

INFORME

TITULO : Alternativas de actuación jurídica de AMESTI ante prohibición de ejercer su actividad económica.

FECHA : Miércoles 4 de septiembre de 2013.

La empresa Amesti Ltda. ("AMESTI") me ha solicitado informar respecto de las alternativas de actuación jurídica existentes ante el hecho que, en los próximos meses, entrará en vigencia el Decreto Supremo N° 39, del 11 de noviembre de 2011 ("DS 39/2011"), del Ministerio del Medio Ambiente ("MMA"), el que prohibirá la comercialización de calefactores a leña no certificados de acuerdo al sistema de certificación que la misma norma establece. En específico, la consulta dice relación con determinar las acciones judiciales con que cuenta la empresa para remediar la mencionada situación, considerando que la falta de certificación que le impide cumplir con la norma, obedece exclusivamente a un retraso de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles ("SEC") en la implementación del sistema de certificación de artefactos. El Informe seguirá el orden establecido en el siguiente índice:

| | |
|--|----------|
| 1. ANTECEDENTES DE HECHO..... | 3 |
| 2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS..... | 7 |
| 2.1. La infracción de derechos y garantías fundamentales..... | 7 |
| 2.1.1. El acto ilegal y arbitrario..... | 7 |
| 2.1.2. Derechos y garantías fundamentales vulnerados..... | 10 |
| 2.1.2.1. Derecho a Desarrollar una Actividad Económica Lícita (Art. 19 N° 21 CPR)..... | 10 |
| 2.1.2.2. Igualdad ante la Ley (19 N° 2 CPR)..... | 10 |
| 2.1.2.3. Libertad para Adquirir el Dominio de toda clase de Bienes (art. 19 N° 23 CPR)..... | 12 |
| 2.1.2.4. Derecho de Propiedad (art. 19 N° 24 CPR)..... | 13 |
| 2.1.3. Acciones constitucionales que permiten remediar la vulneración de garantías y derechos fundamentales..... | 13 |
| 2.1.3.1. Recurso de Protección..... | 14 |

Santa Lucía 330, Piso 5, Santiago.

Fono: 2913 8000

www.rcz.cl

| | |
|---|-----------|
| 2.1.3.2. Recurso de Amparo Económico..... | 14 |
| 2.2. Los daños o perjuicios..... | 14 |
| 2.2.1. Categorías de afectados por los daños o perjuicios | 14 |
| 2.2.2. Supuestos en que se basa la estimación de daños o perjuicios..... | 15 |
| 2.2.3. Categorías de daños que se producirán | 16 |
| 2.2.4. Estimación de daños que se producirán..... | 17 |
| 2.2.5. Resumen de daños que se producirán | 18 |
| 2.2.6. Cálculos de daños por categoría..... | 19 |
| 2.2.6.1. Daños a la empresa AMESTI..... | 19 |
| 2.2.6.1.1. Inventario de AMESTI que no podrá ser vendido | 19 |
| 2.2.6.1.2. Incumplimiento de contratos con distribuidores y proveedores..... | 20 |
| 2.2.6.1.3. Utilidades futuras que AMESTI no percibirá..... | 20 |
| 2.2.6.1.4. Daño reputacional | 20 |
| 2.2.6.2. Daños a los trabajadores de AMESTI..... | 21 |
| 2.2.6.2.1. Pérdida de empleos de 76 ejecutivos..... | 21 |
| 2.2.6.2.2. Pérdida de empleos de 144 operarios de planta..... | 22 |
| 2.2.6.2.3. Pérdida de empleos de 110 promotores..... | 22 |
| 2.2.6.3. Daños a terceros relacionados con AMESTI..... | 22 |
| 2.2.6.3.1. Instaladores autorizados..... | 22 |
| 2.2.6.3.2. Distribuidores | 23 |
| 2.2.6.3.3. Proveedores nacionales..... | 25 |
| 2.2.6.4. Daños a los consumidores..... | 25 |
| 2.2.6.4.1. Consumidores que no podrán comprar estufas a leña..... | 25 |
| 2.2.6.4.2. Consumidores que no podrán comprar repuestos de AMESTI..... | 26 |
| 2.2.6.4.3. Consumidores que no podrán contratar reparaciones de instaladores autorizados de AMESTI | 26 |
| 2.2.7. Acciones legales que permiten remediar los daños y perjuicios | 27 |
| 2.2.7.1. Acción de indemnización de perjuicios contra los órganos de la Administración del Estado involucrados por falta de servicio..... | 27 |
| 2.2.7.2. Acción de indemnización de perjuicios contra de los funcionarios públicos involucrados, por su responsabilidad personal..... | 28 |
| 3. CONCLUSIÓN..... | 29 |

1. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El DS 39/2011 establece límites máximos de emisión para calefactores nuevos que se comercialicen en el país a partir de su entrada en vigencia, distinguiendo según su potencia térmica nominal, la que debe ser determinada mediante la Norma Chilena Oficial Nch 3173.Of2009. En específico, el Decreto establece que a partir del 1 de octubre de 2013, fecha de su entrada en vigencia, se requerirá la medición y certificación previa del cumplimiento de los límites de emisión señalados como exigencia de ingreso al mercado para su venta. Por lo tanto, a partir de dicha fecha no se podrán comercializar artefactos nuevos que no hayan sido medidos y que no cuenten con la correspondiente certificación.

2. Las competencias para autorizar la comercialización de estos productos corresponden a la SEC, de acuerdo con sus atribuciones generales en materia de certificación de productos. Dichas atribuciones le fueron entregadas, para el caso de calefactores, por medio de la Ley 20.586, la cual modificó el artículo 3 N° 14 de la Ley 18.410, que crea la SEC. La versión vigente de dicha norma señala:

“Artículo 3°.- Corresponderá a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles:

14.- Autorizar a organismos de certificación, organismos de inspección, laboratorios de ensayos o entidades de control para que realicen o hagan realizar bajo su exclusiva responsabilidad las pruebas y ensayos que la Superintendencia estime necesarios, con el objeto de otorgar un certificado de aprobación a los productos, máquinas, instrumentos, equipos, artefactos, aparatos y materiales eléctricos, de gas, combustibles líquidos, y los que utilicen leña y otros productos dendroenergéticos como medio de combustión. La Superintendencia fiscalizará el debido cumplimiento de las funciones asignadas a los organismos, laboratorios o entidades autorizadas de acuerdo a este número y mantendrá un registro de las mismas.

Los productos, máquinas, instrumentos, equipos, artefactos, aparatos y materiales que, de conformidad con la normativa vigente, deban sujetarse a la certificación prevista en el párrafo anterior, no podrán comercializarse en el país sin contar con el o los respectivos certificados y con la respectiva etiqueta de consumo energético, de ser ésta exigible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4o del decreto ley No 2.224, de 1978. Tratándose de artefactos que utilicen como combustible leña y otros productos dendroenergéticos, los correspondientes certificados deberán, además, acreditar el cumplimiento de las normas de emisión dictadas en conformidad al artículo 40 de la ley No 19.300 o al artículo 44 de la misma ley. Para estos efectos, el Ministro de Energía se considerará uno de los ministros competentes o sectoriales.

Cumplidos con los requisitos establecidos por la Superintendencia, deberán integrar el registro a que se refiere el inciso primero todos aquellos organismos de certificación, organismos de inspección, laboratorios de ensayos o entidades de control nacionales e internacionales. Dichos organismos, laboratorios o entidades se mantendrán en el registro sólo mientras cumplan con los referidos requisitos.

