad de actos impugnables por esta vía.

Desde luego, cabe advertir que la Contraloría General de la República no esgrime este criterio cuando expone los fundamentos para objetar el recurso, de seguro porque no comparte el razonamiento y no estima atinentes al caso los fallos que parcialmente se citan para apoyarlo.



Y es que, a la luz del art.20 de la Constitución política, se puede pedir protección respecto de un acto y omisión ilegal o arbitrario que prive o perturbe, o aún amenace, el legítimo ejercicio de un derecho comprendido en esa tutela jurisdiccional. Por consiguiente, si un dictamen de la Contraloría General de la República puede producir, en su calidad de acto jurídico que indudablemente reviste, cualquiera de esos efectos, queda habilitado el afectado para reclamar el restablecimiento del imperio del derecho, quebrantado o amenazado por ese acto.

Pero lo que cabe es precisamente responder si los dictámenes de Contraloría General pueden tener la virtud de producir esos efectos.

En realidad, para que un particular oponga cualquiera pretensión a lo actuado por una autoridad administrativa en el plano jurídico y no meramente fáctico, debe existir un pronunciamiento de la misma que sea capaz de inferir a su respecto una lesión en su derecho, entendiéndose que hay lesión si el acto modifica o se niega a modificar, en desmedro del interesado, su situación jurídica (Waline, Traite elementaire de droit administratif, 5a. ed., París, 1950, 108). Es la regla de la "decisión préalable", tradicionalmente formulada por la doctrina francesa. Sin esa decisión, la intervención del juez se enfrentaría con una actitud pasiva de la Administración, con motivos y fines desconocidos. De allí que la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia haya elaborado la doctrina del "silencio administrativo", según la cual, transcurrido cierto plazo sin que la Administración se pronuncie ante el requerimiento del interesado, se presume la voluntad negativa de aquella y se abre, en su contra, la vía contencioso administrativa para reclamar (véase art. 5º transitorio D.L. 1289 de 1976).

De suerte que sin una decisión que produzca efectos directos en la esfera jurídica de terceros, en cuanto la modifica o rehúsa modificarla, lesionando un derecho, la actuación de los órganos de la Administración es irrelevante o insuficiente para suscitar el control jurisdiccional. Dentro de los actos que exteriorizan determinadas competencias, pero que no producen efectos directos sino que van dirigidos a otros órganos, que son los decisorios, se encuentran los actos llamados preparatorios o actos "tramite" o procedimentales, que conducen a un acto terminal. Y entre éstos, doctrinariamente y en general, se cuentan los dictámenes, definidos como actos jurídicos de la Administración, que se emiten como función de consulta o asesoramiento, y que, al no decidir sino "preparar" o "ilustrar", care

cen de eficacia directa sobre la situación jurídica de terceros y por tanto de la aptitud para ser impugnados jurisdiccionalmente.

Pero debe recordarse que los dictámenes pueden ser facultativos, si el órgano decisorio no está obligado a pedirlos ni, si los pide, a acatarlos; obligatorios, si está obligado a solicitarlos, pero no a seguirlos; y vinculantes, si debe decidir conforme a lo dictaminado. Parece obvio que las dos primeras especies queden, por su naturaleza y efectos, fuera del control del juez, sin perjuicio del que recaiga sobre la decisión. No parece tan concluyente, sin embargo, que sea así respecto de los vinculantes.

En todo caso, los dictámenes de la Contraloría, en Chile, tienen caracteres especialísimos.

En primer término, conviene tener presente que los dictámenes de la Contraloría General constituyen uno de los medios de que el Contralor dispone para ejercer su competencia como órgano de fiscalización superior, con rango constitucional, sobre toda la Administración del Estado y no se emiten en función de consulta, sino en función de Control, llamado a cautelar el ordenamiento jurídico.

Por eso la Contraloría General de la República ha podido calificar de "obligatoriedad tipificadora de jurisprudencia administrativa" a la fuerza que la ley otorga a sus dictámenes (dict. 31.198, de 1978); ha dictaminado también que su interpretación de la ley respectiva no sólo obliga a quienes están directamente interesados en el caso dictaminado, sino a todos aquellos a los que pueda afectarle (dict. 65.058 de 1964; 67.297 de 1963; 28.505 de 1964; 1.073 de 1978).

