

# Informe en Derecho

Alcance de la facultad de cálculo del impuesto  
específico aplicable las licencias transables de  
pesca y su rectificación

William García Machmar

Diciembre de 2023



## I.- Planteamiento

Entre las diversas modificaciones incorporadas por la ley N° 20.657<sup>1</sup> a la Ley General de Pesca y Acuicultura<sup>2</sup> (LGPA) destaca la incorporación de nuevos procedimientos para el cobro de las patentes pesqueras y la estimación del impuesto específico, tanto a los titulares de autorizaciones de pesca, permisos extraordinarios, como aquellos de licencias transables de pesca clases A y B.<sup>3</sup>

A su vez, el inciso primero del artículo 43 ter de la LGPA<sup>4</sup> dispone que los titulares de licencias transables de pesca clase A pagarán anualmente en el mes de julio un impuesto específico cuyo monto corresponderá al *número de toneladas que tengan derecho a extraer*, de conformidad con el coeficiente de participación que representen sus licencias, multiplicado por el *tipo de cambio observado de Estados Unidos de América* al último día hábil del mes de junio anterior y multiplicado por el *resultado más alto* obtenido en las letras a) o b), descritas en dicho artículo.

<sup>1</sup> Ley N° 20.657, de 31 de enero de 2013, que “Modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la ley n°18.892 y sus modificaciones”.

<sup>2</sup> DS N° 430/1992/M. de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.892, de 22 de noviembre de 1989, Ley General de Pesca y Acuicultura (en adelante LGPA)

<sup>3</sup> Las licencias transables de pesca son un tipo de título administrativo otorgado con carácter temporal para explotar determinadas pesquerías a escala industrial, en aquellos casos que el recurso se haya declarado en “plena explotación”. Se distinguen en dos clases (A y B) según si el criterio de adjudicación es la explotación histórica de la pesquería (A) o una subasta (B), en los casos que la misma ley señala v. artículos 26 A y siguientes LGPA.

<sup>4</sup> Ibid, artículo 43 ter, inciso primero: “*Los titulares de licencias transables de pesca clase A, pagarán anualmente en el mes de julio, además de la patente a que se refiere el artículo anterior, un impuesto específico cuyo monto corresponderá al número de toneladas que tengan derecho a extraer, de conformidad con el coeficiente de participación que representen sus licencias, multiplicado por el tipo de cambio observado de Estados Unidos de América al último día hábil del mes de junio anterior y multiplicado por el resultado más alto obtenido en las letras a) o b) siguientes...*”.

Especialmente de interés resulta la metodología señalada en la letra b) del artículo 43 ter LGPA<sup>5</sup>. En ella el cálculo del impuesto específico depende, entre otros factores, de un “*factor de reajuste*” que la ley asocia, en principio, a un índice estimado por la Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO, por sus siglas en inglés). En efecto, dicha organización publica una estadística de precios de productos marinos (FPI, Fish Price Index) que busca reflejar las variaciones de precios de diferentes categorías de especies a nivel global. El artículo 43 ter utiliza este índice, y sus variaciones anuales, como un factor para calcular el impuesto específico, donde el valor del año presente es dividido por el valor del año anterior y se incorpora a un polinomio.

La utilización de este índice no está exenta de problemas. En 2020 la FAO cambió la metodología de su informe (que venía elaborando desde 2011), actualizando entonces los valores publicados no sólo para el año 2020 sino que también para los años anteriores. El Ministerio se vio entonces enfrentado a la disyuntiva de modificar o no para ese año la aplicación de los elementos del factor de reajuste. Frente a ello, siguiendo un criterio de protección de la certeza de los contribuyentes, interpretó que el valor correspondiente al “año anterior” sería el utilizado por la Subsecretaría de Pesca previo al cambio de metodología de 2020, y que el valor correspondiente al “último valor anual” sería el publicado por la FAO en el año respectivo con la nueva metodología. Este procedimiento provocó que para tal año se cobrase un impuesto superior en unos dos mil millones de pesos. La industria impugnó la fijación del impuesto específico ante la Contraloría General de la República en junio de 2021. Argumentaron que la fórmula del Ministerio aplicaba a

<sup>5</sup> “b) El resultante de aplicar el siguiente polinomio:

$$P_t = P_{t-1} * F * (q_{NI} / Q) + P_t (q_t / Q)$$

Donde:

*P<sub>t</sub>* es el impuesto específico unitario por especie que el titular deberá pagar por las toneladas equivalentes a sus licencias transables de pesca clase A en el año correspondiente o año, expresado en dólares de Estados Unidos de América por tonelada.

*P<sub>t-1</sub>* es el impuesto específico unitario asociado al año anterior.

*F* es el factor de reajuste calculado como el cociente entre el último valor anual del índice estimado por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación (FAO) asociado a dicha especie o el que lo reemplaza, dividido por el valor de este mismo índice en el año anterior” (énfasis añadido)..

un solo factor metodologías diferentes, distorsionando el polinomio. La Contraloría, en agosto de 2023, rechazó las peticiones de la industria, respaldando la facultad interpretativa de la autoridad administrativa.<sup>6</sup>

El problema se acentúa a partir de 2021, año en que nuevamente la FAO cambia la metodología del cálculo del índice y, además, cambia el año base de la serie de precios. Efectivamente, entre los años 2020 y 2021 hubo un cambio de “año base” entre las tablas, lo que generó un cambio considerable en los valores que estas muestran (en 2020 se usó como base los años 2002, 2003 y 2004; mientras que en 2021 se usó los años 2014, 2015 y 2016). No obstante, esta modificación no se ha visto reflejada en la fijación del impuesto específico, sino que el Ministerio ha seguido aplicando la metodología de 2020, sin cambiar las razones que tuvo en su momento, lo que ha significado una pérdida en impuestos percibidos del orden del 30%.

Como puede apreciarse, la determinación del “Factor de Reajuste” es crucial para el cálculo del impuesto específico a pagar por cada titular de licencia transable de pesca clase A. El asunto es relevante puesto que la FAO en diversas ocasiones ha cambiado sus índices, ya sea para el año de publicación como para los años anteriores, lo que a su vez genera efectos agregados en el polinomio, dado que el impuesto incluye dentro de su fórmula un término que hace referencia al impuesto del año anterior, por lo que una variación del impuesto afecta a los cobros futuros.

El objeto del presente informe radica entonces, en primer lugar, en dilucidar el alcance de la facultad administrativa para interpretar los factores que componen el impuesto específico contenido en el artículo 43 ter de la Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA, DS 430/1992/M. de Economía, Fomento y Reconstrucción), en particular, en lo que respecta al “índice estimado por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación asociado a dicha especie o el que lo reemplace”.

---

<sup>6</sup> Contraloría General de la República, Dictamen E387.507/2023.

En segundo lugar, se abordará la legitimidad de modificar la interpretación actual sobre la base de una rectificación en diciembre de 2023.

