

NULIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO*

PEDRO PIERRY ARRAU
Universidad Católica de Valparaíso

Lo que me interesa desarrollar en esta oportunidad es una nueva disposición de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, que se encuentra en el artículo 3º, número 8 del texto refundido, que es algo absolutamente novedoso.

Dice el N° 8, que al Consejo le corresponde la representación del Estado en los asuntos judiciales de naturaleza contencioso administrativa, en que la acción entablada tenga por objeto la anulación de un acto administrativo, cuando así lo acuerde el Consejo.

Como Uds. saben, en la práctica esta anulación de actos administrativos se ha desarrollado en Chile a través del Recurso de Protección, que en más de un noventa por ciento es en realidad un contencioso administrativo de anulación. Sobre esta materia no me voy a referir; en artículos que he escrito sobre el tema están las consideraciones que yo he hecho en relación con el recurso de protección vinculado a lo contencioso administrativo y al estado actual de la cuestión.

En realidad lo que correspondería sería hablar de la acción de nulidad contencioso administrativa, pero sobre esto quisiera hacerlo en otra oportunidad. Ahora deseo exponer sobre la nulidad del derecho administrativo que es un presupuesto básico para entender lo que

* Charla pronunciada en el Consejo de Defensa del Estado. Santiago, 12 de agosto de 1993.

es la acción de nulidad y cómo opera la nulidad en relación con el acto administrativo. Todo esto, por supuesto, también es aplicable a todos los recursos de protección.

Dentro de este tema de la nulidad en el Derecho Administrativo, que es un tema muy amplio, que cubre el estudio de todas las ilegalidades que pueden afectar a los actos administrativos, en relación con todos sus elementos, la forma, la competencia, el fin, el objeto, y los motivos del acto, he preferido centrar la exposición en el tema de la nulidad en general y ver cómo está siendo tratada la nulidad del derecho administrativo por la doctrina y la jurisprudencia hoy en nuestro país y cuál es la consecuencia de la interpretación que la jurisprudencia y la doctrina le están dando en Chile.

Este análisis, hago presente, no se ha efectuado hasta este momento y éstas son algunas consideraciones preliminares de un tema que puede ser objeto de un estudio más acabado.

En el actual derecho público chileno, el tema de la nulidad está marcado absolutamente por la posición de la cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile, en particular por la posición de los profesores Eduardo Soto Kloss y Gustavo Fiamma, quienes a través de sus artículos han ejercido una influencia enorme sobre la jurisprudencia, como vamos a ver a continuación. Desde ya, pido por lo tanto excusas, por cuanto me voy a referir muy extensamente a los artículos de Soto Kloss y G. Fiamma.

Estos artículos, de los profesores Soto Kloss y Fiamma, están contenidos en las siguientes revistas. Uno, del profesor Soto Kloss, "La Nulidad del Derecho Público en el Derecho Chileno", en la Revista de Derecho Público del año 1990 y que corresponde a una Conferencia Inaugural de la Vigesimoprimer Jornada de Derecho Público. Está contenida, además, en un segundo artículo de E. Soto Kloss que se denomina "La Invalidez de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno", publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia de 1988, Tomo LXXX, y en los artículos del profesor Gustavo Fiamma, uno que se denomina "Acción Constitucional de Nulidad y Legitimación Activa", que está en la Gaceta Jurídica de 1990, N° 123 y por último en un artículo titulado "La Acción Constitucional de Nulidad. Un Supremo Aporte del Constituyente de 1980

al Derecho Procesal Administrativo" Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIII, año 1986

Esta es la biografía en relación con este tema que deseo se considere por el momento.

Tradicionalmente se ha distinguido entre Inexistencia, Nulidad de Pleno Derecho y Anulabilidad o Ilegalidad en materia de derecho público.

Mario Bernaschina, por ejemplo, antiguo profesor de Derecho Constitucional, señalaba que ésta era la distinción que había que hacer y distinguía entre nulidad de pleno derecho con ciertas características de la nulidad absoluta del derecho privado y la anulabilidad, vinculándola a la nulidad relativa del derecho privado.

Según Mario Bernaschina, la nulidad de pleno derecho operaba automáticamente, pero en la práctica debía ser declarada por el juez. La inexistencia era difícil de señalar porque en realidad el problema de inexistencia en derecho administrativo prácticamente no se plantea, ya que si el acto es inexistente, como por ejemplo, si un comerciante, que tiene un local comercial, dictara un acto administrativo ordenando la clausura de un restaurante, obviamente nadie le va a hacer caso, de tal modo que el problema de la inexistencia ni siquiera se plantea en el derecho administrativo. Pero la posición de Bernaschina está basada en la doctrina principalmente española, porque en Chile no existen tribunales contenciosos administrativos. El criterio diferenciador entre la nulidad de derecho absoluta y la nulidad relativa es prácticamente imposible de efectuar en el derecho administrativo chileno.