La Superintendencia podrá retirar del comercio, con el auxilio de la fuerza pública, la totalidad de los materiales o productos de cualquier procedencia que, estando obligados a obtener certificado de aprobación y la respectiva etiqueta, sean comercializados en el país sin contar con aquellos.

El certificado de aprobación dará derecho al uso de un distintivo en los productos respectivos. El uso indebido de éste será sancionado de conformidad a esta ley.

Los certificados de aprobación emitidos por los organismos autorizados de conformidad con este número, relativos a los productos, máquinas, instrumentos, equipos, artefactos, aparatos y materiales eléctricos, de gas, combustibles líquidos, y los que utilicen leña y otros productos dendroenergéticos como medio de combustión, deberán acreditar que cumplen con los estándares de seguridad, eficiencia energética, calidad y emisiones que fijen los organismos competentes en cada una de estas materias."

3. En consecuencia, es la SEC el órgano público responsable de autorizar a los Laboratorios de Ensayo y a los Organismos de Certificación que deben, a su vez, medir las emisiones de material particulado, —entre otros parámetros—, y otorgar los certificados de aprobación, a los calefactores nuevos.

4. La certificación exigida por la Ley es una certificación previa. En consecuencia, para que sea posible la comercialización de calefactores a partir del 1 de octubre de este año, el sistema de certificación que la Ley ha encomendado a la SEC debe estar disponible con anterioridad a esta fecha. Naturalmente, esta anterioridad que exige el Legislador no puede ser una *anterioridad arbitraria* —un instante, cinco minutos o un par de días—, sino que debe ser una *anterioridad razonable*, entendida esta, por un lado, como un *tiempo razonable* para que, en condiciones normales, los Laboratorios de Ensayo y Organismos de Certificación autorizados por la SEC puedan medir y certificar a un número relevante de modelos de calefactores de distintos fabricantes, y por otro lado, como un *tiempo razonable* para que los fabricantes puedan, una vez certificados sus modelos, comenzar a fabricarlos con la seguridad de que estos podrán ser vendidos después del 1 de octubre.

5. Pues bien, como se lee del sitio web de la SEC, a la fecha de esta presentación y faltando menos de 30 días para la entrada en vigencia del DS 39/2011, aún no existen Laboratorios ni Organismos autorizados por la SEC para certificar calefactores nuevos. En la actualidad, la SEC sólo dispone de tres protocolos aprobados¹, pero sin la existencia de ningún Laboratorio ni Organismo Certificador aprobado. Textualmente señala el mencionado sitio,

“Actualmente no se cuenta con Laboratorios de Ensayo ni Organismos de Certificación de calefactores a leña, autorizados por esta Superintendencia. No obstante lo anterior, existen dos de estas entidades que han iniciado su proceso de acreditación ante el Instituto Nacional de Normalización, que es uno de los requisitos que ellas deben cumplir para ser autorizadas por esta Superintendencia.”²

6. A mayor abundamiento, aún en el caso en que hoy mismo la SEC autorizara a los laboratorios y organismos certificadores que ya han iniciado su proceso de acreditación, los menos de 30 días que restan para que entre en vigencia el DS 39/2011 no constituyen un plazo razonable para que estos alcancen a medir y certificar un número relevante de calefactores nuevos de distintos fabricantes. Sólo a modo de ejemplo, cuando AMESTI midió y certificó el calefactor modelo Nordic 380 para efectos de obtener el Sello Voluntario reglado en el actual Plan de Prevención y Descontaminación de la Región Metropolitana, el tiempo que demoró el proceso, desde el ingreso del aparato a medición hasta la obtención del certificado final, fue de casi 2 años. Esperar que en esta ocasión un proceso de medición y certificación más complejo demorará menos tiempo, considerando además que existirá mayor demanda de otros fabricantes apremiados por el plazo del DS 39/2011 para certificar sus modelos, resulta extremadamente poco creíble.

7. Por otro lado, tampoco el plazo restante constituye un tiempo razonable para que los fabricantes puedan, una vez certificados sus modelos, comenzar a fabricarlos con la seguridad de que estos podrán ser vendidos después del 1 de octubre. Los fabricantes de

¹ Sitio web SEC. Sección Protocolos y Métodos de Ensayo. Disponible en línea: http://www.sec.cl/portal/page?_pageid=33.4841743&_dad=portal&_schema=PORTAL. [Última visita: 04/09/2013]

² Sitio web SEC. Sección Preguntas Frecuentes. Pregunta: ¿Cuáles son las Empresas Certificadoras? Disponible en línea: http://www.sec.cl/portal/page?_pageid=33.4841784&_dad=portal&_schema=PORTAL. [Última visita: 04/09/2013]

estufas producen sus artefactos en forma constante, tienen costos fijos que solventar y trabajadores que remunerar. La existencia de un plazo de menos de 30 días dentro del cual la empresa debe cumplir con un requisito *sine qua non* para poder vender sus productos, requisito que, además, es imposible de cumplir dado que la autoridad no ha implementado aún las condiciones materiales para ello, constituye un caso evidente de falta de servicio de parte de la SEC que causa graves perjuicios a la industria en general, y a AMESTI en particular.

8. Las modificaciones al DS 39/2011 que propone el MMA para solucionar el problema tampoco resultan oportunas. Mediante su Resolución Exenta N° 549, de fecha 24 de junio de 2013 ("Resolución 549"), el MMA aprueba el texto del Anteproyecto de Revisión del DS 39/2011, el que introduce modificaciones transitorias que tienen por objeto suplir temporalmente la falta de Laboratorios y Organismos de Certificación. Por medio de la misma, además, el MMA somete a consulta pública al mencionado Anteproyecto, para que, dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde el día 1 de julio de 2013 -fecha de su publicación en el Diario Oficial-, cualquier persona pueda formular observaciones a su contenido, y también, para que el Consejo Consultivo Nacional del MMA pueda emitir su opinión sobre el Anteproyecto.

9. Pues bien, los 60 días hábiles contados desde la mencionada fecha terminan el día 10 de septiembre de 2013, es decir, 20 días antes que comience la prohibición. En consecuencia, de comenzar a operar las modificaciones transitorias al DS 39/2011 que plantea el MMA, cuyo objetivo es precisamente suplir temporalmente la falta de Laboratorios y Organismos de Certificación autorizados por la SEC, estas comenzarían a operar, en el mejor de los casos, casi simultáneamente con la entrada en vigencia de la prohibición de comercializar estufas no certificadas.

10. Ciertamente, una solución que no contempla un plazo razonable para que los fabricantes puedan, una vez certificados sus modelos, comenzar a fabricarlos con la seguridad de que estos podrán ser vendidos después del 1 de octubre, no constituye una solución oportuna ni adecuada. Es más, la solución que plantea el MMA confirma la descoordinación atribuible únicamente a la Autoridad, y que le lleva a prohibir arbitrariamente a toda una industria desarrollar una actividad económica absolutamente legítima, contrariando preceptos constitucionales y generando perjuicios que la ley obliga resarcir.

2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

11. En la presente sección, dividimos las consecuencias jurídicas en dos grupos, (i) infracción a derechos y garantías fundamentales y (ii) daños o perjuicios, analizando para cada caso las acciones que el ordenamiento consagra como remedio.