Por último, el informe aborda las eventuales respuestas a argumentos en contra que podrían surgir ante las diferentes vías de impugnación.

## **II.- Principios y reglas aplicables**

### **1.- Caracterización de la potestad del Ministerio de Economía para interpretar los factores que componen el impuesto específico**

#### **a.- Naturaleza jurídica de la resolución**

El artículo 43 ter LGPA atribuye al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo la función de calcular el impuesto y además de publicar el acto administrativo respectivo en junio de cada año.

Podría pensarse que la función que ejerce el Ministerio es automática y que no encierra ningún juicio o decisión y que, en consecuencia, está totalmente reglada por la ley. Textualmente el artículo 43 ter ordena al Ministerio “informar” el impuesto que se aplicará. No obstante, el texto del artículo 43 ter entrega suficientes elementos para concluir que el Ministerio ejerce un ámbito de decisión que no está totalmente predeterminado por la ley.

De una parte, el inciso quinto del artículo 43 ter<sup>7</sup> cuando señala que el impuesto específico “se informará en junio de cada año mediante resolución del Ministerio” supone que ya ha sido “calculado”, es decir, supone una operación técnica previa efectuada por un órgano dotado de la potestad respectiva. El texto señala literalmente: “El valor del impuesto específico calculado según lo dispuesto en este artículo se informará en junio de cada año mediante resolución del Ministerio”.

---

<sup>7</sup> “El valor del impuesto específico calculado según lo dispuesto en este artículo se informará en junio de cada año mediante resolución del Ministerio. Este impuesto específico será de competencia del Servicio de Impuestos Internos y se regirá por las disposiciones del Código Tributario. En caso que se otorguen licencias transables de pesca clase A por primera vez en una pesquería, el impuesto específico unitario que regirá para el primer año de vigencia de dicha licencia será el establecido en el literal a)”.

De otra parte, el inciso sexto del mismo artículo<sup>8</sup> convoca al reglamento de ejecución para fijar el “procedimiento interno de cálculo del impuesto” ahí establecido. Este reglamento fue aprobado por el DS 89/2019/M. de Economía, Fomento y Turismo (Reglamento que fija el procedimiento interno de cálculo de patentes pesqueras e impuesto específico). Luego, existe un procedimiento administrativo previo al cual deben allegarse los elementos de juicio que la ley prescribe para así evacuar el acto administrativo (resolución) final en el que precisamente se realiza una operación de cálculo. Si no existiese una decisión administrativa este procedimiento carecería de razón de ser.

La operación que realiza el Ministerio corresponde a lo que el Derecho Tributario denomina “determinación del impuesto”, esto es, aquél “acto o conjunto de actos emanados de la administración, de los particulares, o de ambos coordinadamente, destinados a establecer en cada caso particular, la configuración del presupuesto de hecho, la medida de lo imponible, y el alcance cuantitativo de la obligación”<sup>9</sup>. En efecto, este es un caso en que el impuesto a pagar no está determinado con precisión por la ley, ni tampoco se puede determinar por simples operaciones aritméticas, sino que encierra una decisión administrativa que, entre otros factores, determine cuál debe ser el “factor de reajuste”.

Específicamente, dentro de las diferentes maneras en que se determina la obligación tributaria - la mayoría de ellas hoy en día confiadas a la colaboración del contribuyente - este impuesto específico se determina de oficio por parte de la Administración, donde la resolución que exige el inciso quinto del artículo 43 es el acto de “giro” del impuesto, al que le precede el procedimiento de liquidación, que es el que precisamente regula el DS 89/2019<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> “Un reglamento regulará el procedimiento interno para el cálculo del impuesto establecido en este artículo y en el artículo 43”.

<sup>9</sup> Fonrouge citado por Massone Parodi, Pedro. “Principios de Derecho Tributario”. Valparaíso, EDEVAL, 1979, 2ª ed., p. 207.

<sup>10</sup> Massone Parodi, Parodi. “Principios de Derecho Tributario”. Tomo II, Santiago, Legal Publishing/Thomson Reuters, 2013, 3ª ed., p. 1314.

El ejercicio de esta operación supone, naturalmente, un ejercicio de interpretación administrativa previa de las normas jurídicas aplicables. Precisamente, la Contraloría General de la República ha establecido que “corresponde a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura *interpretar y aplicar* los conceptos para *determinar* el impuesto específico del anotado artículo 43 ter” (destacado agregado).<sup>11</sup>

Ahora bien, resta por dilucidar si la ley o el reglamento han agotado el margen de decisión que posee el Ministerio o si éste posee algún grado de autonomía en su interpretación, es decir, qué tan amplia es la facultad que tiene el Ministerio.

*b.- Alcance de la facultad de interpretación: margen de apreciación del Ministerio*

La posición central de la ley como fuente del derecho y como fundamento y límite de las potestades administrativas plantea naturalmente una “desconfianza” hacia la potencial “creatividad” administrativa al momento de aplicar el derecho<sup>12</sup>.

Sin embargo, como plantea el autor Luis Cordero: “En la actualidad, la interpretación es relevante en Derecho Administrativo, por dos motivos: (a) el primero, porque progresivamente el legislador, al margen de las potestades discrecionales que le entrega a la Administración, ha estado regulando sobre el desarrollo de conceptos jurídicos indeterminados o márgenes de apreciación, que estructuralmente implican llevar la potestad interpretativa a elementos normativos; (b) el segundo, porque el legislador progresivamente también, y con un ánimo derechamente de complementación normativa, entrega a autoridades administrativas las facultades de interpretación de la ley o de actos administrativos con alcances vinculantes”<sup>13</sup>. De este modo, el autor distingue a la interpretación administrativa, ya sea, como un elemento intrínseco al ejercicio de potestades que encierra una ampliación del margen de apreciación administrativa, o bien, como el ejercicio de un poder normativo propio. Nos interesa para este caso la primera manifestación.

---

<sup>11</sup> Contraloría General de la República, Dictamen E387.507/2023.

<sup>12</sup> Cordero, Luis. “Lecciones de Derecho Administrativo”. Legal Publishing, Santiago, 2015, p. 37.

<sup>13</sup> *Ibidem*. pp. 37-38.

En la atribución de potestades la norma jurídica utiliza conceptos jurídicos que pueden estar más o menos determinados. En efecto, el legislador se enfrenta a la imposibilidad de determinar la actuación administrativa mediante una completa y acabada programación normativa, por lo que acude a ciertos conceptos que se remiten a reglas, pautas y estándares de índole científico-técnica, especialmente en sectores regulados de alta complejidad<sup>14</sup>.

Para la doctrina tradicional española, que ejerce una gran influencia en nuestro país, la utilización de estos conceptos jurídicos no significa una atribución de “libertad de elección”, es decir, discrecionalidad<sup>15</sup>, en favor de la Administración. Mientras en la discrecionalidad la ley se remite o apodera a la Administración a aplicar su propio juicio subjetivo, en la utilización de conceptos jurídicos indeterminados la Administración debe subsumir ciertas categorías en la realidad fáctica, sin que encierre un acto de decisión de voluntad del aplicador<sup>16-17</sup>.