Ahora, otro profesor de derecho público de la época de Mario Bernaschina como Patricio Aylwin, señala que en general es causal de nulidad de los actos administrativos la omisión de cualquier requisito para su validez, que la ley civil distingue entre nulidad absoluta y relativa pero que en derecho administrativo no hay ninguna ley que regule estas nulidades y por lo tanto ha tenido que ser la doctrina, en los países donde hay tribunales contenciosos administrativos. No habiendo en Chile tribunales contenciosos administrativos, no se pueden aplicar estos principios, y no se pueden hacer los distinguos que se hacen en relación a los plazos de prescripción o en

cuanto a los efectos, por lo tanto hay que considerar lo poco que ha elaborado la doctrina. Finalmente, concluye Patricio Aylwin, sin pretender dar una solución, podría distinguirse entre la inexistencia, cuando se puede prescindir absolutamente del acto, sin necesidad de declarar su ineficacia, y la nulidad. La inexistencia, habría en realidad que dejarla de lado, porque si no es necesario declarar su ineficacia no tiene ninguna importancia realmente. En definitiva, Aylwin no distingue entre nulidad absoluta y relativa, habla de la nulidad, que tiene distintos matices, según indica, pero que requiere ser declarada. Como cosa curiosa señala, pero con mucha prudencia, que esto no obsta a que eventualmente podría el particular resistirse a su cumplimiento. Pone un ejemplo: una requisición de mercadería de primera necesidad por acaparamiento, en que la persona no ha cometido tal acaparamiento, podría eventualmente resistirse, pero siempre tendrá que ser el tribunal el que pronuncie la nulidad. Esta es la posición de Patricio Aylwin, que no distinguiría entre los distintos tipos de nulidad.

Uds. me van a excusar que yo tenga que referirme, un poco, al derecho comparado, pero es importantísimo para poder distinguir entre estas nulidades.

En el derecho comparado, en España, hay una distinción entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad. Hay una distinción, entonces, entre nulidad absoluta y relativa, siendo la regla general la anulabilidad, o sea, lo que podría equipararse a la nulidad relativa. El artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, señala que son nulos de pleno derecho los actos en los siguientes casos. y enuncia unos cuatro casos de actos nulos de pleno derecho, dictados por órganos manifiestamente incompetentes, cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delito, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Fijense los casos: delito, contenido imposible, manifiesta incompetencia, prescindiendo totalmente del procedimiento establecido. Estos casos son de actos nulos de pleno derecho. A continuación señala la ley de procedimiento administrativo española, que son anulables todos los actos que incurran en cualquier infracción al ordenamiento jurídico, o sea,

todos los actos que no están en el caso de esta nulidad de pleno derecho son anulables, o sea la nulidad es relativa.

El derecho español señala, y esto creo que es importante para ser considerado en Chile, que los defectos de forma, en algunos casos, ni siquiera son anulables, es decir, no producen anulación del acto administrativo, salvo cuando los requisitos formales sean indispensables para alcanzar el fin o dejen en la indefensión al interesado. O sea, hay incluso actos en los cuales hay vicios de ilegalidad pero que ni siquiera caen dentro de la categoría de anulables, y que en España se denominan irregulares.

Esto es importante, porque la posición chilena es completamente opuesta a esto; sostiene simplemente que los actos son todos nulos y todos son nulos de pleno derecho y lo son automáticamente, etc. etc. En España, en cambio, los que integran esta categoría, ni siquiera son anulables en este caso.

Lucgo, entonces, la regla general en el derecho español es la anulabilidad; excepcionalmente la nulidad de pleno derecho. La diferencia entre estos dos tipos de nulidades, está principalmente vinculada a los plazos, en que los actos anulables sólo pueden serlo dentro de determinados plazos. El acto nulo de pleno derecho, siempre; el acto anulable puede ser convalidado por la administración, el vicio puede ser reparado, puede ser subsanado; el acto nulo de pleno derecho, no. El acto anulable, lo es sin efecto retroactivo, se anula hacia el futuro; el acto nulo de pleno derecho es con efecto retroactivo.

Respecto, por último, a quién puede interponerlo, ello no es importante en el derecho administrativo porque son otros los conceptos que juegan. La acción de nulidad se interpone separada del problema de derecho privado respecto a la acción, así es que eso no juega aquí.

Esto es el derecho español. En el derecho francés, el término, la distinción, el concepto de nulidad absoluta o relativa no se usa prácticamente. Escasamente la doctrina lo menciona y no hace la distinción entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad. En general, le da un tratamiento a la nulidad, que se denomina nulidad de derecho público, más bien vinculada a la nulidad absoluta, en cuanto al concepto, porque está el interés general en juego; pero en realidad el tra-

tamiento es muy similar a la anulabilidad del derecho español, particularmente en relación a los plazos. O sea, si uno tuviera que investigar esto en el derecho francés podría encontrar que cuando se habla del tema se da a entender que todas las nulidades son absolutas, pero cuando se trata en la práctica el tema, se da cuenta que el tratamiento es el de la nulidad relativa.

En todo caso, en derecho francés o en derecho español es el juez que debe declararla.

Ahora trasladémonos a Chile y veamos qué ocurre acá.

En la Conferencia Inaugural de la Vigésimoprimera Jornada de Derecho Público, don E. Soto Kloss planteó que en Chile había una situación absolutamente distinta al derecho comparado. Lo planteó en términos tan categóricos que quizás valga la pena reproducirlos. Señalaba en parte, al final de su intervención que "cuando uno compara la sencillez prístina de nuestro sistema con el engolosinamiento bizantino de los regimenes del derecho comparado, viene a la memoria el presente griego. " "Cuidado", dice, "con los presentes griegos, con las baratijas o abalorios que se pretenden algunos regalarnos, aquellos nuevos ricos del intelecto recién llegados al banquete de la ciencia "...En fin, para qué continúo con el término descalificativo del derecho comparado para los efectos de aplicar el derecho chileno.

