



**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA EVOLUCION DE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO HACIA LA
SOLUCIÓN DE PROBLEMAS ACTUALES.**

POR

LORENA ALICIA SANDOVAL MUNDACA



**Tesis presentada a la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción para optar al grado
académico de Magíster en Derecho**

Profesor Guía: FABIAN HUEPE ARTIGAS

Enero 2019

Concepción – Chile



© 2019 LORENA ALICIA SANDOVAL MUNDACA

Se autoriza la reproducción total o parcial, con fines académicos, por cualquier medio o procedimiento, incluyendo la cita bibliográfica del documento.



*A mis padres,
especialmente a mi madre por
su amor y apoyo incondicionales,
a mis amigos de siempre
y a mi amado César.*

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	iii
ABREVIATURAS.....	viii
RESUMEN.....	ix
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I : ANALISIS DEL CONTEXTO HISTORICO JURIDICO DE LA NULIDAD DE DERECHO PUBLICO EN CHILE HASTA HOY	5
1. Aspectos generales.....	5
1.1. Concepto de la Nulidad de Derecho Público.....	6
2. La tesis clasica o tradicional.....	7
2.1. Antecedentes Históricos de la Constitución de 1833.....	7
2.2. Antecedentes Históricos de la Constitución de 1925.....	11
2.2.1. La tesis del profesor Mario Bernaschina.....	14
2.3. Antecedentes Históricos de la Constitución de 1980.....	15
2.3.1. La tesis de los profesores Eduardo Soto Kloss y Gustavo Fiamma Olivares	17
2.4. Características de la Tesis Clásica o tradicional de la Nulidad de Derecho Público.....	20
2.4.1. Opera de Pleno Derecho (<i>ipso iure</i>)	20
2.4.2. Insanable.....	22
2.4.3. Imprescriptible.....	22
2.4.4. Causales.....	23
2.4.5. Características Procesales.....	23
2.5. Efectos de la aplicación de esta teoría.....	24
3. Enfoque crítico de la tesis tradicional.....	25
3.1. La Tesis del profesor Jorge Reyes Riveros.....	25
3.1.1. Naturaleza jurídica: Rechazo al carácter <i>Ipsa iure</i>	26
3.1.2. Historia Fidedigna.....	27
.....3.1.3. Ámbito de aplicación de la nulidad de Derecho Público.....	29

3.2. La Tesis del profesor José Luis Cea Egaña	31
3.3. La Tesis del profesor Patricio Aylwin Azócar.....	32
3.4. La Tesis del profesor Pedro Pierry Arrau	34
3.5. La Tesis del profesor Enrique Silva Cimma	35
4. Desarrollo de la nulidad de Derecho Público en la jurisprudencia judicial, bajo el contexto de la actual Constitución política	38
4.1. Década de los años Ochenta y años Noventa: Tesis Tradicional	38
4.1.1. Rechazo a la Remisión del Derecho Común	38
4.1.2. Carácter <i>Ipsa iure</i>	41
4.1.3. Carácter Imprescriptible	41
4.2. Conclusiones	42
4.3. Principios años 2000 al presente: Tesis o Enfoque Crítico	43
4.3.1. Criterio: Distinción en cuanto a efectos entre la acción de nulidad de Derecho Público y acciones de contenido patrimonial que emanan de ella	43
4.3.2. Criterio: La nulidad de Derecho Público opera respecto de la Ilegalidad Externa o formal	45
4.3.3. Criterio: La nulidad de Derecho Público opera respecto de la Ilegalidad de Fondo	46
CAPITULO II: ENFOQUE CRÍTICO DE LA TESIS CLÁSICA...	48
1. Nuevo enfoque de la nulidad de Derecho Público.....	48
1.1. Enfoque Crítico de la Teoría Tradicional o Clásica	48
1.2. Principios Sustentados por la Doctrina y la Jurisprudencia	49
1.2.1. Naturaleza Jurídica de la nulidad de Derecho Público	49
1.2.2. Presunción de Validez de los Actos Administrativos	52
2. Elementos introducidos por la Doctrina y la Jurisprudencia a la actual Doctrina de nulidad de Derecho Público	56
2.1. Causales de Procedencia.....	57
2.2. El Vicio	59

a. Evolución de la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia.....	61
b. Entrada en Vigencia de la Ley N° 19.880.....	64
2.3. Legitimación Activa.....	65
3. Características introducidas por la Doctrina y la Jurisprudencia nacionales a la actual nulidad de Derecho Público	67
3.1. Carácter de Remedio Excepcional de la nulidad de Derecho Público	67
3.2. Carácter de la Acción de nulidad de Derecho Público: ¿Acción Popular o Pública?.....	67
3.3. Aplicación del Código Civil en materia de nulidad de Derecho Público	70
3.4. Carácter Prescriptible.....	79
3.5. Principios de Trascendencia y Conservación	93
3.5.1. La Convalidación administrativa.....	95
3.5.2. La Conversión del Acto Administrativo	97
3.5.3. La Rectificación del Acto Administrativo	97
3.5.4. La Prescripción Extintiva de la acción de nulidad	98
3.6. Principios de Seguridad Jurídica y Confianza Legítima	100
3.7. Situación de la Jurisprudencia judicial actual en materia de principios de la nulidad de Derecho Público	102
CAPÍTULO III : PROBLEMAS QUE QUEDAN POR RESOLVER DE LA ACTUAL NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO EN CHILE, QUE AUN NO HAN SIDO ABORDADOS	104
1. Antecedentes	104
2. Carácter “Grave y Esencial” del vicio: Nueva categoría en materia de vicio	106
3. La legitimación activa	120
4. Efectos de la nulidad de Derecho Público	133
a. Efectos de la nulidad de Derecho Público respecto de los interesados o beneficiarios del acto.....	134
b. Efectos de la nulidad de Derecho Público respecto de los terceros.....	136

c. Efectos de la nulidad de Derecho Público respecto de la Administración.....	141
4.1. Problemas por resolver en esta materia.....	142
4.2. Limitación relativa a los derechos adquiridos.....	143
4.3. Derechos de contenido patrimonial y carácter privado cuya fuente es la nulidad de Derecho Público	145
CONCLUSIONES	148
BIBLIOGRAFÍA	160



ABREVIATURAS.

arts., arts.	Artículo, artículos.
CC	Código Civil.
CPR	Constitución Política de la República.
Edic.	Edición.
Edit.	Editorial.
ibid. ibíd.	En la misma obra.
idem.	En la misma obra y página.
inc. incs.	Inciso, incisos.
ob. cit.	obra citada.
LBPA	Ley de Bases de Procedimiento Administrativo.
Nº	Nº Número
p. pp.	página, páginas.
Rev.	Revista.
SCS	Sentencia Corte Suprema.
sgts.	siguientes.
vol.	volumen.

RESUMEN

El trabajo tiene por objetivo general determinar si la teoría de la Nulidad de Derecho Público chilena ha experimentado una evolución que permita reconocer claramente sus características fundamentales, causales y efectos. De no ser efectivo o de ser insuficiente, qué problemas o vacíos se encuentran sin resolver.

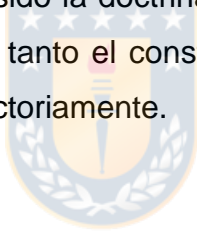
Para ello la presente investigación se ha elaborado en tres capítulos, en el primero de ellos se aborda el análisis del contexto histórico y jurídico de la nulidad de Derecho Público en Chile, partiendo con la Carta Fundamental del año 1833 y la revisión de la “teoría clásica” de nulidad, pasando por la Carta del año 1925 hasta llegar a la actual Constitución Política, bajo la cual además de revisar la teoría clásica imperante a la fecha, también se revisa aquella con un enfoque crítico que se ha establecido hasta hoy. Luego, en el segundo capítulo se aborda en específico el “enfoque crítico de la teoría clásica”, especialmente los elementos introducidos a la nulidad por parte de este enfoque, tanto a nivel doctrinal y jurisprudencial.

Finalmente, en el tercer y último capítulo, se destaca la evolución del instituto en estudio, y al análisis de los problemas que, a mi juicio, no han sido abordados tanto por la jurisprudencia y doctrina nacional, o si lo han hecho ha sido de forma muy superficial.

En la parte conclusiva se destaca que el estudio de la nulidad de Derecho Público ha pasado etapas, a través de las cuales el interés que ha suscitado en la doctrina nacional de interiorizarse en ella y de realizar aportes al respecto, ha ido de menos a más, no estando exenta de discusiones, las que han derivado

principalmente de entre quienes adhieren a la doctrina clásica y/o quienes adhieren a la actual doctrina que ha nacido como una crítica de la clásica. Por su parte, la jurisprudencia judicial también ha realizado sus aportes adoptando una u otra doctrina de las ya mencionadas, contribuyendo al desarrollo de la actual Teoría de la nulidad de Derecho Público nacional.

Si bien es cierto existen algunos problemas que quedan por resolver, es indiscutible el gran aporte que ha significado la incorporación del Derecho Común en materia administrativa, en la resolución de problemas que anteriormente, bajo el predominio de la doctrina clásica no encontraban solución ni mucho menos existía pronunciamiento sobre ellos, tomando en consideración además el desarrollo normativo existente en esta materia. De acuerdo a lo dicho, es posible sostener que ha sido la doctrina y la jurisprudencia judicial, quienes han resuelto los vacíos que tanto el constituyente como el legislador, durante años no han resuelto satisfactoriamente.



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se encuentra orientado a determinar la efectividad de la evolución de la nulidad de Derecho Público chilena, como mecanismo que tiene como finalidad garantizar el Principio de Legalidad que se consagra en el artículo 6° de la Constitución Política de la República, y cuyos requisitos de actuación válida exigidos a la Administración se encuentran regulados en el artículo 7° de la citada Constitución, de tal forma que a partir de esta norma se construye toda la Teoría de la nulidad de Derecho Público existente en el ordenamiento jurídico.

Para tales planteamientos se recurrió a un método meta-dogmático en cuanto al análisis de la normativa en conflicto, respaldada por jurisprudencia judicial sobre los criterios adoptados. Se contempla además la revisión de material doctrinario que permitan definir un marco teórico acorde con lo planteado en la hipótesis de trabajo.

La importancia de este estudio se basa en la escasa regulación existente en esta materia, no existiendo claridad sobre los elementos, características y efectos de la nulidad de Derecho Público, por lo que la jurisprudencia judicial, con ayuda de la doctrina, a falta de regulación legislativa, ha ido elaborando una teoría propia sobre esta nulidad, que ha experimentado una evolución que la ha

diferenciado de la tesis tradicional, permitiendo reconocer de manera clara sus elementos y características fundamentales, las cuales permiten conocer sus causales y efectos, y por tanto otorgar una solución más satisfactoria a los problemas que se presentan en materia administrativa.

La literatura existente al respecto es abundante, si bien en un comienzo fue incipiente, con el transcurso de los ha logrado un desarrollo progresivo, de menos a más, logrando atraer el interés de muchos autores con la intención de aportar al desarrollo de la teoría de la nulidad de Derecho Público, que se ha visto reflejado en un sinnúmero de publicaciones, cuyo número se fue incrementando desde comienzos del año 2000 hasta finales del año 2015. Estas publicaciones han tenido como principales exponentes a destacados profesores, tales como: Mario Bernaschina González, Gustavo Fiamma Olivares y Eduardo Soto Kloss (quienes son considerados como los primeros estudiosos en el tema), en seguida: Jorge Reyes Riveros, Pedro Pierry Arrau, Gabriel Bocksang Hola, Jaime Jara Schnettler, Jorge Bermúdez, entre otros, cuyos estudios se vinculan principalmente a cómo conciben cada uno de ellos la nulidad de Derecho Público (*Ipso Iure* o no) y la aplicación de normas del Derecho Común en Derecho Administrativo, específicamente en el ámbito de la nulidad, como la prescripción y análisis de la jurisprudencia judicial en determinada época, caracterizada por carencia de uniformidad al respecto.

La mayoría de estos tópicos han sido abordados por separado, ninguno de ellos se ha dirigido a realizar una reflexión en torno a la evolución que ha tenido

en Chile la nulidad de Derecho Público, tanto desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, desde sus primeros estudios hasta los más recientes, justificando de esta forma el desarrollo de la presente investigación.

No cabe duda que la nulidad de Derecho Público tiene características que han sido muy discutidas por la doctrina y también analizadas por la jurisprudencia judicial. Precisamente esta permanente discusión ha sido la responsable de la existencia de etapas diferenciadas en el tratamiento de esta nulidad; desde la predominante tesis clásica que encabezó el profesor Eduardo Soto Kloss, quien concebía esta nulidad como *Ipsa Iure*, tesis que predominó tanto en la doctrina como en la jurisprudencia chilena por casi dos décadas. Ya en los años noventa, surgieron las primeras críticas a esta doctrina, críticas encabezadas por el profesor Jorge Reyes Riveros, para quien la nulidad de Derecho Público no opera como *Ipsa Iure*, dado que tal planteamiento se oponía al Principio de racionalidad y a la prudencia. Luego otros autores, entre ellos los profesores Pedro Pierry Arrau, José Luis Cea Egaña, sostenían que la doctrina clásica o tradicional era atentatoria de los Principios fundamentales del Derecho, generando más consenso en la doctrina nacional y en la jurisprudencia, relegando a un segundo plano a la teoría tradicional. Esta nueva doctrina predomina hasta hoy, lo cual se verifica en una serie de publicaciones realizadas por un sinnúmero de autores, además de los ya mencionados, quienes han demostrado su interés sobre esta materia, sumado a ello numerosos fallos emanados de la Corte Suprema principalmente y que se citarán a largo del

trabajo, cuyo contenido adhiere a la actual doctrina de nulidad de Derecho Público, con el objetivo de lograr resolver los problemas que se han presentado en materia administrativa, que bajo la doctrina clásica no encontraron solución.

Lo anterior, conduce a preguntarse si el Derecho Público chileno ha experimentado una evolución que permita resolver satisfactoriamente aspectos discutidos de la nulidad de Derecho Público, a nivel doctrinario y jurisprudencial, tales como características, elementos y efectos de la misma.

Para desarrollar tal interrogante, se analizará en primer lugar el contexto histórico jurídico de la nulidad de Derecho Público en Chile hasta hoy, estudio que se remonta a la Constitución del año 1925, no obstante su génesis data con anterioridad, dando origen a la Tesis o doctrina clásica de nulidad de Derecho Público, y enseguida las críticas a la misma según las tesis planteadas por diversos autores que se señalan.

Luego se analizarán las características de la concepción clásica de la nulidad de Derecho Público, elementos, características introducidos por la actual doctrina y la jurisprudencia, respecto de esta nulidad.

Finalmente se plantean los problemas que aún no han sido resueltos por la actual doctrina de nulidad de Derecho Público chilena, y que aún no han sido abordados por la jurisprudencia nacional, o si lo ha hecho ha sido de un modo muy exiguo.

CAPITULO I

**ANALISIS DEL CONTEXTO HISTORICO JURIDICO DE LA NULIDAD DE
DERECHO PUBLICO EN CHILE HASTA HOY**

1. ASPECTOS GENERALES.

Uno de los temas de gran importancia del ordenamiento jurídico es el de la nulidad de Derecho Público, y ello en razón de ser considerada como garante del Principio de Legalidad; base de nuestra institucionalidad.

Su estudio se remonta a la Constitución Política de la República de 1925, no obstante, su génesis data con anterioridad, y como se verá luego, ha tenido un número de exponentes y estudiosos que se ha ido incrementando con los años, quienes han contribuido de manera significativa al desarrollo de este instituto, lo que se ha visto reflejado además en diversos pronunciamientos del máximo Tribunal del país, ya bajo el contexto de la actual Constitución.

1.1 Concepto de la Nulidad de Derecho Público.

La doctrina ha definido a la nulidad de Derecho Público como “la sanción¹ que afecta a los actos que carecen de los requisitos copulativos de validez”², tales requisitos corresponden a aquellos que señala el artículo 7° de la Constitución Política, por lo que cabe sostener que se estará frente a un acto administrativo viciado cuando decae alguno o algunos de los elementos que lo configuran. Estos elementos, tratándose de los actos administrativos, consisten en que el acto emane de un órgano de la Administración del Estado, dentro de su competencia, legalmente investido y cumpliendo las formas que la ley determine.

La Jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, por su parte, se ha encargado de conceptualizar a la nulidad de derecho público como “[...] la sanción de ineficacia jurídica que afecta a aquellos actos de las entidades del Estado en los que faltan algunos de los requisitos que el sistema establece para su existencia y validez”.³

¹ En contra de la postura de considerar a la nulidad como sanción, y de estimarla como un “mecanismo institucional de depuración de actos jurídicos inválidos”, véase Concha Machuca, Ricardo: “*Nulidad del contrato de la Administración, aplicabilidad de las reglas civiles*”, Santiago, Thomson Reuters, 2012, p. 102 y sgtes.

² Cea Egaña, José Luis: “*Curso de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile*”, Santiago, Chile, 1999, p.167

³ Corte Suprema, rol N° 8659 de 17 diciembre de 2015, considerando 11°, En el mismo sentido, rol N° 3412 de 1° de septiembre de 2015, considerando 2°.

2. LA TESIS CLASICA O TRADICIONAL.

2.1. Antecedentes Históricos de la Constitución de 1833.

El profesor Eduardo Soto Kloss, académico estudioso de la nulidad de Derecho Público en Chile, defensor de la tesis clásica de nulidad que se asentó en la jurisprudencia judicial nacional durante dos décadas, planteaba que este texto constitucional contenía una disposición de gran importancia: el artículo 160°, denominado la “regla de oro” del derecho público chileno, sobreviviendo tanto a las reformas constitucionales posteriores a esa fecha, como al establecimiento de la Carta Fundamental en 1980.

Este autor señala que la Constitución de 1828, cuyo espíritu liberal y a la vez carente de autoridad ejecutiva suficiente para enfrentar a quienes intentaran desestabilizar al Estado, consecuencia de la reciente independencia de la Corona de Castilla, hicieron compleja su aplicación concreta y lograr así un establecimiento pacífico de las instituciones. Diputados de la época señalaban que los defectos de esta Carta eran de tal naturaleza que su aplicación entorpecía la marcha de la administración pública colocando en riesgo la tranquilidad del Estado y de la sociedad, que tal defecto era subsanable sólo en virtud de una pronta reforma constitucional sustancial, de lo contrario la situación de efervescencia social continuaría acrecentándose.

Había que corregir tal desorden y/o vacíos, castigar las violaciones constitucionales a fin de que no quedaran impunes y así debilitar el ímpetu

sedicioso que había llevado a una peligrosa antijuridicidad constante en la época 1828-1830 y que terminaría en una verdadera guerra fratricida, a que puso fin la batalla de Lircay.⁴

El 20 de octubre de 1831 se reunió la Gran Convención, por orden del Congreso, y en virtud de la Ley de 1° de Octubre de ese año, dicha Convención sólo tendría la misión de revisión, reformar o adicionar la Constitución de 1828. Dicha Convención se componía de Diputados elegidos por el pueblo y de ciudadanos de conocida probidad e ilustración. A su vez, dicha Convención, designó por votación, la creación de una Comisión integrada por Mariano Egaña, Fernando Elizalde, Agustín Vial, Manuel Gandarillas, Santiago Etcheverz, Gabriel Tocornal y Juan Francisco Meneses.

Esta Comisión, encargada de elaborar un proyecto de reforma a la Carta Fundamental, planteó un proyecto basado en uno que elaboró Mariano Egaña, que sería presentado más tarde con el nombre de Voto Particular. Este proyecto habría servido de base a la Convención para sus discusiones; proyectaba un estatuto que conservaba preceptos de la Constitución de 1828, pero dotando de prerrogativas al Presidente de la República, a fin de asegurar estabilidad, reprimir intentos de sedición, instaurar el estado de sitio, permitir un gobierno y administración centralizados y fortificar el imperio de la ley y su acatamiento,

⁴ Soto Kloss, Eduardo: “*La Regla de Oro del Derecho Público Chileno*”, Revista de Estudios Históricos-Jurídicos (Sección Historia del Derecho Chileno) XV, (1992-1993), p. 339.

incluso por las autoridades constituidas, estableciendo la nulidad de todo acto que contraviniese la Constitución y las leyes.⁵

El 09 de noviembre de 1832, la Convención, aprobó en general, el proyecto de reforma de la Constitución propuesto por la Comisión; el cual serviría de base de la discusión en particular, sin perjuicio de las indicaciones a proponer en su momento.

