

TRIBUNAL:	ICA SANTIAGO
PROCEDIMIENTO:	RECURSO DE PROTECCIÓN
RECURRENTE:	UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE CHILE
R.U.T.:	60.911.000-7
REPRESENTANTE LEGAL:	RODRIGO ALEJANDRO VIDAL ROJAS
ABOGADO PATROCINANTE:	FELIPE LIZAMA ALLENDE
R.U.T.:	15.964.919-9
RECURRIDO:	FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA
R.U.T.:	60.701.001-3

EN LO PRINCIPAL: RECURSO DE PROTECCIÓN. **PRIMER OTROSÍ:** SOLICITA ORDEN DE NO INNOVAR. **SEGUNDO OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS. **TERCER OTROSÍ:** PERSONERÍA. **CUARTO OTROSÍ:** PATROCINIO Y PODER.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

FELIPE ANDRÉS C.R. LIZAMA ALLENDE, abogado, cédula nacional de identidad N° 15.964.919-9, en representación convencional, según se acreditará, de la **UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE CHILE**, persona jurídica de derecho público, RUT: 60.911.000-7, ambos con domicilio en calle Las Sophoras N° 135, oficina 16, comuna de Estación Central, Región Metropolitana, a V.S.I. respetuosamente digo:

Que, en este acto y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y al Auto Acordado sobre la Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, interpongo recurso de protección en contra de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA**, R.U.T. 60.701.001-3, con domicilio en Avenida Huérfanos 670, piso 8, comuna y ciudad de Santiago, correo electrónico contactenos@fne.gob.cl, representada legalmente por el Fiscal Nacional Económico, don **JORGE GRUNBERG PILOWSKY**, de profesión abogado, cédula nacional de identidad N° 13.830.903-7; con ocasión de haber emitido el citado organismo el Oficio Ordinario N° 994, de 14 de junio de esta anualidad, y notificado por correo electrónico con igual fecha a esta Corporación Estatal de Educación Superior por las consideraciones de hecho y de derecho que a continuación se desarrollarán:

I. LOS HECHOS QUE MOTIVAN LA PRESENTE ACCIÓN CONSTITUCIONAL.

1. La Fiscalía Nacional Económica inició, en virtud de su Resolución 9, datada el 4 de enero de 2024, un estudio de mercado bajo el Rol EM09-2024, con arreglo -en su entender- a la facultad establecida en la letra p) del artículo 39 del DL 211, arguyendo, en síntesis, que existirían una serie de razones para realizar un estudio *del mercado* de la educación superior, formulándose la hipótesis de que existen espacios en el aludido mercado que no se encuentran funcionando de forma adecuada desde el punto de vista de la competencia, lo que estaría provocando que la elección de los estudiantes y la respuesta de la oferta de las instituciones de Educación Superior no sean las óptimas.



2. En virtud de esa resolución, la mentada Fiscalía remitió a esta Corporación Universitaria el Oficio Circ. Ord N° 36, de 19 de abril de 2024, en el que solicitó a la Universidad de Santiago, y respecto de sus entidades filiales, coligadas, matrices y/o coligantes, remitir, a más tardar en 10 días hábiles desde la notificación del presente oficio, la información que se señala en el documento Word titulado “Contenido Técnico” adjunto a este correo, que contiene las instrucciones y especificaciones que deben ser consideradas en la entrega de los datos.

3. En el documento en Word, al que alude el Oficio en referencia “**se solicita entregar información de contacto de todos los estudiantes que se matricularon por primera vez en la institución, en algún programa o carrera (excluyendo posgrados), en los siguientes años: 2023, 2022, 2020, 2018, 2016 y 2014. Específicamente, se solicita entregar en un archivo de texto plano (por ejemplo, un .csv) una tabla con los datos que se describen en la Tabla 1. En el archivo, las columnas deben estar separadas por el carácter “;”, reservando la primera fila para el nombre de los campos. Alternativamente, se acepta un archivo compatible con MS Excel.**”

4. Seguidamente, mediante los oficios 250 y 270, de este origen, esta Casa Estatal de Estudios Superiores solicitó ampliación de plazo para dar respuesta al requerimiento incoado, teniendo en especial consideración la complejidad de la información solicitada y del estudio que se ha ordenado instruir mediante la precitada Resolución 9 de 2024.

5. Finalmente, en virtud del Oficio 994, de 14 de junio de 2024, que motiva la presente acción constitucional, la Fiscalía Nacional Económica indicó a esta Universidad Estatal que, hasta ahora ese Servicio no ha recibido la información requerida por parte de la Entidad de Educación Superior y por lo anterior, vino en reiterar la solicitud de información efectuada mediante el Oficio Cir. Ord. N°36, de 19 de abril de 2024, aludiendo a sus normas contenidas en el art. 39 del ya citado DL 211.