Pero, ¿por qué? Porque Soto Kloss parte de la Constitución de 1883, para sostener que en el Derecho chileno no hay que para nada tocar al derecho comparado, calificándolo como presente griego, porque él plantea la nulidad de derecho público en Chile a partir de 1833 en el artículo 160, que señalaba "que ninguna magistratura, ninguna persona, reunión de personas puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias otra autoridad que la que expresamente se le hayan conferido por las leyes", artículo 4° de la Constitución de 1925. Entonces E. Soto Kloss parte de la Constitución Política de 1833, señalando con la historia de las actas, en forma muy documentada, que allí comienza, en la historia del derecho chileno, la nulidad de derecho público. Esto es algo que yo, si bien no he estudiado detenidamente las actas para ver si llego a la conclusión que él llega -en el sentido que esa nulidad es una nulidad

de pleno derecho- tiendo a discutir, porque en realidad en la misma Constitución de 1833, en otro artículo, en el 158, se hablaba de los actos del Presidente de la República, a requisición de ejército, general al mando, reunión del pueblo, y señalaba a continuación que esos actos eran nulos de pleno derecho, lo que me hace a mí pensar que si se hablaba de nulidad de pleno derecho en el artículo 158, frente a requisición del pueblo y de los militares en armas, cuando en el artículo 160 se hablaba de que el acto es nulo, obviamente no sería nulidad de pleno derecho; o sea, me da la impresión de que podría la propia teoría de Soto Kloss, revertirse en su contra en ese punto. Pero ¿qué señala Soto Kloss como conclusión?, ¿qué significa concretamente? Partiendo de la Constitución Política de 1833 y llegando a la Constitución Política de 1980 en los arts. 6 y 7, lo que hay allí realmente es una nulidad de derecho público que no puede tener parangón en el derecho comparado y que significa que todas las normas dictadas en contravención al ordenamiento jurídico son nulas. Que la nulidad es *ipso iure*, que la nulidad es insanable, y que la nulidad es imprescriptible. Y en el plano procesal esto tiene incidencia importantísima. ¿Necesita ser declarada judicialmente? ¿Puede ser declarada de oficio? Señala... "Carece de validez jurídica y ello *ab initio*, de suyo, sin que se admita validez provisoria alguna"... Esto va en contra de toda la idea del derecho administrativo tradicional que señala que los actos se presumen legítimos mientras no sean anulados.

Fíjense lo que sostiene Soto Kloss en resumen. "Nulidad *ipso iure*, nulidad de derecho público, porque el acto del órgano del Estado ha sido realizado contra *constitutionem*, vulnerando, infringiendo, violando el precepto constitucional... *ipso iure*, es en consecuencia insanable, imposible de sancarse, de ser ratificado, de convalidarse, (justamente la característica de la nulidad relativa del derecho español) y la razón es obvia, porque lo que es nulo de nulidad de derecho público no produce efecto. Por ello, la expresa prohibición de la propia Constitución. No existe, no puede sancarse, ratificarse o convalidarse. Se sana o valida o ratifica algo que ya tiene existencia, pero irregular; algo que es, pero de un modo imperfecto, pero lo que no existe no es y lo que no es, es la nada, la *nullus*,

nulitas, si es *ipso iure* e insanable, se trata de nulidad perpetua e imprescriptible, vale decir, imposible de sanearse por el transcurso del tiempo"

Termina señalando que como esta es una Conferencia Inaugural, éste es solamente un aperitivo intelectual, y hasta aquí deja el tema, debiendo advertir, sin embargo, que los órganos del Estado pueden pretender poner en ejecución este acto nulo que crearán siempre revestido de validez inmaculada y obligar incluso con el auxilio de la fuerza pública a terceros ciudadanos a adecuar su conducta al acto nulo.

A continuación expresa que esto no podría hacerse y termina sosteniendo que si pudiera plantear muy sintéticamente el régimen, habría que decir que frente a un acto nulo el afectado debe resistir su cumplimiento y esa resistencia aún fáctica, si es menester y posible, se ha de traducir, luego, en interponer la acción de nulidad.

Yo me he detenido tanto en el artículo de Soto Kloss, por la sencilla razón que lo que ha sostenido, ha sido acogido por la jurisprudencia y esto es lo que le da la importancia a la doctrina; porque la posición de Eduardo Soto Kloss y Gustavo Fiamma es estrictamente académica, y como posición académica, es perfectamente factible que se adopten posturas extremas.

Lo notable es constatar que esto ha tenido importancia en la jurisprudencia. En fallo de 1º de abril de 1993, confirmado por la Corte Suprema, el 9 de julio de 1993, en un recurso de protección interpuesto por Pesca Chile en contra del Subsecretario de Pesca. Se trata de un recurso de protección que el Fisco ganó. Un acto nulo dictado 6 años antes. Un permiso de pesca en los canales donde estaba absolutamente prohibido otorgarlo; y, fíjense por favor lo que dijo el considerando segundo del fallo de 1ª instancia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, confirmado por la Corte Suprema en relación a lo que decía Soto Kloss. "tratándose de vicios incurridos en actos de carácter administrativo, la sanción de nulidad está regida por el derecho público y no por el estatuto del Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que tal nulidad se produce *ipso iure*, es decir, sin necesidad de declaración judicial y si alguna intervención tuviere la magistratura, se limitará a dejar constancia de

ese hecho. Es además imprescriptible, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, irrenunciable, atendido el interés público que está comprometido, todo lo cual puede expresarse en la idea de una invalidez desde su inicio y por perpetuidad"; o sea, absoluta y totalmente la posición de Eduardo Soto acogida por la jurisprudencia; una reproducción de su artículo.