Para esta doctrina tradicional el **margen de apreciación** del que goza la Administración ante potestades atribuidas mediante el uso de conceptos jurídicos indeterminados puede ser sumamente amplio. Sin llegar a constituir un caso auténtico de discrecionalidad el control de legalidad estará moderado por numerosos elementos. Para Luciano Parejo, esta clase de conceptos

<sup>14</sup> Parejo Alfonso, Luciano. “Lecciones de Derecho Administrativo”. Valencia, Tirant lo Blanch, 10ª ed., 2020, pp. 523 y 527.

<sup>15</sup> La distinción clásica atiende a que en la atribución de potestades el legislador puede “determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definitiva en todos sus términos y consecuencias... [o bien remitir] a la estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho..., bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable... bien de ambos elementos” García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. Buenos Aires, Thomson/Civitas/La Ley, 12ª ed., 2004, pp. 460-461.

<sup>16</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. ob. cit., pp. 466-467). En el mismo sentido, Santamaría Pastor, Juan. “Principios de Derecho Administrativo General”. Tomo I. Madrid, Iustel, 5ª ed., 2018, p. 296.

<sup>17</sup> En contraste con la doctrina tradicional española, en nuestro país los autores más actuales dan un tratamiento unitario a la discrecionalidad y a la atribución de potestades mediante el uso de conceptos jurídicos indeterminados. Valdivia afirma que el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, en la medida que otorga un margen de apreciación a la Administración, debe recibir un tratamiento unitario con la teoría de la discrecionalidad (v. Valdivia, José Miguel. “Manual de Derecho Administrativo”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 228-229). Por su parte, si bien Luis Cordero acoge la oposición clásica española entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, el mismo autor favorece un tratamiento unitario de la discrecionalidad y el margen de apreciación interpretativo del que dotan los conceptos jurídicos indeterminados (en ese sentido Cordero Vega, Luis. ob. cit., pp. 89 y 90).



“se traducen en que dan lugar a un elenco o abanico más o menos amplio de posibilidades legítimas de decisión - en tanto que motivadas y justificadas en términos razonables; términos éstos que acotan su control judicial - por lo que respecta a la concurrencia o no del supuesto de hecho”<sup>18</sup>.

En primer lugar, a la Administración le corresponde la “primera aplicación”, es decir, la configuración del contenido exacto del enunciado normativo a través de la interpretación jurídica, en virtud de su privilegio de autotutela declarativa<sup>19</sup>. Esto quiere decir que la Administración fija interpretativamente la norma que aplicará y el órgano de control sólo revisa.

En segundo lugar, precisamente, a efectos de la tarea de interpretación, todo concepto tendrá una “zona de certeza de significado” (tanto positiva como negativa), así como un “halo del concepto”, “zona de penumbra” o “margen de apreciación”. Luego, el control de legalidad será posible en aquellas zonas de certeza, pero ahí donde existe un margen de apreciación se le debe reconocer a la Administración un espacio de deferencia<sup>20</sup>.

En tercer lugar, los conceptos jurídicos indeterminados pueden incorporar nociones de experiencia o nociones de valor. En los primeros, la deferencia a la Administración, es menor<sup>21</sup>, pero dependerá de su contacto directo con los hechos y su competencia técnica<sup>22</sup>. En los segundos, en la medida que incorporan juicios de valor de tipo técnico o político “son los que proporcionan a la primera y decisora apreciación por la Administración una cierta presunción en favor de su juicio dentro del ‘halo’ del concepto, presunción que, desde luego, no llega hasta excluir el control judicial, aunque sí limita sus posibilidades”<sup>23</sup>. Es decir, en la medida que la interpretación incorpora valoraciones, debe entenderse que el legislador ha entregado esa valoración a la Administración.

<sup>18</sup> Parejo Alfonso, Luciano. ob cit., pp. 526-527.

<sup>19</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. ob. cit., p. 466.

<sup>20</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. ob. cit., pp. 468-469. En el mismo sentido Cordero Vega, Luis. ob. cit., p. 89.

<sup>21</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. ob. cit., pp. 469; Parejo Alfonso, Luciano. ob. cit., p. 525.

<sup>22</sup> Santamaría Pastor, Juan. ob. cit. p. 296.

<sup>23</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. obc. cit. p. 469. En el mismo sentido Parejo Alfonso, Luciano. ob. cit., p. 525-526

En definitiva, el control de legalidad no puede penetrar hasta el punto de sustituir la tarea de configuración del contenido del enunciado normativo que la ley le ha entregado a la Administración, sino que será un control de tipo “negativo”, esto es, se limitará a examinar si la Administración “ha rebasado los límites que la Ley ha querido imponerse al establecer el concepto jurídico indeterminado”<sup>24</sup>.

En lo que nos importa, cabe preguntarse si el legislador agotó - hasta eliminar - la posibilidad de que la Administración le dé contenido a los conceptos que configuran el Factor de Reajuste para efectos del impuesto específico, o bien si entregó algún margen de apreciación.

En nuestro concepto existen diferentes elementos que permiten concluir que **el legislador dotó a la Administración - en este caso al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo - de un margen de apreciación sobre cómo interpretar el Factor de Reajuste** en el polinomio de la letra b) del artículo 43 ter LGPA, de modo que, en último término, es dicho Ministerio el que debe completar el mandato legal con su propia interpretación.

En primer lugar, desde el punto de vista puramente textual, la ley no vincula el “factor de reajuste” con el Índice publicado por la FAO, sino que tiene una “preferencia” por dicho índice - que se había comenzado a utilizar al momento de discusión de la Ley N° 20.567 - abriéndose a que pueda ser reemplazado por otro en el futuro. Textualmente la Ley dice que factor de reajuste se calcula sobre la base de la variación anual del “índice estimado por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación asociado a dicha especie o el que lo reemplace” (destacado agregado). La ley no precisa cómo operará dicho reemplazo. El texto es abierto en ese sentido, y esta apertura sólo puede ser fijada por el órgano encargado de hacer el cálculo del impuesto específico, esto es, el Ministerio.

En segundo lugar, desde el punto de vista histórico es útil observar que el Índice FAO, en la época en que se discutió la Ley N° 20.657, era una novedad y hasta el día de hoy no constituye un

---

<sup>24</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. ob. cit. p. 470.

índice oficial de la propia organización. Resulta comprensible que el legislador al incorporarlo en el texto de la ley supusiera que sería cambiado por otro índice de mayor aceptación, pero con la misma función. Adicionalmente, es usual que el legislador, cuando incorpora alguna forma de indexación, prevea que puede ser “reemplazada” por otra<sup>25</sup>.