6. He aquí donde radica el asunto sometido a esta Il. tma. Judicatura, puesto que, sometido a un nuevo estudio de los antecedentes por parte de esta Universidad Estatal, **los requerimientos aquí examinados tratan a la Corporación como si fuera un actor relevante en el mercado, desatendiendo su calidad de servicio público creado para el cumplimiento de su función administrativa, y por consiguiente, la Fiscalía Nacional Económica extiende sus atribuciones más allá del tenor literal del citado art. 39, tornando en arbitraria su actuación, afectando el derecho a ser tratado con igualdad por parte de los órganos administrativos y el derecho de propiedad al pretender apercibir con multas a organismos públicos, con la consiguiente exacción ilegal que de ello derivaría, lo que justifica la cautela constitucional que hoy viene en impetrarse.**



II. CONSIDERACIONES DE DERECHO PARA ACOGER LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL IMPETRADA.

A. ILEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA.

1°. EL OFICIO ORDINARIO 994 DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA ES ILEGAL POR UTILIZAR EL ART. 39 DEL DL 211 EN SERVICIOS PÚBLICOS AUTÓNOMOS Y CREADOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, COMO LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE CHILE.

7. El acto que por esta vía viene en impugnarse, suscrito por Felipe Castro A., Jefe de la División de Estudios de Mercado de esa Fiscalía hace referencia a la solicitud de antecedentes, “en virtud de lo dispuesto en la letra p) del artículo 39 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, y sus modificaciones posteriores (“DL 211”).

8. En la nota al pie número 1 del anotado oficio, se expresa lo que sigue, que se transcribe para su mejor entendimiento:

De conformidad con lo dispuesto en la letra p) del artículo 39 del DL 211, el Fiscal Nacional Económico tiene la atribución y deber de: “Realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, en cuyo caso podrá ejercer las facultades contempladas en las letras f), g), h), j), k), l) y m) de este artículo y efectuar recomendaciones a órganos del Estado y agentes económicos”. De conformidad a lo preceptuado en la letra f) tiene la atribución de “Solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos y servicios públicos, de las municipalidades o de las empresas, entidades o sociedades en que el Estado o sus empresas, entidades o sociedades, o las municipalidades, tengan aporte, representación o participación, quienes estarán obligados a prestarla, como asimismo, a proporcionar los antecedentes que obren en sus archivos [...]”. De conformidad a lo preceptuado en la letra g), está facultado para “Requerir de cualquier oficina, servicio o entidad referida en la letra anterior, que ponga a su disposición los antecedentes que estime necesarios para las investigaciones, denuncias o querellas que se encuentre practicando o en que le corresponda intervenir”. Y de conformidad a lo preceptuado en la letra h), tiene la atribución de “Solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique [...]”.

9. Entrando de lleno en materia, **las referencias normativas que se hacen en el aludido Oficio 994 merecen una distinción.**

10. En efecto, la letra f) del art. 39 expresa que el Fiscal Nacional Económico puede “Solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos y servicios públicos (...), añade el citado precepto “quienes estarán obligados a prestarla”. Adviértase desde ya que **la disposición, es decir el texto citada habla de *colaboración*.**

11. Enseguida, en su literal g) del ya citado artículo dice que el Fiscal podrá “Requerir de cualquier oficina, servicio o entidad referida en la letra anterior, que ponga a su disposición los antecedentes que estime necesarios ***para las***



investigaciones, denuncias o querellas que se encuentre practicando o en que le corresponda intervenir”.

12. Por consiguiente, huelga señalar que esa *“colaboración”* y ese *“requerir”*, que denota un ánimo compulsivo, se materializan **“para las investigaciones, denuncias o querellas que se encuentre practicando”**, sin que se pueda *“apercibir”* o extender mecanismo semejante a los organismos públicos.

13. El problema estriba en que, dado el tenor del Oficio impugnado, en específico, cita éste la letra h) del art. 39, **configurándose así la real amenaza, esto es, el anuncio de un mal futuro, peligro de suceder algo desagradable o perjudicial (y que por cierto no está obligada a soportar), cierta, real y concreta objetiva y subjetivamente hablando, que pretenda aplicar multas que son para particulares, siendo la USACH y sus funcionarios que son parte de un servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa**, regido por su Decreto con Fuerza de Ley 149, de 1981, y la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

14. En efecto, la letra h) del ya citado art. 39 *-citado por el Ord. 994, acá censurado-* expresa que se podrá *“Solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique”*, precisando, ulteriormente, que *“quienes estén obligados a dar respuesta a las solicitudes de información efectuadas por el Fiscal Nacional Económico e injustificadamente no respondan o respondan sólo parcialmente, serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de hasta dos unidades tributarias anuales por cada día de atraso, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 39 ter, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 42”*, lo que implica, en otras palabras, que deberían someterse a un procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y **lo que no obsta a la medida del arresto hasta por 15 días** que franquea el art. 42 de la preceptiva antimonopólica citada.

15. Es de toda lógica entender que el legislador estableció una distinción, de momento que la letra p) del art. 39 del DL 211 que cita el recurrido para fundamentar su decisión, confiere al Fiscal Nacional Económico *“Realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, en cuyo caso podrá ejercer las facultades contempladas en las letras f), g), h), j), k), l) y m) de este artículo y efectuar recomendaciones a órganos del Estado y agentes económicos”*. *El recurrido podría argüir que no cabe distinguir, pero, precisamente el art. 39 letra p) dice que se formularán “recomendaciones” a los “órganos del estado” y separa a estos últimos de los “agentes económicos”*.