La posición de Eduardo Soto Kloss, la mitigó un poco en una publicación que se hizo el año siguiente, en la jornada siguiente de derecho público, cuyas actas fueron publicadas en la Universidad Católica de Valparaíso, en la Decimosegunda Jornadas de Derecho Público, señalando que por razones de seguridad jurídica, en realidad la nulidad debía ser declarada por el juez. Se producía *ab initio*, con todas las consecuencias anotadas; pero debía ser declarada por el juez: "por razones de seguridad jurídica y por la naturaleza inherente al tráfico jurídico que exige que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, ha de excluirse, es decir, ha de exigirse una declaración formal indiscutida de un órgano que reconozca la existencia y ese es sólo el órgano judicial".

Ahora bien, tenemos el concepto de nulidad, pero ¿cómo se complementa esto en la cátedra de la Universidad de Chile? Se complementa con la acción directa de nulidad; o sea, no solamente hay nulidad sino que ahora esto se obtiene a través de una acción directa de nulidad. Esto se desarrolla en los artículos del profesor Gustavo Fiamma, en que sostiene que la acción de nulidad emana del art. 6 y 7 de la Constitución; que hay un principio de inexcusabilidad en relación con la actividad del juez; que la acción constitucional se construye sobre la base del derecho a la acción, que ahora no se podría dar lo que ocurrió en la Constitución Política del 25, en que debido a que nunca se crearon los Tribunales Contencioso Administrativos, la existencia del artículo 87 que los contemplaba impidió la acción de nulidad; que actualmente los tribunales son plenamente competentes para el conocimiento de la acción de nulidad; que el objeto de ella es un acto administrativo que no ha cumplido con los requisitos de validez contemplados en el art. 7 de la Constitución, y su finalidad es el reconocimiento y la declaración de la nulidad preexistente, que lo invalida de pleno derecho, inicial y per-

petuamente. O sea, el juez solamente reconoce esta nulidad, a través de esta acción de nulidad.

La acción constitucional de nulidad la establece entonces Gustavo Fiamma a partir del artículo 67 de la Constitución. Veamos qué han hecho los tribunales frente a esto. Voy a mencionar un fallo del Tribunal Constitucional, de 25 de enero de 1993, recaído en un Decreto Supremo del Ministerio de la Vivienda, en que unos diputados interpusieron el correspondiente reclamo ante el Tribunal Constitucional. Se trataba de un plan regulador intercomunal de La Serena-Coquimbo, en que el plan regulador había sido aprobado por Decreto del Ministerio de la Vivienda, dictado por orden del Presidente de la República, previa autorización del Intendente. El Tribunal Constitucional señaló que este decreto era inconstitucional por que no había sido firmado por el Presidente de la República. Este fallo del Tribunal Constitucional es un fallo muy curioso, porque de acuerdo con el artículo 82 N° 5 de la Constitución, el Tribunal conoce de los reclamos en el caso de que el Presidente no promulgue una ley, promulgue una inconstitucional, o dicte un decreto inconstitucional y a partir de esto último se ha interpretado por parte del Tribunal Constitucional, que corresponde al Tribunal conocer de la inconstitucionalidad de los reglamentos y decretos, lo que la doctrina no considera. Hay que reconocer que es discutible en el caso del reglamento, pero que no hay ninguna duda que no procede que el Tribunal Constitucional conozca de la inconstitucionalidad de los decretos particulares, pero así lo hizo. Lo ha hecho en varias oportunidades y lo hizo en este caso, pero ¿qué ocurre y cuál es el argumento del Tribunal Constitucional? y por esto es que es muy curioso este fallo. Resulta que el art. 35 de la Constitución dice que los reglamentos y decretos del Presidente de la República deben firmarse por el ministro respectivo y después dice que los decretos pueden expedirse con la sola firma del ministro respectivo; o sea, el art. 35 distingue entre el Reglamento, que siempre debe firmarlo el Presidente y el Ministro, y el decreto que puede firmarlo únicamente el Ministro respectivo, por orden del Presidente.

El art. 37 de la Ley de Urbanismo y Construcciones, señala que los planos reguladores son aprobados por Decreto Supremo del

Ministerio de la Vivienda, dictado por orden del Presidente de la República. Entonces, hay una ley, una antigua ley, que dice que el decreto lo firma el Ministro por orden del Presidente; o sea, sin la firma del Presidente; y el Tribunal Constitucional, conociendo de un acto particular, de aplicación de la Ley de Urbanismo, de un decreto de plano regulador de La Serena, ahora, en 1993, muchos años después de la ley, dice que este decreto es inconstitucional porque la ley del Ministerio de Vivienda y Urbanismo en ese artículo, no podía haber establecido eso, porque la ley era inconstitucional. Fíjense la gravedad del fallo y la extensión que tiene, porque se trata del control de la ley pasados todos los plazos posibles de control; es un control indirecto de la ley, por la vía del control del acto particular de aplicación. Eso, a mi juicio, por lo demás es una prueba más de que no puede aceptarse, en el ordenamiento constitucional, la tesis del Tribunal Constitucional, de que puede controlar los decretos particulares pues si se acepta que sí los controla, controla todas las leyes, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, como en este caso.