A juicio de Soto Kloss, las llamadas “reformas” al texto de 1828, constituyeron en la práctica, una nueva Constitución. No obstante, se conservaron algunos preceptos de la anterior, texto que finalmente perduró más de un siglo, como es el caso del artículo 160°, constituyendo una “piedra angular” del ordenamiento jurídico.

El artículo 160° tiene su origen en la reforma a la Constitución de 1828. El texto de esta disposición integró el proyecto de dicha reforma, que fue presentado a la Comisión a cargo de elaborar el proyecto y presentarlo a la Convención, que debía aprobar las enmiendas a la Carta Fundamental.

En el texto del Voto Particular, obra de don Mariano Egaña, dicho precepto aparece como artículo 17°, siendo el último del título IV “De la forma de Gobierno”. Este título contiene una sección llamada “Régimen de Gobierno”,

⁵ *Ibíd.*, p. 344.

refiriéndose básicamente a las facultades de los tres poderes del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial (artículos 12° al 16°).

El artículo 17° señala “*Ninguna magistratura, individuo particular o reunión de personas puede atribuirse, ni aun a pretesto de circunstancias extraordinarias, autoridad o derechos que no le estén confiados por la Constitución o la lei. Todo acto en contrario es nulo.*”

En un borrador incompleto de este Voto Particular, dicho artículo 17° aparece como artículo 25°, inserto en el mismo Título.

La relevancia que Soto Kloss otorga a este borrador incompleto radica en que dicho artículo 25° aparece redactado de la siguiente manera “(***Ninguna persona o reunión de personas puede atribuirse ni aun***) Ninguna magistratura (***ni reunión de ciudadanos ni***), individuo particular (***puede atribuirse***) o reunión de personas puede atribuirse, ni aun a pretesto de circunstancias extraordinarias (***o imprevistas***) autoridad o derechos que no le estén confiados por la Constitución o la lei. Todo acto en contrario es (***de pleno derecho***) nulo.”⁶

Un borrador posterior a éste, contendría algunas modificaciones, quedando el referido artículo 25° de la forma que sigue “*Ninguna magistratura ni reunión de ciudadanos, ni individuo particular puede atribuirse aun a pretesto de circunstancias extraordinarias o imprevistas, autoridad o derechos que no le*

⁶ Ibíd, p. 348.

estén confiados por la Constitución o la lei. Todo acto en contrario es de pleno derecho nulo.”⁷

El proyecto que la Comisión presentó a la Convención se incluye en el Título II “De la forma de gobierno” en el artículo 5°, con modificaciones quedando de la siguiente manera: “Ninguna magistratura, ninguna persona o reunión de personas puede atribuirse ni aun a pretesto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos, que los que espresamente se les hayan conferido por las leyes, Todo acto en contravención a este artículo es nulo.”⁸

Sin embargo, y por indicación del comisionado Gandarillas, quien a juicio de Soto Kloss, tal vez no comprendía el sentido del voto particular de Egaña y su perfecta armonía en este punto, o más bien lo rechazaba- pasó este artículo 5° al capítulo “Disposiciones generales de la Constitución”, como artículo 160° manteniendo su texto casi de forma íntegra, excepto algunas modificaciones de carácter redaccional que hizo don Juan Egaña, muy leves, a juicio de Soto Kloss.

2.2. Antecedentes Históricos de la Constitución de 1925.

La Carta Política tiene su génesis el 27 de enero de 1925, cuando se forma la tercera Junta de Gobierno, encabezada por don Emilio Bello Codecido, quien solicitó el regreso a Chile del presidente Arturo Alessandri Palma, a fin de que a

⁷ Idem.

⁸ *Ibíd.*, p.349.

su regreso, realizara todas las actuaciones necesarias y tendientes a darle vigencia al texto sobre reforma constitucional de la Carta de 1833.

Conforme a lo señalado por el profesor José Luis Cea Egaña, en las actas oficiales de las sesiones que celebró la Comisión Consultiva de Ciudadanos, convocada por Alessandri, para la gestación de la nueva Carta, desde el comienzo hubo 2 tendencias:

Primero, que la reforma debía ser efectuada según los rígidos mecanismos previstos en la misma Constitución de 1833. A su vez, el Parlamento se encontraba disuelto por las fuerzas armadas en septiembre de 1924. Por otra parte, la clase política en general gozaba de tal desprestigio, como los miembros que integraban el disuelto Parlamento.

En segundo lugar, dichas reformas debían materializarse por el Presidente a través de decretos-leyes, ya que no existía Congreso operativo.

Debido a lo anterior, la Comisión fue dividida en dos subcomisiones; una encargada de estudiar y elaborar el texto de la reforma constitucional (el fondo) y la otra a cargo del mecanismo para redactar dicha reforma y aprobarla, ya sea a través de una Asamblea Constituyente o de un plebiscito, siendo éste último el mecanismo de decisión escogido por Alessandri.

El texto no estuvo exento de complejidades para Alessandri ya que la mayoría no era partidaria de reformas, debiendo incluso intervenir en su aprobación un miembro de la Comisión; un Inspector General del Ejército.

Por lo tanto “Quedó planteado así un problema de fondo de la realidad política chilena del siglo XX, cual es la permanente y definitiva intervención, a veces arbitral, que los militares han tenido en hitos decisivos de la vida nacional.”⁹

Entre las disposiciones contempladas en dicha Carta, relativa al Derecho Administrativo, se encuentra aquella relativa a la creación de Tribunales Contencioso-Administrativos, específicamente en el artículo 87°, disposición que encomendó a legislador la organización y funcionamiento de estos tribunales, promesa que no se llevó a cabo en los hechos, al menos bajo la vigencia de esta Constitución. Dada la indiferencia del legislador en esta materia, se debió recurrir a la legislación común para suplir la promesa del Constituyente, pero apoyándose en el Principio de Separación de Poderes, los tribunales ordinarios se declararon incompetentes para conocer y resolver asuntos contencioso-administrativos, ello significó que muchas causas sobre esta materia quedarán sin resolver, dejando a los particulares en indefensión, frente a actuaciones de los organismos del Estado muchas de ellas viciadas, vulnerando la propia Constitución.¹⁰

⁹ Cea Egaña, José Luis: “*Derecho Constitucional Chileno*”, Santiago, Ediciones UC, (2008), pp. 45-46.

¹⁰ *Ibíd.*, pp. 50-51.

2.2.1. La tesis del profesor MARIO BERNASCHINA.

Los primeros estudios que se realizan en materia de nulidad de Derecho Público provienen del profesor Mario Bernaschina González, quien sostenía que era usual que se hablara de nulidades de Derecho Público, sin que existiera un concepto definido al respecto, tomando en consideración la Teoría General del Estado, para quien, precisamente es partir de esta teoría que es posible elaborar un concepto de nulidad propia del Derecho Público, distinto del referido a las nulidades en el Derecho Civil.¹¹ Señala que la nulidad de los actos de los órganos estatales es de carácter especial, por lo que no puede ser considerada de la misma forma que la nulidad civil. Por otra parte, y a pesar del carácter estatal de uno y otro, no es procedente aplicar las reglas de las nulidades de Derecho Público a las decisiones de los tribunales de justicia, ni a los actos del Poder Legislativo, ya que éstos disponen de mecanismos especiales de impugnación. De no ser así, se comprometería la independencia de estos poderes del Estado.¹²

Hace una distinción de las nulidades de Derecho Público y de las nulidades administrativas, las que a su juicio, han sido aplicadas indistintamente, señalando que la nulidad de Derecho Público y nulidad administrativa, tienen una relación de género a especie.¹³

¹¹ Bernaschina González, Mario: “*Bases Jurisprudenciales para una Teoría de las Nulidades Administrativas*”, 45-48, Universidad de Chile, (1949), p. 548.

¹² *Ibíd.*, pp. 551-552.

¹³ *Ibíd.*, p.556.

Además, realizó una construcción de la misma tomando como antecedente principal la Constitución de 1925, específicamente los artículos 4°, 23° y 75°, respecto de cuales señaló que constituyen el fundamento constitucional de la teoría de la nulidad de Derecho Público y que por tanto el acto nulo no puede producir efecto alguno como acto propiamente tal, en razón de ser dictado fuera de ese ordenamiento con infracción a las normas jurídicas. Señala además que el vicio que invalida al acto no se sana por el transcurso del tiempo ni tampoco requiere de declaración judicial, por lo que se trata de nulidad de Derecho Público que opera ipso iure, y que además tiene la característica de ser imprescriptible.

2.3. Antecedentes Históricos de la Constitución de 1980.

Esta Carta, según Cea, fue el resultado de momentos políticos, ya instaurado el régimen militar, pues a diferencia de la génesis de la Carta Política de 1925, la junta militar no pensó en crear una nueva Constitución, o al menos eso se puede concluir del transcurso de los acontecimientos, de manera que ni en el lapso anterior a la intervención militar ni en el inmediatamente siguiente a ella existió la intención clara de elaborar, dictar y hacer aprobar una nueva Constitución.

La aprobación de esta Carta, es el resultado de un plebiscito que la aprobó por amplia mayoría, siendo promulgada el 21 de octubre de 1980 y cuya vigencia data del 11 de marzo de 1981 hasta hoy.¹⁴

¹⁴ Cea Egaña, José Luis: “*Derecho Constitucional Chileno*”, Santiago, Ediciones UC, (2008), pp. 74-79.

En materia Administrativa, la Constitución de 1980 no resolvió el vacío en materia Contencioso-Administrativa, al menos no lo resolvió en la forma que prometió el Constituyente, porque si bien es cierto esta Carta mantuvo la redacción del artículo 87° de la Carta de 1925, encontrándose situada en el Capítulo referido al Poder Judicial, la Constitución de 1980 ubicó al precepto en el Capítulo correspondiente a las Bases Generales de la Administración del Estado, en el artículo 38°. Esta promesa aún incumplida continuaría generando los problemas que se suscitaron en cuanto a la declaración de incompetencia de los tribunales ordinarios de justicia para conocer y resolver estos asuntos.

Ante esta situación, se produjo un nuevo cambio jurisprudencial, que vino a resolver este vacío, mientras no se dictara la ley respectiva, ya que la competencia de los tribunales ordinarios se extendería a conocer asuntos en materia administrativa, excepto de recursos de nulidad. “El tribunal podrá apreciar la legalidad o ilegalidad de la actividad administrativa y de acuerdo con ello condenará o no a la Administración y reconocerá el derecho al particular titular del mismo; pero sin que esto implique la anulación misma del acto.”¹⁵

Dicha evolución jurisprudencial se manifestó en la causa “Tomás Taфра Marusic con Fisco”, rol N° 1974 del Primer Juzgado de Letras de Mayor Cuantía de Punta Arenas, cuando la Corte Suprema adhirió al fallo del primer grado, sosteniendo que el Poder Judicial era competente para conocer materias de

¹⁵ Pierry Arrau, Pedro: “*Lo Contencioso Administrativo en la Constitución Política de 1980. Competencia del Poder Judicial hasta la Dictación de la Ley*”, Revista de Derecho Público UCV, N° 5, (1981), p. 207.

ilegalidad de los actos administrativos, siempre que no se trate de un pronunciamiento destinado a anular el acto.¹⁶

El mencionado criterio, abrió la posibilidad de que los tribunales ordinarios chilenos reconocieran derechos subjetivos de los particulares frente a una ilegalidad administrativa, y por tanto obtener el resarcimiento de perjuicios sufridos por el actuar ilegal de la Administración.

Finalmente, y en virtud de una reforma a la Constitución de 1980, en el año 1989, se terminó la incertidumbre referida a la creación de los Tribunales Contencioso-Administrativo, ya que esta reforma modificó el artículo 38° del texto constitucional, eliminando la mención a dichos tribunales, por lo que tácitamente entregó el conocimiento y resolución de estos asuntos a la justicia ordinaria, sin siquiera establecer un procedimiento especial en materia administrativa para la resolución de estos asuntos.¹⁷

2.3.1 La tesis de los profesores EDUARDO SOTO KLOSS y GUSTAVO FIAMMA OLIVARES.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1980, la doctrina encabezada por estos profesores, junto con la jurisprudencia judicial, construyeron una teoría de la nulidad de derecho público basada en el artículo 7°, el que unido al artículo 19° N° 3 dan origen a la acción constitucional de nulidad, de competencia de los

¹⁶ Revista Fallos del Mes N° 201, agosto 1975, p. 136.

¹⁷ Pierry Arrau, Pedro: “*Lo Contencioso Administrativo en...*”, ob. cit., pp.210-211.

tribunales de justicia, siendo el objeto de ella “un acto administrativo que no ha cumplido con los requisitos de validez contemplados en los incisos 1° y 2° del artículo 7° citado, y su finalidad será el reconocimiento y declaración judiciales de la nulidad constitucionalmente preexistente que lo invalida de pleno derecho, inicial y perpetuamente. El sujeto pasivo en contra de quien se dirigirá dicha acción debe ser alguno de los sujetos jurídicos administrativos que integran la Administración del Estado (Fisco, instituciones autónomas, empresas del Estado o Municipalidades), según sea el caso.”¹⁸

De acuerdo a Soto Kloss, esta nulidad tendría su génesis en la Constitución de 1833, adquiriendo a su juicio, desde ese entonces distinción constitucional, específicamente en su artículo 160°, obra de Mariano Egaña considerándolo además no sólo la base del Principio de Juridicidad, “sino del ordenamiento constitucional mismo en cuanto mecanismo jurídico que prevé el principio de habilitación previa y expresa de todo órgano del Estado, cualquiera que sea la función que ejerza, y por ende la sujeción de éstos al Derecho”¹⁹.

El artículo 160° de la Constitución de 1833, inserto en el Capítulo XI de las “*Disposiciones Jenerales*” señala “*Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aun a pretesto de circunstancias*

¹⁸ Fiamma Olivares, Gustavo: “*Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva*”, Revista de Derecho Público, 49, (1991), pp. 91-92.

¹⁹ Soto Kloss, Eduardo: “*La nulidad de derecho público en el derecho chileno*”, Revista de Derecho Público, 47-48, (1990), pp. 15-16.

extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que espresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo”.

De tal forma que Soto Kloss desarrolla su estudio de la Nulidad de Derecho público a partir del artículo 160° ya citado, cuyo texto fue incorporado, sin modificación, en la Constitución de 1925, pero que pasó a formar parte del Capítulo I de dicha Carta denominado “Estado, Gobierno y soberanía”, específicamente ubicándolo en el artículo 4°.

Finalmente, también fue incorporado en la Constitución de 1980, específicamente en el capítulo I denominado “Bases de la Institucionalidad”, experimentando algunas modificaciones, pero que en ningún caso afectan su contenido sustancial, por el contrario, le han dotado de mayor fuerza.

Esta disposición, que no existía en el texto de la Constitución de 1828, de acuerdo a Soto Kloss, vendría a ser un “mecanismo fundamental” debido a dos circunstancias que se presentaban en dicha época: en primer lugar, la Constitución de 1828 confería exiguo poder al órgano ejecutivo, versus un excesivo reconocimiento de derechos ciudadanos, sin la correlativa sanción para el caso de infracción a la normativa constitucional.

Lo anterior, tomando en consideración la efervescencia social que existía en aquella época, toda vez que nuestro país recientemente se había separado de la corona de Castilla, por lo que existía peligro de intentos de subversión provinciana y federalista.

Mediante esta reforma se pretendía establecer el orden y convivencia ciudadana, asegurando de esta forma la estabilidad del país, en razón de que en buena parte de América se vivía un clima de anarquía.

La segunda circunstancia decía relación con los conflictos de competencia de autoridades en razón de la escasa delimitación de sus atribuciones, derivadas del régimen castellano indiano. “De allí, pues que se impusiera de modo rotundo y tajante la nulidad de todo acto y nulidad de pleno derecho, ipso iure y ab initio, que contraviene el principio de juridicidad, esta creación de Mariano Egaña es la piedra angular en sus aspectos técnico-jurídicos del ordenamiento constitucional de la República y base de sustentación primigenia del Estado de Derecho.”²⁰

2.4. Características de la Tesis Clásica o Tradicional de la Nulidad de Derecho Público.

Esta tesis señala que la nulidad, concebida en base al mencionado artículo 7º, presenta características especiales, dentro de las cuales las tres primeras que se señalan a continuación, son consideradas fundamentales:

2.4.1. Opera de Pleno Derecho (*ipso iure*)

Es la principal característica de todas, el acto de un órgano del Estado ha sido emitido con infracción a un precepto constitucional, lo que expresamente se

²⁰ *Ibíd.*, p.22

encuentra prohibido y por tanto vulnera a la misma Constitución, de tal forma que la nulidad se produce por el solo ministerio de la Constitución.

Este carácter tan distintivo de la nulidad de derecho público, según Soto Kloss tendría su origen en las actas de la Constitución de 1833, uno de los borradores que dieron forma al artículo 160°, contendría la adición “Todo acto en contrario es de plano derecho nulo”. No obstante, en su texto final, dicha adición fue descartada por el Comisionado Gandarillas, a su juicio “tal vez no comprendía el sentido del voto particular de Egaña y su perfecta armonía en este punto, o más bien lo rechazaba.”²¹

Posteriormente, Gustavo Fiamma también sostiene tal carácter de la nulidad de derecho público, recurriendo a las Actas de la Comisión de Estudio de la Constitución de 1980, específicamente en la sesión 51 de fecha 04 de julio del año 1974, quedando constancia de ello por medio de las intervenciones de los señores Guzmán y Diez.²²

²¹ Soto Kloss, E.: “Derecho Administrativo...”, ob. cit., p.447.

²² En la sesión 51 celebrada el día 04 de julio de 1974, quedó constancia de que se trataba de una nulidad de derecho público de pleno, derecho. En tal sentido véanse intervenciones de los señores Guzmán y Diez, en página 11, en las que califican a dicha nulidad como de derecho público. Por su parte, los señores Ortúzar (p. 17) y Guzmán (p.19) precisarán que se trata de pleno derecho. De igual forma lo hace Enrique Evans, quien también participó en la redacción de esa parte de la Constitución, en su trabajo “Contenido de las leyes complementarias de los artículos 6° y 7° de la Constitución de 1980”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 12, número 2 (mayo-agosto) 1985, página 274. Citado por Fiamma Olivares, Gustavo: “Acción constitucional de Nulidad y Legitimación Activa Objetiva”, Revista de Derecho Público, 49, (1991). p. 96

2.4.2. Insanable.

Por lo que no es susceptible de convalidación o subsanación: en razón de que lo que es nulo no produce efecto alguno, no existe para el derecho por expresa disposición de la Constitución, *“y si no existe es obvio que lo que no existe no puede sanearse, ratificarse, convalidarse o convertirse. 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: nullus, nullitas, ausencia de ser, y la nada no cabe que sea objeto de saneamiento[...]*”²³

2.4.3. Imprescriptible.

Se trata de una nulidad perpetua, que no es posible sanearse por el transcurso del tiempo, porque no existe para el derecho, y al no existir, el tiempo jamás podrá otorgarle valor a la nada misma. La razón de lo anterior, según el profesor Soto Kloss, radica en que la nulidad de derecho público persigue como finalidad asegurar la *“supremacía constitucional”, la cual no permite que lo actos que vulneran la Constitución, puedan validarse por el transcurso del tiempo, por lo que si la nulidad de derecho público es imprescriptible, consecuentemente la acción para impetrarla también lo será.*”

²³ SOTO KLOSS, E.: “Derecho Administrativo...”, ob. cit., p.451.

2.4.4. Causales.

Las causales vendrían señaladas taxativamente en el artículo 7º, por lo que la nulidad de Derecho Público procede a causa de vicios relativos a la competencia, investidura regular y a las formalidades.