En realidad, se trata de dictámenes que "vinculan" de tal modo el órgano decisorio, que en sede administrativa no será posible que se produzca un acto contrario al pronunciamiento del Contralor cuando ha dictaminado en materias propias de su competencia. Así lo establecen, entre otros, los arts. 1º, 5º, 6º, 9º, 17º y 19º de la ley 10.336, orgánica de la Contraloría General de la República, que se refiere a aspectos tan importantes como los derechos, deberes, atribuciones y situaciones que afecten a la autoridad administrativa y a los administrados.

El dictamen es, pues, un acto que emana de un órgano competente para emitirlo y susceptible de "faire crief", esto es, de



producir efectos inmediatos en la esfera subjetiva de terceros (F.P. Benoit, Droit Adm. Francais, Dalloz, París, 1968, pág. 577).

En el caso del informe, precisamente, la declaración del dictamen reclamado, en el sentido de que debe invalidarse la resolución que favorece a la reclamante es, de suyo, agravante, pues la Administración, si no media la intervención jurisdiccional que se está pidiendo, tendrá que acatarla.

En este mismo sentido constituye una perturbación, (esto es, un "trastorno del orden o concierto de las cosas o su quietud o sosiego", según su concepto académico), y más aún, una privación, esto es, un despojo del derecho que jurídicamente se ha reconocido a la recurrentes. El art. 20 de la Constitución Política resulta, así, plenamente aplicable.

Pero, aún en el evento de que a un dictamen de la Contraloría se le desconociera el carácter de decisión, sería indudable que en el caso en informe constituiría una amenaza (esto es, un acto que puede conducir inminentemente a un daño patrimonial), por su condición de vinculante, en los términos en que estos actos se conciben en el ordenamiento jurídico chileno. (véase Daniel, Manuel "Control Jurisdiccional sobre los dictámenes de la Contraloría General de la República" en R.D.P. N°29-30).

Es cierto que por el dictamen N°24.345, de 22 de octubre de 1985, la Contraloría se había pronunciado sobre una petición de la Dirección General de Aguas en relación con la vigencia de la potestad para hacer caducar una concesión provisional, en atención a lo dispuesto por el actual Código de Aguas; pero debe considerarse que este dictamen no constituye directamente, una declaración acerca de derechos de personas determinadas. Se limita a concluir en que esa Dirección "se encuentra facultada para declarar la caducidad regulada en el inciso 3° del art. 30 del anterior Código de Aguas" y agrega que le corresponde al servicio ponderar cada caso y resolver sobre la procedencia de la medida. En consecuencia, como el dictamen citado no disponía ninguna actuación precisa de la administración, sino que simplemente le reconocía una facultad, no habría cabido a su respecto la interposición de un recurso de protección, ni siquiera considerándolo como una amenaza. Fue el dictamen N°33.628 el que vinculó a la administración y pudo ser considerado base de tal recurso.

En conclusión, es plenamente procedente reclamar por la vía de

la protección, conforme al art. 20 de la Constitución Política, contra un dictamen de la Contraloría General de la República, sea porque se trate de un acto que, por sí mismo, es susceptible de lesionar un derecho, sea porque se le considere una re al amenaza de producir ese mismo efecto.

IV. SI LA MISMA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA QUE CONCE-  
DIO LA MERCED PROVISIONAL DE AGUAS PUEDE INVALIDAR-  
LA POR CONSIDERAR QUE SE INCURRIO EN ERROR DE HE-  
CHO AUN EN PERJUICIO DE DERECHOS PATRIMONIALES.

Con el propósito de uniformar la terminología que la doctrina general emplea para nominar las decisiones por las que pueden extinguirse los efectos de los actos administrativos, las Primeras Jornadas Chileno-Uruguayas de Derecho Comparado, de 1958, acordaron distinguir entre: revocación, acto administrativo que deja sin efecto a otro, por razones de mérito, cuando la Administración está dotada de esta potestad; caducidad, acto administrativo que extingue los efectos de otro, por incumplimiento de las obligaciones del interesado, en los casos previstos por el ordenamiento; invalidación, acto administrativo que deja sin efecto a otro por haberse emitido éste en contravención al derecho, pudiendo emanar el acto invalidatorio de la misma autoridad o del competente superior jerárquico, y anulación, acto ya no administrativo, sino del juez, que pone fin a los efectos de un acto de la Administración por antijurídico.

La Contraloría General de la República, en su jurisprudencia reiterada, ha hecho suya esta nomenclatura, que es también, en general, la que admite la doctrina chilena y los tribunales.

En el presente caso, la consulta se refiere a la invalidación.

