



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

- Publicado en www.diarioconstitucional.cl, columnistas, en fecha 13 de Marzo de 2.017.

BREVE ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DENOMINADO PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

INTRODUCCIÓN

El principio de protección de la confianza legítima progresivamente ha ido ganando popularidad en el ámbito de nuestro derecho público nacional, siendo cada vez más profusamente utilizado por los operadores jurídicos. No obstante lo anterior, desde nuestra perspectiva, nos encontramos frente a un instituto cuyo abstracto contenido y difusos contornos generan, como natural consecuencia, que solo sirva como un mecanismo argumentativo puesto al servicio del juez, del administrador o del jurista para fundamentar soluciones a problemáticas difíciles de resolver, sin que se logre constituir como una real garantía del ciudadano frente a la actividad estatal.

Es precisamente dicho análisis crítico el que pretendemos abordar brevemente en esta columna, efectuando una revisión doctrinaria del alcance y efectos que dicho principio tendría en su aplicación concreta, dejando al descubierto su insuficiente densidad normativa.

CONCEPTO Y CRÍTICA DOCTRINARIA.

El profesor Bermúdez es uno de los autores que mayores esfuerzos ha dedicado al estudio del principio de protección de la confianza legítima. Según dicho autor, *“las actuaciones de los poderes públicos suscitan la confianza entre los destinatarios de sus decisiones. “En este sentido, es razonable entender que las actuaciones precedentes de la Administración pueden generar en los administrados la confianza de que se actuará de igual manera en situaciones semejantes”. Como concepto jurídico puede entenderse al principio de protección de la confianza legítima (Vertrauensschutz) como el amparo que debe dar el juez al ciudadano frente a la Administración Pública, la que como ha venido actuando de una determinada manera, lo seguirá haciendo de esa misma manera en lo sucesivo y bajo circunstancias (políticas, sociales, económicas) similares”* -BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters, p. 110)-.

Así, entendemos que bajo un cambio real de circunstancias de cualquier índole, debidamente expuestas y fundamentadas por el órgano estatal, se encontraría plenamente justificado el romper la confianza que un precedente administrativo ha generado en un particular. A mayor abundamiento, nos parece que siempre podría, sobre la base del concepto de interés público, sacrificarse dicho principio, so riesgo de subordinar el interés general al interés particular de unos pocos.

Según Bermúdez, *“la confianza que deposita el particular en la actuación administrativa merece amparo, puesto que “una práctica administrativa continuada puede generar —y de hecho genera— la confianza en el ciudadano de que se le tratará del mismo modo que en los casos anteriores. Por ello, no parece justo que la Administración pueda cambiar su práctica con efectos retroactivos o de forma sorpresiva”* -BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters, p. 110)-. El cuestionamiento que surge a partir de lo aseverado por el autor en análisis, es el mismo ya esbozado anteriormente, es decir, cuál es o qué



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

constituye el límite, al amparo que la confianza depositada por un particular en el obrar estatal merece.

Ahora bien, la irretroactividad de las decisiones administrativas no viene impuesto por un supuesto principio de protección de la confianza legítima, sino que directamente por el artículo 52 de la Ley N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado – en adelante, Ley N° 19.880-, el cual prescribe que, por regla general, los actos administrativos no tendrán efectos retroactivos, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros. Desde este punto de vista, la utilidad práctica del principio en cuestión es nula.

Por su parte, la supuesta prohibición impuesta a la Administración del Estado de obrar sorpresivamente, merece un análisis mayor.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, sorpresivo es aquello que sorprende o que se produce por sorpresa. Por su parte, sorprender, es definido como pillar desprevenido; descubrir lo que alguien ocultaba o disimulaba; engañar a alguien aprovechando su buena fe.

Nos parece que si bien lo deseable es que por regla generalísima la actividad administrativa se desarrolle en términos estables, con criterios permanentes y confiables, lo cierto es que la complejidad del mundo moderno no siempre hace posible aquello, so riesgo –como lo señalamos anteriormente- de anteponer intereses privados a los intereses generales. Así, tal y como es señalado por el profesor Bermúdez, entendemos que una modificación de las circunstancias políticas, económicas, sociales, etc., pueden justificar y legitimar jurídicamente un cambio intempestivo de criterios – aun constantes y uniformes- por parte de la Administración del Estado, siempre y cuando dicha mutación, se encuentre debidamente explicitada y fundada –sometida al escrutinio judicial-, descartando la existencia de un vicio de desviación de poder.

En esta hipótesis, nuevamente la utilidad práctica del principio en comento es débil, máxime, si el fundamento de la estabilidad –por regla general- del precedente administrativo, es posible encontrarlo en otros principios ampliamente reconocidos y con un desarrollo doctrinario y jurisprudencial mayor, como lo es la buena fe, la interdicción de la arbitrariedad o la seguridad jurídica.