2.1. La infracción de derechos y garantías fundamentales

2.1.1. El acto ilegal y arbitrario

12. En el asunto en análisis existen dos hechos ilegales y arbitrarios de parte de la autoridad pública. El primero es la omisión de la SEC en implementar oportunamente un sistema de certificación de artefactos, de acuerdo a lo estipulado en la Ley 20.586 en relación con el DS 39/2011. El segundo es la prohibición de comercializar calefactores a que se verá sometida AMESTI con la entrada en vigencia del DS 39/2011, basada en el no cumplimiento por la empresa de un requisito imposible de ser cumplido en la práctica: la certificación previa de sus calefactores, siendo que no existe un sistema de certificación implementado por la SEC.

13. La Ley de Bases Generales de la Administración ("LOCBGAE") considera en su artículo 64 N°8 como una conducta que infringe la probidad administrativa,

"[C]ontravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración."

14. Frente a los retrasos de la autoridad administrativa, la jurisprudencia de Contraloría afirma recurrentemente que con ellos se viola la ley. Por ejemplo, en el reciente dictamen N° 40.870, de fecha 28 de junio de 2013, afirmó:

"La demora señalada, tal como lo ha manifestado la jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General, entre otros, en sus dictámenes N°s. 27.272 y 30.342, ambos de 2013, implica una infracción al artículo 8° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que impone a los organismos públicos el deber de actuar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, procurando la simplificación y rapidez de los trámites, y también a lo previsto en el artículo 7° de la ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del

Estado, relativo al principio de celeridad, conforme al cual las autoridades y funcionarios deben actuar por propia iniciativa en el procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditas las actuaciones pertinentes.”.

15. El retraso en la implementación del sistema de certificación constituye una omisión arbitraria e ilegal, pues contraviene una serie de deberes y principios impuestos por la Ley a los Órganos de la Administración del Estado para el desarrollo de sus funciones. Como tal, la omisión configura una falta de servicio imputable objetivamente a la SEC.

16. Esta falta de servicio es más evidente aún cuando recordamos que, en el año 2012, el plazo para la entrada en vigencia del DS 39/2011 fue modificado por la Autoridad por las mismas omisiones que hoy se repiten. En dicha ocasión, mediante carta de fecha 28 de mayo de 2012, y encontrándose en trámite de toma de razón el DS 39/2011, AMESTI hizo presente al Ministerio de Energía y a la Ministra del Medio Ambiente que, dado que el plazo de vigencia original de exigencia de la certificación era el 1 de marzo de 2013, se hacía imposible para la empresa obtener las certificaciones exigidas, esencialmente porque no se dispondría de protocolos, laboratorios ni organismos de certificación acreditados dentro de plazos razonables. La misma carta señalaba a la Autoridad que, dada la estacionalidad de la venta de los calefactores –los equipos que se comercializan en 2013 debían comenzar su fabricación a partir de julio de 2012–, resultaba indispensable, para que la comercialización de productos fuera posible, que los fabricantes pudieran medir las emisiones en laboratorios autorizados “antes de comenzar su fabricación”.

17. El Ministro de Energía respondió con fecha 20 de julio de 2012, señalando,

“[A]tendiendo a que la señalada situación se repite para todos los fabricantes de artefactos a nivel nacional, el Ministerio del Medio Ambiente y el Ministerio de Energía formularon modificaciones al texto del Decreto Supremo Nº 39, inicialmente ingresado a la Contraloría. La modificación abordó, entre otros elementos, la fecha de entrada en vigencia del decreto reprogramándose para el 1º de octubre de 2013, tal como consta en el artículo 10º, y que fuese tomado de razón por la Contraloría General de la República, con fecha 13 de julio de 2012.

Finalmente, y teniendo en consideración que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles determinará durante el segundo semestre de este año los protocolos, procedimientos y demás requisitos necesarios para la certificación de artefactos a leña, los fabricantes de artefactos contarán con el tiempo suficiente para realizar la certificación a tiempo de los calefactores.”.

18. Vemos entonces como, en el año 2012, la Autoridad decidió modificar la fecha de entrada en vigencia del DS 39/2011 –desde el 1 de marzo al 1 de octubre de 2013–, siendo que el plazo que disponíamos en esa ocasión los fabricantes de calefactores para obtener las certificaciones era de casi 4 meses. Hoy, faltando menos de 1 mes para que rija la prohibición y no existiendo aún un sistema de certificación implementado, la Autoridad no ha reprogramado oportunamente su entrada en vigencia.

19. En conclusión, la SEC no ha cumplido con su palabra de dar a los fabricantes de calefactores un tiempo suficiente para certificar sus equipos, ni tampoco ha obrado con la celeridad, eficiencia ni eficacia a que la Ley la obliga. Esta omisión configura una falta de servicio de parte de esta repartición pública.

20. Por su parte, siendo que resulta imposible obtener las mencionadas certificaciones, la prohibición de comercializar calefactores que impone el DS 39/2011 configura un acto ilegal y arbitrario del MMA –distinto a la omisión de la SEC–, por cuanto se sujeta el derecho constitucional de AMESTI a desarrollar una actividad económica lícita al cumplimiento de un requisito materialmente imposible de cumplir.

21. Por último, el actuar descoordinado de ambos órganos públicos –SEC y MMA–, infringe el principio de coordinación, establecido en el artículo 3 inciso 2º de la LOCBGAE, así como el artículo 5 inciso 2º de la misma ley, que establece que:

“Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública.

Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.”.

22. Por lo demás, para los Órganos de la Administración del Estado constituye un deber constitucional actuar coordinadamente, de acuerdo al artículo 123 de la Constitución Política de la República (“CPR”). De esta forma, los Órganos de la Administración del Estado deben actuar coordinada y eficientemente, asumiendo la responsabilidad que se genere como consecuencia de la infracción de tales principios, lo que importa una falta de servicio.

23. La descoordinación entre la SEC y el MMA constituye un típico caso de falta de servicio, porque los estándares mínimos de funcionamiento, tanto desde un punto de vista

legal como desde un punto de vista del sentido común, indican que lo mínimo que se puede exigir a los Órganos del Estado, que ejercen una función pública, es que actúen coordinadamente, especialmente si lo que está en juego es la continuidad de una actividad económica absolutamente legítima, con todos los perjuicios económicos, sociales y laborales que ello puede generar.

2.1.2. Derechos y garantías fundamentales vulnerados

24. Los actos y omisiones mencionados conculcan el legítimo ejercicio de los siguientes derechos y garantías establecidos en la Constitución:

- (i) Derecho a desarrollar una actividad económica lícita.
- (ii) Igualdad ante la ley.
- (iii) Derecho de propiedad.
- (iv) Libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes.

2.1.2.1. Derecho a Desarrollar una Actividad Económica Lícita (Art. 19 N° 21 CPR)

25. El artículo 19 N° 21 de la CPR dispone en su inciso 1° que:

“La Constitución asegura a todas las personas: 21°.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.”.

26. Tanto la omisión de la SEC en implementar un sistema de certificación de calefactores, como la prohibición de comercializarlos que impone el DS 39/2011 del MMA, conculcan el derecho de AMESTI a desarrollar una actividad económica lícita. En ambos casos, una empresa que ha hecho constantes esfuerzos por cumplir con las normas ambientales y que está absolutamente dispuesta someterse a todos los sistemas de medición y certificación de emisiones que la Autoridad disponga, ve afectado su derecho a desarrollar una actividad económica lícita por motivos arbitrarios e ilegítimos.

2.1.2.2. Igualdad ante la Ley (19 N° 2 CPR)

27. El art. 19 N° 2 de la CPR dispone:

“La Constitución asegura a todas las personas: 2°.- 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”.