2.4.5. Características Procesales:

- No requiere declaración judicial para que exista, y en caso de producirse tal declaración constataría el vicio que afecta al acto, a su vez, reconocería y declararía que el acto es nulo desde que ha sido dictado, y por tanto no ha producido efectos jurídicos.
- Tiene efecto retroactivo, se relaciona estrechamente con lo anteriormente señalado, pues el efecto declarativo de la sentencia que se pronuncia sobre ella, implica reconocer una situación que ya se ha producido anteriormente, y por tanto sus efectos se retrotraen al estado anterior del acto viciado.
- No se encuentra expresamente reconocida como acción constitucional, pero nace a partir del derecho general a la defensa, reconocido en el artículo 19º N° 3 de la Constitución, en relación al artículo 7º inciso 3º de dicha Carta. Se trata de una acción distinta a las demás que contempla la Constitución, puesto que ampara derechos que tienen su origen en acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que tienen un afectado singular y concreto. *“Mientras que la nulidad de derecho público ampara el imperio de la ley, el derecho objetivo.”*²⁴

²⁴Fiamma Olivares, G.: *“Acción constitucional de nulidad y ...”*, ob. cit., p. 94.

- En cuanto a los legitimados para entablar la acción constitucional de nulidad, al ser de tipo objetivo, cualquier persona se encontraría legitimada para accionar por el cumplimiento de la legalidad en contra del acto que la vulnere, sosteniendo como único interés el derecho a vivir bajo el imperio de la ley.

2.5. Efectos de la aplicación de esta teoría

La idea central de la teoría clásica consiste en sostener que las vulneraciones a lo dispuesto en el artículo 7° de la Constitución respecto de los actos administrativos, dan origen a la nulidad de derecho público *ipso iure*. Por tanto, no es posible el saneamiento del vicio, ni tiene cabida el instituto de la prescripción, tal nulidad implica que el acto carece por completo de validez jurídica *ab initio*, por lo que el juez debe limitar su labor tan sólo a corroborar la existencia del vicio, por lo que los efectos de la sentencia serán retroactivos. Se ha sostenido, además, que los afectados por un acto viciado, deben resistir su cumplimiento, resistencia que se manifiesta a través de la interposición de la correspondiente acción de nulidad, invocando el citado artículo 7° en relación con el artículo 19° N° 3 de la Carta Fundamental

A modo de resumen, el profesor Soto Kloss sostiene que se trata de una “nulidad ipso iure, nulidad de Derecho Público porque el acto de un órgano del Estado ha sido realizado, emitido dictado contra *constitutionem*, vulnerando, infringiendo, violando un precepto constitucional, lo que está expresamente

prohibido y execrado por la Carta Fundamental, la cual ha impuesto esta nulidad ipso iure en virtud de una *rationne publicae utilitati*.²⁵

3. ENFOQUE CRÍTICO DE LA TESIS TRADICIONAL.

3.1. La tesis del profesor JORGE REYES RIVEROS.

La tesis de Reyes Riveros, surge como reacción a la tesis clásica o tradicional²⁶ imperante por casi dos décadas, cuyo planteamiento discrepa de aquel propuesto en la tesis tradicional, toda vez que declara que la normativa existente en materia de nulidad de Derecho Público es insuficiente y poco clara, a diferencia de países como Alemania, España e Italia, en que sí existe un desarrollo positivo y doctrinal en ese instituto, por lo que no es posible sostener una teoría tan absoluta como la clásica con tan exigua base.

De esta manera, Reyes Riveros propone ciertos criterios para el establecimiento de normativa legal y constitucional, el que a su juicio, propenderá un sistema claro, eficaz y eficiente, relativo a vicios o irregularidades de los actos de los órganos del Estado.

En primer lugar, este sistema debe contemplar expresamente las sanciones y responsabilidades para el caso de vulneración del principio de juridicidad, previendo además que en situaciones de “transgresiones de menor entidad”, la

²⁵ Soto Kloss, E., ob. cit., p. 175.

²⁶ La denominación Tesis Clásica o tesis tradicional ha sido utilizada por diversos autores que citarán a lo largo del presente trabajo, entre ellos el profesor Jaime Jara Schnettler, específicamente en su obra *La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia*”, Editorial Libromar, Santiago, (2004).

sanción no consista en la nulidad del acto. Por lo tanto, un sistema desarrollado conforme a lo anteriormente señalado, debiera contemplar un concepto de nulidad, clases, causales, autoridad competente para declararla o reconocerla, características y efectos.

3.1.1. Naturaleza Jurídica: Rechazo al carácter ipso iure.

El profesor Reyes Riveros, se sitúa en una postura diametralmente opuesta a la defendida por los profesores Soto Kloss y Fiamma Olivares, pues discrepa del carácter ipso iure de la nulidad de Derecho Público.

Lo anterior, en razón de que el artículo 7° de la Constitución no puede ser considerado de manera aislada, sino que debe interpretarse e integrarse armónicamente con otros preceptos constitucionales y también legales.²⁷

La razón de lo anterior, radicaría en que existen otras disposiciones dentro de la misma Constitución que, a juicio de Reyes Riveros, ratificarían que las sanciones por infracción al principio de juridicidad no siempre traen aparejada la nulidad de pleno derecho, como por ejemplo los artículos 12° y 21°. Por otro lado, y muy excepcionalmente la nulidad del acto opera de pleno de derecho, por disposición expresa del mismo constituyente, como ocurre con los artículos 35°,

²⁷ Reyes Riveros, Jorge: “Invalidación y Nulidad de los Actos Administrativos y otros estudios”, Lexis Nexis, (2006), p.104.

93° y 94° inciso 3°, por lo que se trata de casos específicos en que expresamente lo consagra la propia Constitución.²⁸

3.1.2. Historia Fidedigna.

A juicio de Reyes Riveros, la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución Política de 1980 tampoco avala el carácter ipso iure de la nulidad de derecho público. Señala que los integrantes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, no estaban de acuerdo con las “nulidades de pleno derecho”, estimaban que carecían de certeza.



²⁸ El artículo 12 de la Carta Fundamental prescribe lo relativo a la acción de reclamación en caso de privación o desconocimiento de la nacionalidad en virtud de un acto administrativo, Reyes Riveros estima que mientras no medie una declaración judicial de nulidad, el acto se reputa válido, ello en razón de que la interposición del recurso no invalida el acto impugnado, sino que sólo suspende sus efectos, no lo declara ineficaz, ello porque el acto ha existido y ha sido válido.

El artículo 21° de la citada Carta se refiere a la acción de amparo constitucional, en su inciso 2° señala “Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales...”, en ningún caso el acto es declarado nulo o inexistente, sino que encomienda al juez la enmienda de sus defectos.

El artículo 35° se refiere a la firma de reglamentos y decretos por parte de Ministros de Estado, señala que “Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito.”, este precepto se encuentra en estrecha concordancia con el artículo 36, por lo que Reyes Riveros sostiene que nos encontramos ante una de las causales de nulidad del artículo 7°; “en la forma que prescriba la ley”, y no obstante ello, el constituyente estableció otra sanción para el caso de incumplimiento con dicha disposición, y que precisamente la misma norma se encarga de señalar expresamente; que dicho acto no será obedecido, y en ningún caso lo sanciona con nulidad, por lo que es posible concluir- dice el autor- esta norma “al establecer como excepción en el caso que regula un efecto de la nulidad de pleno derecho es excepcional y aplicable a casos calificados; además existirá otro tipo de sanciones a las infracciones que se den respecto del principio de juridicidad como sería la anulabilidad u otra que ponderará el legislador, según cual sea la calificación de las transgresiones.”

Por otra parte, el artículo 94° inciso 3° (antiguo artículo 83° inciso 2°, anterior a la reforma constitucional de 26 de agosto de 2005), confirmaría que la nulidad de Derecho Público ipso iure es de excepción en nuestro ordenamiento jurídico, a juicio de Reyes Riveros, pues la prescribe de manera expresa “En el caso del N° 16 del artículo 93°, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho...” confirmando además, que requiere mención expresa del constituyente, y que además procedería en caso de “transgresiones groseras a la Constitución o la ley. Citado por Reyes Riveros, Jorge, ob., cit., pp.29-31

Por otra parte, sostiene que el artículo 160° de la Constitución de 1833 (actual artículo 7°) no señala que la nulidad operaba de pleno derecho, si bien es cierto dicho rasgo si se contempló en el proyecto, nunca se concretó en el texto por lo que es posible sostener que el Constituyente no tenía la intención de que la nulidad operara ipso iure, y por tanto al momento de sancionar alguna transgresión al principio de legalidad, habría que recurrir al artículo 6°, disposición que señala que es la propia ley, por mandato de la propia Constitución, la que determinará las sanciones y responsabilidades en caso de infracción a dicho principio constitucional.

Finalmente, señala que los órganos del Estado están integrados por seres humanos, que entre sus características destaca la racionalidad, que se plasma como un importante principio al momento de interpretar la normativa jurídica, especialmente en la doctrina de Derecho Público Administrativo. Al tratar las nulidades, ha seguido directrices basadas en la racionalidad, por lo que si se aplicara la nulidad de pleno derecho para todas las situaciones de incompetencia, de transgresiones a requisitos y formalidades requeridas legalmente, o más en general, para cualquier vulneración al principio de juridicidad en actos del Estado, se haría evidente que el principio de racionalidad quedaría marginado y muchas nulidades de actos importaría aceptar un criterio de irracionalidad, de imprudencia.²⁹

²⁹ Reyes Riveros, Jorge: “*Reflexiones acerca de...*”, ob. cit., pp. 111-112.

3.1.3. Ámbito de aplicación de la Nulidad de Derecho Público.

Reyes Riveros sostiene la idea de que los vicios contenidos en los actos administrativos, jurisdiccionales y legislativos responden a sistemas no necesariamente uniformes sino que gobernados por normas propias y principios específicos, por lo que sólo es posible aplicar dicho instituto a los actos administrativos, por lo que correspondería al legislador y/o al Constituyente establecer un sistema de sanciones y responsabilidades propio en contra de resoluciones judiciales (Códigos de Procedimientos y otros), lo propio además para los actos legislativos viciados (Constitución Política), que no contemplan la nulidad de pleno derecho ni hay nulidad, porque la ley sigue vigente.³⁰

En su planteamiento, sostiene que es menester centrar la atención a lo prescrito por el artículo 6° inciso 1° de la Constitución, pues de este precepto emana un deber orgánico y otro funcional para los órganos de la Administración del Estado de observar la Carta Política, y luego a la normativa jurídica dictada conforme a ella.

El acto administrativo, acto propio de la Administración, pasa por etapas sucesivas; desde su génesis hasta su extinción, y en todas y cada una de ellas interviene la Administración, y por tanto a su vez, rige el inciso 1° del citado artículo 6°, por lo que si la Administración advierte que se ha vulnerado el principio de juridicidad, no sólo está facultada para restablecer el ordenamiento

³⁰ Reyes Riveros, Jorge: “*Reflexiones acerca de...*”, ob. cit., p.116

jurídico con el propósito de satisfacer dicho principio constitucional, sino que es su deber hacerlo, por lo que “puede y debe invalidar sus actos contrarios a Derecho.”

Dicho Poder-Deber, se sustentaría además en diversa normativa jurídica dispersa, como los artículos 10°, 11° y 12° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, disposiciones por medio de las cuales se dota de facultades a los propios órganos para conocer de recursos administrativos, como medios de impugnación de sus actos administrativos, además del ejercicio permanente de control de parte de la jefatura de cada órgano. Por otra parte, el artículo 151° y siguientes de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 18.695 contempla el Reclamo de Ilegalidad Municipal, y el artículo 108 de la Ley Orgánica sobre Gobierno Regional en la misma línea, pero a nivel de Gobierno Regional.

Todo ello hace sostener a Reyes Riveros la facultad que posee la Administración para la invalidación de sus propios actos que no se ajustan a derecho, pues no existe otra normativa expresa que le permita hacerlo, dado que carece de legitimación para accionar ante los Tribunales de Justicia, a través de acciones constitucionales como la de Protección, ni a través de la acción de Nulidad.

3.2. La tesis del profesor JOSE LUIS CEA EGAÑA.

El profesor Cea Egaña ha planteado que la nulidad de Derecho Público debe ser articulada, con el fin de conservar la finalidad de seguridad jurídica inherente a un Estado de Derecho.

En cuanto al rasgo esencial de nulidad de Derecho Público, sostiene que dicho instituto corresponde a nulidad propiamente tal, considerada como sanción contemplada en el artículo 7° de la Constitución, que no corresponde asimilarla la categoría de inexistencia, puesto que ésta última ha sido considerada en la Carta de manera excepcional.

Por otro lado, en cuanto a si requiere de pronunciamiento judicial, señala que la autoridad o magistratura siempre serán las llamadas a constatarla por medio de un pronunciamiento.

En cuanto a las características fundamentales de la nulidad de Derecho Público, éstas son bastante disímiles a las señaladas por la teoría clásica:

- Nulidad de máxima gravedad.
- Opera con efecto retroactivo.
- Es prescriptible.
- Es de orden público.

Respecto al carácter imprescriptible de la nulidad de Derecho Público en razón de operar de pleno derecho, este autor sostiene que ambas instituciones no se relacionan entre sí por lo que discrepa de ello. El carácter ipso iure conlleva

a la incertidumbre o inseguridad del sistema jurídico, transgrediendo una de las finalidades esenciales del derecho.³¹

Señala además que la imprescriptibilidad es incompatible con los principios generales de prescripción que nuestro ordenamiento jurídico reconoce, lo cual deriva en dejar abierta la posibilidad de impugnar actos de la autoridad, de forma permanente e indefinida.

Concluye señalando que, si bien la doctrina no se ha extendido mayormente sobre la nulidad de los actos de otros órganos del Estado, si reconoce la existencia de un avance en el consenso entre la doctrina y la jurisprudencia sobre la tesis crítica, haciéndose predominante en los últimos años.



3.3. La tesis del profesor PATRICIO AYLWIN AZOCAR.

Este autor plantea la situación del Decreto, cuya eficacia se encontraría condicionada a la legalidad del mismo, y para ponderar su eficacia hay que distinguir; si se trata de aquellos decretos cuyos efectos surten dentro de la Administración o de aquellos cuyos efectos se producen fuera de la Administración. Respecto de éstos últimos, Aylwin plantea la interrogante relativa a la obligatoriedad de un decreto ilegal para los particulares (fuera de la Administración), señala que en principio los particulares no se encontrarían obligados en virtud del principio de legalidad y la supremacía constitucional.

³¹ Cea Egaña, José Luis: “*Curso de Derecho Constitucional*”, ob. cit., p. 256.

No obstante, los particulares se encontrarían en una situación de desigualdad respecto de la Administración, quien posee la potestad de hacer cumplir coactivamente sus decretos, a pesar de que sean estos ilegales. Ante ello, el particular puede negarse a cumplir lo ordenado por este decreto ilegal, a través de la interposición de un recurso para que los tribunales de justicia dejen sin efecto la sanción por incumplimiento de dicho decreto interpuesta por la Administración.

Señala además que, a fin de proteger la legalidad, los particulares disponen de otros mecanismos, como lo son la toma de razón por parte de la Contraloría General de la República, y el control de constitucionalidad de manos del Tribunal Constitucional.

Hace un importante alcance relativo a lo complejo de la situación que se suscitaba con anterioridad al establecimiento del Recurso de Protección, como mecanismo de defensa a favor de los particulares frente al actuar ilegal de la Administración, tal situación consistía en que el particular podía acudir ante los tribunales de justicia, a fin de que éstos dejaran sin efectos la sanción impuesta por la autoridad por incumplimiento del decreto; no así respecto de la ilegalidad del mismo, en razón de que el Poder Judicial no podía pronunciarse sobre la ilegalidad del mencionado decreto, en virtud del principio de separación de poderes.³²

³² Aylwin Azocar, Patricio; Azocar Brunner, Eduardo: “*Derecho Administrativo*”, Universidad Nacional Bello, (1996), pp. 97-100.

3.4. La tesis del profesor PEDRO PIERRY ARRAU.

Reconocido opositor a la teoría clásica de la nulidad de Derecho Público, por cuanto las rasgos característicos de la nulidad, a su juicio, van contra el Derecho Administrativo tradicional, específicamente en lo relativo a la presunción de legalidad de los actos administrativos mientras no sean declarados nulos.³³

Califica a la teoría clásica como una postura extrema, criticando su acogida tanto a nivel doctrinal como en jurisprudencia del máximo tribunal, por cuanto uno de los problemas que se presentaba al respecto era el relativo a la facultad de la Administración de invalidar sus propios actos, reconocida por la propia Contraloría General de la República, generando conflictos, que a su juicio no encontraban solución, a diferencia de lo que sucedería en derecho comparado, dado que al ser acogida dicha tesis por la jurisprudencia imperante de la época, señalaba que la facultad de invalidar no era procedente en razón de que la Administración carece de autotutela declarativa, por cuanto ella pertenece al juez.³⁴

Señala que los fundamentos para sostener que la Administración estaría investida de potestad invalidatoria se encuentran en la Ley General de Bases de la Administración del Estado, a propósito de los mecanismos de impugnación de

³³ Pierry Arrau, Pedro: “Nulidad en el Derecho Administrativo”, Revista de Derecho de la UCV, XI (1993-1994), p. 85.

³⁴ *Ibíd.*, p. 90.

los actos administrativos, además de la potestad constitucional de la Contraloría a cargo del control de legalidad de los mismos.

A su juicio, el hecho de que Soto Kloss desconociera la facultad de invalidación tendría su origen en la tesis que plantea, recogida del sistema inglés, la que no la considera o no existe, por tanto, tampoco reconoce la presunción de legalidad del acto administrativo.

Señala que en sistema jurídicos en que se concibe la nulidad, disponen de acciones de “Cortísimo tiempo” a fin de dar cumplimiento con un principio de Derecho administrativo: Principio de Certeza de los actos administrativos, por lo que lo de aceptarse la teoría clásica, todas las acciones de nulidad que establecen plazos serían inconstitucionales.³⁵

Finalmente, señala que al no existir en nuestro ordenamiento jurídico una norma específica, se debe recurrir a la aplicación de normas generales sobre prescripción de acciones y derechos que contempla el Código Civil, dado que este no contraviene al Derecho Público.

3.5. . La tesis del profesor ENRIQUE SILVA CIMMA.

Para el profesor Silva Cimma, las nulidades de derecho público deben ser entendidas como “las que se producen en la actuación o decisión de un órgano del Estado –que ha de ser respetado en su contenido por otras autoridades, por

³⁵ *Ibíd.*, p. 99

una autoridad diversa de la que la generó o por los particulares (personas naturales o colectivas)- que encierran un vicio o defecto consistente en el incumplimiento de los requisitos exigidos para su validez y que, por lo tanto, no generan los efectos llamados a producir.”³⁶

Según este autor, en Chile no cabe la posibilidad de admitir la inexistencia jurídica, por tratarse de un derecho orgánico formal en que la nulidad se regiría por normas particularísimas distintas del Derecho Privado.

Plantea además que en cuanto a nulidad se refiere, se produce una situación diferente según la naturaleza del órgano del cual emana el acto viciado de nulidad. Cada poder del Estado dispone de mecanismos propios en caso de producirse una vulneración al principio de legalidad. En el caso específico de los órganos que ejerzan jurisdicción, podrán aplicar en principio la nulidad establecida en el artículo 7° “naturalmente en cuanto a los pronunciamientos que formulen no atropellen las facultades de otro órgano e infrinjan, por tanto, el principio de la separación de poderes.”³⁷

En cuanto al Poder Administrador, señala que los problemas que se han presentado en las nulidades de derecho público, tiene su fuente en la escasa precisión de este instituto, la que se traduce en la no dictación de una ley sistematizadora del procedimiento administrativo, la falta de definición de un

³⁶ Silva Cimma Enrique: “*Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes*”, Edit. Jurídica de Chile, 1° Edic., Santiago, (1995), p. 154

³⁷ *Ibíd.*, p. 156.

régimen contencioso administrativo y el establecimiento de una jurisdicción especializada en la materia. Sobre este último punto, el legislador desechó la idea de crear tribunales contenciosos administrativos, al modificar el artículo 38°2 de la Constitución, en virtud de la ley N° 18.835, situación que derivó en la interposición recurso de protección a fin de reprimir los actos administrativos ilegales y arbitrarios.

Silva Cimma sostiene que el acto emanado de alguna autoridad administrativa que adolece de nulidad, y que no es dejado sin efecto o reparado por la esfera jerárquica, podrá ser subsanado mediante su invalidación o revocación.