En tercer lugar, desde el punto de vista sistemático, si se analizan los demás factores del polinomio, el legislador ha sido claro en configurar el margen de decisión de la Administración. En todos los demás factores sólo debe hacer operaciones cuantitativas simples (v.gr. impuesto específico asociado al año anterior), o cuantitativas jurídicamente calificadas (v.gr. valor de operaciones con partes relacionadas). En todos estos casos existe una tarea de comprobación de parte de la Administración, pero no goza de un margen de apreciación, puesto que si se dan ciertos supuestos la consecuencia jurídica es obligatoria. No ocurre lo mismo con el factor de reajuste, puesto que opera ahí una elección de la Administración. Esa elección por el Índice FAO “o el que lo reemplace” no viene determinada por el legislador, sino que precisamente la entregó a la Administración; a diferencia de los demás factores del polinomio.

En cuarto lugar, finalidad de utilizar el Índice FAO como factor de reajuste es doble. De una parte, se busca precisamente “volver a ajustar” un valor, o dicho de otro modo “Aumentar, disminuir o cambiar precios, salarios, puestos de trabajo, cargos de responsabilidad, etc., por motivos coyunturales, económicos o políticos.”<sup>26</sup>. De otra parte, la intervención de un organismo de prestigio internacional tiene que ver con apoyar la decisión doméstica en un criterio técnico y de aplicación a una generalidad de países, ajeno a las preferencias políticas internas del Ministerio<sup>27</sup>. Aunque no existe algún antecedente explícito en este sentido, las apelaciones a la FAO como fuente de autoridad son numerosas en la Historia de la Ley, desde el mensaje presidencial que le dio

<sup>25</sup> Por ejemplo, las alusiones al Índice de Precios al Consumidor en las tarifas de servicios públicos suelen estar acompañadas de la hipótesis de su sustitución por otro instrumento de indexación sin mayor precisión (v. gr. artículo 149 bis Ley General de Servicios Eléctricos, artículo 36 Ley General de Servicios de Gas, etc.)

<sup>26</sup> <https://dle.rae.es/reajustar>

<sup>27</sup> Esta técnica no es aislada, sino que es empleada en otros sectores. Por ejemplo, en materia de evaluación de impacto ambiental, cuando no existan normas de calidad o de emisión para Chile, el artículo 11 del Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental se remite a ciertos ordenamientos extranjeros como “normas de referencia”.

origen,<sup>28</sup> hasta la discusión en la Cámara<sup>29</sup> y en el Senado<sup>30</sup>. Este factor, en consecuencia, pretende incorporar en el impuesto la variabilidad de los precios globales de ciertos bienes. Existen otros factores que buscan proteger la estabilidad del impuesto (v.gr. el valor pasado del impuesto).

De lo anterior se concluye que el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo goza de un importante margen de apreciación a la hora de interpretar el “Factor de Reajuste” del impuesto específico. Este margen está desde luego dirigido y limitado por la propia ley. En este sentido es importante destacar que el legislador buscó incorporar en la determinación del impuesto específico la variabilidad del precio de los bienes en cuestión, pero de acuerdo a parámetros técnicos y ajenos a las simples preferencias del Ministerio, sino que apoyándose en el criterio de una institución externa, para lo cual dió un valor preponderante al nuevo (para la época) índice de la FAO, suponiendo que podía ser reemplazado incluso en el futuro, o al menos que su valor concreto dependería de decisiones de un tercero.

---

<sup>28</sup> Mensaje N° 407-359 de S.E. Presidente de República al Presidente de Cámara de Diputados: *“Se incorpora en la legislación un impuesto específico a los titulares de licencias clase A. Este impuesto corresponde al mayor valor entre el 4,2% del valor de sanción del año 2011 por cada tonelada asignada y resultado de este mismo valor de sanción multiplicado por el Índice de Precios de la FAO, para dicha especie, dividido por el precio del año 2011”* (énfasis añadido), pág. 16.

<sup>29</sup> La Sala de la Cámara de Diputados, el 17 de julio de 2012 (sesión 57 de la legislatura 360) discutió en general el proyecto de ley. La Diputada informante de la Comisión de Pesca, Acuicultura e intereses marítimos fue Doña Marta Isasi. En su exposición indicó que *“El proyecto actualiza algunas definiciones contenidas en el artículo 2° de la Ley General de Pesca y Acuicultura e incorpora nuevos conceptos relacionados con la sustentabilidad de las pesquerías. De esa forma, se definen los puntos biológicos de referencia, que son determinados por un comité científico-técnico y que tienen como fin evaluar el desempeño de un recurso desde la perspectiva de su conservación. Esos puntos biológicos permitirán clasificar las distintas pesquerías en uno de los siguientes estados de situación: pesquería subexplotada, pesquería en estado de plena explotación, pesquería sobreexplotada y pesquería colapsada o agotada, categorias que son consistentes con las definiciones empleadas por la FAO”* (énfasis añadido).

<sup>30</sup> La Sala del Senado, el 17 de octubre de 2012 (sesión 56, legislatura 360) discutió en general y aprobó el proyecto de ley. En la discusión, el Senador Alejandro García-Huidobro, integrante de la Comisión de Intereses Marítimos, expuso que, para la redacción del proyecto *“...se tomaron en cuenta recomendaciones de organismos internacionales, como la FAO y la Organización de las Naciones Unidas propiamente tal”*.

## 2.- Facultad de rectificación prevista en el DS 89/2019/M. de Economía, Fomento y Reconstrucción

Los actos administrativos son esencialmente mutables. En efecto, si cada acto es el resultado del ejercicio de una potestad pública, esta puede - o incluso debe - ejercerse cada vez que se dan los supuestos para ello. Esto es una consecuencia del hecho de que las potestades administrativas tienen su origen directo en la norma jurídica<sup>31</sup>. Luego, verificándose los supuestos de ejercicio de la potestad, se deberá dictar el acto administrativo respectivo, puesto que la potestad proporciona un título abstracto para producir efectos jurídicos<sup>32</sup>. Cabe recordar, además, que la razón de ser de las potestades es el interés general o bien común, es decir, alguna manifestación particular de este interés general que el legislador ha encargado a la Administración que haga realidad mediante la atribución de la potestad<sup>33</sup>.

En consecuencia, los actos administrativos deben ajustarse al interés general cada vez que se dan los supuestos para el ejercicio de la potestad respectiva. Es por ello que podemos afirmar que los actos administrativos son esencialmente mutables. Tal como afirma Valdivia “Por principio, la autoridad administrativa puede volver sobre sus actos, modificarlos y extinguirlos en virtud de los mismos poderes que permitieron dictarlo en primer lugar”<sup>34</sup>.

Es por ello que los actos administrativos están sujetos a modificarse o extinguirse si se modifican las circunstancias que dieron lugar a su dictación. Así, se extinguen por *decaimiento* los actos si el cumplimiento del acto administrativo se hace materialmente imposible<sup>35</sup>, desapareciendo de modo absoluto las circunstancias jurídicas o fácticas que justificaron su dictación.