Ahora bien, la potestad invalidatoria que se reconoce en general a la Administración es una consecuencia del principio de legalidad a que está sometida ésta en su existencia y actividad y cuyo fundamento, por ser una de las bases del Estado de Derecho, se encuentra positivamente consagrado en nuestra Constitución Política. Los órganos administrativos son creados por ley y están dotados de potestades para que cumplan los fines y en la forma prescritos también por normas constitucionales y legales (arts. 6,7,24,32,62, entre otros, de la Constitución Política). La invalidación tiende, pues, a regularizar el orden jurídico quebrantado por una medida contraria a derecho.



Pero hay actos administrativos que crean derechos o dan nacimiento a situaciones jurídicas y por eso sus efectos se incorporan al patrimonio de los interesados, formando parte de su estatuto personal. Está en juego, en estos casos, por tanto, cuando se ejerce la potestad invalidatoria, otro valor o principio básico en un Estado de Derecho, que es el de la seguridad jurídica, esto es: la certeza que se debe dar de las normas aplicables, mediante el adecuado conocimiento de las mismas, y la inalterabilidad de estas normas y de sus efectos, que asegure la estabilidad de las situaciones jurídicas creadas por ellas.

Cierto es que el interés general es el que ha de mover a la Administración a regularizar un acto que considere antijurídico; pero cuando el propio acto ha originado situaciones jurídicas que se han consolidado sobre la base de la buena fe, el interés general no resulta ajeno o independiente del estatuto personal del administrado, porque si éste no es respetado se provoca un atentado a la seguridad jurídica que repercute en los cimientos del orden jurídico establecido.

De allí que ante la antinomia que la potestad invalidatoria pueda presentar, en este sentido, con las situaciones jurídicas creadas al amparo de los actos que se pretenden irregulares, se admite la solución de entender que esa potestad puede - y debe ser ejercida, pero deben respetarse los derechos o situaciones incorporados a la esfera jurídica de los administrados de buena fe, sobre todo cuando la invalidación alcance o comprometa a los derechos de terceros.

Esta doctrina ha sido formulada y mantenida -con aplicación general, por lo tanto, en la Administración del Estado y su actividad - por la Contraloría General de la República.

En efecto, el dictamen N°24.049, de 23 de Abril de 1969, dijo: "La invalidación puede verse limitada por la necesidad de mantener situaciones jurídicas que se producen como consecuencia de las actuaciones ilegítimas, por cuanto no pueden desconocerse los efectos derivados de esos actos defectuosos, particularmente cuando ellos alcanzan a terceros y se han creado bajo el amparo de la presunción de legitimidad que deriva de haber sido tomado razón".

Y el dictamen N°16.506, de 15 de marzo de 1971, después de reiterar la jurisprudencia en el sentido de que la autoridad debe invalidar cuando el acto administrativo ha violado las normas preestablecidas, porque existe interés general en el restableci-

miento del orden jurídico alterado, agrega: "Con todo y sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, este organismo no puede dejar de reconocer la existencia de límites virtuales de la potestad de invalidación, cuyo desconocimiento atentaría en contra de elementales principios de seguridad en las relaciones jurídicas. Dentro de estas limitaciones, y en lo que atañe a los casos planteados en la consulta en examen, este organismo advierte la conveniencia de proteger a personas que han actuado de buena fe y de mantener la estabilidad de situaciones jurídicas que revisten el carácter de concretas".

Interesa decir que este dictamen se pronunció en el sentido de que era improcedente la invalidación de ascensos y de nombramientos ya cursados -no obstante tratarse de personas que no habían cumplido cursos exigidos por la ley-, "a fin de no perjudicar, tanto el normal funcionamiento de las instituciones... cuanto a las personas para quienes dichos actos han hecho surgir verdaderos derechos con consecuencias patrimoniales".

Dentro de este orden de ideas, la invalidación de la resolución 194 de la Dirección General de Aguas, a que se refieren los antecedentes del caso en consulta, y que la Contraloría General de la República ha ordenado, no resulta procedente, si se consideran las siguientes circunstancias: en primer lugar, que la resolución estaba amparada por la presunción de juridicidad realizada por la Contraloría, lo que abona la buena fe del concesionario; en segundo término, que el error de hecho que se invoca al efecto ha sido de la resolución y no del petionario que, en cambio entendió que el objeto de la concesión es el agua del acuífero y se atuvo a los términos de esa resolución; en tercer lugar, que la Dirección General de Aguas ha considerado en todo momento de interés general la concesión provisional otorgada y por eso propone sólo la rectificación de la resolución 194 para que siga adelante la tramitación hasta la concesión definitiva; en cuarto término, que las publicaciones se practicaron de acuerdo con la ubicación señalada en la solicitud, de modo que bastaría, como lo propone la Dirección General de Aguas, que se rectificara en esta parte la resolución; y finalmente, pero ciertamente lo más importante, que la invalidación significaría la alteración de un derecho de carácter patrimonial incorporado de buena fe en el patrimonio del concesionario, que ha incurrido, como es obvio, en ingentes gastos para dar las seguridades del aprovechamiento de las aguas de la concesión, y que aún había comprado el fondo en que las aguas se ubican, sobre la base de la gestión ya encaminada para obtener ese beneficio, que luego fue otorgado, a lo cual debe agregarse que también existen derechos pa