16. Mas, la forma en que se cita la normativa por parte de la Fiscalía Nacional Económica da a entender que trata de modo igual a personas que deben ser tratadas de modo distinto (como en el caso en análisis, servicios públicos descentralizados, como la USACH, y los “particulares”) cuyos servidores públicos de la citada Corporación Estatal -de proseguir en esta modalidad- podrían ser sancionados, al ser tratados como “agentes económicos”, o derechamente como “particulares”, conforme al tenor literal de la normativa.



2° **LA AUSENCIA DE CONEXIÓN ENTRE LA NORMATIVA ESGRIMIDA Y LA SITUACIÓN FÁCTICA, DEVIENE EN INMOTIVADO EL OFICIO ORD. 994, DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, CITADO, LO QUE CONTRARÍA LA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL Y LEGAL.**

17. Sabido es que la motivación es un elemento de la esencia de los actos administrativos y se encuentra recogida en los artículos 8° de la Constitución Política, 13° inciso 2° y 11° inciso 2° de la ya citada Ley 18.575, y en el artículo 41 incisos 3° y 4° de la Ley 19.880 sobre procedimientos administrativos.

18. Sin embargo, el Ord. 994, objeto de esta presentación, en realidad no se ha hecho cargo de la situación jurídico-fáctica que tiene actualmente esta Casa Estatal de Estudios, conforme ha sido indicado en los apartados precedentes (un servicio público apercebido como un particular, sujeto a una investigación, querrela o denuncia). Pero más grave aún, **la resolución que viene en censurarse pretende espuriamente invocar una supuesta infracción de esta parte sin haber efectuado un debido razonamiento argumentativo de las razones por las cuales se ha imputado una supuesta infracción a la normativa disciplinada por el DL. 211.**

19. Esta ausencia de explicación es un claro indicio de un defecto en el contenido de la fundamentación del acto administrativo como el oficio de marras; y que, en tanto elemento del mismo, determina la procedencia que el mismo sea dejado sin efecto, según corresponda, en este caso mediante la acción de protección ventilada.

20. La doctrina chilena ha señalado que por *motivo* del acto administrativo han de entenderse “(...) las circunstancias de hecho y de derecho que justifican la emisión del acto administrativo y que se expresan formalmente en su texto”¹.

21. Es decir, cuando dicha motivación sea distinta de aquella establecida en la ley para la dictación del acto administrativo de que se trate, estaremos frente a una causal que permite dejar sin efecto el acto administrativo, denominada por la doctrina ilegalidad por ausencia de motivos legales.

22. Tanto el acto administrativo que viene en impugnarse, como las actuaciones pretéritas de la Fiscalía Nacional Económica en la materia, no tienen la aptitud suficiente para dar a conocer las razones de hecho y de derecho que motivan una hipotética sanción, esto es, multa y arresto (citando como lo hace el Ord. 994, el art. 39, letra h, aplicable a particulares) sin sustento en la normativa que cita, paradójicamente, la propia FNE como en las consideraciones de derecho, con creces desvirtuadas en los numerales anteriores.

23. Lo que corresponde, entonces pues, siguiendo a Tomás Ramón Fernández, es “*comprobar si la realidad de los hechos ha sido o no falseada, si se ha tomado en consideración algún factor no relevante según la ley o si no se ha tenido en cuenta alguno que, de acuerdo con esa ley, lo sea efectivamente para adoptar la decisión que ésta hace posible,*

¹ ENRIQUE SILVA CIMMA: “Derecho Administrativo Chileno y Comparado: Actos, Contratos y Bienes”. Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 112.

si se ha obviado o no el mayor peso o mayor valor de alguno de los factores legalmente relevantes o si, de tener todos aquellos el mismo valor, no se ha razonado la concreta opción a favor del que se ha considerado decisivo o el razonamiento concretamente aportado adolece de errores lógicos o resulta inconsistente con la realidad de los hechos, son hitos o pasos imprescindibles del test de racionalidad que toda decisión discrecional debe superar para merecer el calificativo de racional y no arbitraria”².

24. Por ello es que se ha señalado que la motivación debe entenderse como un discurso justificativo que ofrece la administración para respaldar la dictación de un determinado acto administrativo, como de los efectos jurídicos que derivan de aquél, de tal forma que sin ella, la decisión administrativa se nos presenta, en principio, como arbitraria e ilegítima³.

25. Es decir, cuando dicha motivación sea distinta de aquella establecida en la ley para la dictación del acto administrativo de que se trate, estaremos frente a una causal de ilegalidad del acto administrativo, denominada por la doctrina ilegalidad por ausencia de motivos legales.