<sup>31</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. ob. cit. pp. 449 y 451. Santamaría Pastor, Juan. ob. cit., p. 292.

<sup>32</sup> Parejo Alfonso, Luciano. ob. cit., p. 516. En el mismo sentido Valdivia: “Un presupuesto básico de la formación del derecho consiste en que las potestades no se agotan por su ejercicio, de modo que el titular puede ejercerlas tantas veces como concurren los supuestos para hacerlo, mientras la potestad siga siendo reconocida por el derecho” (Valdivia, José Miguel. ob. cit., p. 286.

<sup>33</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. ob. cit., p. 453. Santamaría Pastor, Juan. ob. cit., p. 292.

<sup>34</sup> Valdivia, José Miguel. ob. cit., p. 286.

<sup>35</sup> Bermúdez Soto, Jorge. “Derecho Administrativo General”. Santiago, Legal Publishing, 2014, 3ª ed., pp. 173-174; Valdivia, José Miguel, ob. cit., p. 199.

Ahora bien, los actos administrativos también pueden extinguirse o modificarse por una decisión de la Administración si se altera el juicio de mérito o conveniencia que lo motivó originalmente. Así mediante la *revocación* la Administración puede extinguir un determinado acto si alcanza una nueva apreciación de las razones de interés público que lo justificaron; decisión que está limitada por la ley especialmente frente a los beneficiarios de actos administrativos de contenido favorable<sup>36</sup>.

Igualmente, el ordenamiento jurídico reconoce la *rectificación* en aquellos casos en que, contando con nuevos elementos de juicio o acontecimientos sobrevinientes (ya sean, puramente fácticos o jurídicos), la Administración concluye que el acto administrativo original contenía algún *error*.

La única mención de carácter general de la rectificación se encuentra en la LBPA a propósito de la “aclaración” de los actos administrativos, en los siguientes términos en su artículo 62: “*En cualquier momento, la autoridad administrativa que hubiere dictado una decisión que ponga término a un procedimiento podrá, de oficio o a petición del interesado, aclarar los puntos dudosos u oscuros y rectificar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hechos que aparecieren de manifiesto en el acto administrativo*”<sup>37</sup>. Respecto a esta forma de revisión del acto administrativo la CGR ha dictaminado que la rectificación debe verificarse cuando se haya incurrido en algún error de hecho<sup>38</sup>, o bien, para rectificar sus errores manifiestos<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Bermúdez Soto, Jorge. ob. cit., pp. 172-173. Valdivia, José Miguel, ob. cit., p. 200. El régimen jurídico de la revisión de oficio en nuestro país es diversa a la española v. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. ob. cit., pp. 658 y ss.

<sup>37</sup> La Ley recoge la institución del mismo nombre presente en el derecho español v. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. ob. cit., pp. 667 y ss.

<sup>38</sup> Dictamen N° 4.614/2004: “*En este sentido debe recordarse que el artículo 110 del DFL. N° 338, de 1960, aplicable en la especie, establece que una vez concedida, la jubilación será irrenunciable e imprescriptible, y como derecho definitivo que es, no puede ser dejada sin efecto, a menos que se haya incurrido en algún error de hecho o de derecho, pues en este caso, a la Administración no sólo le asiste la facultad, sino que se encuentra en el imperativo, de rectificarla o, incluso, de invalidarla. (Aplica dictámenes N°s. 18.770, de-1984; 1073, de 1994 y 15.670, de 1999)*”.

<sup>39</sup> Dictamen N° 7.148/2020: “*...en esta ocasión, la autoridad funda su consulta en el hecho que la omisión en comento sería un error de hecho, específicamente de redacción y digitación, razón por la cual sería aplicable lo dispuesto en el artículo 62 de la ley N° 19.880, que permite la rectificación de actos administrativos bajo determinadas condiciones, y en*

La aclaración que regula el artículo 62 LBPA se diferencia, en términos generales, tanto de la revocación como de la invalidación en que no extingue el acto administrativo, sino que lo conserva y más bien confirma su eficacia y su validez. Además, se diferencia de la revocación, de una parte, porque no supone un cambio en el juicio de mérito, oportunidad o conveniencia de parte de la Administración, sino que en un error “de hecho” acerca de la exactitud de los supuestos del acto administrativo. De otra parte, se distingue de la invalidación en que la aclaración no implica el saneamiento de un vicio de legalidad del acto administrativo original<sup>40</sup>. En cualquier caso, la doctrina entiende que en la aclaración no se altera el contenido del acto administrativo, es decir, el objeto del acto administrativo sigue siendo el mismo<sup>41</sup>.

La distinción entre la aclaración y las demás formas de revisión de oficio del acto administrativo es sumamente importante puesto que la desformalización que supone (se puede adoptar en cualquier plazo, se puede iniciar de oficio o a petición de parte, etc.) puede ser usada para evadir los requisitos estrictos que acompañan tanto a la invalidación como a la revocación<sup>42</sup>.

En este contexto general debe observarse cuál es el sentido en que se utiliza la expresión “rectificación” en el artículo 10 inc. 3º del DS 89/2019/M. de Economía, Fomento y Turismo. Al respecto, en primer lugar, se observa que en esta norma otorga una *facultad* de rectificación más allá de las condiciones o requisitos que la LBPA impone en el artículo 62, esto es, que se trate de errores manifiestos o evidentes, por lo que permite enmendar toda clase de errores. Desde luego, discernir un error de hecho, es decir, un falso concepto de la realidad, especialmente en una cuestión técnica, de un cambio de valoración acerca del mérito de un asunto no es una cuestión obvia y dependerá del margen de apreciación que la norma entrega a la Administración y, a su turno, de la intensidad del control de legalidad. En segundo lugar, la norma autoriza a que a propósito de una rectificación se altere el fondo del acto administrativo, es decir, el valor del impuesto a pagar, puesto que los

---

*el dictamen N° 15.361, de 2011, de este origen, que interpretó dicha norma”. La CGR agregó que “...dicha facultad es una medida de buena administración que habilita a la autoridad emisora del acto administrativo terminal para aclararlo o rectificar sus errores manifiestos”.*

<sup>40</sup> Bermúdez Soto, Jorge. ob. cit., pp. 168-172.

<sup>41</sup> Bermúdez Soto, Jorge. ob. cit., p. 228.

<sup>42</sup> Cordero Vega, Luis. ob. cit., p. 316-317. En el mismo sentido Corte Suprema Rol N° 26.517-2014 cons. 6º y 7º.

incisos 3º a 5º del citado artículo prevén la existencia de saldos a favor o en contra del contribuyente, y así de hecho ha sido la práctica del regulador<sup>43</sup>. En tercer lugar, la norma establece ciertos límites o resguardos, toda vez que impone un límite temporal estricto: debe cumplirse con la rectificación a más tardar en diciembre.

La interpretación de este artículo se ilustra también por una norma análoga del mismo reglamento. El artículo 7º inc. 2º *obliga*, en caso de modificaciones de cuotas por unidad de pesquería que surjan durante el año calendario, a actualizar el valor de impuesto a pagar para cada titular de licencia transables de pesca clase A<sup>44</sup>.