En cuanto al carácter ipso iure de la nulidad de derecho público, señala que es fácil su admisión en el discurso, pero que en la realidad fáctica de la aplicación de las consecuencias del inciso 3° del artículo 7°, se presenta la situación de que debe enfrentar un acto administrativo viciado, enfrenta a su vez a la presunción de validez de la que dicho acto se encuentra envuelto, por lo que al administrado no le quedará otra alternativa que obedecerlo en caso de que la autoridad administrativa no lo rectifique, lo invalide o rectifique, ya que nadie puede hacer justicia de propia mano, por lo que necesariamente deberá ejercer las acciones destinadas a la obtención de la constatación de nulidad del acto viciado, por lo que entonces no podría concluirse que la Constitución señale que la nulidad opera de pleno derecho.

4. DESARROLLO DE LA NULIDAD DE DERECHO PUBLICO EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL, BAJO EL CONTEXTO DE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

Al respecto, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia ha tenido una suerte similar a la de la doctrina; no ha sido uniforme, y los cambios de criterios que ha experimentado en sus pronunciamientos han sido drásticos, especialmente en lo relativo a las características y efectos de esta clase de nulidad, precisamente estos cambios de criterio tienen estrecha relación con la doctrina imperante en determinada época, por lo que es posible sostener que la jurisprudencia se ha visto influenciada en gran medida por esta doctrina vacilante, como se verá a continuación en un intento de sistematización.

4.1. Década de los Años Ochenta y Años Noventa: Tesis Tradicional.

Se traduce en sus dos principales características:

4.1.1. Rechazo a la Remisión del Derecho Común.

La doctrina clásica rechaza por completo la remisión de normas del Derecho Común, específicamente del Código Civil, pues considera que “es la propia Constitución la que dispone la nulidad del acto que la vulnera, viola o contraviene (“es nulo”); no reenvía al juez para que sea éste el que la declare, como ocurre en la legislación civil (arts. 1683° y 1684° del Código Civil) y en que

el acto es válido hasta que el juez lo declare nulo”³⁸. Señala además que en materia de prescripción no es posible hablar de la existencia de un vacío, toda vez que la nulidad de Derecho Público es imprescriptible. Por otra parte sostener lo contrario e insistir en la existencia de un vacío en materia administrativa, e intentar colmarlo mediante la aplicación la normativa civil es “insensato” dado que ambas persiguen distinta finalidad; interés social versus interés particular, respectivamente.

Este planteamiento fue recogido de manera íntegra por la Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia en materia de actos administrativos viciados “Que tratándose de vicios incurridos en actos de carácter administrativo, la sanción de nulidad está regida por el Derecho Público y no por el estatuto que el Código Civil y otras leyes complementarias establecen al respecto.”³⁹

Lo anterior se sustenta en un análisis comparativo de la preceptiva Civil, específicamente el artículo 1681 relativo a la nulidad de los actos civiles, versus lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República relativo a los principios de supremacía constitucional, legalidad y nulidad de derecho público, del cual concluye que “...aparece que en la nulidad de derecho público no tienen sustento las normas civiles; tanto en el origen del vicio, como el bien que cautelan o protegen ambos institutos de nulidad y sus efectos.”⁴⁰

³⁸ Soto Kloss, Eduardo: “*La Nulidad de Derecho Público de los actos Estatales y su Imprescriptibilidad en el Derecho Chileno.*”, Ius Publicum, N°4 (2000), p.56

³⁹ Gaceta Jurídica, N° 159, año 1993, p. 183.

⁴⁰ Gaceta Jurídica, N° 220, año 1998, p. 75.

En el mismo sentido, al tratar la prescripción y su remisión al Código Civil, la Corte Suprema, adoptando los lineamientos de la tesis clásica señalaba “[...]tratándose, como se ha dicho, de una nulidad de derecho público, que se fundamenta en que la actuación de los poderes públicos no pueden exceder el marco rígido de su competencia, “forzoso es admitir que las reglas del derecho común no pueden tener aplicación sino cuando las normas de derecho público se remiten a ellas o cuando la naturaleza de la institución admita que el derecho público se integre con dichas normas[...].”⁴¹

Finalmente, y citando a la preceptiva constitucional del año 1925, es posible señalar que este rechazo a la remisión del Derecho Común se asentó en la jurisprudencia previo a la vigencia de la Carta Fundamental del año 1980, el cual se mantuvo por décadas, al resolver “Que debe tenerse especialmente en cuenta que en el caso de autos se trata de la nulidad de derecho público consagrada en el art. 4° de la Constitución Política de 1925 y art. 7° de la actual, la que por su origen y materia sobre la cual recae, difiere de la nulidad de derecho privado, ya que en esta última rige situaciones producidas entre particulares o entre éstos y el Estado cuando el Estado actúa como Fisco dentro del ámbito del derecho privado...”⁴²

⁴¹ Gaceta Jurídica N° 228, año 1999, p. 69.

⁴² Gaceta Jurídica N° 229, año 1999, p.73.

4.1.2. Carácter *Ipso iure*.

La Jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, seguida además por los tribunales inferiores, adoptó en sus fallos los lineamientos de la tesis clásica respecto de vicios incurridos en actos administrativo, reiterándolo en diversos fallos al respecto *“La doctrina y la jurisprudencia han señalado que tal nulidad se produce “ipso iure”, es decir, sin necesidad de una declaración judicial y si alguna intervención tuviere la magistratura se limitará a dejar constancia de este hecho”*⁴³

4.1.3. Carácter Imprescriptible.

Una de las características que, como se verá a lo largo de este trabajo, ha generado mayor controversia entre quienes adhieren a la tesis clásica y la tesis crítica de la misma, es el carácter imprescriptible de la nulidad de derecho público, la cual de acuerdo a la tesis clásica, seguida durante décadas por nuestros tribunales de justicia, estableció que la nulidad de derecho público se produce *“ipso iure”* y que además es *“imprescriptible cualquiera sea el tiempo transcurrido*. Por consiguiente, no cabe sostener que habiendo transcurrido más de 5 años desde la dictación de la resolución viciada, no era posible alegar la nulidad por haber extinguido el tiempo la posibilidad de hacerla valer.⁴⁴ En el mismo sentido, pero desde el punto de vista del carácter que rechaza la remisión de normativa del derecho común, la Corte Suprema estimaba que *“en*

⁴³ Gaceta Jurídica, N° 159, año 1993, p. 183.

⁴⁴ Idem.

*consecuencia, no existiendo en el derecho público una norma que declare prescriptible la acción ejercida en autos, ni otra similar a la del artículo 1683 del Código Civil que es el que priva de la acción de nulidad absoluta común por saneamiento del acto en razón del transcurso de diez años, no cabe extender analógicamente el alcance de los artículos 2497°, 2514°, 2515° y 2520° a una situación del todo diferente, a pretexto de que la naturaleza de los hechos guarda cierta semejanza con aquellos previstos en las normas citadas[...]*⁴⁵

4.2. Conclusiones.

- La Nulidad de Derecho Público no sólo persigue fines de particulares, sino que persigue el interés de la sociedad
- Los preceptos de derecho común se orientan hacia el interés privado o particular.
- Lo anterior marca la diferencia entre el derecho público y privado; por lo que es inaplicable la normativa de derecho común en actos administrativos viciados, a menos que la preceptiva pública se remita expresamente al derecho común.

⁴⁵ Gaceta Jurídica N° 217, año 1998, p. 85.

4.3. Principios años 2000 al presente: Tesis o Enfoque Crítico.

4.3.1. Criterio: Distinción en cuanto a efectos entre la acción de nulidad de Derecho Público y acciones de contenido patrimonial que emanan de ella.

Con la adopción de la tesis clásica por nuestros tribunales, los que reiteradamente junto con acoger las acciones que impugnaban los actos de la administración, declarándolos nulos, acogían las pretensiones indemnizatorias de perjuicios generados por el acto nulo.

No obstante, dicho criterio cambió rechazando la pretensión indemnizatoria, en virtud de la prescripción de la acción para solicitar dicha reparación, aun cuando imperaba la tesis tradicional, pronunciamientos que adquirieron fuerza radical a principios de los años 2000 en adelante, cuyos planteamientos se asentaron junto a la tesis crítica de la clásica, entre ellos la prescriptibilidad de las acciones de contenido patrimonial que emanan de la acción de nulidad de derecho público.

Con el asentamiento de la tesis crítica, los tribunales fueron reconociendo la aplicación supletoria de los artículos 1681° a 1697° del Código Civil respecto de aquellas acciones que se generan a raíz de la acción de nulidad de derecho público, esto es, a las acciones restitutorias e indemnizatorias. El pronunciamiento que sentaría el cambio de criterio en la tercera sala de la Corte Suprema (“Aedo Alarcón, Paulina con Fisco de Chile”), y que sería reproducido de manera reiterada señala *“Que, por el contrario, las acciones personales que*

tienen por objeto que quien dejó de poseer restituya el valor de la cosa y la indemnización de perjuicios también deducidas por la actora, cuyo antecedente es la nulidad de derecho público referida en la consideración precedente y que son objeto de los capítulos de casación primero y último, son de evidente contenido patrimonial, pues se refieren a las restituciones y reparaciones de valor económico que pretende obtener la ahora en virtud de tal declaración de nulidad. De lo contrario se deriva que su destino se condiciona a los plazos de prescripción establecidos al respecto por el Código Civil, ordenamiento, por lo demás, que la propia actora invoca para sostener dichas acciones.”⁴⁶

A mayor abundamiento, la Corte hace un distingo entre ambas acciones, señalando la existencia de dos acciones, las cuales denomina como acciones contencioso administrativas: *“Las acciones encaminadas únicamente a conseguir la nulidad de un acto administrativo y aquéllas que miran a la obtención de algún derecho a favor de un particular. Las primeras pueden interponerse por cualquiera que tenga algún interés en ello, presentan la particularidad de hacer desaparecer el acto administrativo con efectos generales, erga omnes y requieren de una ley expresa que las consagre [...]”⁴⁷* y las segundas, aquellas de carácter indemnizatorio, *“declarativas de derechos o también denominadas de “plena jurisdicción”, de claro contenido patrimonial, se encuentran sometidas*

⁴⁶ Corte Suprema, rol N° 852-2000 de 27 noviembre de 2000, considerando 8°. En el mismo sentido, rol N° 1.203 de 28 de junio de 2007, considerando 11°.

⁴⁷ Corte Suprema, rol N° 11.566-2015 de 28 de diciembre de 2015, considerando 13°. En el mismo sentido, rol N° 22.866-2015 de 07 de abril de 2016, considerando 8°.

a las reglas generales sobre prescripción del Código Civil, por ser de carácter patrimonial y privado, aun cuando su fuente sea la nulidad de derecho público, dado que los efectos del acto administrativo nulo no se encuentran expresamente previstos por la ley, por lo que al comprometer el interés particular y no el social, debe regirse por las normativa común contenida en el Código Civil.”⁴⁸

4.3.2. Criterio: La nulidad de Derecho Público opera respecto de la ilegalidad externa o formal.

La tendencia jurisprudencial en esta etapa, referida a los alcances del vicio anulatorio, se circunscribe a los requisitos de actuación válida del artículo 7° de la Carta Política; competencia, investidura regular y formalidades, requisitos cuya vulneración se refiere a aspectos objetivos, externos o forma de actuación de los funcionarios de la administración del Estado, por lo que no guardan relación con los elementos de naturaleza subjetiva o ilegalidades de fondo.

Lo anterior es consecuencia propia de la escasa normativa existente en materia de nulidad de derecho público, caracterizada por una construcción carente de distinción entre sus causales, y tipo de infracción.

Como se ha señalado anteriormente, a comienzos de los años 2000 en adelante, la tesis tradicional fue perdiendo fuerza en la jurisprudencia judicial,

⁴⁸ Corte Suprema, rol N° 715-2015 de 14 mayo de 2015, considerando 7°. En el mismo sentido, rol N° 2.850 de 25 de junio de 2015, considerando 16°.

dando paso a un nuevo enfoque crítico del tradicional, que rechazaba la idea de nulidad de Derecho Público que predominaba, además reconociendo que la nulidad no sería la única sanción por la que puede verse afectado un acto administrativo, planteamiento que adquirió vigor con la entrada en vigencia de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo N°19.880.

Los fallos se apegaban estrictamente al desarrollo de los vicios relativos a la ilegalidad de forma contenidos en el artículo 7° de la Constitución Política, rechazando cualquier otro que no esté contenido en dicho precepto. Respecto de aquellos que guardan relación con la legalidad interna del acto, señala la Corte que no serían sancionables con la nulidad de Derecho Público, sino, que le sería aplicable las sanciones a que se refiere el artículo 6° de la Constitución, la que a su vez, entrega al legislador la misión de aplicar la respectiva sanción.

4.3.3. Criterio: La nulidad de Derecho Público opera respecto de la ilegalidad de fondo.

La violación de la ley, conocida por la doctrina como legalidad interna del acto, es la que consiste en el quebrantamiento del ordenamiento jurídico que descarta las vulneraciones de incompetencia, investidura y forma⁴⁹. “[...] *Entre las formas que puede adoptar encontramos: desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y violación de la ley de fondo aplicable.*”⁵⁰

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Corte Suprema, rol N° 8659-2015 de 17 diciembre de 20015, considerando 12°.

Se refiere a la legalidad interna del acto administrativo y se configura en los casos en que la decisión administrativa es contraria a Derecho, en sentido amplio.⁵¹

La desviación de poder se refiere, según la doctrina, a la actuación del órgano administrativo que, realizando un acto de su competencia y respetando las formas legales, ejerce su potestad en casos, por motivos y para fines distintos de aquellos para los cuales le ha sido conferida por el ordenamiento.⁵²

La tendencia de la jurisprudencia judicial, en especial de la Corte Suprema, ha sido la de acoger estas causales de nulidad, en fallos recientes, posteriores al año 2000, con la excepción del fallo “Camacho Santibáñez Gonzalo con Fisco de Chile”, han gozado de general aceptación, lo que se ha visto reflejado en fallos recientes de forma reiterada, como en la sentencia “Pinto Villablanca Cecilia con Fisco de Chile”: *“12° Que de acuerdo con la jurisprudencia asentada por esta Corte Suprema –y que recoge una doctrina que ha gozado de general aceptación- la ilegalidad de un acto administrativo, que puede acarrear su anulación, puede referirse a la ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, defectos de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y violación de la ley de fondo aplicable.”*⁵³

⁵¹Jara Schnettler, Jaime: “*La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia*”, Editorial Libromar, Santiago, (2004), p. 230.

⁵² *Ibíd.*, p. 233.

⁵³ Corte Suprema, rol N° 2850-2015 de 25 junio de 2015, considerando 12°. En el mismo sentido se repite considerando en “Muñoz Rodríguez Sergio con Fisco de Chile”, rol N° 3412-2015 de 1° septiembre de 2015, considerando 3°, “Klein González Myriam- Solorza Araneda María con Fisco de Chile” rol N° 8659-2015, de 17 de diciembre de 2015, considerando 8°.

CAPITULO II

ENFOQUE CRITICO DE LA TESIS CLASICA

1. NUEVO ENFOQUE DE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO.

A finales de los años noventa, los planteamientos de los profesores Soto Kloss y Fiamma Olivares, acogidos plenamente por la doctrina en general y la jurisprudencia judicial, comienzan a perder fuerza de manera progresiva en razón de la aparición de nuevos estudios en esta materia; nuevos y sólidos planteamientos con un enfoque más bien de tipo legal que constitucional, pero que vienen sentar las bases de una nueva tesis, que contraviene los planteamientos de la Tesis Clásica, y que a comienzos del año 2000 en adelante es acogida por gran parte de la doctrina nacional y por nuestro máximo tribunal; La Tesis Crítica o Enfoque Crítico de la Tesis Clásica, simplemente llamada Tesis Crítica, “Nuevo Enfoque”, “doctrina actual sobre nulidad de Derecho Público” (hoy).

1.1. Enfoque crítico de la Teoría Tradicional o Clásica.

Como se expuso en el capítulo I de este trabajo, los planteamientos de esta tesis contravienen a los de la Teoría Clásica, principalmente en aquello que tiene relación con que la nulidad de Derecho Público opera siempre de pleno de

derecho, y más aún que cualquier vicio afecte el principio de legalidad en el actuar de los órganos de la Administración del Estado tenga como sanción la nulidad.

Esta nueva tesis o enfoque tiene como principal exponente al profesor Jorge Reyes Riveros, cuyo pensamiento también es compartido por los profesores Enrique Silva Cimma, Patricio Aylwin Azocar, Pedro Pierry Arrau, entre otros.

1.2. Principios sustentados por la Doctrina y la Jurisprudencia.

En materia de nulidad de Derecho Público, la doctrina ha recurrido a algunos principios fundamentales reconocidos por la jurisprudencia de nuestros tribunales, los cuales han contribuido de buena forma a la solución de problemas surgidos a causa de la escasa normativa al respecto.

1.2.1. Naturaleza Jurídica de la Nulidad de Derecho Público.

Sobre la naturaleza jurídica de la nulidad de Derecho Público se han efectuado diversos análisis por algunos autores al respecto. Entre ellos necesario destacar al profesor Ricardo Concha Machuca, quien en uno denominado “El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de Derecho Público”, precisamente efectúa una interesante revisión del modelo comparado del régimen jurídico de nulidad en el ámbito público. Luego lo contrasta con el modelo chileno, que a diferencia del derecho europeo continental, carece de una

regulación exhaustiva, siendo en el campo del derecho privado donde se encuentra establecida, específicamente en el Código Civil, al tratar las convenciones.⁵⁴

El profesor Ricardo Concha señala que bajo la vigencia de la Constitución de 1925 se desarrolla el primer trabajo en esta materia, proveniente del profesor Mario Bernaschina, quien concebía a la nulidad con eficacia *ipso iure* e imprescriptible, y que abarcaría sólo a los actos administrativos, no así respecto de la nulidad procesal ni la nulidad los actos legislativos, las que a su juicio constituían anulabilidad, y por tanto requerían declaración judicial, a diferencia de nulidad de los actos administrativos cuya naturaleza ipso iure opera de pleno derecho.⁵⁵

Señala que bajo el contexto de la actual Constitución Política, tanto doctrina como jurisprudencia, han realizado esfuerzos conducentes a delinear un régimen jurídico para la nulidad de Derecho Público, basándose en el artículo 7° de la Constitución, intentando elaborar una teoría que ha concebido a la nulidad de Derecho Público como un “mecanismo jurídico sancionador fundamental”, caracterizado como inexistencia cuyo fundamento radicaría en la supremacía constitucional, ello según los postulados de la tesis clásica o tradicional, concluyendo que la nulidad de Derecho Público “presenta un alcance de cláusula

⁵⁴ Concha Machuca, Ricardo: “*El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de Derecho Público*”, Revista de Derecho, Vol. XXVI, N°2 (2013), p.94.

⁵⁵ *Ibíd.* p. 101.

general de anulación de actos administrativos en ejercicio de una potestad pública.”. Luego, una vez que la doctrina clásica va perdiendo fuerza y van apareciendo nuevas ideas al respecto, las cuales contravienen el carácter *ipso iure* e imprescriptible de la esta nulidad que predominaba hasta ese entonces, lo que en consecuencia y a juicio de este autor, resta de la nulidad de Derecho Público el carácter de cláusula general de anulación por vulneración del principio de legalidad.⁵⁶

Finalmente, concluye que la teoría de la nulidad de Derecho Público en tanto nulidad administrativa ha sido elaborada como un mecanismo depurador del ordenamiento jurídico de actos heterónomos y unilaterales del poder público. En cuanto a ser concebida como inexistencia se encontraría parcial y retóricamente vigente, dado que pasó de ser una cláusula general de anulación, a que sus causales se limitaran a los vicios establecidos en el artículo 7° de la Constitución, excluyendo la legalidad material, y reconociendo la prescriptibilidad de los efectos patrimoniales de la misma.⁵⁷ Actualmente y como se verá a lo largo del presente trabajo, esta concepción nuevamente experimenta variaciones, toda vez que la doctrina y jurisprudencia nacionales amplía el catálogo de causales de nulidad de Derecho Público.

⁵⁶ Concha Machuca, Ricardo: “*El desarrollo del régimen...*”, *ob. cit.*p. 106.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 112.