Pero ¿qué tiene que ver esto con la nulidad de derecho público? Tiene que ver porque el fundamento del Tribunal Constitucional para entrar a calificar la inconstitucionalidad del decreto, vinculado a una ley anterior, está precisamente en la posición de la acción de nulidad de Gustavo Fiamma, y lo cita: "Considerando Vigésimo: que el Profesor Gustavo Fiamma al pronunciarse sobre la materia desde un punto de vista constitucional, señala que los órganos del Estado, sin consideración a los otros actores de la vida jurídica, deben estar obligatoriamente subordinados al derecho, investidos legalmente dentro de su competencia, en la forma prescrita por la ley, bajo prohibición de asumir otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido. El acto dictado en contravención a cualquiera de estos requisitos es nulo, declara en tiempo presente la propia Constitución, o sea, el fundamento de la declaración constitucional deriva exclusiva y directamente de la violación de la Constitución. El acto o decreto supremo de hoy, la ilegalidad, la inconstitucionalidad, emana directamente de la violación de la Constitución y por lo tanto puede entrar a conocer hoy día aunque la ley tenga muchos años anteriores"

Como ustedes ven, entonces, la posición de la cátedra de la Universidad de Chile tiene un efecto notable en la jurisprudencia de los tribunales

Tenemos, entonces, una nulidad de pleno derecho, perpetua, imprescriptible y una acción de nulidad también, que emana directamente de la Constitución.

Difícil el entorno para la gestión del Consejo de esta materia, como Uds., pueden comprender

Pero a esto se agrega otro problema. El problema de la invalidación del acto administrativo.

Si la nulidad es tal y cual se sostiene por la cátedra de la Universidad de Chile y por la jurisprudencia que la hace suya, la Administración, entonces, en cuanto constata que existe un acto que adolezca de nulidad, en cualquier tiempo, podrá dejarlo sin efecto o invalidado, o simplemente constatarla y entender que quedó sin efecto.

¿Puede invalidar la Administración? Aquí la cátedra de la Universidad de Chile señala que no puede hacerlo. En ello hay una aparente contradicción, porque si es tan nulo el acto con todas las características que se sostiene, tendría que poder invalidar o constatar la nulidad la propia Administración; pero ello no es así según la cátedra de la Universidad de Chile.

¿Cuál es la posición y la situación que ocurre en esta materia?

La Contraloría General de la República tradicionalmente ha dicho que puede la Administración invalidar sus propios actos. En algunos casos muy puntuales y quiero señalar que son muy puntuales y muy sofisticados; ha señalado que el particular de buena fe no se vería afectado por esta invalidación, pero la posición de la Contraloría es de que la autoridad puede, pero la frase clásica no es solamente esa, la frase clásica es: "no sólo puede sino que debe invalidar los actos nulos" Esa es la posición de la Contraloría.

Este problema que en Chile no está resuelto es muy importante vincularlo al derecho comparado, porque en realidad hay aquí una omisión de nuestro sistema. En derecho comparado, en derecho español, e insisto que es en derecho español, porque el proyecto de ley de procedimiento administrativo que está en el Senado de la

República de Chile, está basado en gran medida en el derecho español, la Administración podrá en cualquier momento, de oficio, o a instancias del interesado y previo dictamen del Consejo de Estado, declarar la nulidad de los actos del artículo 47. En el derecho español los actos nulos de pleno derecho son invalidables; los de pleno derecho, pero eso es una situación excepcional. ¿Qué pasa con los actos anulables que es la regla general? En los demás casos, o sea, en los actos anulables o nulos relativamente, según el artículo 110, pueden ser invalidados de oficio, siempre que infrinjan manifiestamente la ley y así lo haya dictaminado el Consejo de Estado y no hayan pasado más de cuatro años; que infrinjan manifiestamente la ley y no hayan pasado más de cuatro años.

Cuando no ocurra esta circunstancia de infringir manifiestamente la ley, en el derecho español, es necesario lo que se denomina "declaración de lesividad" y la ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa. La Administración tiene que declarar lesivo el acto mediante un procedimiento interno, con citación al afectado y tiene la Administración que recurrir a la jurisdicción contenciosa administrativa. Ella tiene que accionar ante la jurisdicción después de declararlo lesivo. Esto, cuando no sea manifiesta la ilegalidad en el acto nulo relativamente. Aquí hay una coherencia en el derecho español, porque están debidamente resguardados los derechos de los particulares.

Ahora, en nuestro ordenamiento jurídico, eso no existe y es por eso que la Contraloría cuando habla de que se debe invalidar los actos, ha hecho la excepción de los derechos adquiridos de algunas personas de buena fe, en ciertos casos.

En el proyecto de ley en Senado, esto no está tampoco muy claro, porque en el proyecto se permite la invalidación, pero no hay este procedimiento de lesividad que contempla el derecho español. En el proyecto, después de mucha discusión se llegó a la conclusión por sus redactores, que en Chile no había que hacer ninguna distinción entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad o nulidad relativa. Es un poco como la tesis del derecho francés, o la tesis original de Patricio Aylwin; simplemente hablar de nulidad de los actos administrativos, estableciendo justamente recursos muy breves, de meses,

para interponer la acción de nulidad; pero se acepta la potestad invalidatoria de Administración durante el plazo de cuatro años. Ese es el plazo que contempla el proyecto de ley sobre procedimiento. Ahora yo, personalmente, tenía una posición distinta, que no se aceptó en esa oportunidad. Yo exigía para la invalidación por parte de la Administración una resolución de la Contraloría General de la República, la que sólo podía dictarla previa notificación a los interesados que tendrían un plazo de diez días para exponer lo que estimaran conveniente; o sea, algo parecido al proceso de lesividad del derecho español, pero al interior de la Contraloría. Esto para dejar resguardados los derechos de los particulares. Pero en definitiva quedaron cuatro años en el proyecto, y la tesis de la Contraloría no contempla plazo; o sea, la invalidación sería permanente, sin perjuicio de los derechos adquiridos por la prescripción adquisitiva, por supuesto.

Ahora bien ¿qué ha dicho la cátedra de la Universidad de Chile en materia de invalidación y qué ha dicho la jurisprudencia chilena?