Luego, la posibilidad de actualizar el cálculo del impuesto es una hipótesis expresamente admitida en el reglamento y comúnmente ejercida por el Ministerio<sup>45</sup>. Esta especial regulación adoptada por el reglamento es determinante para afirmar, como se hará más adelante, que no existe una expectativa de estabilidad en la fijación del impuesto específico.

Según lo dicho precedentemente la rectificación no es una anomalía del ejercicio de las potestades, sino que es una manifestación de la obligación que tiene la Administración de someter su ejercicio a las razones de interés público que justifican su otorgamiento, de modo que si se alteran esas razones, el acto puede e incluso debe ser alterado. En la rectificación tenemos que la Administración puede detectar un error de hecho, que no altera la validez del acto, pero que exige corregirlo para cumplir de manera eficaz con la ley.

---

<sup>43</sup> “En caso de rectificaciones, o de reclamaciones acogidas, el valor del impuesto a pagar para cada titular de licencia transables de pesca clase A se recalculará durante el mes de diciembre del mismo año del cobro.

Las devoluciones de pagos por dicho concepto, deberán ser solicitados por cada contribuyente en la Dirección Regional del Servicio de Impuestos Internos correspondiente a su jurisdicción, mediante el Formulario disponible al efecto.

La Tesorería respectiva hará las devoluciones correspondientes, en los plazos que se establezcan para estos efectos.” (Destacado agregado) (Artículo 10 del Reglamento)

<sup>44</sup> “En caso de modificaciones de cuotas por unidad de pesquería que surjan durante el año calendario, se deberá actualizar el valor de impuesto a pagar para cada titular de licencia transables de pesca clase A durante el respectivo año calendario, lo que se realizará durante el mes de diciembre de ese mismo año. Los titulares tendrán el plazo de 30 días hábiles para efectuar los pagos respectivos.”

<sup>45</sup> Resoluciones 66/2021, 117/2022, 130/2017, etc.



Esta forma de entender la rectificación ha sido sostenida por la Contraloría General de la República en su jurisprudencia histórica, moderando la eventual arbitrariedad de la Administración. Así por ejemplo, la Contraloría ha exigido que la norma jurídica atribuya expresamente la facultad de rectificar, cuando ello produce efectos jurídicos sobre los beneficiarios<sup>46</sup>. Adicionalmente, ha señalado que cuando el acto administrativo afecta a un mercado con pluralidad de competidores, la rectificación debe afectarlos a todos siguiendo parámetros objetivos<sup>47</sup>.

En definitiva el artículo 10 del DS 89/2019/M. de Economía, Fomento y Turismo otorga al Ministerio una facultad de rectificación del cálculo del impuesto específico aplicable a las licencias transables de pesca clase A. Esta facultad es una manifestación del poder de revisión de oficio de los actos administrativos, pero se distingue de la aclaración regulada en el artículo 62 de la LBPA. En efecto, la normativa autoriza al Ministerio a rectificar el cálculo del impuesto específico basándose en errores de hecho y siguiendo parámetros objetivos, de lo cual se pueden seguir tanto devoluciones para los contribuyentes como nuevos cargos.

---

<sup>46</sup> Dictamen N° 26.306/1984: “no procede rectificar escalafón de la dirección del crédito prendario vigente, para solucionar error de transcripción en puntaje que perjudica a funcionaria, porque DFL 338/60 art/49 no contempla posibilidad de que los servicios puedan modificar, de oficio, el escalafon de merito vigente una vez que ha sido confeccionado y dado a conocer,” (énfasis añadido).

<sup>47</sup> Dictamen N° 11.550/2000: “De lo expuesto se infiere que la actuación de la autoridad no produjo desmedro respecto de determinados concursantes, dado que las normas aplicadas al certamen y la rectificación del error lo fueron respecto de todos los interesados, respetando así el principio de igualdad de condiciones en la postulación, sin que así existieran arbitrariedades; de esta manera, es dable manifestar que se ajustó a derecho el concurso público referido, convocado por Gendarmería de Chile” (énfasis añadido).

### III.- Aplicación la consulta planteada

#### **1.- Los organismos sectoriales están dotados de un amplio margen de apreciación para interpretar cuál es el factor de reajuste aplicable al impuesto específico sobre las licencias transables de pesca clase A**

El Ministerio de Economía, Fomento y Turismo es el titular de la potestad de determinación del impuesto específico que deben pagar los titulares de licencias transables de pesca clase A, conforme al artículo 43 ter de la LGPA.

Este es un caso en que el impuesto a pagar no está determinado con precisión por la ley, ni tampoco se puede determinar por simples operaciones aritméticas, sino que encierra una decisión administrativa que, entre otros factores, determine cuál debe ser el “factor de reajuste”. Esta decisión administrativa se expresa en la resolución que debe publicarse en junio de cada año.

Ahora bien, el “factor de reajuste” está definido en la ley como “ el cuociente entre el último valor anual del índice estimado por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación (FAO) asociado a dicha especie o el que lo reemplace, dividido por el valor de este mismo índice en el año anterior”.

La Contraloría General de la República ha establecido que “corresponde a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura *interpretar y aplicar* los conceptos para *determinar* el impuesto específico del anotado artículo 43 ter” (destacado agregado).<sup>48</sup> Con ello le ha reconocido una competencia exclusiva y al mismo tiempo amplia para realizar su propia interpretación sobre la mejor manera de llevar adelante la eficacia de la norma.

Es posible afirmar que la remisión de la ley a este índice estimado por un organismo internacional, sujeto a la posibilidad de ser sustituido por otro, le otorga al Ministerio un amplio margen de apreciación a la hora de construir interpretativamente qué debe considerarse como el “factor de reajuste” en un año determinado. Este margen está desde luego dirigido y limitado por la

<sup>48</sup> Contraloría General de la República, Dictamen E387.507/2023.

propia ley. En este sentido es importante destacar que el legislador buscó incorporar en la determinación del impuesto específico la variabilidad del precio de los bienes en cuestión, pero de acuerdo a parámetros técnicos y ajenos a las simples preferencias del Ministerio, sino que apoyándose en el criterio de una institución externa, para lo cual dió un valor preponderante al nuevo (para la época) índice de la FAO, suponiendo que podía ser modificado o reemplazado incluso en el futuro.

En este punto es importante destacar que, de hecho, *la misma organización ha variado su propia metodología, así como la forma de presentar los datos, en años recientes*. Eso abre la posibilidad de uso de un margen de apreciación para determinar cuál es la mejor metodología para el caso concreto.