1.2.2. Presunción de Validez de los Actos administrativos.

La doctrina mayoritaria, al igual que la Jurisprudencia judicial nuevamente coinciden en sus planteamientos, declarando que el acto administrativo se encuentra revestido de presunción de legalidad o validez mientras en sede jurisdiccional no se declare lo contrario.

Es así como refiriéndose a las interpretaciones del artículo 6° inc. 1° de la Constitución, el profesor de Derecho Administrativo y actual Contralor General de la República don Jorge Bermúdez Soto señala que *“existe una presunción de validez del ordenamiento jurídico y que se destaca aún más respecto de la ley. Se debe sostener la validez (en cuanto no contradicción con la CPR) de las normas que conforman el ordenamiento jurídico, mientras un órgano competente no diga lo contrario...”*⁵⁸

Ya con la entrada en vigencia de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo N° 19.880, se introducen disposiciones que repercuten en la manera de tratar las consecuencias de los actos administrativos viciados, lo cual ha conllevado a modificar el criterio clásico relativo a la nulidad de Derecho Público.

Esta presunción de legalidad se encuentra consagrada en el artículo 3° inciso final de esta Ley; consiste en que se reputa válido un acto administrativo,

⁵⁸ Bermúdez Soto, Jorge: *“El principio de legalidad y la nulidad de Derecho Público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común.”*, Revista Chilena de Derecho Público, vol. 70 (2008), p.278.

en razón de ser el resultado del ejercicio de potestades públicas atribuidas a un órgano de la Administración, por parte del bloque de legalidad, potestades que han sido establecidas en un procedimiento administrativo legal previo y sin perjuicio del trámite de toma de razón, lo cual trae como consecuencia que el mandato contenido en el acto deba ser acatado por sus destinatarios, pudiendo la Administración ejecutarlo sin necesidad de requerir autorización judicial previa.

De esta forma, la presunción de legalidad goza de plena eficacia en tanto no medie declaración judicial previa que, constatando la ilegalidad, anule el acto administrativo, y por ello la operatividad de pleno derecho de la nulidad obsta a la ratio de la referida presunción.⁵⁹

Por su parte, la jurisprudencia judicial de la Corte Suprema, ha señalado la prohibición de la autotutela administrativa cuando en virtud de ésta se transgreden derechos fundamentales de los particulares, en razón de que el acto administrativo se encuentra revestido de presunción de legitimidad, mientras no se demuestre lo contrario en sede jurisdiccional de lato conocimiento.⁶⁰

Finalmente, en el fallo recaído en “Sociedad de Proyectos y Servicios de Ingeniería Limitada dedujo demanda de resolución de contrato e indemnización de perjuicios en contra del Gobierno Regional de Tarapacá, conociendo del recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia de segunda instancia

⁵⁹ Dorn Garrido, Carlos: “*Ley de Bases de Procedimiento Administrativo y Nulidad de Derecho Público.*”, Revista de Derecho CDE, N° 17 (junio 2007), pp. 11-19.

⁶⁰ Gaceta Jurídica, N° 159, año 1993, p. 63.

que resolvió revocar la sentencia de primera instancia que rechazó la demanda de resolución de contrato e indemnización de perjuicios, precisamente en el fallo de casación la Corte se pronuncia respecto de la presunción de validez de los actos administrativos, cuando señala que **“DÉCIMO PRIMERO:** *Que al decidir de ese modo los sentenciadores de segunda instancia quebrantaron, además, lo prevenido en el artículo 3 de la Ley N° 19.880, puesto que con ello desconocieron la presunción de validez y la ejecutabilidad de oficio por la autoridad administrativa de los actos administrativos.*

El citado artículo 3° dispone: “Concepto de Acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.

Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.

El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro ‘Por orden del Presidente de la República’, sobre asuntos propios de su competencia.

Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión.

Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.

Las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente.

Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”.

DÉCIMO SEGUNDO: *Que, en efecto, la decisión de los jueces de segundo grado supone desconocer la señalada presunción de legalidad del acto administrativo y, además, la facultad de que está investida la autoridad para disponer por sí misma su ejecución, pues se ha negado valor a una determinación adoptada por la autoridad en uso de las facultades que le son propias y que se encuentran expresamente reconocidas en el artículo 148 del Decreto Supremo N° 75 de 2004, el que, como se ha dicho, ha pasado a formar parte de la normativa que rige el contrato que unió a las partes.[...]” Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la*

*autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”.*⁶¹

2. ELEMENTOS INTRODUCIDOS POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA A LA ACTUAL DOCTRINA DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO.

Los autores adherentes a la actual doctrina de la nulidad de Derecho Público en Chile, la definen como una sanción “*Que afecta a los actos que carecen de los requisitos copulativos de validez*”⁶², que son los que establece el artículo 7° de la Constitución. Así las cosas, se ha sostenido que el acto administrativo se entenderá viciado cuando carece de alguno de los elementos que lo componen. Tales elementos consisten en que el acto emane de un órgano del Estado, que actúe dentro de su competencia y lo haga en la forma que la ley determine.

La Jurisprudencia de la Corte Suprema, por su parte, también ha definido a la nulidad de Derecho Público como una sanción “de ineficacia jurídica que afecta a aquellos actos de las entidades del Estado en los que falta algunos de los requisitos que el sistema establece para su existencia y validez.”⁶³ Esta definición se ha repetido en diversos fallos del máximo tribunal, siendo

⁶¹ Corte Suprema, rol N° 1126-2015 de 24 agosto de 2015, considerandos 11° y 12°.

⁶² Cea Egaña, José Luis, Separatas de estudio Curso de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 1999, p.167, citado por Ibaceta Molina, David, “*La nulidad de los actos administrativos, breve noticia sobre dos sistemas*”, Revista de Derecho Público, vol. 64, 2002, p.311.

⁶³ Corte Suprema, rol N° 8659-2015 de 17 de diciembre de 2015, considerando 11°. En el mismo sentido, rol N° 3412-2015 de 1° de septiembre de 2015, considerando 2°.

denominada como una sanción tanto por la doctrina y jurisprudencia nacionales, existiendo consenso al respecto, sanción que como se verá enseguida, ha ido en un abandono progresivo de la tesis sobre procedencia exclusiva por los vicios señalados en el artículo 7° de la Constitución, abriéndose paso a su procedencia también respecto de vicios relativos a la ilegalidad de fondo, estableciendo además una nueva categoría de vicio.

2.1.- Causales de Procedencia.

A comienzos de la década anterior, ya existiendo los primeros pronunciamientos que contribuyeron al asentamiento de la actual doctrina de la nulidad de Derecho Público en la Corte Suprema, en materia de causales que dan lugar a dicha nulidad, también se han producido importantes cambios, toda vez que ha experimentado una apertura en cuanto a la introducción de nuevas causales, ampliando el catálogo que dispone el artículo 7° de la Constitución, introduciendo aquellas que se relacionan con la ilegalidad interna del acto administrativo.

El fallo que marcó precedente al respecto se caratula “Ovalle Lecaros Darío con SERVIU” señala expresamente “*Que como es sabido la nulidad de derecho público constituye una sanción de ineficacia jurídica que puede afectar a un acto en que la autoridad que lo dicta hubiere actuado sin la previa investidura regular de su o sus integrantes, fuera de la órbita de su competencia, o que no se haya respetado la ley en lo tocante a las formas por ella determinada, o sin tener la*

autoridad conferida por ley; o también que se hubiera violado directamente la ley en cuanto a su objeto, motivos o desviación de poder; vale decir, debe haber producido algún vicio que produzca la referida sanción..”⁶⁴

El fallo citado, recoge las causales señaladas en el artículo 7° de la Constitución, y agrega otras causales que han sido reconocidas por la doctrina y jurisprudencia nacionales: la violación de ley y la desviación de poder. Esta apertura en la jurisprudencia judicial ha sido considerada como un avance en la materia, superando así lo restringido de las causales reconocidas bajo el alero de la doctrina clásica, dejando atrás, además, lo resuelto en esta materia en el fallo “Camacho Santibáñez Gonzalo con Fisco de Chile”, considerado por la doctrina nacional como una jurisprudencia “Desafortunada”, pero que afortunadamente fue excepcional.

De esta forma, el fallo Ovalle Lecaros Darío con SERVIU”, es considerado por la doctrina como “[...] uno de los esclarecimientos más importantes del contencioso-administrativo en el contexto de la Constitución de 1980, y debería repercutir sustancialmente en beneficio del Estado de Derecho, permitiendo transversalmente una mayor transparencia en la actividad de la Administración y una más completa protección de los derechos de las personas.”⁶⁵

⁶⁴ Corte Suprema, rol N° 5225-2009 de fecha 1° de junio de 2012, considerando 7°.

⁶⁵ Bocksang Hola, Gabriel, “*Dilación de excesiva de los procedimientos Administrativos Sancionatorios: a horcajadas entre decaimiento y nulidad*”, recuperado en <https://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-225-252-La-dilatacion-excesiva-de-los-procedimientos-administrativos-sancionatorios-a-horcajadas-entre-decimio-y-nulidad-GBocksang.pdf>, el 27 noviembre de 2017. En el mismo sentido el profesor Luis Cordero Vega, efectuó una publicación en Diario “El Mercurio Legal” denominado “La Corte Suprema y la Nulidad de Derecho Público”, de fecha 16 de octubre del año 2011, haciendo un análisis los cambios que

2.2.- El Vicio.

Se ha producido una importante evolución en materia de vicio de nulidad de Derecho Público, toda vez que, durante la vigencia de la anterior doctrina de nulidad de Derecho Público, los vicios se circunscribían a los que establecía el artículo 7° de la Constitución; vicio relativo a la incompetencia, investidura regular y a las formalidades.

Autores adherentes a la actual doctrina, sostenían en aquella época que no cualquier vulneración al principio de juridicidad en actos del Estado hacía procedente declararlo nulo de Derecho Público a un acto, sino que, en virtud de la aplicación del principio de la racionalidad, se podría estar frente a actos cuyos vicios de forma no le privarían alcanzar su fin. Estos defectos corresponderían a “irregularidades no invalidantes” del acto, aplicando un criterio basado en la racionalidad, evitando así las consecuencias funestas que implicarían sancionar única y exclusivamente con nulidad de Derecho Público actos administrativos que adolezcan de vicios de menor entidad.⁶⁶

A comienzos de la pasada década en adelante, con el decaimiento progresivo de la doctrina clásica y, a su vez, con una doctrina crítica de la clásica que cada vez iba ganando más adeptos en sus planteamientos, entre ellos

ha experimentado la acción de Nulidad de Derecho Público, reconociendo una regularidad de criterio en materia de fallos por parte de la Corte Suprema, desde principios del año 2000, destacando precisamente, entre otros aspectos, el cambio de criterio que “(...) la Corte ha reconocido como causales de esta acción aquellas generalmente reconocidas por la literatura como constitutivas de anulabilidad, incluidas las de violación de ley...”

⁶⁶ Reyes Riveros, Jorge: “Reflexiones acerca de...”, ob. cit., pp.111-112.

precisamente nuestro máximo tribunal, entra en vigencia la Ley N° 19.880 en el año 2003, de Bases de Procedimientos Administrativos, normativa que de alguna forma ha venido a resolver interrogantes relativas a los vicios de los que adolecen los actos administrativos: ¿Toda irregularidad o defecto de forma trae aparejada la nulidad de los actos administrativos?.

En efecto, se trata de una normativa que, si bien no tiene jerarquía constitucional, viene de alguna manera a cumplir con el mandato constitucional cuando el artículo 7° se remite precisamente a la ley en los incisos segundo y tercero de la citada disposición.

La Ley N° 19.880, de acuerdo a la señalado por la doctrina, adquiere relevancia con la incorporación de una regla en el artículo 13°, que permite distinguir los vicios o defectos esenciales y no esenciales del acto administrativo, que, a su vez, se encuentra estrechamente vinculada a la certeza jurídica y el principio de conservación de tales actos.

La introducción de esta normativa legal ha significado una innovación en materia de Administrativa, no sólo regulando por primera vez el procedimiento administrativo, sino que además ha introducido una categoría o clasificación de vicios en dicho procedimiento: las formalidades esenciales y no esenciales.⁶⁷

⁶⁷ Vergara Blanco Alejandro: “Vicios de Procedimiento o de forma que no afectan la validez del acto administrativo: Las Formalidades no Esenciales”, en “La Nulidad de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno”, IX Jornada de Derecho Administrativo, (Ferrada Borquez Juan Carlos, coordinador), Thomson Reuters, año 2013, pp. 267-284.

El texto de la Ley N° 19.880 clasifica la nulidad administrativa en dos grupos:

- I. Nulidad de procedimiento o de forma (artículo 13°)
- II. Nulidad Sustantiva o material (artículo 53°)

La doctrina clásica construyó la nulidad de Derecho Público basada en tres causales y sin realizar distingo alguno en cuanto a si determinado vicio consistía en una infracción formal o derecho adjetivo, o si bien se trataba de una infracción de derecho sustantivo o material. Según esta doctrina, la nulidad era una sola.

Lo anterior, sumado a lo imperante de dicha doctrina y que se reflejaba en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, llevó al otro sector de la doctrina (crítica) a plantear la insuficiencia de las normas constitucionales en materia nulidad de Derecho Público. La influencia de la nueva doctrina se tradujo en dos cambios:

a. Evolución de la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia.

En materia de vicios, el máximo tribunal acogió los planteamientos de la actual doctrina sobre nulidad de Derecho Público, identificando y estableciendo que la nulidad no sería la única sanción que afecta a un acto administrativo, y que tal sanción operaría únicamente respecto de las causales a que se refiere el artículo 7° de la Constitución.

En “Camacho Santibáñez Gonzalo con Fisco de Chile”, existe pronunciamiento al respecto, que si bien no forma parte de criterio asentado en el máximo tribunal y que se mantiene hasta hoy, es considerado como un pronunciamiento de excepción por cuanto se concluye que la violación de la ley no es sancionable con nulidad de Derecho Público por no estar expresamente contemplada en el artículo 7° de la Constitución, y “[...] *que a lo más podrá quedar comprendida dentro de los ilegalidades que señala el artículo 6 de la Carta Fundamental [...]*”⁶⁸, por lo que no era posible hacer lugar a la demanda.

Posteriormente, el criterio anterior cambió en sentido contrario, reconociendo además otros vicios susceptibles de sancionarse con nulidad de Derecho Público, señalando *“Que de acuerdo con la jurisprudencia asentada por esta Corte Suprema –y que recoge una doctrina que ha gozado de general aceptación- la ilegalidad de un acto administrativo, que puede acarrear su anulación, puede referirse a la ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano defectos de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y violación de la ley de fondo aplicable.”*⁶⁹

A mayor abundamiento, y siguiendo la línea de lo anterior, existe un pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, que desarrolla

⁶⁸ Corte Suprema, rol N° 3132-2015 de 29 de junio de 2006, considerando 14°.

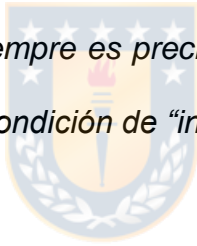
⁶⁹ Corte Suprema, rol N° 2850-2015 de 15 de junio de 2015, considerando 12°. En el mismo sentido rol N° 3412-2015 de 1° de septiembre de 2015, considerando 3°. Rol N° 1623-2017, de fecha 25 de abril de 2017, considerando 5°. Rol N° 1616-2017, de fecha 27 de julio de 2017, considerando 5°. Rol N° 1624-2017, de fecha 27 de julio de 2017, considerando 5°. Rol N° 302-2017, de fecha 27 de julio de 2017, considerando 4°. Rol N° 35.237-2017, de fecha 22 de mayo de 2018, considerando 6°.

bastante bien esta materia, recurriendo precisamente a la Ley N° 19.880, en “Sociedad Legal Minera La Unión y otra con Ministerio de Economía y la SEC”. Al referirse a la nulidad de Derecho Público señala que es sabido que su soporte fundamental se encuentra en los artículos 6° y 7° de la Constitución, y que precisamente las causales “elementales” se extraen de esta última disposición. Señala además que *“Un aspecto más debatible atañe a la posibilidad de impugnar por esta vía la validez de un acto administrativo por ilegalidades sustanciales o materiales, es decir por infracciones de la ley de fondo. Comoquiera que sea, lo relevante es que-según se ha visto-. Lo propuesto en la demanda atañe propiamente a una cuestión de validez formal o, en la frase constitucional, que la nulidad derivaría del hecho que el órgano del Estado no actuó “en la forma” que prescribe la ley, que no se habría sujetado a ciertas formas externas del acto (la notificación);”*⁷⁰

En seguida hace la distinción entre un vicio que sí genera la nulidad del acto y otro que no la genera, siguiendo de esta forma los postulados de la actual doctrina, señalando lo siguiente: *“[...] como toda nulidad, la que se examina no escapa a la regla general de que no cualquier vicio o defecto de legalidad formal trae consigo la nulidad del acto. No puede tener el mismo efecto y tratamiento de un acto emanado de una autoridad manifiestamente incompetente que un yerro en el procedimiento que suponga no resolver dentro de algún plazo una*

⁷⁰ Corte Apelaciones de Santiago, rol N° 2424-2015 de 05 de agosto de 2015, considerando 2°.

presentación de mero trámite, por ejemplo. De ahí que pueda sostenerse que existen ciertas condiciones omisiones o deficiencias que el Derecho tolera y de ahí también que pueda comprenderse que, para impetrar la invalidación, sea preciso tener un interés en ella. Esto que se expresa está recogido en el artículo 13° inciso 2° de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, de acuerdo con el cual el vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y, en lo que resulta especialmente atingente, cuando- además-, “genera perjuicio al interesado”. En suma, no basta el mero defecto sino que siempre es preciso que de ella se siga un perjuicio y que lo sufra quien tenga la condición de “interesado”.”⁷¹



b. Entrada en vigencia de la Ley N° 19.880.

La entrada en vigencia de esta normativa no sólo vino a reafirmar el nuevo criterio del máximo tribunal, sino que, además, regula aspectos tales como: la consagración de la presunción de legalidad del acto administrativo (artículo 3°), que se antepone al carácter ipso iure de la doctrina clásica de nulidad de Derecho Público. También ha clasificado la nulidad administrativa en atención al vicio que afecta al acto administrativo (artículos 13° y 53°) y, reconoce la

⁷¹ Idem considerando 3°

existencia de ciertos vicios o irregularidades no esenciales, los que no conllevan a la nulidad del acto administrativo.⁷²

2.3.- Legitimación Activa.

Se trata de un elemento de carácter procesal. Por tanto, es sabido que consiste en determinar quiénes pueden demandar a la Administración del Estado la nulidad de derecho público de un acto que emana de la misma, es decir, respecto a quien tiene la “titularidad de la situación jurídica que le permite obtener un pronunciamiento de fondo del tribunal de la instancia.”⁷³

La doctrina clásica, a la que adhería el profesor Fiamma Olivares, y también adhirió nuestro máximo tribunal y se plasmó en diversos fallos, sostenía que la legitimación para accionar de nulidad de derecho público era de tipo objetivo, pues se trata de un derecho público “subjetivo formidable”, con el que la Constitución protege la esfera subjetiva de las personas y al Estado de Derecho.

Años más tarde, y ya bajo el asentamiento de la actual doctrina, el profesor Ferrada Bórquez es quien ha realizado un análisis en materia de legitimación activa, sobre la anulación de actos administrativos argumentando que “descansa normalmente en derechos subjetivos e intereses legítimos, posiciones jurídicas subjetivas diferenciadas.

⁷² Vergara Blanco Alejandro: “*Vicios de Procedimiento...*”, ob. cit. 273-274.

⁷³ Ferrada Bórquez, Juan Carlos, “La legitimación activa en los procesos administrativos anulatorios”, en “La Nulidad de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno”, IX Jornada de Derecho Administrativo, (Ferrada Bórquez Juan Carlos, coordinador), Thomson Reuters, año 2013, p. 160.