26. A su turno, se ha sostenido que la jurisprudencia ha fijado cuatro (4) criterios fundamentales en la motivación del acto administrativo, a saber:

a) Los actos administrativos deben ser debidamente fundados, omitiendo dudas sobre la procedencia de la decisión adoptada, en razón del interés público comprometido;

b) La autoridad pública no puede sustentar su actuar en apreciaciones subjetivas, vagas, confusas e imprecisas;

c) No basta la mera referencia a las normas o informes técnicos, estos deben ser analizados pormenorizadamente.; y

d) El control de los motivos puede referirse tanto a la verificación de la existencia de los motivos invocados por la autoridad, como a la calificación de los mismos.⁴

27. Los criterios previamente indicados, asentados desde antiguo por la máxima judicatura Suprema, son los que en este caso **no** han operado, ya que la autoridad sustenta los cargos en apreciaciones vagas y confusas, que no dicen relación con los hechos ocurridos ni existe claridad en las normas jurídicas sobre las cuales descansa su requerimiento, y la posterior calificación que realiza de la supuesta contravención cometida, con la amenaza que justifica la cautela constitucional en examen.

28. Asimismo, no basta la mera referencia a las normas eventualmente vulneradas, sino que se debe indicar clara y pormenorizadamente los hechos

² TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, & ALEJANDRO NIETO: “El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces”. Ed. Ariel, Barcelona, 2006, p. 144.

³ MARCOS FERNANDO PABLO: “La motivación del acto administrativo”. Editorial Tecnos, Madrid, 1993. pp. 186-187.

⁴ Véase este recuento en CRISTÓBAL OSORIO VARGAS: “Los nuevos criterios de control de la motivación del acto administrativo”. Disponible en <https://www.osva.cl/wp/2018/02/07/los-nuevos-criterios-de-control-de-la-motivacion-del-acto-administrativo/>



constitutivos de la falta administrativa que se alega, situación que en la especie no se han verificado.

29. Para mayor ilustración, y siguiendo la línea argumentativa de lo indicado *ut supra*, en la sentencia de la tercera sala de la Corte Suprema, Rol N° 7025-2017, sobre un reclamo de ilegalidad seguido contra la Municipalidad de Tocopilla, por la empresa Aes Gener S.A, ese máximo tribunal arguye que: “*La causa o motivo debe expresarse en el acto de la Administración y ello deriva precisamente de que el actuar de la misma debe ser razonable, proporcionado y legalmente habilitado, a fin de posibilitar su comprensión frente a los destinatarios y evitar ser tachada de arbitraria, puesto que la inexistencia o error en los motivos de hecho, determina la existencia de un vicio de abuso o exceso de poder.*”

30. En consecuencia, lo decidido por la FNE en el caso en comento, es **inmotivado**, debiendo ser reparado por la vía de este remedio constitucional.

B. ARBITRARIEDAD DE LA ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA ES ARBITRARIA.

1° EL ORD. 994 DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA ES ARBITRARIO PUES DESCANSA EN NORMAS QUE CONFIEREN PODER DISCRECIONAL, UTILIZÁNDOLO PARA UN FIN DIVERSO AL PREVISTO, EXCEDIENDO SU ÁMBITO DE ATRIBUCIONES.

31. Las ilegalidades denunciadas anteriormente, se agravan de momento que la amenaza contenida en el Ord. 994 queda sujeto a la mera voluntad del Fiscal Nacional Económico, de momento que el inciso primero del art. 39 señala que este “*Podrá en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones*”, para luego señalarse los literales antes examinados.

32. Como se ha entendido, son tres los aspectos que es necesario tener en cuenta para detectar la presencia de una atribución discrecional: a) Análisis del orden jurídico vigente que en el marco de una interpretación de contexto, autorice una modalidad discrecional; b) El uso de la locución normativa “podrá” u otras expresiones análogas cuando consientan una libertad de actuación, y c) La naturaleza intrínseca de la problemática a dilucidar⁵.

33. Siendo pacífico, por consiguiente, que el artículo 39 del DL N° 211, confiere ese tipo de potestades si se considera, v.gr., a Luciano Parejo Alfonso, la discrecionalidad “consiste en la atribución a la administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión bajo la propia responsabilidad”, dentro del cual “pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por conformes con el derecho aplicable”⁶. En similar sentido la doctrina francesa, como lo formula René

⁵ SANDRA PONCE DE LEÓN SALUCCI: “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. Legal Publishing Thomson Reuters, 2014, p. 213.

⁶ Cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO: “Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias”. Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 121.



Chapus⁷. También se puede recordar a Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, quienes siguen un rumbo similar, toda vez que consideran que “el ejercicio de una potestad discrecional permite [...] una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho [...]. La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la administración”⁸.

34. La Potestad Discrecional de la administración, es una de las situaciones que el día de hoy, debiendo dejar en un marco de apreciación acotado a la Fiscalía Nacional Económica, situación que es preterida con la emisión del Oficio 994, constituyendo una conducta arbitraria. Por ello, si se revisan los que se han establecido como mecanismos de control de la discrecionalidad se advierte que:

- a. En cuando a los elementos reglados de la potestad, se resguarda la discrecionalidad dentro de un marco preestablecido que es la competencia y procedimiento del órgano para ejercer su potestad, lo cual solamente podrá utilizar las medidas preestablecidas legalmente, situación que en la especie no se verifica al invocar la normativa sancionatoria a los “particulares”, para un “estudio de mercado”, con penas pecuniarias en contra de un órgano u organismo público, tratándolo igual que a un particular.
- b. A su turno, respecto al control de fin y la desviación de poder, se determina que busca satisfacer con la potestad el fin previsto en la disposición y no otra, como puede verse, no se cumplió con el propósito de fin público que debiera gobernar a la Fiscalía Nacional Económica, esto es, un estudio de mercado.
- c. En lo referente al control de los hechos determinantes, deben haber ocurrido en concreto los hechos previstos en la norma que permiten el ejercicio de la facultad, en efecto, en este caso se ha pretendido equiparar a la Universidad de Santiago de Chile con particulares que infringen normativa de libre competencia, máxime aún cuando se refiere a “*las investigaciones, denuncias o querrelas que se encuentre practicando o en que le corresponda intervenir*”, y no para un estudio de mercado.
- d. En lo que atañe al control de la fundamentación o motivación del acto, debe justificarse de acuerdo a la norma el por qué la decisión se toma en estas vías, de una manera razonable de acuerdo a antecedentes fundados y los fines de la norma que otorga tal potestad. Basta una somera lectura del acto impugnado para entender que ello no es así.

35. De hecho, se ha entendido que parece evidente que a los particulares no afectados o no interesados por el procedimiento investigativo, la carga que impone el Legislador en el DL 211 es menor a la de los afectados-interesados y/o funcionarios de los organismos y servicios públicos. Si bien la potestad inspectora de la FNE para requerir información guarda semejanza con atribuciones similares de las superintendencias -en cuyo caso es una facultad reconocida de los reguladores- como lo reconoce el Mensaje que envió el proyecto de ley, éstas las ejercen siempre

⁷ Cfr. RENÉ CHAPUS: “Droit administratif général” tomo i, 15.^a ed., Montchrestien, Paris, 2001, p. 1056.

⁸ Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: “Curso de derecho administrativo”. 23.^o Ed. Civitas Thomsom Reuters, Madrid, pp. 455-456 y 460-461.



limitándose a pedir información a sujetos pasivos, que son los “sujetos fiscalizados” por la respectiva superintendencia, de lo que se colige que la facultad fiscalizadora generalmente está restringida a sujetos que se encuentran en una situación de sujeción especial respecto de la Administración. De esta forma un límite a la información que se pide, es precisamente, el de la investigación en este caso, a saber, los sujetos investigados por la FNE o afectados por la conducta investigada. Tal como se anticipó, el DL 211 distingue tres tipos de sujetos pasivos para los efectos del ejercicio de las potestades de requerir información, a saber: a) Los afectados o interesados por una investigación. Esto es, de acuerdo al artículo 21 de la ley 19.880, (...), b) los funcionarios de los organismos y servicios públicos –en los términos amplios del literal f) del artículo 39 del DL 211- que no son investigados, y; c) los particulares(...)⁹.

36. No resulta baladí recordar y reiterar a este Ilmo. Tribunal que la Universidad de Santiago de Chile no es investigada, no hay denuncia, ni menos querrela en su contra.

37. Al leer y entender de esta Universidad, el despliegue procesal administrativo de la Fiscalía Nacional Económica contenido en el Oficio Ordinario 994, se ejecutó para un fin o propósito distinto del definido por el ordenamiento constitucional y legal. En efecto, vez de instrumentarlos como mecanismo para convocar la actividad de fomento que los sustenta, esto es, el estudio de un “mercado”, (como si la educación pública, gratuita y de calidad lo fuera...)¹⁰

38. Ahora, quienes debieran promover el cuidado de lo estatal y perseguir las conductas de privados que coartan la libre competencia, resulta que, curiosa y paradójicamente el Poder Fiscal los implementa –por intermedio de la Fiscalía Nacional Económica- invocando *a destajo* el art. 39 del DL N° 211, como procedimiento para compelir, sin resguardos de ningún tipo, a multas personalísimas y apremio de arresto cuyo carácter es excesivo y desproporcionado.

39. Sin ánimo de excederse en esta alegación, la desviación de poder o desviación de fin se caracteriza como se ha esgrimido clásica y tradicionalmente “por el ejercicio de un poder para una finalidad diferente a aquella para la cual la ley la confirió”¹¹. En efecto “La Administración no elige nunca libremente una opción

⁹ Cfr. FRANCISCO AGÜERO VARGAS UNIVERSIDAD Y LUIS EDUARDO TORO BOSSAY: “Límite a la potestad inspectora de la administración: el caso de la Fiscalía Nacional Económica”. En Revista de Derecho Económico. Universidad de Chile. N° 75, 2010, pp. 26 y ss.