Eduardo Soto Kloss, en el artículo sobre invalidación de los actos administrativos, señala que: "no le es posible a la Administración ni a sus órganos invalidar sus resoluciones o actos que han producido efectos jurídicos para sus beneficiarios de buena fe"; esto está según él, zanjado por la jurisprudencia, -lo cual no es así, necesariamente- pero en seguida dice: "desde los inicios del recurso de protección, la Corte Suprema ha establecido como principio inmovible, el que no es posible a la Administración o a sus órganos invalidar sus resoluciones que han producido efectos jurídicos para sus beneficiarios de buena fe; por ello, un acto administrativo -y ahora va más allá de la buena fe solamente-, sólo que en general un acto administrativo posterior que invalida a otro acto administrativo, aún si pretende la Administración que hubo error de su parte, al dictarlo, este acto posterior es ilegal y además arbitrario, pues carece en tal caso la autoridad de potestades jurídicas revocatorias"; carece de "autotutela declarativa". Dice que, después de conocer y reconocer un beneficio legalmente procedente, rectificarlo a través de otro acto, disminuyéndolo sustancialmente, resulta una medida arbitraria al perturbar y privar el legítimo ejercicio de un derecho anterior. La

única excepción que él acepta es cuando ha habido mala fe de parte del beneficiario, solamente mala fe

Por último, termina Soto Kloss, en su artículo, señalando que los errores de la Administración sólo le afectan a ella, jamás pueden afectar a terceros, a menos que éstos hayan puesto la ocasión de aquéllos induciéndolos a error; que los terceros de buena fe que han adquirido derechos en virtud de actos viciados, se encuentran protegidos por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política. Si la Administración estima que hubo error al dictar un acto administrativo, calificó erradamente el hecho, no adoptó la decisión, simplemente no puede invalidar, porque carece de auto tutela, atendiendo que la tutela u ordenamiento jurídico corresponde al juez y no a la Administración; de allí que la autoridad administrativa deba recurrir a los tribunales y a un procedimiento jurisdiccional idóneo.

Esta es la posición entonces de Soto Kloss. ¿Qué ha dicho la jurisprudencia al respecto?

Nuevamente la jurisprudencia íntegramente adopta la posición de los profesores de la Universidad de Chile.

En la revista Fallos del Mes N° 407 aparece publicado un fallo recaído en un recurso de protección interpuesto por don Daniel Muñoz Permuth, vinculado con un permiso de construcción, dictado por la Corte de Apelaciones de Concepción y redactado por don Víctor Hernández Rioseco, confirmado por la Corte Suprema. Se señala en este fallo que acogió el recurso de protección que: "debe concluirse que el error en que ha incurrido la Administración no puede perjudicar a particulares, principio que aparece claramente ratificado por la jurisprudencia" y cita otro fallo anterior "También se ha fallado al respecto que no se puede alterar un acto administrativo que vulnere derechos adquiridos" También cita fallo anterior.

Esto es algo que a mí me merece un comentario marginal.

Estos fallos que cita el fallo de esta revista de derecho N° 407, y que yo he revisado, no dicen lo que la jurisprudencia dice que dicen; o sea, estos fallos son fallos en que el alcance del concepto está extraordinariamente limitado. Si uno analiza con cuidado los fallos que cita, uno podría concluir casi, que esos fallos no podrían sentar jurisprudencia general porque son demasiado específicos y para una

situación concreta, pero, desde el momento que están citados en un fallo posterior que si tiene alcances generales, ya queda como una jurisprudencia definitiva, pero solamente por el hecho que se cita alguna parte del fallo; o sea, el error en que incurre la Administración no puede perjudicar a particulares, no puede alterar un acto administrativo que vulnere derechos adquiridos; y, en seguida, y aquí cita con comillas: "si el acto administrativo ilegal ha producido efectos y han ingresado al patrimonio de terceros de buena fe, ya que los errores de la Administración deben ser soportados por ella misma y jamás cargados a terceros enteramente ajenos a su torpeza y además habiéndose producido los efectos jurídicos del acto administrativo defectuosos, dichos efectos devienen adquiridos y por lo tanto protegidos por la propia Constitución, artículo 19 N° 24, pues para sus beneficiarios constituyen un derecho de propiedad" Cita: Eduardo Soto Kloss, artículo: Invalidación del Acto Administrativo.

Entonces, la jurisprudencia absorbe íntegramente todos los conceptos de la cátedra de la Universidad de Chile vinculados con este punto. No puede dejar el acto sin efecto, aún parcialmente, pues dicho organismo administrativo carece de autotutela declarativa, atendido que la tutela le corresponde al juez y no a la Administración; la misma frase, "carece de autotutela declarativa porque le corresponde al juez"

Tenemos entonces que aquí se cierra el cuadro. Los actos nulos son insanables, perpetuos. Pero, cuidado, cuando son favorables a los particulares no se pueden invalidar

Nosotros podríamos pensar que esta posición de extrema defensa de los derechos de los particulares es adecuada, ya que protege al individuo frente al Estado. Sin embargo, nosotros sabemos bien, como abogados del Consejo de Defensa del Estado, que el particular, tan defendido en este caso, no se trata de la viejecita que tiene el kiosko de diarios en la esquina y que el Intendente pretende destruirle su kiosko. Nosotros sabemos que los particulares muchas veces son instituciones o empresas extraordinariamente poderosas que utilizan toda su influencia y toda la fuerza de sus argumentaciones para obtener beneficios que no les corresponden, contrarios al ordenamiento jurídico y al interés general.