28. La doctrina administrativa y constitucional ha definido esta garantía como,

“(…) el sometimiento de todas las personas a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea procedente efectuar entre ellas distinciones favorables o adversas en razón de la raza, de la nacionalidad, del sexo, de la profesión, actividad u oficio y del grupo o sector social o categoría económica a que se pertenezca (…)³, siendo su elemento esencial la inadmisibilidad de discriminaciones arbitrarias.

29. Asimismo, la doctrina entiende por discriminación arbitraria,

“(…) toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable”⁴.

30. En definitiva, la igualdad ante la ley exige que las normas jurídicas sean iguales para todas las personas que se encuentren en idénticas circunstancias, no debiendo concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se encuentren en condiciones similares.

31. La jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia ha recogido lo anteriormente indicado, ya que en numerosos fallos dictados a propósito de Acciones de Protección por vulneraciones de la garantía de igualdad ante la ley, han establecido el principio según el cual el ente administrador en su actuar debe ser igualitario en el trato respecto de todas las personas que se encuentren en similares circunstancias⁵.

³ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. “Los Derechos Constitucionales”. Tercera Edición. Tomo II, pág. 125.

⁴ Idem.

⁵ Excelentísima Corte Suprema, en la Acción de Protección caratulada “Morelia Espinoza Contreras con Municipalidad de Temuco”, N° de ingreso a Corte 140-2008, Considerando N° 14. En el mismo sentido sentencias dictadas por la Excelentísima Corte Suprema respecto de los recursos de protección caratulados “Paola Andrea Fuentealba Reley y otros con Director General de Carabineros de Chile”, N° de Ingreso a Corte: 5.767-2007, considerando N° 11; “Gretel Munzenmayer Calquín con Universidad Mayor de Temuco”, N° Ingreso a Corte: 3.134-2008, considerandos N°s 2 y 4; “Juan Pablo León Utrera con Isapre Consalud S.A.”, N° de Ingreso a Corte: 6.400-2008, considerando N° 6; entre otras.

32. En el asunto en análisis, la SEC vulnera esta garantía en desmedro de los fabricantes de calefactores a leña, al omitir la implementación oportuna de un sistema de certificación de sus productos que les permita cumplir la ley y así poder vender sus productos. En efecto, respecto de fabricantes de otros productos, la SEC sí ha implementado oportunamente sistemas de certificación que permiten a estos cumplir los requisitos legales y ser comercializados.

33. Por su parte, el MMA vulnerara esta garantía en desmedro de los fabricantes de calefactores, al exigirles, para su comercialización, el cumplimiento previo de requisitos imposibles de cumplir, requisitos que naturalmente no son exigidos por la Autoridad respecto de fabricantes de otros productos.

34. En consecuencia, pese a que los fabricantes de calefactores a leña se encuentran en las mismas circunstancias y condiciones respecto de otras personas naturales o jurídicas, igualmente les ha sido denegada la posibilidad de certificar sus productos, y así, de cumplir los requisitos establecidos por la ley para poder comercializarlos, discriminándolos arbitrariamente, y vulnerándose así la garantía constitucional de la igualdad ante la ley.

2.1.2.3. Libertad para Adquirir el Dominio de toda clase de Bienes

(art. 19 N° 23 CPR)

35. El artículo 19 N° 23 inciso 1° de la CPR, les asegura constitucionalmente a todas las personas:

“La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.”.

36. Esta garantía constitucional fue establecida con el objeto de asegurar el libre acceso, a fin de hacer ingresar al dominio privado de las personas, a cualquier título lícito, toda clase de bienes, sean muebles o inmuebles, corporales o incorporales y, en general, de todas las cosas susceptible de ser incorporadas a un patrimonio personal, protegiendo, así,

a las personas de actos legislativos o de autoridad que las excluyan de este libre acceso a alguna categoría de bienes⁶.

37. En consecuencia, la prohibición de comercializar calefactores no certificados, en circunstancias que es imposible certificarlos, amenaza el legítimo ejercicio de la libertad de los consumidores para adquirir el dominio sobre los calefactores a leña que quieran comprar en el mercado. Si bien la prohibición, y el requisito de certificación previa en que se basa, no mira directamente a los consumidores sino a quienes los comercializan, en la práctica, el efecto para los consumidores será el mismo: quedará prohibido para ellos, por causas ilegítimas, adquirir el dominio de esta categoría de bienes.

2.1.2.4. Derecho de Propiedad (art. 19 N° 24 CPR)

38. El artículo 19 N° 24 de la CPR consagra la garantía constitucional del derecho de propiedad:

“La Constitución asegura a todas las personas: 24°.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”.

39. La prohibición de comercializar calefactores no certificados, en circunstancia que es imposible certificarlos, constituye una afectación esencial al derecho de propiedad que tienen los fabricantes y distribuidores de calefactores a leña sobre sus inventarios de productos terminados. En efecto, la prohibición los priva de la facultad de disposición que tienen sobre sus aparatos, lo cual resulta contrario a las normas constitucionales a menos que intervenga una expropiación autorizada por ley.

2.1.3. Acciones constitucionales que permiten remediar la vulneración de garantías y derechos fundamentales

40. Las mencionadas privaciones, perturbaciones o amenazas de derechos y garantías fundamentales permiten ejercer dos clases de acciones constitucionales:

- (i) Recurso de Protección de Garantías Fundamentales, y
- (ii) Recurso de Amparo Económico

⁶ Véase VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Derecho Constitucional”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, abril del año 2005, págs. 300 y siguientes.

2.1.3.1. Recurso de Protección

41. El Recurso de Protección es la acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los Tribunales Superiores, a fin de solicitarles que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurarle la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o de los tribunales correspondientes.

42. En el asunto en análisis, AMESTI estaría facultada para ejercer un Recurso de Protección contra la omisión de la SEC, o bien contra la prohibición de comercialización establecida por el MMA, en atención a la conculcación de las siguientes garantías fundamentales: (i) el derecho a desarrollar una actividad económica lícita, (ii) la igualdad ante la ley, y (iii) el derecho de propiedad.

43. Los distribuidores de AMESTI, por su parte, estarían facultados para ejercer un Recurso de Protección por la conculcación de su derecho de propiedad respecto de sus inventarios de productos terminados.

44. Por último, los consumidores afectados estarían facultados para ejercer un Recurso de Protección contra la prohibición de comercialización en atención a que ella los priva ilegítimamente de su libertad para adquirir el dominio sobre toda clase de bienes.

2.1.3.2. Recurso de Amparo Económico

45. El Recurso de Amparo Económico es la acción que cualquier persona puede interponer ante la Corte de Apelaciones respectiva, a fin de denunciar las infracciones en que se incurra respecto al art. 19 N° 21 CPR.

46. Tanto AMESTI como sus distribuidores estarían facultados para ejercer Recursos de Amparo Económico en contra la prohibición de comercialización, en atención a que ella infringe a su derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita.

2.2. Los daños o perjuicios

2.2.1. Categorías de afectados por los daños o perjuicios

47. Es posible distinguir 4 categorías de afectados por los daños o perjuicios originados en la falta de servicio de la Autoridad:

- (i) la empresa AMESTI,
- (ii) sus trabajadores,
- (iii) los terceros relacionados con la cadena de valor de AMESTI: instaladores, proveedores y distribuidores, y
- (iv) los consumidores de estufas AMESTI.