Como lo hemos señalado anteriormente en otro trabajo, “...consideramos que un criterio difundido y aplicado invariablemente sobre una materia, en caso alguno resulta vinculante para el órgano administrativo... que lo ha sustentado en el tiempo. No nos parece posible sostener que un cambio intempestivo de criterio interpretativo, sea per se arbitrario o ilegal” -CÁRCAMO RIGHETTI, Alejandro (2013): “El Precedente de la Jurisprudencia Administrativa en el Derecho Administrativo Sancionador Correctivo”, en: Arancibia Mattar, Jaime y otros [coord.], *Precedente, Cosa Juzgada y Equivalentes Jurisdiccionales en la Litigación Pública* (Santiago, Abeledo Perrot – Thomson Reuters, pp. 138-.

Sin perjuicio de lo anterior, según Bermúdez, “la protección de la confianza legítima ha adquirido reconocimiento en, prácticamente, todos los sistemas administrativos relevantes. En ocasiones se identifica con una extrapolación de la buena fe privada al ámbito ius publicista. En el caso del Derecho Administrativo comparado se identifica también con la noción anglosajona de “legitimate expectations” o legítimas expectativas. Las “legitimate expectations” significan que cualquier individuo, quien como resultado de una conducta de la Administración adquiere ciertas expectativas conexas a una futura actividad gubernamental, puede exigir que dichas expectativas sean llenadas.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

*a menos que concurran razones de interés público para no hacerlo” -BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters, p. 111)-.*

Es así, como nuevamente el autor alude a límites –no del todo claros- para la operatividad de este cuestionable principio como lo son las razones de interés público a que hemos hecho referencia anteriormente en esta columna.

Es más, la existencia de la confianza legítima se confunde con otras categorías jurídicas como la buena fe –principio general de aplicación transversal en el derecho-.

Luego, aún queda por resolver, cuándo y bajo qué condiciones concretas una mera expectativa –que no constituye derecho- se transformaría en una legítima expectativa que merecería protección del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, de lo manifestado por el autor, en caso de concurrir razones de interés público, éstas serían prevalentes, lo que permitiría sacrificar la “legítima” expectativa del particular y justificaría plenamente una alteración en la interpretación de una norma o una mutación en la forma de regular o de resolver. Siendo así, estimamos que todo se reduce a una cuestión de fundamentación y control de los motivos en el cambio de criterio y no de legítima confianza.

Otro problema que presenta este principio –creemos por ser un principio importado desde el derecho comparado (en especial, desde la doctrina y la jurisprudencia alemana)-, es que el mismo no encuentra reconocimiento explícito en nuestro ordenamiento jurídico y nos parece dudoso siquiera, su reconocimiento tácito. En efecto, en nuestro medio jurídico, desde una perspectiva doctrinaria, su existencia se intenta construir y fundamentar sobre la base de reglas, principios, instituciones y constructos teóricos ya existentes y ampliamente desarrollados, tales como los principios constitucionales del Estado de Derecho, la seguridad o certeza jurídica, la buena fe, la doctrina de los actos propios, el principio de legalidad, la interdicción de la arbitrariedad y del exceso de poder. Siendo así, la pregunta que surge es ¿cuál sería la necesidad de importar desde el derecho comparado y utilizar un instituto como la protección de la confianza legítima en nuestro medio?

En definitiva, nos parece que el determinar si en un caso concreto un organismo de la Administración del Estado, con la interpretación de una norma jurídica o con la forma de resolver un asunto, ha afectado la certeza o seguridad jurídica, la buena fe, algún principio del Estado de Derecho o si la actuación ha sido arbitraria, debe quedar entregado al escrutinio de los órganos estatales competentes –Contraloría General de la República y Tribunales de Justicia-, pero asimismo, entendemos que en dicha tarea, escasa eficacia práctica ofrece el principio de la protección de la confianza legítima –de alcance, efectos y contornos difusos-, salvo, como mero argumento retórico puesto al servicio del sentenciador.

Cabe destacar que las herramientas o mecanismos jurídicos de que dispone el administrado para reclamar o accionar frente a la decisión o actuación unilateral de la Administración del Estado, existen y existían con anterioridad a que se comenzara a propugnar la protección de la confianza legítima, no constituyéndose éste en uno de ellos.

Ahora bien, según Bermúdez -BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters, p. 114-120)-, los deberes que se desprenderían del principio de la confianza legítima para el actuar administrativo serían: a) Deber de actuación coherente; b) Vinculatoriedad del precedente administrativo; c) Deber de



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

anticipación o anuncio del cambio de conducta; d) Deber de otorgar un plazo para el conocimiento o plazo de transitoriedad; e) Deber de actuación legal en la nueva actuación.