trimoniales de terceros comprometidos, puesto que hay instituciones bancarias que han otorgado créditos hipotecarios al concesionario, ponderando, ciertamente, el valor de la garantía no sólo por la estimación de la propiedad, sino por la de la merced de agua ubicada en ella.

El límite a la potestad invalidatoria de la Administración, que la doctrina, con base en el sistema jurídico general, admite y la Contraloría General de la República ha establecido en su jurisprudencia reiterada, es, pues ostensible en el caso en informe, lo que impediría que la invalidación propuesta por el Organismo de Control fuera procedente.

V. SI UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA FACULTADA PARA PRORROGAR PLAZOS PUEDE HACERLO DESPUES DE VENCIDO UN PLAZO OTORGADO, HABIENDOSE SOLICITADO LA PRORROGA POR EL INTERESADO DURANTE LA VIGENCIA DEL MISMO.

El problema se plantea en relación con el criterio que ha aplicado la Contraloría General de la República en las prórrogas que la Dirección General de Aguas ha concedido para los plazos otorgados en la resolución de merced provisional que favorece a la recurrente; criterio que, como lo afirma el organismo de control, es general en su jurisprudencia y puede resumirse así; cuando la autoridad administrativa está facultada para prorrogar plazos, ella debe ejercer su facultad hallándose éstos pendientes, "por cuanto ella (esa facultad) no autoriza a revivir plazos ya extinguidos".

La doctrina así enunciada, en cuanto a que la autoridad no puede hacer revivir plazos ya extinguidos, cuando está facultada para prorrogarlos, parece, en general, ajustada a derecho porque si la potestad es para prorrogar, no lo es para otorgar plazos nuevos e independientes del que ya fuere concedido.

Pero la cuestión que se promueve no reside allí, sino en determinar la época en que el plazo debe entenderse extinguido, cuando hay solicitud expresa de prórroga de parte del interesado.

Porque es indudable que no se puede sobrepasar el derecho del administrado cuando, en beneficio de éste, se otorga un plazo, directamente por la ley o por la Administración legalmente facultada.

tada para ello y, asimismo, se permite la prórroga. Hay veces en que la ley otorga al derecho a pedir la prórroga, por un texto expreso, pero hay otros en que sólo se atribuye la facultad a la autoridad administrativa para concederla, generalmente cuando se trata de obligaciones que el administrado debe cumplir, como es el caso en que ha recaído el dictamen de la Contraloría: pero, si es esta última la situación legal, no puede desconocerse el derecho del beneficiado con el plazo y eventualmente con la prórroga para instar a la autoridad competente a que ejerza positivamente su facultad de prorrogar, derecho que obviamente deberá impetrar durante la vigencia del término. Aún más, lo normal será que la facultad de prorrogar se ponga en ejercicio a petición del interesado. El requerimiento coloca a la autoridad en la obligación de pronunciarse y, siendo discrecional su potestad, podrá otorgar o denegar la prórroga, lo que hará normalmente y si le es posible, dentro del término por ella, otorgado al beneficiario; pero si no lo hace así, sería legalmente improcedente "presumir" la voluntad negativa por el mero transcurso del plazo. Sabido es que los órganos administrativos deben manifestar su voluntad expresamente y sólo puede haber voluntad presunta cuando la ley así lo ha dispuesto (se presume, verbigracia, la voluntad negativa del Alcalde, en el art. 5º transitorio de la ley orgánica de municipalidades, D.L.1.289, de 1976, para abrir la vía contenciosa administrativa de reclamo). Y no otra cosa que dar el carácter de presunta voluntad negativa de la autoridad es entender que no puede pronunciarse sobre el requerimiento, cualesquiera sean las razones para ello, después del plazo. No puede perjudicar al interesado que ha hecho uso oportuno de su derecho, la demora en resolver por parte de la Administración, que puede justificarse o explicarse, pero que le es exclusivamente imputable. En este caso el plazo debe considerarse extinguido sólo si la resolución es en definitiva denegatoria, pero deberá continuar, si la resolución concede la prórroga, hasta el término de ésta.