En efecto, con ocasión de la publicación de la Resolución Exenta N° 16/2020 que informó el valor del impuesto específico para el año 2020 (y la resolución N° 17 que rechazó los recursos interpuestos en su contra) los titulares Camanchaca Pesca Sur S.A. y Orizon S.A. solicitaron durante el primer semestre de 2021 a la Contraloría General de la República que declarase ilegal la interpretación que hizo en su momento el Ministerio del “factor de reajuste” que se viene analizando. Argumentaron que, para calcular el cociente, se usó como dividendo el valor publicado por la FAO para el año respectivo según la nueva metodología, pero para el divisor se empleó el valor publicado por el propio Ministerio para el año anterior, con una metodología distinta. Ello acarreó un pago mayor para la generalidad de los contribuyentes.

A propósito de esta petición de la industria, la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura expresó su interpretación en el Oficio N° 1454/2021 en el que explicó las razones de certeza jurídica para optar por la interpretación impugnada (núm. 16), así como la existencia de otras razones, de orden lógico matemático, para interpretar la norma en un sentido diverso (núm. 18).

Esta situación de incertidumbre para la autoridad fue despejada por el Dictamen N° E387.507/2023 recién el 31 de agosto de 2023. Es este hecho sobreveniente el que permite reevaluar

los elementos fácticos que sustentaron el cálculo del impuesto específico, dentro de los límites que establece la ley y el reglamento.

En lo que importa para este caso la Contraloría despejó la cuestión acerca de las facultades interpretativas de los organismos administrativos del sector para realizar la determinación del impuesto específico de marras afirmando que: *“tratándose de normativa sectorial en materia pesquera, corresponde a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura interpretar y aplicar los conceptos para determinar el impuesto específico del anotado artículo 43 ter”*.

Como puede observarse, la Contraloría no se pronuncia sobre el fondo de la cuestión planteada por la industria, esto es, si existe una única interpretación jurídicamente admisible del “factor de reajuste”, sino que al reenviar la cuestión a la titularidad de las competencias que posee la Subsecretaría de Pesca y, por lo tanto, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, confirmó el amplio margen de apreciación que poseen dichos organismos a la hora de “interpretar y aplicar los conceptos”. Opera en este caso lo que señala Luciano Parejo con los conceptos jurídicos indeterminados: “dan lugar a un elenco o abanico más o menos amplio de posibilidades legítimas de decisión - en tanto que motivadas y justificadas en términos razonables; términos éstos, que acotan su control judicial - por lo que respecta a la concurrencia o no del supuesto de hecho”<sup>49</sup>.

Precisamente, el concepto jurídico indeterminado en juego en este caso es la presencia del “índice estimado por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación (FAO) asociado a dicha especie” *en circunstancias que dicha institución ha reemplazado su metodología y modo de presentación*. Al respecto, lo que nos señala la Contraloría General de la República así como el marco conceptual del derecho administrativo, es que la Subsecretaría de Pesca y el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción - cada uno en su respectivo nivel - gozan de un amplio margen de apreciación para adoptar diferentes interpretaciones dentro del ámbito de opciones admitidas por el sentido textual de la ley.

---

<sup>49</sup> Parejo Alfonso, Luciano, ob. cit., pp. 526-527.

## 2.- La rectificación es la vía idónea para actualizar el factor de reajuste

De esta manera, la rectificación se ofrece como la manera oportuna, y prevista expresamente en la normativa, para cumplir con el mandato legal y reglamentario, dentro del espacio reconocido por el Dictamen de la Contraloría General que puso fin a un espacio de incertidumbre que hubo entre 2021 y 2023.

Según hemos explicado antes, la rectificación es una manifestación de la obligación que tiene la Administración de someter su ejercicio a las razones de interés público que justifican el otorgamiento de las potestades públicas, de modo que si se alteran esas razones, el acto puede e incluso debe ser alterado. En la rectificación tenemos que la Administración puede detectar un error de hecho, que no altera la validez del acto, pero que exige corregirlo para cumplir de manera eficaz con la ley.

La facultad que otorga el artículo 10 del DS 89/2019/M. de Economía, Fomento y Turismo permite al Ministerio rectificar el cálculo del impuesto específico basándose en errores de hecho y siguiendo parámetros objetivos, de lo cual se pueden seguir tanto devoluciones para los contribuyentes como nuevos cargos.

En el caso específico, la causa para proceder a la rectificación surge a partir del margen de apreciación que se abre para el Ministerio desde que cambió la metodología de la FAO en 2020, y que desde agosto de 2023, en virtud del Dictamen de la Contraloría ya citado, se despejó.

Podría pensarse que el comportamiento pasado, tanto del Ministerio como de la Subsecretaría, limita la posibilidad de adoptar una nueva interpretación sobre el “factor de reajuste”, por aplicación del artículo 26 del Código Tributario, aplicable en esta materia en virtud del artículo 43 ter LGPA inciso quinto que señala que el impuesto específico “se regirá por las disposiciones del Código Tributario”. A su vez el artículo 26 señalado dice que “No procederá el cobro con efecto retroactivo cuando el contribuyente se haya ajustado de buena fe a una determinada interpretación de las leyes tributarias sustentada por la Dirección o por las Direcciones

Regionales en circulares, dictámenes, informes u otros documentos oficiales destinados a impartir instrucciones a los funcionarios del Servicio o a ser conocidos de los contribuyentes en general o de uno o más de éstos en particular” (destacado agregado). Este es un caso en que la doctrina ha interpretado que existe una positivación de la confianza legítima, que protegería a los particulares frente a cambios repentinos de actitud de parte de la Administración<sup>50</sup>.

La disposición citada es coherente con el artículo 52 LBPA que impide, generalmente, el efecto retroactivo de los actos administrativos de gravamen: “Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros”.

En este punto es necesario distinguir dos tipos de efectos que puede tener el cambio de interpretación del Ministerio.

En primer lugar, no cabe duda que el cambio de interpretación tiene **efecto futuro**. Esta cuestión es elemental puesto que el polinomio que regula el artículo 43 ter incorpora como uno de sus factores el impuesto de años anteriores. Entonces, si el Ministerio detecta - como es el caso presente - un error en el impuesto, si no se le reconocera la facultad de cambiar su interpretación con efectos futuros, eso significaría que el Ministerio quedaría vinculado indefinidamente por una interpretación errónea. Luego, el efecto futuro o prospectivo de cambio de interpretación acerca del cálculo está fuera de toda duda. Desde luego, tal cambio de interpretación debe respetar la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 de la Constitución) y el trato no discriminatorio en materia económica (artículo 19 N° 22), así como estar apoyado en razones válidas (artículo 11 LBPA).

En segundo lugar, podría discutirse si el cambio de interpretación puede tener **efectos retroactivos**, es decir, cuál es la expectativa de estabilidad de la que gozan los contribuyentes.

---

<sup>50</sup> v. Massone Parodi, Pedro. “Principios de Derecho Tributario”. Tomo I, Santiago, Legal Publishing/Thomson Reuters, 3ª ed., 2013, pp. 371-376, 379-383.