En cuanto al deber de actuación coherente, nos parece que dicho mandato impuesto a los organismos de la Administración del Estado no emana del principio en comento, sino que tiene expresa fuente positiva, específicamente, en el artículo 19 N° 2 y 19 N° 26 de la Carta Fundamental (principio de igualdad ante la ley; de interdicción de la arbitrariedad y de seguridad jurídica); el artículo 53 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado –en adelante, Ley N° 18.575- (principio de probidad administrativa y de razonabilidad); y en el artículo 11 de la Ley N° 19.880 (principio de imparcialidad, a partir del cual se refiere a la motivación de los actos administrativos). Así, si bien es cierto las normas constitucionales y legales permanentemente dejan importantes espacios de discrecionalidad para la actuación administrativa, nos parece que ese margen de libre elección conferido al Administrador, puede ser perfectamente controlado actualmente con los principios, instituciones y categorías existentes, sin necesidad de recurrir a una supuesta protección de una legítima confianza.

Por su parte, en cuanto a la supuesta vinculatoriedad del precedente administrativo que derivaría de la confianza legítima, entendemos que, en virtud del deber de actuación coherente impuesto por el ordenamiento jurídico positivo a la Administración del Estado, la regla general, debe ser el respeto y apego a la actuación o decisión anterior, no obstante lo cual, no puede traducirse en una regla pétrea que genere inercia en la actividad administrativa, sino que bastará para generar una alteración el fundamentar acerca del por qué no se resuelve o actúa como se había hecho anteriormente, quedando ello sujeto al control respectivo para descartar la existencia de arbitrariedad o desproporcionalidad. Solo de esa manera se resguarda debidamente el interés público, los intereses generales por sobre los intereses particulares, que si bien son conceptos jurídicos indeterminados y, desde dicha perspectiva mutables, deben ser colmados de contenido en cada momento histórico por los órganos competentes con la colaboración de la doctrina. Nuevamente nos parece difícil vislumbrar el aporte que el principio de confianza legítima podría generar en este análisis.

En relación al deber de anticipación o anuncio del cambio de conducta, si bien resulta un estándar deseable, lo cierto es que ello no siempre será posible –y conveniente-. En definitiva, todo dependerá de los extremos fácticos del caso concreto lo que deberá ser ponderado por los órganos de control correspondientes. En nuestra opinión, lo relevante será que esa eventual modificación se encuentre dentro de la finalidad legal respectiva de la norma que atribuye la potestad administrativa, descartando siempre la existencia de desviación de poder.

Lo anterior, está estrechamente ligado al supuesto deber de otorgar un plazo para el conocimiento o plazo de transitoriedad, lo que no es más que una forma de concretizar el supuesto deber de anticipación o anuncio del cambio de conducta. Nuevamente nos parece que ello es un estándar deseable, pero que no siempre será posible de materializar.

Fuere como fuere, los dos deberes anteriormente analizados, pueden encontrar sustento en el principio de buena fe y en la interdicción de la arbitrariedad, más no necesariamente en el confuso principio de la confianza legítima.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

Finalmente, en cuanto al deber de actuación legal en la nueva actuación, entendemos que ello deriva del principio de juridicidad –artículos 6 y 7 de la Constitución Política y artículo 2 de la Ley N° 18.575-, más no de un supuesto principio de protección de la confianza legítima.

CONCLUSIÓN

Si bien es cierto en la actualidad existen pronunciamientos tanto de la jurisprudencia constitucional –ej. STC Rol N° 207-1995-, de la jurisprudencia judicial –ej. SCA Santiago Rol N° 3236-2007-, así como de la jurisprudencia administrativa –ej. Dictamen N° 22.766-2016-, que han ido reconociendo vigencia y aplicabilidad al principio de protección de la confianza legítima como un límite a la actividad administrativa, nos parece que ello no es óbice para realizar un análisis acerca de su reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, su fundamento y la real eficacia práctica de un principio que en no pocos casos, ha servido como argumento –y no como solución- para resolver casos problemáticos, sin contribuir, desde nuestra particular visión, a la seguridad jurídica a la que supuestamente propende, generando más desconfianza y confusión que certeza.

Consideramos que el contrariar interpretaciones y criterios oficiales coherentemente divulgados con anterioridad, en la medida de que se encuentren motivados, es perfectamente admisible en nuestro medio jurídico, ya que de lo contrario, se generaría una actividad administrativa rígida, inerte, incapaz de incluir en sus procesos interpretativos las nuevas situaciones y cambios que pueden presentarse en campos tan dinámicos como aquellos en los que le corresponde intervenir. Las potestades administrativas que se reconocen a los organismos de la Administración del Estado deben ejercerse acorde a las situaciones precisas que el dinamismo y tecnicismo de las diversas áreas y actividades que el derecho administrativo regula presenta día a día. A raíz de lo anterior, nos parece que es perfectamente posible que con el paso del tiempo vayan variando los criterios y actuaciones administrativas, en la medida que el avance y progreso de los mercados y actividades respectivas, así como las conductas desplegadas por los administrados, lo requieran.

Desde esta dimensión, no parece aconsejable abrazar principios de dudosa raigambre normativa en nuestro ordenamiento jurídico, que más temprano que tarde, pueden generar más problemas que soluciones.