Cuando la ley admite la prórroga de plazos, en general la condiciona a que el interesado la pida antes del vencimiento del plazo, pero no a que la resolución se dicte dentro del mismo. Así lo dispone el art. 67 del C.D.P. Civil respecto a los plazos procesales. Así también, en el ámbito de la función pública administrativa, lo establece el art. 219 del Estatuto Administrativo (D.F.L.338, de 1960), al dar un plazo fatal de cinco días al sumariado para contestar los cargos, cuando agrega: "En casos calificad<sup>os</sup>, podrá prorrogarse dicho plazo por el Fiscal hasta por otros cinco días, siempre que la prórroga haya sido solicitada an



tes del plazo". Y es que lo que puede ocurrir es que el interesado pida pocos minutos antes de las 24 horas del vencimiento del plazo, haciendo uso de su derecho, la prórroga del mismo. Habría en ese caso imposibilidad física para que la decisión se adoptase también en el mismo término. ¿Podría negarse la defensa del sumariado arguyéndose que la resolución fue adoptada al día siguiente de la petición?. Un criterio semejante conspiraría contra el principio de justicia y del informalismo pro administrado que deben imperar en todo procedimiento administrativo, según los cuales, a menos que existan normas muy categóricas que reglen la actuación, la participación del administrado no debe someterse por la vía interpretativa a un formalismo rígido.

La conclusión antedicha es tanto más procedente en el caso que motiva este informe cuanto que, conforme a la legislación pertinente, la Dirección General de Aguas es la llamada a cautelar el interés general que ciertamente debe ir aparejado a toda concesión o merced, mediante las facultades que se le otorgan para que pondere el grado en que ha de facilitar la tarea del concesionario, según la solvencia e idoneidad que haya demostrado en sus trabajos y garantías, cautelados precisamente por esa Dirección.

## CONCLUSIONES

- I.- El derecho de aprovechamiento obtenido por una merced provisional de aguas según el Código anterior al actual, constituye para su titular un bien incorporal sobre el que recae la propiedad que garantiza el N°24 del art.19 de la Constitución sin que se pueda privar de él sino mediante expropiación cuando conforme a su estatuto legal está vigente.

La caducidad que por determinadas causales podía extinguir ese derecho ha sido derogada por el Código vigente, cuyo art. 6° transitorio hace pervivir, no obstante, " la tramitación" de la merced provisional hasta que se convierta en definitiva; pero no hace lo mismo respecto de la caducidad, que es un modo de extinguir un derecho ya determinado. En consecuencia, la autoridad administrativa no tiene facultad, ahora, para extinguir este derecho por este medio.

Es pues, plenamente precedente invocar la protección de

este derecho con arreglo al art.20 de la Constitución Política.

- II.- De la letra, el origen y la historia de su establecimiento, se desprende claramente que el recurso de protección regulado en el citado art. 20 de la Constitución Política puede impetrarse contra todo acto u omisión ilegal o arbitrario que cause amenaza, perturbación o privación de alguno de los derechos cautelados, quien quiera sea su autor. La disposición es amplísima en este sentido y la Contraloría General de la República no está excluida como eventual sujeto pasivo de dicho recurso.
- III.- Un dictamen de la Contraloría General de la República, en cuanto puede declarar o negar derechos con efectos directos y lesivos para terceros, dada su condición de vinculante para la Administración del Estado, es impugnable jurisdiccionalmente; y constituye indudablemente, en ese caso, aún si se le negare su carácter de decisión, una amenaza cierta de lesión de derechos, de la que puede reclamarse por la vía del recurso de protección.
- IV.- La autoridad administrativa que concedió una merced provisional de aguas puede invalidar, por error de hecho, la resolución respectiva; pero la potestad invalidatoria se halla limitada por los derechos o situaciones jurídicas que personas de buena fe hayan incorporado a su patrimonio en virtud de la misma resolución, especialmente de terceros. La rectificación del error de hecho, sin alterar tales derechos o situaciones -como se propone en el caso por la autoridad administrativa- sería la solución ajustada a derecho.
- V.- Cuando la autoridad administrativa tiene la facultad de prorrogar los plazos que ella puede otorgar y lo hace con retardo no imputable al interesado, que oportunamente ha pedido la prórroga, debe entenderse que la prórroga es válida, pues el plazo sigue sin solución de continuidad.

---

NOTA: Este informe fue pedido a sus autores por "Sociedad de Servicios Urbanos del Litoral S.A."