Agrega, en materia administrativa la legitimación activa en los procesos judiciales también opera como una condición para obtener esa sentencia sobre el fondo, y se identifica, principalmente, con la titularidad de intereses legítimos, atendida la naturaleza de las relaciones administrativas que se generan. Un ámbito en que es especialmente complejo en esta materia se encuentra en el proceso de nulidad de Derecho Público, ya que la titularidad de intereses no se encuentra claramente reconocida por la jurisprudencia como una posición jurídica subjetiva diferenciada de la titularidad de derechos subjetivos.”⁷⁴

En el campo administrativo, el profesor Ferrada Bórquez concluye que la legitimación activa en los procesos judiciales opera como una condición para obtener esa sentencia sobre el fondo, y se identifica, principalmente, con la titularidad de intereses legítimos, atendida la naturaleza de las relaciones administrativas que se generan. Señala además que lo complejo en materia de nulidad de Derecho Público se manifiesta en el proceso, ya que la titularidad de intereses no está claramente reconocida por la jurídica subjetiva diferenciada de la titularidad de derecho subjetivos, agrega que contribuye a ello la clasificación francesa de las acciones que hace la jurisprudencia de la Corte Suprema, genera confusión en la comprensión de la institución procesal.⁷⁵

⁷⁴ *Ibíd.*, p.183.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 184.

3. CARACTERÍSTICAS INTRODUCIDAS POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA NACIONALES A LA ACTUAL NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO.

3.1. Carácter de Remedio Excepcional de la Nulidad de Derecho Público.

El carácter de remedio excepcional de la nulidad de Derecho Público, surge como consecuencia necesaria del vicio que da origen a la misma. Como ya se ha señalado precedentemente, este vicio debe reunir dos requisitos copulativos; que sea grave y esencial, de lo contrario, no será susceptible de ser sancionado con nulidad de Derecho Público, por tratarse de vicios de menor entidad.

La Corte Suprema, al referirse a los principios que informan la nulidad de Derecho Público, ha señalado de forma reiterada que se encuentra el de conservación “[...] cuyo fundamento radica en que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, sólo será procedente si es grave y esencial.[...]”⁷⁶

3.2. Carácter de la acción de Nulidad de Derecho Público: ¿Acción Popular o Pública?

Este rasgo proviene del reconocimiento constitucional del “derecho a la acción” establecido en el numeral 3 del artículo 19° de la Constitución Política,

⁷⁶ Corte Suprema, rol N° 2850-2015 de fecha 25 de junio de 2015, considerando 13°. Este considerando se reproduce íntegramente en rol N° 3412-2015 de fecha 1° de septiembre, considerando 6° y en causa rol N° 8659-2015 de fecha 17 de septiembre de 2015, considerando 13°.

que se manifiesta en el derecho a la defensa jurídica de toda persona, cuestión respecto de la cual la doctrina nacional, adherente o no a la actual doctrina de la nulidad de Derecho Público, existe consenso al respecto.

Este derecho a la acción debe ser relacionado con el artículo 7° de la Constitución, para que de la unión de ambas disposiciones constitucionales estemos frente a la denominada “Acción constitucional de nulidad Pública”, toda vez que precisamente esta última disposición constitucional consagra el Principio de Legalidad, y cuya vulneración trae aparejada la sanción de nulidad de Derecho Público, la que será impetrada en el ejercicio del artículo 19° N° 3 de la Constitución Política ya citado.

En virtud de lo anterior, la pretérita doctrina consideraba esta acción como de naturaleza popular o pública, en virtud del interés colectivo y social en la preservación del Estado de Derecho, que justificaría y legitimaría latamente la naturaleza popular o al menos pública de acción de nulidad comentada.⁷⁷

Durante décadas, predominó el razonamiento expuesto, tanto en la doctrina nacional como en la jurisprudencia. Con la acogida progresiva de la actual doctrina de nulidad, el carácter de acción popular ha ido perdiendo vigencia, imponiéndose por sobre éste aquel relativo a la noción de interés el que, a su

⁷⁷ Morales Espinosa, Baltazar: “*Nuevos Aspectos de la Nulidad de Derecho Público*”, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 212, vol. LXX, Jul-Dic. 2002, p. 538.

vez, se vincula estrechamente con la legitimación activa en la nulidad de Derecho Público.

La actual doctrina de la nulidad de Derecho Público abandonó la noción de acción popular impulsada por el profesor Fiamma Olivares. En el año 2004, Jara Schnettler, sostuvo que concluir que la nulidad y su legitimación activa originarían una acción popular, es una opinión que debía ser revisada, dado que ella podía conducir al error de estimarla como acción popular, lo que considera desde su punto de vista, que no sería el caso, que del análisis del artículo 19° N° 3° de la Constitución, este precepto precisamente habla de sujeto “afectado”, “agraviado”, por lo que la idea de “legitimación activa objetiva” en la nulidad de Derecho Público de la anterior doctrina, a su juicio, no es correcta. *“Lo anterior considerando que siempre la legitimación anulatoria debe sustentarse en una cualidad subjetiva necesaria: la idea de agravio, lesión o afectación de una situación individualizada y no la mera vulneración abstracta de la legalidad.”*⁷⁸

Por su parte, la Jurisprudencia de la Corte Suprema, también abandonó la noción de acción popular. La noción de legitimación activa objetiva fue dando paso a la noción subjetiva, en virtud de la cual se exige acreditar interés en la acción de nulidad de Derecho Público.⁷⁹

⁷⁸ Jara Schnettler, Jaime: “La Nulidad de Derecho...”, ob. cit. pp. 219-220.

⁷⁹ Sobre los pronunciamientos de la Corte Suprema, a fin de evitar repeticiones innecesarias, me remito a los fallos citados al tratar la legitimación activa, rol N° 1428-2007; rol N°3011-2008.

3.3. Aplicación del Código Civil en materia de Nulidad de Derecho Público.

Ha sido fuente de permanente discusión lo relativo a la recepción de las reglas civiles en Derecho Administrativo. Como se verá, existen variados argumentos en doctrina, a favor y en contra, y que tienen relación principalmente con la supletoriedad general del Código Civil en el Derecho Administrativo.

Doctrinalmente, esta discusión ha sido permanente en el tiempo. Entre los detractores de la aplicación de reglas civiles es posible señalar que se trata principalmente de quienes adhieren al enfoque tradicional de la nulidad de Derecho Público; conciben al Derecho Administrativo como un sistema autónomo, entre ellos el profesor Alejandro Vergara Blanco, quien se ha referido al respecto como a un “mito” el que el Código Civil sea considerado como un Derecho Común, negando por completo su carácter supletorio, señalando que se ha realizado una errónea aplicación del artículo 4° del Código Civil en cuanto a concebirse como fuente de la supletoriedad general de este Código respecto de las demás leyes. “El caso de la pretendida pero falsa supletoriedad del artículo 4° del CC, es incoherente en la medida que se pretende que una normativa “especial”, como es la del CC. ¿pueda rellenar las lagunas de otra normativa también “especial”, como son las otras codificaciones o cuerpos normativos especiales.”⁸⁰

⁸⁰ Vergara Blanco, Alejandro: “*El Derecho Administrativo como sistema autónomo*”, Santiago, Abeledo Perrot, 2010, p.53 y sgts.

Por otro lado, y de manera progresiva, la actual doctrina de nulidad de Derecho Público se ha ido inclinando por reconocer la aplicación de las reglas del derecho común al ámbito del Derecho Público, en relación de dependencia, como la que propone el profesor Jaime Jara Schnettler, quien ha sostenido que el nacimiento y desarrollo del Derecho Administrativo ha dependido del Derecho Civil, dado que el primero de ellos surge como un conjunto de normas estatutarias que excepcionan la aplicación de las reglas del Código Civil para aquellas relaciones en que forma parte la administración. Por lo tanto, el proceso de adaptación precisamente no implica una oposición radical entre ambas ramas, y que prueba de ello es que precisamente la Administración no sólo rige sus actividad por el Derecho Administrativo, concluyendo que *“en principio no hay dos mundos o ámbitos paralelos ni estrictamente excluidos. No hay un contrato administrativo contrapuesto al contrato civil; tampoco una responsabilidad civil incomunicada con la responsabilidad del Derecho Público.”*⁸¹

Siguiendo un poco el planteamiento anterior, al menos en lo relativo a una especie de emparentamiento en específico de la nulidad de Derecho Público y la nulidad Civil, el profesor Jorge Baraona González, también ha abordado esta materia, precisamente en uno de sus trabajos denominado *“La Nulidad de los Actos Administrativos y la Nulidad de los Actos y Contratos del Código Civil: ¿son*

⁸¹ Jara Schnettler, Jaime: *“La Nulidad de Derecho...”*, ob. cit. p. 142 y sgts.

tan distintas?”. En ella realiza un interesante análisis en materia de nulidad, rescatando elementos que forman parte de la actual doctrina de nulidad de Derecho Público y la doctrina clásica cuando propone un acercamiento dogmático de ambas instituciones, concluyendo que parece razonable aplicarle las reglas del Código Civil, concretamente las contenidas en el título XX del libro IV de la citada normativa, siendo la reglas de la nulidad absoluta, las que mejor se adaptan, por ser lo suficientemente comprensivas como para abarcar la nulidad de los actos administrativos.⁸²

El profesor Ricardo Concha Machuca, en una de sus publicaciones del año 2009, en que aborda precisamente este tópico, concluye que el carácter dogmático común y supletorio interno del Derecho Administrativo coexiste con la aplicación de reglas civiles, situando a la prescripción de la acción de nulidad administrativa como tema principal en esta discusión, denominándola “tema testigo”. En su trabajo concluye: “Se observa, cómo los criterios normativos del Código Civil resultan aplicados en aquellas materias que no contemplan reglas especiales de Derecho Administrativo, sin embargo, descartada la supletoriedad general, aún no se afirma un criterio uniforme de aplicación de reglas civiles en Derecho Administrativo. De modo que, en cuanto a los criterios que en cada institución valgan para fundamentar la aplicación del Código Civil, es un asunto

⁸² Baraona González, Jorge: “*La Nulidad de los actos administrativos y la nulidad de los actos y contratos del Código Civil: ¿Son tan distintas?*”, Revista chilena de Derecho Privado, N° 8, julio 2007, pp.59-106.

específico que deberá comprobarse de acuerdo al examen en particular de cada una de ellas.”⁸³

Finalmente, el profesor Jorge Bermúdez Soto, ya en el año 2008, en uno de sus trabajos, realiza un análisis del principio de legalidad, en especial de los artículos 6° y 7° de la Constitución, a la luz de las causales de nulidad de Derecho Público en la reciente jurisprudencia y se pregunta en cuanto a rol de la expresión “nulo” del inciso 3° del artículo 7°, que pareciera ser que debe entenderse dentro del contexto del propio artículo, especialmente de su inciso 2° y, que la voz “nulo” utilizada por el constituyente es más bien una categorización o valoración del acto, más que una tipificación de una sanción que en cualquier caso corresponde a una norma de rango constitucional.”⁸⁴

En atención a lo anterior, el profesor Bermúdez sostiene que en cuanto al fundamento de la nulidad propia del Derecho Administrativo, la sanción de la actuación ilegal de la Administración no se encontraría en el inciso 3° del artículo 7°, sino en la norma a la cual los dos incisos del artículo 6° de la Constitución; se encuentra en la ley, dado que es ésta quien debe señalar expresamente la sanción de nulidad del acto administrativo por actos que vulneren el principio de legalidad. Que, ante lagunas legales, teniendo en consideración el carácter de

⁸³ Cocha Machuca, Ricardo: “*Aplicación de reglas civiles en Derecho Administrativos, especialmente en materia de prescripción de la acción de nulidad.*”, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N°225-226, año LXXVII, Enero-Junio, Julio-Diciembre 2009, p. 211.

⁸⁴ Bermúdez Soto, Jorge: “*El principio de legalidad y la nulidad de Derecho Público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común*”, Revista de Derecho Público, vol. 70, 2008, pp. 273-285.

institución del Derecho de la nulidad, la forma más segura de integrar el ordenamiento administrativo es recurriendo al Derecho común, y precisamente en este caso nos encontramos ante una laguna que no puede quedar sin solución, ante lo cual propone una solución que se encuentra en el artículo 1462° del Código Civil, argumentando que no se puede fundar la nulidad de Derecho Administrativo en una norma que realmente nada sanciona; que no es necesario insistir en ello cuando la solución legal se encuentra en la citada disposición del Código Civil, presentando ventajas en cuanto a sancionar vulneraciones sustanciales al principio de legalidad con el ilícito o ilegítimo y en cuanto a la prescripción de la acción quedaría resuelta otorgando seguridad jurídica a la ciudadanía y a la Administración.⁸⁵

Más adelante, ya en el año 2012, en su obra “Las Relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Común: Derecho positivo, doctrina y jurisprudencia”, al abordar nuevamente este tema, fundamenta la necesidad de la aplicación del Código Civil, a propósito de las causales de nulidad del acto administrativo, dado que la interpretación restrictiva de las causales de nulidad del artículo 7° de la Constitución, dejaba fuera aquellas relativas a la ilegalidad en el objeto o materia del acto administrativo, a consecuencia de un vacío legal existente al respecto, generando una falta de control judicial de esta ilegalidad que trae aparejada la imposibilidad de impugnar una situación que se produce a

⁸⁵ Ídem.

menudo. Tal es que el acto administrativo se dicte adoleciendo de una ilegalidad material en su objeto, todo ello debido a una laguna que no puede quedar sin resolverse. Sin embargo, el profesor Bermúdez sostiene que la solución a este vacío legal se encuentra en el artículo 1462° del Código Civil.⁸⁶ Sin embargo, el profesor Concha ha sostenido que asimilar la nulidad de Derecho Público a la nulidad absoluta de Derecho Privado, resultaría, a su juicio, impropia, además que, por su lógica interna, en principio, no está construida para regular la validez y nulidad de la actuación administrativa. Lo anterior, en consideración a que el régimen jurídico de la nulidad patrimonial de Derecho Civil se diseñó para la estructura lógica de la autonomía normativa de la voluntad y no para la actuación de un poder público heterónomo, explicando que precisamente en el contexto de la autonomía de la voluntad se encuentra la regla del vicio que da lugar a la nulidad absoluta por contravención al Derecho Público en el artículo 1462 del Código Civil.⁸⁷

Como se ha señalado a lo largo de este trabajo, la actual doctrina de la nulidad de Derecho Público, progresivamente, ha ido adquiriendo aceptación de parte de la mayoría de los autores en estudio, y no sólo de parte de la doctrina, sino también de la jurisprudencia judicial del máximo tribunal, lo que se ve reflejado en una serie de sentencias en esta materia, en que se ha recurrido al

⁸⁶ Bermúdez Soto, Jorge: *“Las Relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Común: Derecho positivo, doctrina y jurisprudencia.”*, Santiago, Abeledo Perrot, 2012, p. 94 y sgtes.

⁸⁷ Concha Machuca, Ricardo: *“Nulidad del contrato de la Administración, aplicabilidad de las reglas civiles”*, Santiago, Thomson Reuters, 2012, p. 153.

Código Civil, en la resolución de problemas que se presentan al respecto, entre ellos, el que figura con mayor aplicación corresponde a la prescriptibilidad en materia de nulidad de Derecho Público- y que se abordará en este trabajo- como una institución de general aplicación en nuestro ordenamiento jurídico y de orden universal que alcanza a todas las normas, no estando ajenas a ellos aquellas contenidas en la Constitución Política, conforme a la sistemática jurídica que debe orientar su interpretación, no existiendo declaración expresa que señale lo contrario.⁸⁸

Como señala el profesor Bermúdez Soto, existen casos de aplicación del artículo 1462° del Código Civil en materia de nulidad de Derecho Público. Sin embargo la jurisprudencia judicial, la ha invocado en algunos fallos como causal que fundamenta la nulidad de actos administrativos, citando la sentencia en causa “Gustavina Leonarda Aguilar Vidal y otra con Forestal Tierra Chilena Limitada” (Corte Suprema, 25 de agosto del año 2009) cuando señala *“El procedimiento administrativo de regularización de la pequeña propiedad raíz efectuado en circunstancias que los solicitante no cumplían con el presupuesto de estar en posesión del predio a regularizar, por sí o por otra persona a su nombre, en forma continua y exclusiva, sin violencia ni clandestinidad durante cinco años, a lo menos, contraviene durante cinco años, a lo menos, contraviene el derecho público chileno en los términos de artículo 1462° del Código Civil, de*

⁸⁸ Corte Suprema, rol N° 22.866-2015 de fecha 07 de abril de 2016, considerando 6°, en el mismo sentido rol N° 715-2015 de fecha 14 de mayo de 2015, considerando 7°.

manera que existiendo objeto ilícito corresponde declarar la nulidad absoluta del título de dominio de los actores, proveniente del procedimiento administrativo.”⁸⁹

En sentencia de “Fisco de Chile con Municipalidad de Lonquimay y otros”, del año 2016, recurso de casación en el fondo deducido por la defensa de los funcionarios municipales demandados en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, que revocó la de primera instancia en aquella parte que acogió la demanda de nulidad de derecho público interpuesta por el Estado de Chile y, en su lugar, la rechazó decidiendo a continuación hacer a la acción subsidiaria de nulidad absoluta la Corte Suprema rechazó el recurso de casación, haciendo lugar a la acción subsidiaria de nulidad absoluta, sólo en cuanto declaró nula la transacción judicial celebrada por la Municipalidad y los funcionarios de ésta, especialmente en cuanto a la restitución de los dineros percibidos por éstos últimos. Precisamente en este fallo se invocó el ya citado artículo 1462°, a fin de rechazar el recurso de casación interpuesto por los funcionarios municipales, señalando al respecto *“Que esclarecido lo anterior resulta pertinente enfatizar, que como es sabido, los mandatos del derecho público no se encuentran sujetos a la autonomía de la voluntad, ya que son irrenunciables y obligatorios. Lo razonado y concluido más arriba permite concluir entonces que, efectivamente, a través de la transacción celebrada entre la Municipalidad de Lonquimay y los treinta y seis funcionarios demandados en este*

⁸⁹ Corte Suprema, de fecha 25 de agosto de 2009, citado por Bermúdez Soto, Jorge, “Las Relaciones entre el Derecho Administrativo...”, ob. cit., pp. 102-103.

proceso, la primera ha pretendido establecer remuneraciones en favor de estos últimos, contrariando el derecho público chileno, que dispone que tal materia sólo puede ser objeto de ley.

En efecto, una vez concluido que el incremento previsional previsto en el artículo 2 del Decreto Ley N° 3.501 sólo puede calcularse respecto de las remuneraciones imponibles vigente al 28 de febrero de 1981, resulta claro que el citado municipio no podía establecer en un contrato de transacción que el mencionado incremento se ha de calcular sobre la totalidad de las remuneraciones vigentes, pues a través de tal “reconocimiento” lo que hace es crear remuneraciones no previstas en la ley en favor de los funcionarios municipales, lo que contraría no sólo el derecho público sino que, además, vulnera normas de orden público, que se relacionan con la estructura básica de la administración del Estado. En consecuencia, tal estipulación, que constituye una cláusula esencial del contrato de transacción suscrito entre las partes, adolece de objeto ilícito en los términos del artículo 1462° del Código Civil desde lo que se pretende hacer, esto es, entregar un incremento remuneracional no establecido en la ley, contraria el derecho público, por lo que tal contrato es nulo, absolutamente conforme lo dispone el artículo 1682 del mismo cuerpo normativo.”⁹⁰

⁹⁰ Corte Suprema, rol N° 6898-2016, de fecha 19 de mayo de 2016, considerando 10°.