¹⁰ Es importante consignar que si de lo que se trata es de que la organización institucional del sistema educacional refleje el compromiso con la educación como un derecho de ciudadanía, la primera exigencia que esa organización debe satisfacer es la de ofrecer educación de calidad adecuada. Aquí “calidad adecuada” significa: calidad suficientemente alta, igualitariamente distribuida y suficientemente diversa. Y la cuestión es que no necesariamente la forma organizacional del proveedor que corresponde más coherentemente con la filosofía del sistema es la que en las circunstancias resulta más adecuada para las finalidades del sistema. En efecto, aquí es necesario considerar precisamente esas circunstancias, por lo que la cuestión plantea preguntas cuya respuesta no está (o no está únicamente) en consideraciones normativas o en hechos generales acerca de la naturaleza humana sino en el contexto real en el que las instituciones educacionales del sistema habrán de surgir, mantenerse y actuar: **¿es en los hechos razonable entender que un sistema integrado solamente por personas jurídicas sin fines de lucro (y agencias estatales en las condiciones indicadas más arriba) ofrecerá una educación de calidad adecuada?**. (FERNANDO ATRIA LEMAITRE: “Mercado y ciudadanía en la Educación”. Ed. Flandes Indiano, 2007, p 12. Este *quid* no es examinado por la Fiscalía Nacional Económica al escrutar y escudriñar con exagerado celo a la Universidad de Santiago de Chile.

¹¹ LONG, WEIL, BRAIBANT Y OTROS: “Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa”, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2000, p. 18.



determinada, ya que como poder, en todo momento regulado por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de una habilitación. Esos parámetros están constituidos, en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley. A estos parámetros se une la Constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad e igualdad (oportunidad de las respuestas)”¹².

40. Engarzando las ideas que antecedente, la Excma. Corte Suprema ha esgrimido, en su sentencia de 6 de agosto de 2021¹³, que, en este contexto, resulta necesario precisar que la causa o motivación es un elemento del acto administrativo que puede ser entendido como la razón que justifica su dictación por la Administración del Estado, en la que se encuentran elementos fácticos y de derecho. La causa o motivo debe expresarse en el acto de la Administración y ello deriva precisamente de que el actuar de la misma debe ser razonable, proporcionado y legalmente habilitado, a fin de posibilitar su comprensión frente a los destinatarios y evitar ser tachada de arbitraria, puesto que la inexistencia o error en los motivos de hecho, determina la existencia de un vicio de abuso o exceso de poder. En este sentido, la propia Ley de Bases de Procedimientos Administrativos contempla esta exigencia de fundamentación al señalar en su artículo 11 que: “Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”, lo que es reiterado en sus artículos 16 y 41. En relación a lo anterior, cabe consignar que *aun cuando el legislador utilice conceptos jurídicos indeterminados cuya apreciación queda sujeta a la autoridad administrativa y/o se trate del ejercicio de una potestad discrecional, en la cual se entrega un mayor margen de libertad al órgano administrativo, ello no significa que la actividad que en este ámbito ésta ejecute, esté ajena al control de los elementos reglados de la potestad y de los principios generales, como la igualdad, la no discriminación, y la buena fe, entre otros, colocando un límite a una eventual arbitrariedad.* (énfasis agregados)

2° SI SE ESTIMASE QUE LA ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA CONTENIDA EN EL OFICIO ORDINARIO N° 994, ES LEGAL, RESULTA DESPROPORCIONADA AL FIN PÚBLICO QUE JUSTIFICÓ EL OTORGAMIENTO DE LA NORMATIVA ANTIMONOPÓLICA, LO QUE TORNA LA ANTEDICHA ACTUACIÓN EN ARBITRARIA.

41. Como se ha indicado, la FNE, no obstante su autonomía, forma parte de la Administración del Estado. De esta forma, se encuentra sujeta al conjunto de principios y normas que rigen a todos los órganos administrativos, ya sea que encuentren su fundamento en la Constitución Política de la República, en la Ley 18.575 y la Ley 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, entre otros.

¹² LUIS CORDERO VEGA: “Procedimientos administrativos y la Jurisdicción contenciosa administrativa”, en JUAN CARLOS FERRADA BÓRQUEZ (editor) “La Justicia Administrativa”, Stgo. Ed Lexis Nexis, 2005, p. 316.

¹³ ROMÁN CON SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO NORTE. Rol N° 135.552-2020, cons. 13° y 14°.



42. En tal sentido, como todo órgano de la Administración del Estado, se encuentra sujeta estrictamente a los principios de legalidad, responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, conforme lo disponen los artículos 1° y 3 inc. 2° de la Ley 18.575 ya referida.

43. En segundo término, existen un conjunto de principios que rigen el ejercicio de sus potestades, siendo de particular relevancia para este procedimiento administrativo sancionador el principio de proporcionalidad.

44. En el ámbito del Derecho Administrativo, la proporcionalidad ha sido definida como el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—) y “proporcional” en sentido estricto, es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades .

45. La Constitución no contiene ninguna norma que consagre expresamente el principio de proporcionalidad, pero la doctrina y la jurisprudencia han entendido que está implícito en las reglas del Estado de Derecho, empero, el mentado principio se encuentra subsumido en el ordenamiento constitucional chileno en la garantía genérica de los derechos, establecida constitucionalmente en las Bases de la Institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (artículos 6° y 7°), en el principio de prohibición de conductas arbitrarias (artículo 19 N°2) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (artículo 19 N°26). Asimismo, puede entenderse también implícito en el artículo 19 N°3, a propósito del derecho al debido proceso, y en el artículo 19 N°20, al reconocer el derecho a la igual repartición de los tributos, y prohíbe al legislador “establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos”.