2.2.2. Supuestos en que se basa la estimación de daños o perjuicios

48. A continuación se procede a hacer una estimación aproximada de los daños o perjuicios que se producirán para las distintas categorías de afectados antes mencionados, basados en los siguientes supuestos:

- (i) A partir del 1 de octubre de 2013 regirá la prohibición de comercializar calefactores a leña no certificados que impedirá a AMESTI vender sus productos, y
- (ii) Dicha prohibición traerá como consecuencia inmediata el cierre de la empresa, el despido de sus trabajadores, y la liquidación de sus activos productivos a un precio ínfimo y de sus inventarios como chatarra.

49. Si bien el segundo supuesto puede resultar extremo, constituye una posibilidad real respecto a los daños y perjuicios que la Autoridad está causando con sus acciones y omisiones arbitrarias e ilegales a la empresa AMESTI y a otros fabricantes.

2.2.3. Categorías de daños que se producirán

172

| Afectado | Categoría de daño | Sub-categoría de daño | Descripción daño |
|--|---------------------------------------|-----------------------|---|
| Daños a la empresa AMESTI | Daños patrimoniales | Daños económicos | 1) Inventario de AMESTI que no podrá ser vendido. 2) Incumplimiento de contratos con distribuidores y proveedores. |
| | | Daños fiscales | 3) Utilidades futuras que AMESTI no percibirá. |
| | Daños a patrimonios | | 4) Daño reputacional. |
| | | | |
| Daños a trabajadores de AMESTI | Daños a ejecutivos de AMESTI | | 5) Pérdida de empleos de 76 ejecutivos. |
| | Daños a operarios de planta de AMESTI | | 6) Pérdida de empleos de 144 operarios. |
| | Daños a promotores de AMESTI | | 7) Pérdida de empleos de 110 promotores. |
| Daños a terceros relacionados con AMESTI | Daños a instaladores autorizados | | 8) Pérdida de empleos de 320 trabajadores instaladores autorizados. |
| | Daños a distribuidores | | 9) Inventario en stock de los distribuidores que no podrá ser vendido. 10) Utilidades futuras que los distribuidores no percibirán. |
| | Daños a proveedores nacionales | | 11) Pérdida de empleos de 30 proveedores nacionales de baja sofisticación. 12) Utilidades futuras que los proveedores nacionales no percibirán. |
| Daños a los consumidores de AMESTI | | | 13) Consumidores que no podrán comprar estufas a leña 14) Consumidores que no podrán comprar repuestos AMESTI 15) Consumidores que no podrán contratar reparaciones de instaladores autorizados AMESTI. |

2.2.4. Estimación de daños que se producirán

| APECTADO | CATEGORÍA DE DAÑO | SUB-CATEGORÍA DE DAÑO | DESCRIPCIÓN DAÑO | ESTIMACIÓN DEL DAÑO |
|--|-----------------------------------|---|---|---|
| Daños a trabajadores de AMESTI | Daños a trabajadores de AMESTI | 5) Pérdida de empleos de 75 instaladores | | 75 instaladores perderán su empleo (20 afectados, incluyendo a los familiares) |
| | | 6) Pérdida de empleos de 144 proveedores | | 144 proveedores perderán su empleo (118 afectados, incluyendo a los familiares) |
| | | 7) Pérdida de empleos de 110 proveedores | | 110 proveedores perderán su empleo (87 afectados, incluyendo a los familiares) |
| Daños a terceros relacionados con AMESTI | Daños a instaladores autorizados | 8) Pérdida de empleos de 320 instaladores autorizados | | 320 instaladores autorizados perderán su empleo (198 afectados, incluyendo a los familiares) |
| | Daños a distribuidores nacionales | 9) Inventario en stock de los distribuidores que no podrá ser vendido. | | Pérdida de \$ 625.000.000 en el año 2013. |
| | Daños a proveedores nacionales | 10) Utilidades futuras que los distribuidores no percibirán. | | Pérdida de \$ 2.612.500.000 anual, durante cada uno de los próximos años. |
| | | 11) Pérdida de empleos de 50 proveedores nacionales de baja sofisticación. | | 50 proveedores nacionales de baja sofisticación perderán su empleo (145 afectados, incluyendo a los familiares) |
| | | 12) Utilidades futuras que los proveedores nacionales no percibirán. | | Pérdida de \$ 4.500.000.000 anual, durante cada uno de los próximos años. |
| Daños a los consumidores | | 13) Consumidores que no podrán comprar estufas a leña. | Los consumidores nacionales no podrán comprar estufas a leña para calefaccionar sus hogares, teniendo que optar en consecuencia por alternativas más caras. Los principales afectados serán los hogares más pobres. | |
| | | 13) Consumidores que no podrán comprar repuestos AMESTI. | Los clientes de AMESTI en caso de tener que reparar sus equipos, tendrán que adquirir repuestos de marcas alternativas más caras, que disminuirán la eficiencia de sus estufas. | |
| | | 14) Consumidores que no podrán contratar reparaciones de instaladores autorizados AMESTI. | Los clientes de AMESTI en caso de tener que reparar sus equipos, tendrán que contratar técnicos no autorizados, que disminuirán la eficiencia de sus estufas. | |

2.2.5. Resumen de daños que se producirán

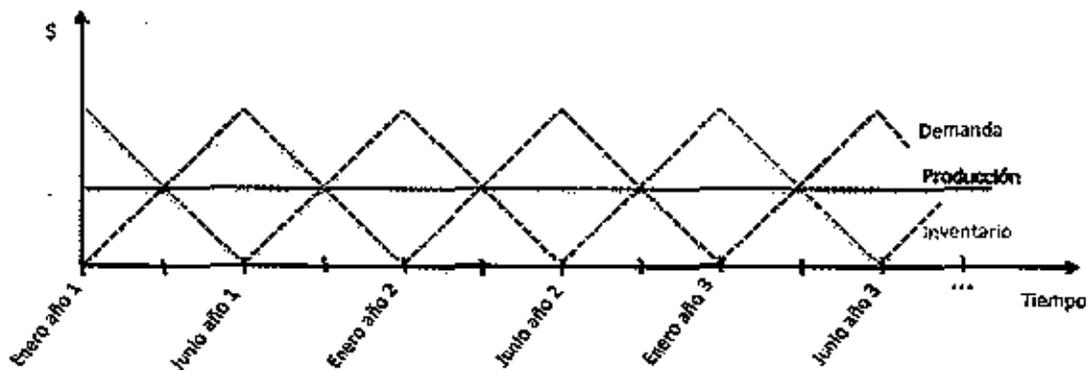
| Categoría | Afectado | Daño estimado |
|--|--|---|
| 1. Pérdidas patrimoniales en el año 2013 por inventarios no vendidos. | Empresa AMESTI, y distribuidores AMESTI. | \$ 3.337.750.000 |
| 2. Pérdidas patrimoniales anuales durante los próximos años por utilidades no percibidas. | Empresa AMESTI, y distribuidores y proveedores AMESTI. | \$ 10.550.000.000 |
| 3. Pérdidas patrimoniales en el año 2013 por indemnizaciones de perjuicios y multas por contratos incumplidos. | Empresa AMESTI. | S/I |
| 4. Pérdidas de empleos. | Empresa AMESTI, e instaladores, distribuidores y proveedores AMESTI. | 700 empleos terminados (2.030 personas afectadas, incluyendo a los familiares). |
| 5. Pérdida de reputación. | Empresa AMESTI. | La percepción que los consumidores tiene de la marca AMESTI se verá gravemente deteriorada. |
| 6. Desaparición del mercado de estufas a leña, de los técnicos autorizados y de los repuestos AMESTI. | Consumidores. | S/I |

2.2.6. Cálculos de daños por categoría

2.2.6.1. Daños a la empresa AMESTI

2.2.6.1.1. Inventario de AMESTI que no podrá ser vendido

50. AMESTI produce calefactores a una tasa de producción constante a lo largo del año, para satisfacer una demanda que es estacional (ventas crecen desde el mínimo en enero hasta el máximo en junio, y luego decrecen nuevamente hasta el mínimo en el próximo enero). Dado que la tasa de producción es constante y la demanda es estacional, el inventario de productos terminados de AMESTI es también estacional, y precisamente lo es en sentido inverso al de la demanda (inventario máximo en enero; inventario mínimo en junio), tal como lo indica la figura siguiente:



51. A partir de la figura anterior, podemos concluir que, el día 1 de octubre de 2013, AMESTI sufrirá un perjuicio patrimonial por concepto de inventario que no podrá ser vendido igual a la totalidad del valor de mercado de su inventario de productos terminados, inventario que a esa fecha tendrá un valor considerable y en pleno crecimiento pero que súbitamente pasará a valer un valor ínfimo.