3.4. Carácter Prescriptible.

La prescriptibilidad en materia de nulidad de Derecho Público es una de las características fundamentales que introduce la actual doctrina, y es precisamente también éste carácter el que ha originado gran discusión doctrinal, por una parte, el detractor absoluto de la introducción de este instituto; el profesor Soto Kloss en sus diversas publicaciones, sostiene que el cambio de criterio experimentado por la Tercera Sala de la Corte Suprema, en materia de nulidad de derecho público, tiende a la “desactivación” de la energía protectora de la nulidad de Derecho Público, titulando precisamente a uno de sus trabajos como “La Jurisprudencia de la Corte Suprema referente a la Nulidad de Derecho Público: de su tergiversación a su destrucción”. En este trabajo realiza un análisis de fallos que han marcado precedente en esta materia, concluyendo que estos cambios de criterio obedecerían, a su juicio a una perspectiva contraria al ejercicio de los derechos que tienen las personas, alejada completamente del texto constitucional y, que en definitiva traerá consigo la destrucción de la acción de nulidad de Derecho Público.⁹¹

La doctrina actual no comparte los planteamientos del profesor Soto Kloss, dado que el carácter prescriptible se opone rotundamente al carácter ipso iure, instaurado por la anterior doctrina y que, al mismo tiempo, hizo suyo la jurisprudencia judicial por varias décadas. En cambio, quienes han venido

⁹¹ Soto Kloss, Eduardo: “*La Nulidad de Derecho Público según la Corte Suprema hoy: de su tergiversación a su destrucción.*”, Ius Publicum, N° 34, 2015, pp.73-92.

sosteniendo que la prescripción sí se aplica en materia de nulidad de Derecho Público, argumentan que esta institución es de carácter universal y de orden público, y que la imprescriptibilidad es la excepción, y como tal debe ser estar regulada expresamente.⁹² Señalan además que, una cosa es que no exista norma expresa que declare la nulidad y otra es afirmar el carácter imprescriptible de la misma, ello reconociendo que lo que en realidad se pretende a través del ejercicio de esta acción es la declaración de derechos subjetivos asociados a ella, los cuales sin lugar a dudas se encuentran sometidos a prescribir.⁹³ La normativa aplicable al respecto entonces, son las normas generales sobre prescripción de las acciones contenidas en el Código Civil, ello según lo dispuesto por el artículo 2497° del citado Código, que hace aplicable las normas sobre prescripción a favor y en contra del Estado.⁹⁴

Luego, hace un distingo entre clases de acciones: acción de nulidad y de plena jurisdicción.

La acción de nulidad propiamente tal, consistiría en una acción de dirigida a obtener precisamente la nulidad del acto administrativo, pudiendo ser intentada por cualquiera que tenga interés en ello, sus plazos de interposición son breves

⁹² Pierry Arrau, Pedro: “Comentario a un comentario” en *“La Semana Jurídica”*, año 1, N° 11, semana del 22/01/2001 al 28/01/2001, sección doctrina, pp.5-6.

⁹³ Pierry Arrau, Pedro: *“Nulidad en el Derecho Administrativo”*, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, v. XV (1993-1994), p.99.

⁹⁴ Pierry Arrau, Pedro: *“La Nulidad de Derecho Público”*, en FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos: *“La Justicia Administrativa*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p.176.

a fin de establecer certeza de los actos administrativos y el fallo produce efectos “erga omnes”.

Respecto de la segunda acción a la que se refiere el profesor Pierry Arrau, quien sostiene que es una acción declarativa de derechos, la cual puede ser acogida por el juez, dar lugar a la pretensión, anular el acto administrativo y reconocer el derecho transgredido y sus efectos, y siendo precisamente en esta acción donde opera la prescripción, señala que *“lo que en realidad prescribe no es la nulidad de pleno derecho, sino que la acción declarativa de derechos a favor de un particular”*⁹⁵ siendo aplicable la normativa del Código Civil precedentemente citada.

Si bien el profesor Reyes Riveros, concuerda con gran parte del planteamiento anterior, específicamente sobre la prescriptibilidad de las acciones de nulidad de Derecho Público, ésta institución debe ser considerada, sin importar que exista o no normativa especial sobre esta materia. A su juicio reconoce un importante avance al respecto, pero el argumento de distinción entre dos acciones no lo convence del todo, estimándolo como insuficiente y poco convincente, por lo que se pregunta *“¿no sería natural consecuencia de tal postura y argumentación que la segunda acción no podría empezar a prescribir sino desde que sea posible entablarla?”.* Por ello entonces, es que postula una solución, a su juicio, más radical: el que la prescripción sea aplicable a ambas

⁹⁵ Pierry Arrau, Pedro: “Comentario a un comentario”...ob. cit. pp.5 -6.

acciones y no sólo aquellas de carácter patrimonial que nace de la acción de nulidad.⁹⁶

Precisamente su fundamento radica en lo expuesto por el profesor Pierry: la regla es la prescriptibilidad; la excepción es la imprescriptibilidad.

Por otro lado, y adhiriendo a la nueva doctrina, el profesor Carlos Dorn Garrido, quien realiza un trabajo examinando la nulidad de Derecho Público a la luz de los principios y normas recogidos en la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativo, plantea a la prescriptibilidad de la acción de nulidad tomando en consideración lo dispuesto por el inciso final del artículo 13 de la citada normativa, que consagra el principio general de saneabilidad de las ilegalidades del acto administrativo, precisamente entre las formas de saneamiento destaca la prescripción extintiva de la acción de nulidad. Por su parte, el inciso 2° del artículo 54° de la citada ley, reconoce la existencia de plazos legales para el ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los actos de autoridad de la Administración del Estado, de tal forma que, según el profesor Dorn, a fin de evitar que el agotamiento de la vía administrativa conlleve a la extinción de tales plazos, el legislador consideró necesario introducir una causal de suspensión de plazo de prescripción. Sostiene que la inclusión de esta norma se debe a que, por una parte, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la de la prescriptibilidad de las acciones legales, en pos de la seguridad

⁹⁶ Reyes Riveros, Jorge: *“Invalidación y Nulidad de los Actos Administrativos y otros Estudios”*, Santiago, Lexis Nexis, (2006), p. 177.

jurídica y el derecho del administrado a accionar, garantizándole vigencia de las acciones jurisdiccionales mediante la suspensión de los plazos de prescripción. En cuanto al carácter imprescriptible de la acción de nulidad, que proviene del carácter ipso iure, atribuido por la anterior doctrina de Nulidad de derecho Público, pierde fuerza y sentido según lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 3° de la Ley N° 19.880 que consagra la presunción de legalidad del acto administrativo. Concluye señalando que, si la imprescriptibilidad fuese una característica constitucional, entonces el citado artículo 54° de la Ley N° 19.880 contravendría los principios básicos de hermenéutica legal, en el sentido de preferir la interpretación más útil de la normativa legal, adquiriendo tal utilidad en la medida que asuma que la prescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público es manifestación del principio general de seguridad jurídica recogido del Derecho Común, por lo que los artículos 2497° y 2515° del Código, *“son el fundamento normativo directo para sostener el plazo de prescripción de 5 años de la acción de nulidad.”*⁹⁷

Siguiendo la línea de la actual doctrina, el profesor Jaime Jara Schnettler, en su trabajo sobre “La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia”, afirma que “el régimen de prescriptibilidad del derecho común sí es conciliable y aplicable a esta nulidad pública generando en el hecho un caso de “validez sucesiva” del acto originalmente ilegal”, desarrollando bases

⁹⁷ Dorn Garrido, Carlos: “Ley de Bases de Procedimiento Administrativo y Nulidad de Derecho Público”, Revista de Derecho Consejo Defensa del Estado, Santiago, N° 17, 2007, pp. 18-19.

para la aplicación de las reglas sobre prescripción a la acción de nulidad de Derecho Público, las cuales son:

- ***El tiempo sí importa en Derecho Público***, “por lo que la inactividad temporal de los sujetos conduce a la extinción de situaciones de favor como correlato básico para fijar con certeza la pertenencia de esa situación activa o de poder.”⁹⁸
- ***La prescripción mira al bien común***, y no es exclusivamente en función del interés particular. Por otra parte, la doctrina chilena, a su juicio siempre ha respaldado este criterio. En Derecho Público el interés general se acentúa si se atiende al compartido doble fundamento de estas figuras extintivas⁹⁹; el principio de seguridad jurídica y el principio de eficacia (art. 5° Ley N° 18.575).
- ***El artículo 2.497 del Código Civil: mandato explícito del legislador***, “*La reacción frente al argumento de imprescriptibilidad de las acción de nulidad de derecho público esgrime la aplicación analógica de las disposiciones contenidas en los artículos 2.514°, 2.515° y 2.517° del Código Civil en relación con su artículo 2.497° que contempla un mandato expreso que define el ámbito subjetivo de aplicación de las reglas sobre prescripción y que comprende ampliamente tanto al Estado como a los particulares.*”¹⁰⁰

⁹⁸ Jara Schenttler, Jaime: “*La Nulidad de Derecho Público...*”, cit., pp. 111-112.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 242

¹⁰⁰ Cea Egaña, José Luis: “*Derecho Constitucional Chileno*”, t. I, Ed. Universidad Católica, Santiago, 2002, p.256 sgts, citado por Jara Schenttler, Jaime: “*La Nulidad de Derecho Público...*”, *Ibíd.*, p.244.

- ***La prescripción adquisitiva rige en el Derecho Público; el Decreto Ley N° 1.939 de 1977***, en razón de que “el artículo 26° de este cuerpo legal, a fin de reglamentar el modo de adquirir el dominio de bienes por parte del Estado, consagra un amplio reenvío al régimen del Derecho Privado, disposición que debe ser entendida en relación al artículo 588° del Código Civil, todo lo cual se encuentra en “perfecta armonía del precepto contenido en el artículo 2517° del Código Civil”.¹⁰¹

Una de las últimas publicaciones realizadas sobre la prescriptibilidad en comento, fue desarrollada por la profesora Julia Poblete Vinaixa, en su trabajo titulado “*El carácter Prescriptible o Imprescriptible de la acción de Nulidad de Derecho Público*”, quien efectúa un análisis sobre la base de las posturas que se han existido en relación a la nulidad de Derecho Público, reconociendo una evolución doctrinaria y jurisprudencial, evolución que, según esta profesora, ha ido asentado la distinción entre la prescriptibilidad de la acción de nulidad propiamente tal y la que afecta a los efectos patrimoniales, aplicándoles un diferente criterio respecto de una y otra. Esta distinción hace surgir la discusión sobre la aplicación supletoria del derecho común en materia administrativa. Señala además que la carencia normativa que conforma la nulidad de Derecho Público, ha llevado a los autores y a la jurisprudencia a “*justificar sus*

¹⁰¹ *Ibíd.* pp. 247-248.

interpretaciones y extensión de la teoría en forma paulatina, creativa y muchas veces no exenta de polémica.”¹⁰²

Señala que esta evolución nace a partir de la discusión que surge de los planteamientos de la doctrina tradicional y de la doctrina actual de nulidad de Derecho Público, evolución que también se manifiesta en la jurisprudencia. Concluye señalando que *“Proponemos en esta oportunidad, considerando los intereses en juego, e inclinándonos por la seguridad jurídica, sustentar la tesis de la prescriptibilidad de la acción de derecho público, señalando que la figura jurídica llamada prescripción es una institución que trasunta a las diversas áreas del derecho, y destacando especialmente la necesidad de establecer parámetros más genuinos y propios de nuestro sistema jurídico, y en miras a una solución legislativa acorde con los tiempos actuales, nivel de especialización y operatividad del ordenamiento jurídica en forma armónica.”¹⁰³*

En cuanto a la jurisprudencia judicial, ésta experimentó un drástico cambio en cuanto a su orientación. A partir de la sentencia caratulada “Aedo Alarcón Paulina con Fisco de Chile” del año 2000, comienza al asentamiento progresivo de los planteamientos de la actual doctrina de nulidad de Derecho Público, produciéndose el abandono progresivo de la tesis clásica.

En la citada sentencia, el máximo tribunal rechaza la prescripción alegada por el Fisco de Chile, respecto de la acción de nulidad de Derecho Público,

¹⁰² Poblete Vinaixa, Julia: “*EL carácter prescriptible o imprescriptible...*”, ob. cit., p. 336-337.

¹⁰³ *Ibíd.*, p.352.

propriadamente tal, invocada por la actora, en virtud del argumento tradicionalmente aceptado, en cuanto al reconocimiento de la imprescriptibilidad de esta acción, no así de la acción accesorio, que nace como consecuencia de la acción de nulidad, y que es de contenido patrimonial, el máximo tribunal señala:

“8º) Que, por el contrario, las acciones personales que tiene por objeto que quien dejó de poseer restituya el valor de la cosa y la indemnización de perjuicios también deducidas por la actora, cuyo antecedente es la nulidad de derecho público referida en la consideración precedente [...]son de evidente contenido patrimonial, pues se refieren a las restituciones y reparaciones de valor económico que pretende obtener la actora en virtud de tal declaración de nulidad. De lo anterior se deriva que su destino se condiciona a los plazos de prescripción establecidos al respecto por el Código Civil, ordenamiento, por lo demás, que la propia actora invoca para sostener dichas acciones;”

“9º) Que asimismo corresponde tener presente que si bien las normas constitucionales de los artículos 7º inciso final y 38º inciso 2º se refieren a las responsabilidades que pueden derivarse de la actuación contraria a derecho de los órganos de la Administración del Estado, de ello no se sigue que las respectivas acciones patrimoniales no estén sujetas, a falta de un estatuto legal especial, a las reglas de prescripción del derecho común, pues éstas materializan un principio de certeza y seguridad jurídica que impide que pretensiones de ese carácter subsistan indefinidamente en el tiempo, razonamiento que resulta además consistente con el artículo 2497º del Código

Civil que hace extensivas las reglas sobre prescripción igualmente en favor y en contra del Estado;”

“11°) Que tanto a la acción que persigue recuperar el valor de la cosa como a la acción indemnizatoria resultan aplicables las normas sobre prescripción extintiva de los artículos 2515° y 2332° del Código Civil, [...], de modo que basta el transcurso de los plazos legales para que ellas se extingan por prescripción, según dispone el artículo 2514° inciso primero de ese código;”

Quienes adhieren a la doctrina clásica han proferido importantes críticas a esta sentencia, a modo de ejemplo, el profesor Soto Kloss ha descrito este cambio de criterio como la “desactivación de la energía protectora de la nulidad de derecho público”¹⁰⁴. Por otro lado, quienes adhieren a la actual doctrina, consideran que este criterio viene a establecer una clara y útil distinción, ofreciendo una adecuada solución en materia de prescripción.

Años más tarde, otra sentencia vendría a reafirmar el criterio anteriormente expuesto, caratulado “Eyzaguirre Cid Germán con Fisco de Chile”, de 28 de junio del año 2006, en que además de reiterar el razonamiento del fallo “Aedo Alarcón Paulina con Fisco de Chile” en cuanto la distinción de las acciones encaminadas a conseguir la nulidad del acto administrativo y, aquellas que miran a la obtención

¹⁰⁴ Soto Kloss, Eduardo: “*La Nulidad de Derecho Público según...*”, ob. cit., p.79; a propósito del fallo “Le Roy Barría c/Esva S.A., tercera sala, 27 enero del 2009, rol N° 3237-2007, en que se rechaza la pretensión anulatoria por encontrarse prescrita la acción en virtud de la aplicación de normas sobre prescripción del Código Civil.

de una indemnización de perjuicios a favor del actor (considerando 10°), reitera la idea de la prescriptibilidad:

“11°) Que estas acciones declarativas de derechos, de claro contenido patrimonial, producen efectos relativos, limitados al juicio en que se pronuncia la nulidad y se encuentran sometidos, en lo concerniente a la prescripción, a las reglas generales sobre dicho instituto, contempladas en el Código Civil, entre otras, a las disposiciones de sus artículos 2332°, 2497°, 2514° y 2515°.”

A su vez, además de reiterar lo relativo a la aplicación de las reglas sobre prescripción del Código Civil, precisa lo siguiente:

“12°) Que conviene tener presente en este punto que, si bien las personas jurídicas de derecho público, como es Estado-Fisco, por su propia naturaleza, se rigen por leyes y reglamentos especiales y están excluidas del régimen del derecho común, según el artículo 547° inciso segundo del Código Civil, este mismo cuerpo normativo establece una excepción a tal principio en el precitado artículo 2497°, al establecer que “las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales[...].”

Y finalmente, se refiere a los plazos de prescripción:

“13°) Que la prescripción extintiva de las acciones judiciales exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no hayan sido ejercidas (artículo 2514° del Código Civil); plazo que es en general de cinco años para las acciones

*ordinarias (artículo 2515° del mismo Código) y de cuatro años para las acciones encaminadas a hacer efectiva la responsabilidad extracontractual (artículo 2332°)”.*¹⁰⁵

El máximo tribunal, ha venido replicando este razonamiento de manera ininterrumpida, lo cual es posible verificar a través de la revisión de diversos fallos hasta el año 2016¹⁰⁶ respecto de los cuales, se ha remitido expresamente al fallo “Eyzaguirre Cid Germán con Fisco de Chile”, citando específicamente el considerando 10° de dicho fallo.

Si bien es cierto, se ha venido reconociendo, aún, de parte de la doctrina y de la jurisprudencia el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de Derecho Público, a diferencia de aquella acción de carácter patrimonial, consecuencia de la primera, en sentencias dictadas por el máximo tribunal, llama particularmente la atención algunas ideas que se han venido agregado al considerando 10° del fallo “Eyzaguirre Cid Germán con Fisco de Chile”, tantas veces citado por la Corte Suprema, en sus fallos posteriores en la materia en comento, y que tiene que ver con la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público, por ejemplo en el fallo de “Mellado Mardones Jaime con Fisco de Chile” señala:

¹⁰⁵ Corte Suprema, rol N° 1203-2006 de 28 de junio de 2007, considerandos 11°, 12° y 13°.

¹⁰⁶ Existen diversas sentencias emanadas del máximo Tribunal, en que se mantiene este criterio en materia de prescripción y la distinción entre acciones, rol N° 22.866-2015 de fecha 07 de abril de 2016, considerandos 7°, 8° y 9°; rol N° 715-2015 de fecha 14 de mayo de 2015, considerandos 6° y 7°; rol N° 11.566-2015 de fecha 28 de diciembre de 2015, considerandos 13°, 14° y 15°; rol N° 8659-2015 de fecha 17 de diciembre de 2015, considerandos 15° y 16°; rol N° 2850-2015 de fecha 25 de junio de 2015, considerando 15°.

*“Séptimo [...] Es por ello que más allá de lo que pueda sostenerse respecto de la nulidad de derecho público, lo que realmente prescribe, y es atingente a lo medular aquí debatido, es la acción declarativa de derechos a favor del particular. [...]”*¹⁰⁷

Sin embargo, en fallos posteriores, entre los años 2015 y 2016, el párrafo anteriormente citado, comienza a ser modificado sutilmente, de la forma que sigue:

*“Décimo cuarto: [...]Es por ello que lo que en realidad prescribe no es la nulidad de derecho público, la que también en principio puede encontrarse afectada por dicho instituto, sino la acción deducida por el particular debidamente legitimado para actuar.”*¹⁰⁸

Luego en el año 2017, en “Astaburuaga Suárez Patricio Matías con Ministerio de Obras Públicas Dirección General de OO.PP.”, el actor dedujo recurso de casación en el fondo (acogido) en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmó el fallo de primer grado que rechazó la demanda de nulidad de Derecho Público, en cuanto a la acción de nulidad señala lo siguiente:

¹⁰⁷ Corte Suprema, rol N° 715-2015 de 14 de mayo de 2015, considerando 7°.

¹⁰⁸ Corte Suprema, rol N° 11.566-2015 de 28 de diciembre de 2015, considerando 14°. El mismo considerando se repite en rol N°22.866-2015 de 07 de abril de 2016, considerando 8°, rol N° 1623-2017, de fecha 25 de abril de 2017, considerando 5°, rol N° 16161-2017, de fecha 27 de julio de 2017, considerando 5°, rol N° 1624-2017, de fecha 27 de julio de 2017, considerando 5°, rol N° 302-2017, de fecha 27 de julio de 2017, considerando 4°, rol N° 27.822-2017, de fecha 20 de diciembre de 2017, considerando 11°.

“Noveno: Que estas acciones declarativas de derechos producen efectos relativos, limitados al juicio en que se pronuncia la nulidad, y se encuentran sometidas, en lo concerniente a la prescripción, a las reglas generales contempladas en el Código Civil, entre otras, a las disposiciones de sus artículos 2497, 2514 y 2515.

Es por ello que lo que en realidad prescribe no es la nulidad de derecho público, sino la acción deducida por el particular debidamente legitimado para actuar.”¹⁰⁹

Al parecer, no todo está dicho en materia de imprescriptibilidad de la nulidad de Derecho Público. Si bien es cierto, alguna parte de la doctrina y la jurisprudencia, adhieren a la distinción de las acciones a que dan lugar esta nulidad, y además se inclinan- especialmente la doctrina- por la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de Derecho Público, al parecer la Corte Suprema, como ha visto en fallos citados a lo largo de este trabajo, comienza a abrir la puerta a un nuevo cambio de criterio; a un reconocimiento de la prescriptibilidad de ambas acciones, sin importar el contenido de una u otra, por lo que este carácter absoluto de prescriptibilidad podría llegar a unificar estas acciones, generando efectos en el orden práctico de mayor certeza jurídica para las partes, toda vez que es evidente que quienes accionan de nulidad de derecho público, buscan además alguna retribución de carácter pecuniario al entablarla conjuntamente con la solicitud de indemnización de perjuicios, por lo que,

¹⁰⁹ Corte Suprema, rol N° 82.459-2916, de fecha 27 de diciembre de 2017, considerando 9°.

actualmente, resulta poco conveniente para los fines que persigue el actor el que se acoja la acción de nulidad y se rechace la de contenido patrimonial.