46. Este principio opera en dos ámbitos bien delimitados. En primer término, como un límite que se impone al legislador al momento de tipificar conductas punibles, determinar su sanción y establecer la autoridad que debe aplicarla (administrativa y judicial). En segundo lugar, como un límite al acotado margen de discrecionalidad que debe tener la autoridad administrativa al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo, lo que no se advierte en la situación en análisis.

47. Así, respecto a la razonabilidad y proporcionalidad del actuar estatal se ha establecido que: *“razonabilidad y proporcionalidad son conceptos parecidos, que apuntan al mismo objetivo de evitar la arbitrariedad, estricta y formalmente no son lo mismo, aunque existe una relación entre ambos principios, de género a especie. Ello porque la idea de razonabilidad abarca la proporcionalidad, siendo ésta una consecuencia o manifestación de aquélla. Mediante la proporcionalidad se puede llegar a determinar si una actuación estatal,*



y más precisamente si la intensidad de ésta es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin”¹⁴.

48. Por lo expuesto, considerando que esta Universidad arbitró todos los medios para propiciar colaborar con la FNE, y pese a la complejidad de lo pedido, ellas no fueron consideradas y que se desatiende la normativa a aplicar, configurando una amenaza, es que se estima que la medida que contiene el Ord. 994 acá censurado, invocando normativa que aplica medidas compulsivas de apremio, es desproporcionada, debiendo ser así declarado por esta Iltma. Corte.

III. DERECHOS CONSTITUCIONALES AFECTADOS POR EL ORD. 994 DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

1° AMENAZA A LOS DERECHOS QUE SE INDICARÁN.

49. El artículo 20 de la Constitución Política establece que quien sea privado, perturbado o amenazado a causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidas en alguno de los numerales del artículo 19 que el mismo artículo 20 establece, podrá recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva a fin de que se adopten de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

50. Como se ha indicado, el Ord. 994 de la Fiscalía Nacional Económica es una amenaza, entendiendo por tal el anuncio de un mal futuro, peligro de suceder algo desagradable o perjudicial (y que por cierto no está obligada a soportar). Dicha amenaza habrá de revestir ciertos caracteres que la hagan procedente para que prospere favorablemente el arbitrio, dentro de ello aparecería que fuere cierta y no ilusoria, lo que deberá probarse debidamente; el que fuere cierta conlleva el que fuere actual, contemporánea al momento de recurrirse de protección; que fuere precisa en su formulación y no vaga, de tal modo que el juez pueda determinar si es antijurídica o no en sus extremos y si agravia ella el derecho fundamental invocado; en fin, que sea concreta en sus resultados o efectos, de manera que constituya realmente una intimidación, habida cuenta de las circunstancias tanto subjetivas (esto es referente a la condición, estado, situación del afectado, como del sujeto que formula la amenaza) como objetivas (entidad del presagio de mal futuro, posibilidad de realizarse, probabilidad de efectuarse, etc.). En apretada síntesis, debe ser cierta, esto es, aquella que no es ilusoria y que se caracteriza por ser verdadera e indubitable, actual, o sea, contemporánea al momento de recurrirse de protección, es decir, que existe o sucede en el tiempo del que se habla, precisa, formulada de manera clara, no vaga, sobre la cual, además, se tiene seguridad acerca de quién la formula; concreta, lo cual dice relación con la determinación de sus resultados o efectos, de manera que ésta constituya realmente una intimidación. Finalmente, es razonable, conteniendo un conjunto de elementos que permiten determinar de

¹⁴ Consúltese ARNOLD RAINER, JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY & FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA: “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En Estudios Constitucionales CECOCH. Universidad de Talca, vol. 10, N° 1, 2012, p. 66.



forma plausible que, a consecuencia de la realización de una determinada acción u omisión, el ejercicio de un derecho fundamental se verá afectado¹⁵.

51. Dentro de los derechos protegidos por la Acción de Protección se encuentran la igualdad ante la ley, la prohibición de establecer diferencias o discriminaciones arbitrarias, y el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales, que son los afectados por el Oficio en comento.

2° EL ORD. 994 AFECTA EN GRADO DE PRIVACIÓN, PERTURBACIÓN Y AMENAZA LA IGUALDAD ANTE LA LEY, PREVISTA EN EL NUMERAL 2° DEL ART. 19 DE LA CARTA FUNDAMENTAL.

52. La Constitución asegura la igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

53. El Excmo. Tribunal Constitucional ha entendido que la igualdad ante la ley “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias”. (Sentencias roles N°s. 28, 53 y 219); puntualizando que “la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria” (Rol N° 986, cons. 32).

54. Asimismo, la Excma. Corte Suprema señala que se vulnera la igualdad ante la ley, cuando “se afecta la facultad del actor para defenderse frente a la actividad administrativa que ha diferenciado en forma arbitraria su regulación jurídica respecto a otros que se encuentren en las mismas circunstancias”. (Rol CS N° 9625-2010).