52. Para tener una referencia del valor de mercado del inventario de AMESTI al 1 de octubre de 2013, podemos utilizar el mismo valor del año anterior. El inventario de AMESTI al 1 de octubre de 2012 estaba compuesto por 10.851 unidades (calefactor + kit

instalación), con un valor de mercado promedio aproximado por unidad de \$ 250.000/unidad, lo que da un valor de mercado total de inventario esa fecha de \$ 2.712.750.000.

53. Para tener una referencia del inventario máximo que acumuló AMESTI en 2012 –siendo el inventario máximo aquel existente en enero 2012–, este se compuso de 22.395 unidades, con un valor de mercado promedio aproximado de \$ 250.000/unidad, lo que da un valor de mercado total de inventario (máximo) al 31 de enero de 2012 de \$5.598.750.000.

2.2.6.1.2. Incumplimiento de contratos con distribuidores y proveedores

54. Como toda empresa en marcha, AMESTI tiene relaciones contractuales con una serie de distribuidores y proveedores, en las cuales la empresa asume obligaciones de largo plazo. Producto del cierre de la empresa, no será factible cumplir con muchos de estos compromisos contractuales, generándose incumplimientos que permitirán a los distribuidores y proveedores acudir a los tribunales de justicia a reclamar las indemnizaciones que se generen y las cauciones que garanticen dichas obligaciones.

2.2.6.1.3. Utilidades futuras que AMESTI no percibirá

55. Asumiendo que los ingresos, costos y gastos de AMESTI se mantendrán similares a los actuales en el futuro, resulta razonable decir que las utilidades futuras de la empresa pueden ser estimadas mediante sus utilidades tributarias pasadas. En este sentido, las utilidades futuras anuales de AMESTI pueden ser proyectadas en \$ 3.437.500.000. En caso que se prohíba comercializar calefactores, la empresa dejará de percibir anualmente este monto, perjuicio que configura un lucro cesante⁷.

2.2.6.1.4. Daño reputacional

56. Con 28 años de experiencia, AMESTI se ha convertido en la principal empresa del rubro en Chile y su marca es referente de calidad, eficiencia y respeto al medio ambiente.

⁷ El cálculo del monto final de lucro cesante requiere descontar las utilidades que no serán percibidas en el futuro a una determinada tasa de descuento, de modo de determinar el valor presente del perjuicio. Por motivos de simplicidad y para no generar discusión respecto de la tasa de descuento elegida, dicho cálculo no se realiza en este informe.

Entre otros aportes, la empresa es reconocida por haber introducido en Chile el concepto de combustión a leña moderna. Los calefactores a leña AMESTI están diseñadas para entregarle al cliente el máximo calor con el mínimo consumo energético. Su valor reside en la combinación de las más avanzadas tecnologías, la investigación e innovación permanente de los diseños, su personal altamente calificado y la certificación de calidad más estricta. Producto de lo anterior, AMESTI ha trascendido los límites nacionales y se ha abierto al mundo con exportaciones a los mercados con las normativas más exigentes para eficiencia y seguridad en equipos de combustión a leña.

57. Desde el punto de vista reputacional, la prohibición de comercializar calefactores a que injustamente se verá sometida AMESTI, provocará un enorme daño a su imagen y a su marca. La prohibición establecida por la autoridad ambiental inducirá al consumidor promedio a considerar que su razón de ser es el no cumplimiento de la normativa ambiental por parte de la empresa, siendo que en realidad tiene por única causa el retraso de la SEC en la implementación del sistema de certificación, retraso absolutamente no imputable a AMESTI.

2.2.6.2. Daños a los trabajadores de AMESTI

2.2.6.2.1. Pérdida de empleos de 76 ejecutivos

58. Los ejecutivos de AMESTI totalizan 76 personas. Cada uno tiene una renta bruta promedio de aproximadamente \$ 753.644 mensual o, equivalentemente, de \$ 9.043.728 anual. Por lo tanto, el conjunto de los ejecutivos de AMESTI recibe anualmente \$ 687.323.328 por concepto de renta bruta. En caso de que AMESTI cierre producto de la prohibición -y en consecuencia, despida a sus ejecutivos-, este último monto puede ser considerado como el daño patrimonial que anualmente sufrirán.

59. Por otro lado, en términos humanos, la prohibición afecta a los 76 ejecutivos, dejándolos sin trabajo, cifra de afectados que aumenta a 220 personas si incluimos sus familias⁸.

⁸ Para calcular el número de personas que integra una familia se utiliza el tamaño promedio de una familia nuclear chilena en el año 2009: 2,9 personas por familia.

Fuente: CASEN 2009 (<http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen2009/familia.php>)

2.2.6.2.2. Pérdida de empleos de 144 operarios de planta

60. Los operarios de planta totalizan 144 personas. Cada uno tiene una renta bruta promedio de aproximadamente \$ 412.715 mensual o, equivalentemente, de \$ 4.952.580 anual. Por lo tanto, el conjunto de los operarios de planta de AMESTI recibe anualmente \$ 713.171.520 por concepto de renta bruta. En caso de que AMESTI cierre producto de la prohibición –y en consecuencia, despida a los operarios–, este último monto puede ser considerado como el daño patrimonial que anualmente sufrirán.

61. En términos humanos, la prohibición afecta a los 144 operarios, dejándolos sin trabajo, cifra de afectados que aumenta a 418 personas si incluimos sus familias.

62. Del total de operarios y familiares de operarios afectados, un 60 % reside en la comuna de Colina. De este modo, la prohibición genera un riesgo social considerable para dicho Municipio.

2.2.6.2.3. Pérdida de empleos de 110 promotores

63. Los promotores totalizan 110 personas durante la temporada de ventas (marzo-julio). Cada uno tiene una renta bruta promedio de aproximadamente \$ 400.000 mensual durante 5 meses o, equivalentemente, de \$ 2.000.000 anual. Por lo tanto, el conjunto de los promotores de AMESTI recibe anualmente \$ 200.000.000 por concepto de renta bruta. En caso de que AMESTI cierre producto de la prohibición –y en consecuencia, despida a sus promotores–, este último monto puede ser considerado como el daño patrimonial que anualmente sufrirán.

64. En términos humanos, la prohibición afecta a los 110 promotores, dejándolos sin trabajo, cifra de afectados que aumenta a 319 personas si incluimos sus familias.

2.2.6.3. Daños a terceros relacionados con AMESTI

65. Las personas independientes de AMESTI, pero cuyas fuentes de ingreso se relacionan con la cadena de valor de AMESTI, se clasifican en 3 categorías:

2.2.6.3.1. Instaladores autorizados

66. Los instaladores autorizados de AMESTI suman 80 personas, repartidas a lo largo de Chile. Cada instalador tiene, en promedio, 2 equipos de instalación integrado por 2

Santa Lucía 330, Piso 5, Santiago.