Yo quizás estaría tentado de dejar hasta aquí la exposición, con esta situación un poco dramática, si se quiere para el Fisco, vinculado con la nulidad de los actos administrativos; pero, para no dejarlos en suspenso, quisiera hacer el comentario posterior, para ver cómo se revierte esto.

Esta tesis de la invalidación, partamos por allí en primer lugar, en un fallo reciente, ha sido revertida esta posición; precisamente en el mismo recurso de Pesca Chile ya mencionado anteriormente, en un fallo que tuvo la particularidad de ser dictado concurriendo a la sala don Víctor Hernández, que justamente había sostenido en fallo anterior que no existía la invalidación y precisamente es por esto que este fallo, dictado por el Ministro Señor Garrido, es importante para nosotros, porque a pesar de lo que señalé antes, de que reconoce la tesis de Soto Kloss respecto a la nulidad absoluta, aquí se acepta la tesis de la invalidación.

Este fue un fallo bastante complejo, especialmente vinculado con esta posición de la invalidación y porque aquí hubo además informe en derecho de Eduardo Soto Kloss, en que justamente enfatizó esta distinción de que no había invalidación. Hubo muchos escritos, debiendo recalcarse uno presentado por la Procuraduría Fiscal de Valparaíso, en que se sostiene que la jurisprudencia anterior, en relación con los terceros de buena fe, es una jurisprudencia limitada, muy limitada a vicios de pequeña entidad que no comprometen gravemente el orden público y precisamente analiza cómo la jurisprudencia anterior no puede entenderse general para la invalidación, y en seguida se concluye en este escrito, que cuando se trata de actos viciados en su esencia, como podrían ser por ejemplo los derechos irregulares que puedan emanar de un acto, no podría hablarse de derechos adquiridos.

Quisiera recalcar cuáles serían los argumentos, para sostener que la potestad invalidatoria está contemplada en el ordenamiento jurídico, que se señalan justamente en este escrito de téngase presente. En primer término, la propia Ley de Bases, que en su artículo 9 dice que los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley; se podrá siempre interponer el de reposición y cuando proceda el recurso jerárquico. Entonces, se agrega que ya el

hecho que la Ley de Bases acepte la reposición contiene un reconocimiento expreso de la potestad invalidatoria de la Administración Buen argumento.

En seguida, señala que el art. 84 de la Constitución Política le asigna a la Contraloría la atribución de ejercer el control de legalidad, lo que ha permitido que esta entidad elabore justamente toda esta jurisprudencia relativa al acto irregular, entonces a partir de esta potestad constitucional, estaría toda esta tesis de la Contraloría respecto a las atribuciones de la administración.

Y, por último, el art. 38 Inc. 2º de la Constitución, que es justamente el que establece lo contencioso administrativo, el que establece el reclamo de los particulares de los derechos y que dice que "cualquiera persona que sea lesionada por la Administración, podrá reclamar ante los Tribunales que determine la ley", pero esta acción que la ley concede, la concede a los particulares, pero no a la Administración, porque se excluye a la Administración como recurrente en el caso de la acción de nulidad, lo que permite sostener, entonces, que tiene ella misma la potestad invalidatoria.

Ahora bien, veamos qué dijo la Corte Suprema en esta materia, en este fallo de 9 de julio y que es un fallo importantísimo en materia de invalidación del acto administrativo.

Este fallo señala que debe tenerse en cuenta lo razonable en el considerando segundo, nulidad absoluta total etc., pero en seguida dice que el acto administrativo puede ser invalidado, junto con decir que el Recurso de Protección tiene una naturaleza cautelar, no contradictoria y bilateral y sumaria del recurso, que ha sido señalada en otros recursos, señala que en este caso particular no se ha afectado a terceros en sus derechos adquiridos, porque la persona que recurre no es un tercero como podría ser el que compró el producto de la pesca, de esta pesca mal hecha, la persona que lo faenó o la persona que la compró, que sí sería un tercero sino que el que es el destinatario del acto no es un tercero y por lo tanto la invalidación por la autoridad puede afectar a la persona en cuyo beneficio se realizó, o sea, el beneficiario del acto. La persona a quien va dirigida el acto no es un tercero y ahí procede la invalidación, esa es la tesis, procede la invalidación con respecto a la persona a quien va dirigido

el acto. Y dice más aún que procede la invalidación particularmente porque además la Contraloría que es el organismo encargado de controlar la actividad de la Administración, consideró al tomar razón de este acto invalidatorio, que el acto invalidatorio era correcto y que el acto anterior era ilegal, lo cual le da una presunción a la actividad de la Administración.

Esta distinción es muy importante, porque el destinatario del acto no es un tercero y puede invalidarse, sin perjuicio, dice, que los derechos que emanen para esta persona, podrán ser objeto de una acción ordinaria declarativa de derechos, lo cual obviamente sería siempre el caso.

Tenemos, entonces, que en este fallo se acepta la idea de la invalidación. Pero queda sin embargo pendiente el problema de la nulidad.

¿Qué comentarios podríamos hacer respecto a esto?

En primer lugar, ¿por qué este efecto de la nulidad que le da la cátedra de la Universidad de Chile? ¿Por qué este efecto de la nulidad vinculándola con la nulidad absoluta? ¿Por qué tiene el acto nulo que tener este efecto y no el de aquél que corresponde a la nulidad relativa?