Al respecto, resulta trascendental determinar si se dan los elementos que, teóricamente, se han señalado como propios de la teoría de la confianza legítima que podrían tutelar una expectativa legítima del contribuyente. En relación con la aplicación práctica de esta institución se han señalado como requisitos para que opere la teoría de la confianza legítima, en primer lugar, una conducta de la Administración capaz de inducir o generar una confianza; en segundo lugar, es necesario que la confianza sea legítima o conforme con el ordenamiento jurídico; y en tercer lugar, la confianza debe ser tutelable por el ordenamiento jurídico<sup>51</sup>.

Para nuestro análisis haremos una lectura de las normas sectoriales que regulan el ejercicio de la potestad y los precedentes administrativos, en lugar de partir de preceptos rígidos<sup>52</sup>. En el caso particular, es esencial destacar que, conforme al régimen diseñado por el propio estatuto jurídico del Reglamento, durante el año tributario, no existe una expectativa de estabilidad del impuesto, puesto que está sometido a ser modificado o rectificado conforme a los artículos 7º y 10 del propio Reglamento, tal como se ha señalado previamente. Además, en lo que respecta específicamente al factor de reajuste, el índice FAO es particularmente variable. De hecho, la finalidad de incorporar este elemento en el polinomio es el de incorporar la variabilidad de los precios, no el de dar estabilidad. Para ello existen otros factores (v. gr. el impuesto de años anteriores). Asimismo, el índice FAO experimentó alteraciones en 2020 y 2021 que nada tienen que ver con el comportamiento de la Administración, de modo que mal podría imputarse a la Administración la generación de alguna confianza a su respecto. Luego, el Reglamento que fija el procedimiento para el cálculo del impuesto entró en vigencia en enero de 2022 y ha sido aplicado en sólo dos ocasiones. No existe una práctica consistente y reiterada sobre su ejecución. Adicionalmente, no es posible sostener que existió una alteración de parte de la Administración de una situación de certeza previa

<sup>51</sup> v. Phillips, Jaime. “La protección de expectativas en el derecho administrativo chileno”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 217-218.

<sup>52</sup> En contra de lo que se sostiene acá, la doctrina tradicional en materia de interpretación de normas tributarias asimila el cambio de interpretación a la “revocación” de actos administrativos y, por lo tanto, estima que no puede haber efectos retroactivos que aumenten la carga tributaria, por aplicación de los artículos 61 y 52 LBPA así como el artículo 26 del Código Tributario. La misma doctrina estima que la posibilidad de una interpretación nueva tampoco podría producir efectos prospectivos (v. Guzmán Brito, Alejandro. “La interpretación administrativa en el Derecho Chileno”. Santiago, Thomson Reuters, 2ª ed., 2019, pp. 123-126).

a 2023, puesto que justamente las impugnaciones de la industria de 2021 y su largo proceso de resolución por la Contraloría permiten concluir que no había claridad sobre el punto. No existe un cambio de comportamiento administrativo que frustre alguna expectativa afianzada de parte de los contribuyentes. En cualquier caso, incluso si pretendiera impugnarse una eventual rectificación apoyándose en los precedentes administrativos, lo cierto es que el Ministerio ha empleado previamente la rectificación para alterar su interpretación sobre la base de errores previos y determinando saldos a favor o en contra de los contribuyentes, ya sea para el año en curso o anualidades anteriores (v. gr Resoluciones N° 66/2021, N° 130/2017).

En consecuencia, la rectificación se muestra como la vía idónea para actualizar el factor de reajuste aplicable al impuesto específico que incide en las licencias transables de pesca clase A. La rectificación debe hacerse dentro de los plazos que reconoce la normativa y debe fundarse en antecedentes objetivos. En este sentido el Dictamen de la Contraloría General de la República de agosto de 2023, en la medida que aclara elementos de interpretación que eran inciertos, permite fundar la rectificación y nuevo cálculo. Por último, no se dan los elementos para que, dada una eventual rectificación, los titulares de licencias transables de pesca clase A puedan reclamar la frustración de la confianza legítima.

En cualquier caso, desde el punto de las *vías de impugnación* frente a una resolución administrativa de rectificación existen pocas vías disponibles para los interesados. Ante todo, las *vías judiciales* son, en principio, inadecuadas para asegurar los intereses de la industria. En general, todas ellas plantean un problema de oportunidad de la sentencia, que puede tardar varios meses o años, a menos que se obtenga una medida cautelar, lo que resulta extremadamente difícil en actos que afectan a una generalidad de sujetos. Adicionalmente, no existe una acción judicial específicamente diseñada para impugnar este tipo de actos que otorgue una tutela judicial expedita, de modo que sólo cabe acudir a acciones de carácter constitucional o de creación jurisprudencial. En tal hipótesis el recurso de protección (artículo 20 de la Constitución) es particularmente defectuoso para atacar



una decisión de este tipo puesto que los derechos del contribuyente (artículo 19 N° 20<sup>53</sup>) no están incluidos en la enumeración de derechos tutelados por esta acción<sup>54 55</sup>. Enseguida, podría estimarse que la acción de nulidad (artículo 7° de la Constitución y artículo 2° LOCBGAE) es un medio apto para impugnar un acto administrativo de este tipo, pero el procedimiento al que se sujeta (ordinario de mayor cuantía) implica que su tramitación será necesariamente dilatada y, por tanto, la sentencia - en el caso de ser estimatoria -, inoportuna.

De este modo, además de los recursos administrativos que entrega la LBPA (artículo 59), la vía que podrían intentar los interesados sería solicitar un *dictamen* a la Contraloría General de la República (artículos 6°, 9° y 19 LOCCGR). Esta es, además, la vía que ha usado en el pasado la industria. Empero, esta vía se encuentra con obstáculos importantes también. Ante todo, la impugnación no podría referirse a la titularidad exclusiva de la potestad de *interpretación* del factor de reajuste, puesto que este punto fue explícitamente respaldado por la Contraloría General en su Dictamen de 2023 (E387.507/2023). Además, no podría referirse a la titularidad de la facultad de *rectificación* del cálculo del impuesto específico puesto que el mismo dictamen explicita la legitimidad jurídica del Reglamento (DS 89/2019), que es la herramienta que estaría empleando el Ministerio. Luego, una eventual impugnación de la industria no podría atacar “externamente” el

<sup>53</sup> “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 20°.- La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.

En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.

Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado.

Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo;”

<sup>54</sup> “Artículo 20 inc. 1°.- Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°,12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.”.

<sup>55</sup> En todo caso, un cambio de interpretación podría ser tachado de infractor de la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2) o el trato no discriminatorio en materia económica (artículo 19 N° 22), que sí están tutelados por el recurso de protección, sin limitaciones.



SARMIENTO Y WALKER  
ABOGADOS

régimen de potestades del Ministerio sino “internamente” su ejercicio concreto de acuerdo con los estándares descritos en el presente informe, es decir, la impugnación sólo podría referirse a si en su tarea interpretativa el Ministerio excedió o no el margen de apreciación que la ley le otorga.