22

Fono: 2913 8000

www.rcz.cl

personas cada uno. Por lo tanto, los trabajadores autorizados dedicados a la instalación de calefactores AMESTI, y que quedan sin trabajo producto de la prohibición, suman 320 personas. Los trabajadores autorizados más sus familias totalizan 928 personas.

67. En términos patrimoniales, el ingreso que percibe un instalador por instalar un calefactor es de aprox. \$ 50.000 por instalación. Si asumimos que (i) todas los calefactores que se venden requieren ser instalados, (ii) que los instaladores autorizados por AMESTI instalan aprox. un 50% de los aparatos que se venden, y (iii) que anualmente AMESTI vende 55.000 aparatos, entonces, el monto total que anualmente dejan de percibir los instaladores autorizados en conjunto asciende a la suma de \$ 1.375.000.000. En caso de que AMESTI cierre producto de la prohibición —y en consecuencia, sus instaladores pierdan su esta fuente de ingreso—, este último monto puede ser considerado como el daño patrimonial que anualmente sufrirán.

2.2.6.3.2. Distribuidores

68. En Chile, AMESTI vende al público en 650 puntos de venta, operados por 300 distribuidores distintos. De esos 300 distribuidores, el 50 % opera más de un punto de venta, y por lo tanto, pueden ser considerados como perteneciendo al rango que abarca desde distribuidores de mediana sofisticación (cadenas ferreteras regionales, supermercados regionales, etc) hasta distribuidores de alta sofisticación (Homecenter Sodimac, Easy, Falabella, etc.).

69. El otro 50 % de los distribuidores operan sólo un punto de venta, y por lo tanto pueden ser considerados como distribuidores de baja sofisticación (ferreterías locales, bazares, emporios, tiendas de barrio, etc.). Estos últimos serían, en términos relativos, los más afectados por la prohibición, pues, a diferencia de los primeros:

- (i) Se proveen de productos AMESTI durante la temporada de ventas bajas (primavera-verano), con el objetivo de venderlos durante esos meses. En consecuencia, la prohibición los halla con sus inventarios completos.
- (ii) El negocio de este tipo de distribuidores consiste en comprar los calefactores a AMESTI y luego venderlas al consumidor final a un precio mayor, ganando la diferencia. El hecho de que compren las estufas implica que, a diferencia de si las tuviesen en consignación, con la prohibición no podrán vender los equipos al

consumidor final pero tampoco tendrán derecho a devolverlos a AMESTI, debiendo asumir en consecuencia toda la pérdida patrimonial por sí mismos. Aún en caso que AMESTI les permita devolverlos, dada su baja capacidad logística este tipo de distribuidores no podría hacerlo.

(iii) El valor que, en términos relativos, representan los calefactores AMESTI que tienen en sus inventarios respecto del valor total de sus activos, es muy significativo. En consecuencia, la pérdida que sufren con la prohibición como porcentaje de sus activos es mayor.

70. Asumiendo que estos 150 distribuidores de baja sofisticación son negocios de tipo familiar, podemos estimar que existen al menos 150 propietarios de este tipo de negocios familiares afectados por la prohibición, cifra que crece a 435 personas si incluimos los miembros de sus familias.

71. En términos patrimoniales, los daños para los distribuidores por la prohibición son de 2 tipos: (i) Daño emergente, producto de que los calefactores que los distribuidores mantienen en sus inventarios al 1 de octubre de 2013 pasarán a valer nada, o un valor ínfimo, al prohibirse su venta, y (ii) Lucro cesante, producto de que la prohibición hace que los distribuidores dejen de percibir las utilidades que antes percibían anualmente por la venta de calefactores. El primero de estos daños es un daño no recurrente: ocurre sólo una vez, al momento mismo de la prohibición; el segundo, en cambio, es un daño recurrente: ocurre respecto de las utilidades futuras de cada año, y cómo tal, para calcular su valor presente se requiere descontar esos flujos futuros a una cierta tasa de descuento⁹.

72. Para calcular el primero de estos daños, necesitamos determinar el valor de mercado del inventario de calefactores AMESTI que mantendrán los distribuidores al 1 de octubre de 2013. Este monto puede ser estimado usando el mismo valor del año anterior. El inventario de productos AMESTI que poseían los distribuidores a la misma fecha de 2012 estaba compuesto por aproximadamente 2.500 unidades (estufa + kit instalación), con un valor de mercado aproximado de \$250.000/unidad, lo que da un valor de mercado total de \$ 625.000.000. Este monto representa la pérdida patrimonial estimada de los distribuidores de AMESTI, a título de daño emergente, el día 1 de octubre de 2013.

⁹ Nos remitimos a lo señalado en la Nota al Pie N° 7.

73. Para calcular el segundo de estos daños, necesitamos conocer el margen de utilidad promedio que obtienen los distribuidores de AMESTI por unidad vendida, el que es de aprox. 20% del valor de la estufa más sus accesorios de instalación. Asumiendo un valor de mercado promedio por unidad de \$250.000, y considerando que anualmente la empresa vende 55.000 unidades, de las cuales el 95% se comercializa a través de distribuidores, las utilidades que estos dejarán de percibir ascienden a \$ 2.612.500.000 anualmente.

2.2.6.3.3. Proveedores nacionales

74. Sólo tomando en cuenta a sus proveedores chilenos, en 2012 AMESTI adquirió insumos de 460 proveedores por un total de \$4.500.000.000. Con la prohibición, la empresa dejará de comprar insumos a sus proveedores, y correlativamente, estos dejarán de percibir anualmente dicho monto.

75. Por otro lado, de los 460 proveedores chilenos, 360 son personas jurídicas, en su mayoría pequeñas y medianas empresas. Los 100 proveedores restantes son personas naturales, que en conjunto facturaron a la empresa más de \$400.000.000 durante el último año. Ellos pueden ser considerados como proveedores de baja sofisticación: microempresarios y artesanos que venden un insumo u ofrecen un servicio altamente específico para la cadena de producción de la empresa. Muchos de ellos tienen por único cliente a AMESTI, por lo que la prohibición de comercializar calefactores hará que estos últimos pierdan su fuente actual de subsistencia.

76. Asumiendo que la mitad de estos proveedores nacionales de baja sofisticación perderá su empleo con la prohibición, tenemos 50 proveedores desempleados. Esta cifra aumenta a 145 personas afectadas si incluimos los miembros de sus familias.

2.2.6.4. Daños a los consumidores

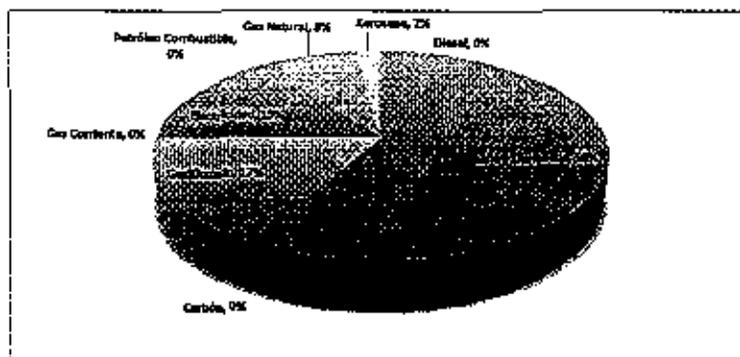
2.2.6.4.1. Consumidores que no podrán comprar estufas a leña

77. Hoy en Chile casi el 60% del consumo energético residencial tiene por fuente la combustión de leña y sus derivados (ver figura abajo). La razón es evidente: la leña es un combustible comparativamente más barato que las otras alternativas disponibles.