Esto parte de una premisa, que Soto Kloss la desliza en una sola frase, "que no hay presunción de legitimidad del acto administrativo" Pero nosotros sostenemos exactamente lo contrario, nosotros sostenemos, y al decir nosotros, digo la mayoría de los profesores de derecho administrativo probablemente, pero sobre todo basándonos en derecho español, en derecho francés y en derecho comparado en general. Soto Kloss en su tesis, se basa en el derecho inglés, pero en el derecho inglés no existe el derecho administrativo como se conoce en el derecho continental. Algunos incluso niegan allí su existencia. Por supuesto que si se basa en derecho inglés no puede haber presunción de legitimidad del acto administrativo; no hay presunción de nada, porque no hay doctrina al respecto.

El derecho continental europeo, particularmente el francés, en el que se basa fundamentalmente la doctrina tradicional chilena, sin embargo, sostiene que el acto administrativo se presume legítimo, y si se presume legítimo, obviamente que el efecto de la anulación del

acto administrativo no puede ser el de la nulidad absoluta o por lo menos podría ser discutible.

El acto se presume legítimo. ¿Qué hace el juez?

El juez no constata ninguna nulidad: el juez tiene que anular el acto. El acto existe, el juez lo anula, no lo constata. Justamente lo que hace con la nulidad relativa. Esto ¿por qué? Porque no solamente está la presunción de legitimidad del acto administrativo. Está la atribución de la Contraloría, que es el organismo a quien le encarga la Constitución precisamente el estudio de la legalidad del acto administrativo.

Pero hay otro aspecto que es importante y es que en todos los ordenamientos jurídicos que contemplan la acción de nulidad, ella es una acción de corto tiempo; pero, yo no voy a decir de corto tiempo, sino que de cortísimo tiempo. Es una acción que dura dos meses en el derecho francés, o tres meses como es en el proyecto chileno de lo contencioso administrativo. En el derecho español también, son plazos muy cortos.

¿Por qué? Porque hay un principio en el derecho administrativo que es imprescindible mantener, que es la certeza de los actos administrativos. No puede estar un acto administrativo eternamente, o por mucho tiempo, sometido a tela de juicio o con posibilidades de ser dejado sin efecto.

Piensen Uds. que en el artículo 82 de la ley de Municipalidades, 18.695, el plazo para interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad o de reclamo de ilegalidad, como se le conoce, es de 15 días. Ese es un recurso de nulidad en nuestro ordenamiento jurídico, de 15 días.

Si nosotros aceptamos la tesis de E. Soto Kloss, de G. Fiamma en este caso, todas las normas que establecen acciones de nulidad, serían inconstitucionales. Esta norma de la ley de Municipalidades de 15 días para reclamar por el acto ilegal, tendría que ser inconstitucional, porque si la acción es imprescriptible, se puede ejercer siempre... ¿Cómo entonces se establecen 15 días de plazo?

Yo creo que sería muy difícil para los tribunales sostener la tesis de la cátedra de la Universidad de Chile, declarando que son inconstitucionales las acciones establecidas en las leyes que contemplan

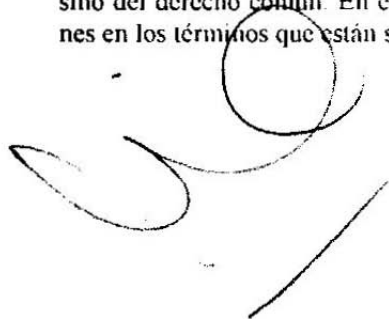
plazos. El problema, sin embargo, consiste en determinar los casos de acción de nulidad que se interponen cuando no existe ninguna norma que la contemple.

En este aspecto podríamos hacer una distinción en materia de acción de nulidad, entre aquellos casos en que la ley chilena la contempla y la establece, que es excepcional, como la ley de Municipalidades, y los otros casos, en que la acción estaría basada simplemente en la Constitución Política.

Respecto de la acción de nulidad me voy a referir en otra oportunidad, pero supongamos que si se acepta. Se plantea de inmediato el problema, porque una cuestión es que no exista una norma específica que otorgue la acción de nulidad, y otra es la prescripción general de las acciones y derechos, porque en el derecho administrativo, en todos los ordenamientos jurídicos, aún si nos olvidamos de la acción de nulidad, la declaración de derechos, que no es acción de nulidad, solamente puede interponerse dentro de los plazos generales de prescripción de las acciones.

En Francia, por ejemplo, es lo que se llama "dechéance quadriennale", 4 años es lo que tiene un particular como plazo máximo para poder reclamar de sus derechos. 4 años también es el plazo máximo que tienen en España, 2 años es el plazo máximo que se le da en el proyecto de Ley de Contencioso Administrativo para cualquier declaración de derechos. 2 meses para la acción de nulidad y dos años para la declaración de derechos. Pasado ese tiempo ya no hay acción y por lo tanto, si bien no podríamos hablar de convalidación del acto administrativo ilegal, es simplemente un problema que ya no interesa. Es por eso que tienen razón los franceses, que son más pragmáticos, el tema no les interesa, porque lo importante es el tema de las acciones y en cuánto tiempo caducan o prescriben, y si caducan o prescriben en plazos de 2 ó 3 meses, o en plazos de 2 ó 3 años; eso es lo único que importa. Lo otro es simplemente una cuestión estrictamente teórica. Y para terminar, por lo tanto, todo está vinculado a este punto, al derecho subjetivo que sí prescribe y ahí sí que debemos ser enfáticos en sostener la prescripción ordinaria de las acciones, de acuerdo con el Código Civil que sería, uso la palabra de los tratadistas de derecho administrativo francés que no hablan del derecho civil

sino del derecho común. En el derecho común prescriben las acciones en los términos que están señalados en el Código Civil

A large, stylized handwritten mark, possibly a signature or a scribble, consisting of several overlapping loops and a long diagonal stroke extending downwards and to the right.