55. Aplicando los razonamientos anteriores referidos a la ilegalidad y arbitrariedad, que viene en darse por reproducidos, en aras de no alargar este libelo pretensor, la decisión de FNE contenida en el Ord. 994, no puede considerarse acorde con el principio constitucional de igualdad ante la ley, de momento que es constitutivo de una discriminación en perjuicio de este recurrente en tratando de modo igual que a los *particulares* que no colaboran en una *investigación o persecución punitiva*, trato desigual dispensado a otras personas que, en situación jurídica equivalente, no serían sujetos pasibles de amenaza con sanciones, multas o derechamente arresto, como acá se ha propuesto por parte de la Fiscalía Nacional Económica, en el Oficio censurado, invocando el art. 39, letra h) de DL N° 211.

¹⁵ Cfr. CARLOS DÍAZ MUÑOZ Y NICOLÁS FACUSE VÁSQUEZ: “El desarrollo jurisprudencial del concepto de amenaza como presupuesto procesal para la procedencia de la acción de protección”. En Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Vol. 81, 2° Sem. 2014, pp. 63 y 64.



3° EL ORD. 994 AFECTA EN GRADO DE PRIVACIÓN, PERTURBACIÓN Y AMENAZA EL DERECHO DE PROPIEDAD, PREVISTA EN EL NUMERAL 24° DEL ART. 19 DE LA CARTA FUNDAMENTAL.

56. El numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política, consagra y protege: “*El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales*”.

57. El Ord.994 de la FNE infringe el derecho de propiedad puesto que de dar curso a la normativa discrecional que tiene la FNE, esta se realizaría con el peculio particular de funcionarios públicos a quienes no se les aplica esta normativa, con bienes de su dominio para pagar forzosamente una supuesta carga legal, en base a un título cuya legitimidad y legalidad está seriamente controvertida.

POR TANTO; y en mérito de lo expuesto.

PIDO A V.S.I. de conformidad a lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política y al Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema, sobre tramitación de recurso de protección, tener por interpuesto recurso de protección a favor de la Universidad de Santiago de Chile, dejando sin efecto el Ord. 994 en lo que atañe a las amenazas de sanciones pecuniarias y privativas de libertad que allí se indican, reestableciendo así el imperio del derecho, todo ello, con costas.

PRIMER OTROSÍ: En conformidad a lo señalado en el número 3°, inciso final del Auto Acordado 94-2015, decretado por la Excma. Corte Suprema con fecha 17 de julio de 2015, sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, solicitado a S.S. ILTMA, se sirva conceder **ORDEN DE NO INNOVAR** en cuanto a ordenar se suspenda la tramitación del procedimiento por el que instó la Fiscalía Nacional Económica, requiriendo antecedentes con apercibimientos de multas y arresto, a los que alude en su Ord. 994, por las siguientes razones.

1°. En caso que la FNE la amenaza que realiza a través del Ord. 994, sería un acto con consecuencias irreversibles -multas y apremios coactivos- y a juicio de esta parte, la única manera de asegurar que no cometa ese acto es otorgar la presente orden de no innovar, mientras se resuelve el fondo del asunto.

2°. El profesor Tavolari ha esgrimido que “*los presupuestos básicos para que opere la actividad cautelar de los Tribunales, y, en especial, la orden de no innovar, son dos: fumus boni juris; y periculum in mora*”¹⁶.

3°. Para el caso materia de autos, ambos presupuestos se dan si V.S.I. decreta la orden de no innovar, pues se permitiría adoptar a la brevedad medidas concretas en favor de esta Corporación Universitaria y de sus funcionarios amenazados, en tanto se resuelva el arbitrio y dicha Entidad insista en apercibir con

¹⁶ RAÚL TAVOLARI OLIVEROS: “Tribunales, jurisdicción y proceso”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1994, *passim*.



la entrega de una información excesiva, desproporcionada, que compromete derechos de terceros, con datos personales, sin trazabilidad ni forma de control, compeliendo, asimismo, el pago de multas y/o arresto.

POR TANTO,

PIDO A V.S.I. acceder a lo solicitado, suspendiendo tanto los efectos del Ord. 994, como toda actuación de la Fiscalía Nacional Económica en que inste a entregar información de la manera que ha actuado.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a V.S.I. tenga por acompañado, en forma legal, los siguientes documentos:

1. Oficio 994, de 14 de junio de 2024, de la Fiscalía Nacional Económica.
2. Comprobante de Correo electrónico remitido por el abogado Mauricio Garetto Boeri, de la Fiscalía Nacional Económica, a las casillas institucionales de la Universidad de Santiago de Chile, de 14 de junio de este año, remitiendo el citado Oficio 994.

POR TANTO,

PIDO A V.S.I. acceder a lo solicitado.

TERCER OTROSÍ: A V.S.I. solicito tener presente que la personería que me habilita para actuar en nombre de la Universidad de Santiago de Chile consta en mandato judicial que acompaño, de fecha 22 de agosto de 2022, otorgado en la Notaría de Santiago de doña Gloria Ortiz Carmona.

CUARTO OTROSÍ: Que, por este acto, hago presente que en mi calidad de abogado habilitado asumiré personalmente el patrocinio en esta causa, de conformidad a las facultades establecidas en el mandato ya precedentemente individualizado, señalando como correo electrónico la casilla felipe.lizama.a@usach.cl