78. Como consecuencia de la prohibición de comercializar calefactores a leña no certificados que comenzará a regir el 1 de octubre de 2013, los consumidores nacionales que

quieran instalar en sus hogares estos productos para acceder a calefacción más barata no podrán hacerlo, viéndose obligados a recurrir a alternativas más caras, como son las estufas a parafina y a gas natural. Los principales afectados serán, en consecuencia, los hogares más pobres del país.

Figura: Consumo energético residencial 2011



Fuente: Ministerio de Energía (2011)

2.2.6.4.2. Consumidores que no podrán comprar repuestos de AMESTI

79. Existen en Chile muchísimos calefactores instalados de marca AMESTI. Cada cierto tiempo, ellos necesitan de repuestos para reemplazar las piezas que sufren desgastaste natural. Actualmente la empresa vende al público gran parte de sus repuestos originales. De este modo, se asegura de que a medida que transcurren los años, sus clientes mantengan sus aparatos en las mejores condiciones de funcionamiento.

80. No obstante, la prohibición y el consecuente cierre de la empresa implica que no se venden más repuestos. Con esto, los clientes deben adquirir repuestos de marcas alternativas o hechizos, que disminuyen la eficiencia de sus calefactores, aumentando las emisiones de material particulado por equipo.

2.2.6.4.3. Consumidores que no podrán contratar reparaciones de instaladores autorizados de AMESTI

81. La prohibición impide la comercialización de equipos nuevos pero no obliga a retirar los ya instalados. Se estima que al año 2013 existen 1.500.000 calefactores de distintas marcas instalados en hogares chilenos. Estos aparatos ya instalados requerirán en el futuro

de arreglos periódicos de parte de técnicos especializados para ser mantenidos en condiciones óptimas.

82. Actualmente una fracción sustancial de estos técnicos son los instaladores autorizados de AMESTI. Ellos reciben capacitación especializada de parte de la empresa, la que, exigiéndoles un determinado nivel de calidad y profesionalismo, los autoriza para operar en el mercado como instaladores autorizados de sus productos. Esta autorización diferencia a los instaladores autorizados de la empresa de aquellos que no lo son, y aumenta la confianza que los clientes les otorgan. Para los consumidores es positivo contar con instaladores cuya calidad está respaldada por la misma empresa.

83. A partir de la prohibición, la empresa no podrá seguir autorizando a estos instaladores. En consecuencia, la prohibición implica la proliferación de instaladores informales ("maestros chasquilla"), que muchas veces no tienen los conocimientos necesarios para instalar un calefactor de modo que este opere eficientemente.

2.2.7. Acciones legales que permiten remediar los daños y perjuicios

84. Además de las acciones constitucionales antes mencionadas, los daños y perjuicios recién enumerados pueden dar lugar al ejercicio de las siguientes acciones:

- (i) Acción de indemnización de perjuicios contra los Órganos de la Administración del Estado responsables de falta de servicio, y
- (ii) Acción de indemnización de perjuicios contra de los funcionarios públicos involucrados, por su responsabilidad personal.

2.2.7.1. Acción de indemnización de perjuicios contra los Órganos de la Administración del Estado involucrados en falta de servicio

85. El principio de que tanto el órgano involucrado como el funcionario público que causa un daño son responsables, está consagrado en el artículo 38 inciso 2º de la Constitución:

" Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño."

86. Siguiendo lo dispuesto por la CPR, la LOCBGAE establece en su artículo 4 un principio de responsabilidad:

“El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.”

87. Luego, ese mismo ordenamiento establece la falta de servicio como criterio de atribución de responsabilidad al disponer en su artículo 42:

“Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.

No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.

88. De este modo, la LOCBGAE concede una acción de indemnización de perjuicios a cualquier persona lesionada en sus derechos por la falta de servicio incurrida por los Órganos de la Administración del Estado, y establece además el derecho del Estado a repetir en contra del funcionario que hubiere causado el daño por falta personal. En el asunto en análisis, las víctimas de los respectivos perjuicios –AMESTI, sus trabajadores, distribuidores, instaladores, proveedores, etc.– tienen derecho a accionar de indemnización de perjuicios contra los órganos involucrados responsables de falta de servicio.

2.2.7.2. Acción de indemnización de perjuicios contra de los funcionarios públicos involucrados, por su responsabilidad personal

89. La Constitución y la LOCBGAE establecen que la responsabilidad del Estado es exigible “sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario público que hubiere causado el daño”.

90. Como señala la doctrina, la víctima puede preferir dirigirse contra el funcionario público,

“si no ha incurrido en un ilícito *en ejercicio* de las funciones públicas (caso en que inequívocamente el Estado responde), sino simplemente *con ocasión*

de esas funciones, en cuyo caso el juez podrá estimar que el hecho es personal del funcionario (...) ¹⁰

91. En este caso, la víctima tendrá interés en demandar subsidiariamente al funcionario, previendo precisamente que no se dé lugar a la acción contra el Fisco.

3. CONCLUSIÓN

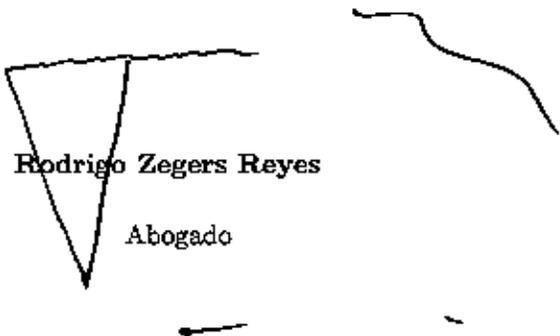
92. Lo razonado hasta aquí, permite llegar a las siguientes conclusiones respecto del asunto sobre el cual se ha solicitado nuestra opinión:

- (i) La omisión de la SEC en implementar oportunamente un sistema de certificación de artefactos, la prohibición de comercializar calefactores impuesta por el MMA que obliga a los fabricantes al cumplimiento de requisitos materialmente imposibles de ser cumplidos, y el actuar descoordinado de ambos órganos públicos, nos llevan a concluir que tanto la SEC como el MMA han actuado en forma arbitraria e ilegal, configurándose sendas faltas de servicio.
- (ii) Las actuaciones de ambos órganos públicos conculcan una serie de garantías fundamentales de AMESTI y de otras personas, a saber: (i) el derecho a desarrollar una actividad económica lícita, (ii) la igualdad ante la ley, (iii) la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, y (iv) el derecho de propiedad. Estas actuaciones facultan a los afectados para ejercer ante los Tribunales de Justicia, al menos, Recursos de Protección y/o de Amparo Económico.
- (iii) Por último, tanto la SEC como el MMA han provocado cuantiosos daños y perjuicios tanto para AMESTI como para otras personas. Esto faculta a los afectados para ejercer acciones de indemnización de perjuicio contra los órganos de la Administración del Estado involucrados. Además, en caso de que existían también faltas personales de sus funcionarios públicos, los afectados también tendrían derecho a exigir por vía judicial la responsabilidad de estos.

¹⁰ BARROS BOURIE, Enrique. "Tratado de Responsabilidad Extracontractual". Primera Edición. Págs. 529 y 530.

Es todo cuanto puedo informar al respecto,

186



Rodrigo Zegers Reyes

Abogado