3.5. Principios de Trascendencia y Conservación.

Como ya se ha señalado previamente, la actual doctrina de la nulidad de Derecho Público, en consenso con la jurisprudencia judicial, han venido sosteniendo que no hay nulidad sin perjuicio al interesado, y si bien no desconoce el principio de legalidad y sus implicancias, por otro lado, reconoce que un acto administrativo no puede desaparecer a causa de cualquier vicio, sino que requiere de la concurrencia de otras exigencias- como las ya señaladas previamente en este trabajo- para que pueda afectar la validez del mismo, esto es, lo que la doctrina y jurisprudencia judicial denominan Principio de Trascendencia, y que es recogido por los incisos primero y segundo del artículo 13°, inciso segundo del artículo 15°, 53° y 62° de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, disposiciones que reconocen la existencia de vicios cuya entidad, no justifican y por tanto, hacen improcedente el accionar de nulidad de Derecho Público.

A juicio del profesor Jara Schnettler *“Estos nuevos principios que contradicen las bases mismas de la teoría clásica de las nulidades de derecho público, sólo pueden ser explicados satisfactoriamente, en mi opinión, sobre la base de una renovación del concepto de “validez jurídica”, en el ámbito del derecho público. Esa nueva noción la denominaré validez sucesiva del acto*

administrativo”.¹¹⁰ Denominación que el profesor Jara Schnettler ha adoptado de la doctrina italiana, y que entiende como “*aquella que el acto adquiere con posterioridad a su emanación, aun cuando éste hubiere presentado vicios o defectos de origen. Esta validez sucesiva, en la explicación que propongo, atiende al contexto sobrevenido a la dictación del acto, situación jurídica o fáctica, en que sus efectos se desenvuelven.*”¹¹¹

La nulidad de Derecho Público es considerada como un “remedio excepcional” a la ilegalidad del acto administrativo, cuyo requisito esencial para ejercer la legitimación activa es el interés en la misma, interés que se traduce precisamente en un efectivo perjuicio causado al actor.

Es por lo anterior, que precisamente, la doctrina y la jurisprudencia actuales reconocen la existencia de actos administrativos que adolecen de algún vicio de ilegalidad, pero que no irrogan perjuicio alguno, o si lo ocasionan, el acto es saneable en virtud de ciertos mecanismos que no privan al acto de todos sus efectos.

En ocasiones, sucede que el acto viciado susceptible de ser sancionado con nulidad de Derecho Público y privado de todos sus efectos en virtud de ella, genere más inconvenientes para un determinado número de individuos, a

¹¹⁰ Jara Schenttler, Jaime: “*La Nulidad de Derecho Público...*”, ob. cit., 178.

¹¹¹ Ídem.

quienes va dirigido el acto, atentando derechamente contra el bien común, que siendo saneado.

La actual doctrina, en conjunto con la jurisprudencia, han desarrollado ciertos mecanismos de conservación del acto administrativo. Es indudable sostener que estos mecanismos han sido recogidos de la teoría de las nulidades del Derecho Privado, y plasmados en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo N° 19.880, pero que han venido a resolver los problemas relativos a actos administrativo afectos a vicios de menor entidad, prescindiendo de la nulidad como sanción de ineficacia, negando en paralelo, los planteamientos de la doctrina clásica al respecto.

El principio de conservación se refleja en mecanismos de saneamiento establecidos en la Ley N° 19.880, tales como: la convalidación, conversión, rectificación y la prescripción extintiva de la acción de nulidad.

3.5.1. La Convalidación Administrativa.

La convalidación, según el profesor Bermúdez Soto está referida a la verificación de un hecho jurídico o de una declaración administrativa en cuya virtud el acto anulable adquiere plena validez. Ella puede producirse ya sea por el transcurso del tiempo para interponer la acción o para invalidar de oficio por la propia Administración Pública, esto es, de dos años según lo dispuesto por el

artículo 53° inciso 1° de la Ley N° 19.880, o por declaración en virtud de la que se ratifica, confirma o subsana el acto administrativo.¹¹²

En virtud de lo anterior, y de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 13° de Ley N° 19.880, concluye que el ordenamiento jurídico administrativo nacional faculta a la administración pública para subsanar cualquier vicio que afecte al acto administrativo, con la sola excepción de que la subsanación no afecte intereses de terceros.

En cuanto al tipo de vicio que se le permite a la Administración subsanar, el profesor Bermúdez Soto, haciendo una interpretación extensiva del artículo 13° incisos 2° y 3° ya citado, señala que aplicando el principio de conservación permite la convalidación de otros vicios no formales o procedimentales.¹¹³

Siguiendo esta postura, el profesor Carlos Dorn Garrido, agrega que el ejercicio de la potestad de saneamiento queda sometido a que *“el acto irregular objetivamente sea susceptible de conservarse dentro del ordenamiento jurídico, pues reúne los requisitos mínimos de validez del acto administrativo”*, de lo contrario se afectaría el sistema constitucional y la normativa relativa a organización y competencias de la Administración.¹¹⁴

En otras palabras, y según entiende el profesor Jara Schnettler, la subsanación tiene un ámbito más limitado que los mecanismos de revisión: sólo

¹¹² Bermúdez Soto, Jorge: *“Derecho Administrativo General”*, Santiago, Abeledo Perrot, (2010), p. 99.

¹¹³ *Ibíd.*, p. 100

¹¹⁴ Dorn Garrido, Carlos: *“Ley de Bases de Procedimiento Administrativo y Nulidad de Derecho Público”*, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, Santiago, N° 17 (junio 2007), p.14.

procede si el vicio del acto irregular puede ser eliminado sin alterar su contenido.¹¹⁵

3.5.2. La Conversión del Acto Administrativo.

En el Código Civil no existe una norma genérica que permita la conversión de actos nulos, por otro lado, la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo tampoco la regula expresamente. La doctrina, por su parte, tampoco la ha abordado en detalle, a excepción del profesor Jorge Bermúdez Soto, quien la menciona muy someramente en su obra “Derecho Administrativo General”, señalando que *“la conversión del acto administrativo procede en aquellos casos en que un acto nulo o anulable contiene elementos constitutivos de otro acto distinto, y su consecuencia será la producción de los efectos de este último.”*¹¹⁶

3.5.3. La Rectificación del Acto Administrativo.

El artículo 62° de la Ley N° 19.880.- regula la “Aclaración del acto administrativo”, facultando a la Administración para depurar un acto administrativo que adolece de vicios de carácter material o de menor entidad, que no alteran el fondo o la decisión que dicho acto contiene.

¹¹⁵ Jara Schnettler, Jaime: “*La Nulidad de Derecho Público...*”, ob. cit., 186.

¹¹⁶ Bermúdez Soto, Jorge: “*Derecho Administrativo...*”, ob., cit., p. 100

Se trata de una facultad o potestad que no tiene un plazo establecido para su ejercicio, pues no altera el contenido del acto, sino que, por el contrario, lo perfecciona.

3.5.4. La Prescripción Extintiva de la acción de Nulidad.

Esta prescripción se encuentra tratada, tácitamente, en el artículo 54° de la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimiento Administrativo. Si bien no se encuentra abordada expresamente como prescripción, se desprende de la misma disposición, de los incisos 1° y 2°, pues aborda instituciones propias de la prescripción tales como la suspensión e interrupción de la misma, respectivamente. A su vez, reconoce la existencia de plazos legales para el ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los actos emanados de la Administración, por lo que, a fin de evitar que el agotamiento de la vía administrativa implique la extinción de los plazos, el legislador estimó necesario la introducción de la suspensión y/o interrupción del plazo de prescripción.

De dicha disposición, y de la normativa dispersa en la Ley N° 19.880, se desprende que la imprescriptibilidad de las acciones en materia de nulidad de Derecho Público, no constituyen la regla general, tal como señala el profesor Dorn *“toda vez que si el constituyente o legislador hubiesen atribuido dicho carácter a la acción de nulidad, entonces, carecería de toda lógica la inclusión de una causal de suspensión del plazo de ejercicio de las acciones*

*jurisdiccionales contencioso-administrativas, en tanto se agote la vía administrativa.*¹¹⁷

El profesor Dorn Garrido, es más radical en su postura al igual que Reyes Riveros, dado que como se ha podido apreciar, la jurisprudencia judicial en especial la de la Corte Suprema citada a lo largo del presente trabajo, aún mantiene en su planteamiento del carácter imprescriptible de la nulidad de derecho público, pero no descarta que ésta se encuentre afecta a dicho instituto. A juicio de este profesor, la acción de nulidad de Derecho Público también es prescriptible, y ello se explica, por un lado, en que la prescriptibilidad de las acciones legales constituye la regla general en nuestro ordenamiento jurídico, cuestión que otorga seguridad jurídica, mientras que por otro lado, el legislador otorga a los administrados el derecho a exigir la tutela judicial efectiva de sus derechos, garantizados precisamente a través de la vigencia de dichas acciones, incluso por medio de la suspensión de los plazos de prescripción, para el caso en que el administrado decida agotar la vía administrativa previamente, sin que ello implique la renuncia a una u otra vía.¹¹⁸

Finalmente, el profesor Dorn concluye que el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de Derecho Público precisamente es consecuencia de sostener que ella operaría de pleno derecho, como lo ha venido sosteniendo la doctrina clásica, planteamiento que a su juicio, pierde fuerza, y que precisamente

¹¹⁷ Dorn Garrido, Carlos: “*Ley de Bases de Procedimiento...*”, ob., cit., p. 18.

¹¹⁸ Idem.

esa ha sido la tónica desde el año 2000 en adelante, dado que el artículo 3º de la Ley N° 19.880 reconoce expresamente la presunción de legalidad de que están investidos los actos administrativos, constituyéndose ésta como un atributo más del mismo.

3.6. Principios de Seguridad Jurídica y Confianza Legítima.

La seguridad jurídica ha sido definida como el valor que asegura al ciudadano la certeza de su situación jurídica. Se dividiría en dos grandes manifestaciones: la primera, que atiende a asegurar el proceso técnico de búsqueda y hallazgo del Derecho posibilitando la interpretación y el conocimiento de mismo (seguridad jurídica *ex ante*); y la segunda vertiente que consiste en la *garantía de estabilidad del resultado de dicho proceso* de forma que sirva de pauta para el comportamiento del ciudadano en el caso concreto (seguridad jurídica *ex post*).¹¹⁹ El profesor Jara Schnettler, estima que la seguridad jurídica se trata de un principio jurídico que tiene una cualidad fundamental, que es el soportar en su planteamiento la realización de la totalidad de los valores consagrados en el ordenamiento jurídico.

Si bien no se encuentra consagrado de modo explícito en la Carta Fundamental, la seguridad jurídica “aparece como un bien jurídico común comprometido en la consagración de una serie de garantías individuales

¹¹⁹ García Luengo, Javier: “*El principio de la protección de la confianza en el Derecho administrativo*”, Civitas, Madrid, 2002, p.180, citado por Jara Schnettler, Jaime: “*La Nulidad de Derecho Público...*”, *Ibíd.*, p.208.

orientadas a ese objeto. Considera que el principio de la seguridad jurídica se encuentra implícito en diferentes valores consagrados en las propias *bases de la institucionalidad* chilena, como seguridad *ex post*, se encuentra lo dispuesto por el artículo 1° de la Carta Fundamental, y en la vertiente *ex ante*, se encuentra lo dispuesto por los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental.¹²⁰

Es necesario hacer referencia al principio de confianza legítima. El profesor Jara Schnettler sostiene que la protección de la confianza configura un “efecto reflejo” de la seguridad jurídica y no un principio de naturaleza autónoma, sino que constituye una manifestación de ésta, que destaca el contenido de garantía de estabilidad de las decisiones de la Administración.¹²¹ Entre las manifestaciones que son posibles de encontrar en nuestro ordenamiento jurídico sobre este principio, se encuentran en materia de “actos administrativos con efectos prolongados en el tiempo, tales como, el nombramiento de un funcionario público, reconocimiento de una pensión, entre otros.

Finalmente, es importante señalar que este principio se encuentra inserto en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575, en su artículo 63°. Al admitir la validez sucesiva para un acto típico de efectos prolongados, al señalar que “*La designación de una persona inhábil será nula.*

¹²⁰ *Ibíd.*, 210.

¹²¹ *Idem.*

La invalidación no obligará a la restitución de las remuneraciones percibidas por el inhábil, siempre que la inadvertencia de la inhabilidad no le sea imputable.”

3.7. Situación de la Jurisprudencia judicial actual en materia de principios de la Nulidad de Derecho Público.

Al respecto, la jurisprudencia actual de nuestro máximo tribunal ha hecho un expreso reconocimiento de los principios abordados precedentemente, argumentando que se trata de principios informadores de la nulidad de Derecho Público, que gozan de general aceptación en la doctrina y que tiene como elemento central al Principio de Conservación cuyo fundamento radica en el carácter de remedio excepcional que la actual doctrina de nulidad de Derecho Público le ha conferido, lo que se desprende de la redacción del siguiente considerando. En sentencia “Pinto Villablanca Cecilia con Fisco de Chile”, la Corte Suprema rechazó las casaciones deducidas por el tercero excluyente, contra la sentencia que confirmó la resolución que acogió la demanda de nulidad de derecho público, la Corte realiza un análisis de la nulidad de derecho, el cual ha reiterado en diversos fallos, señalando en materia de principios lo siguiente:

“Décimo tercero: Que, a su vez, uno de los principios que informan la nulidad de derecho público es el de conservación, cuyo fundamento radica en que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, sólo será procedente si el vicio es grave y esencial. Subyacen a este principio de conservación otros principios generales del

Derecho como la confianza legítima que el acto genera, así como la buena fe de los terceros, el respecto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica. Efectivamente, no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados.”¹²²



¹²² Corte Suprema, Rol N° 2850-2015, de 25 de junio de 2015, considerando 13°. En el mismo sentido rol N° 1623-2017, de fecha 25 de abril de 2017, considerando 5°. Rol N° 1616-2017, de fecha 27 de julio de 2017, considerando 5°. Rol N° 1624-2017, de fecha 27 de julio de 2017, considerando 5°. Rol N° 302-2017, de fecha 27 de julio de 2017, considerando 5°. Rol N° 27.822-2017, de fecha 20 de diciembre de 2017, considerando 11°. Rol N° 35.237-2017, de fecha 22 de mayo de 2018, considerando 7°.

CAPITULO III
PROBLEMAS QUE QUEDAN POR RESOLVER DE LA ACTUAL
NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO EN CHILE, QUE
AUN NO HAN SIDO ABORDADOS

1. ANTECEDENTES.

Es innegable que los estudios relativos a la nulidad de Derecho Público desarrollados por la doctrina nacional, inspirada en nuestra historia constitucional, en el derecho comparado, entre otras, han contribuido significativamente al desarrollo de la teoría de la nulidad de Derecho Público chilena, sus aportes han tenido gran influencia en los planteamientos de nuestros tribunales superiores de justicia, especialmente en la Corte Suprema, y que se han visto plasmados a través de sus sentencias, cuyos razonamientos se han reproducido reiteradamente en los últimos años.

Los aportes de la doctrina nacional y la jurisprudencia judicial han ayudado a construir la actual teoría de la nulidad de Derecho Público, dada la escasez de normativa, especialmente de rango constitucional, que regule exhaustivamente una institución de semejante importancia en el quehacer público, ya que precisamente no regula ni sanciona actos jurídicos que afecten exclusivamente

intereses privados, sino que más bien se trata de actos jurídicos administrativos y que en la mayor de parte de los casos, afecta intereses privados.

Resultan indiscutible estos aportes, los cuales en número han ido de menos a más, manifestándose en un incremento progresivo de trabajos publicados, al igual que el número de autores que han manifestado su interés en esta materia. Lo anterior, paralelamente a los planteamientos de la jurisprudencia judicial, han contribuido a los lineamientos de la aún incipiente normativa legal que ha venido a resolver problemas que, bajo los presupuestos de la doctrina clásica de nulidad de Derecho Público no estaban resueltos, en razón de los postulados radicales que ésta doctrina ha desarrollado.

Desde el reconocimiento efectuado mediante la reforma constitucional del año 1989, que entregó expresamente el conocimiento y resolución de estos asuntos a los tribunales ordinarios de justicia, despejando cualquier duda acerca de la competencia de los mismos, la introducción de nuevas causales de procedencia, en especial aquellas relativas a la ilegalidad interna del acto administrativo, el tratamiento del vicio que la origina, la legitimación activa, aplicación del derecho común y principios generales del Derecho, la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880 sobre Procedimientos Administrativos en el año 2003, es posible sostener que ha existido una evolución constante en materia de nulidad de Derecho Público, haciéndose cargo de problemas, que han sido materia de discusión y que actualmente se encuentran en su mayoría satisfactoriamente resueltos.

No obstante, existen algunos aspectos que actualmente han sido materia de discusión doctrinal, pero que la jurisprudencia judicial no ha emitido pronunciamientos, o bien lo ha hecho muy tímidamente.

2. CARÁCTER “GRAVE y ESENCIAL” DEL VICIO: Nueva categoría en materia de vicio.

Durante largo tiempo, en especial durante el tiempo que permaneció asentada en nuestros tribunales superiores de justicia la doctrina clásica, el criterio adoptado en materia de vicios consistía específicamente en el desarrollo (escaso por lo demás) de los vicios contenidos en el artículo 7° de la Constitución relativos a: competencia, investidura regular y formalidades.

En cuanto al último de los requisitos mencionados, las formalidades, cualquier vicio relativo a la transgresión de éste, traía consigo la nulidad de Derecho Público, sin importar que dicho acto adoleciera de un vicio que no fuera de gran entidad o que atentara gravemente contra la finalidad de la dictación del acto.

Sin embargo, dicho criterio ha sido abandonado por la jurisprudencia judicial, siendo posible advertir que nuestro máximo tribunal restringe la procedencia de la nulidad de un acto administrativo, en “Aguas Araucanía S.A., con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de la Araucanía”, conociendo de un recurso de casación en el fondo (rechazado) deducido por la actora en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, que

confirmó la de primera instancia que rechazó la demanda, ha reconocido expresamente esta restricción, cuyo pronunciamiento se ha reproducido expresamente en diversos fallos de la Corte Suprema, señalando que:

*“Que a su vez, no está demás señalar que no toda irregularidad de un acto administrativo lleva aparejada su nulidad.”*¹²³

En “Jorquera Coilla Marcos con Fisco de Chile”, la Corte conociendo de un recurso de casación en el fondo (rechazado) deducido por la actora contra la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmó la de primera instancia que rechazó la demanda, reproduce el contenido del fallo citado precedentemente, asentando lo reiterado de dicho criterio:

*“Que, en este orden de ideas, la jurisprudencia reiterada de esta Corte ha resuelto que no toda ilegalidad de un acto administrativo lleva aparejada su nulidad.”*¹²⁴

A raíz de lo anterior, y con el reconocimiento del principio de conservación, que ha hecho la doctrina y, en especial la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, como informativo de la nulidad de Derecho Público, señalan que el requisito de procedencia de esta sanción de “carácter excepcional”, es que el vicio sea “grave y esencial”, recurriendo a lo dispuesto por el inciso 2° de artículo

¹²³ Corte Suprema, Rol N° 1623-2017, de 25 de abril de 2017, considerando 5°. Se reproduce íntegramente en Rol N° 1624-2017, de 27 de julio de 2017, considerando 5°. Rol N° 1616-2017 de 27 de julio de 2017, considerando 5°. Rol N° 302-2017, de 27 de julio de 2017.

¹²⁴ Corte Suprema, Rol N° 27.822-2017, de 20 de diciembre de 2017, considerando 11°.

13° de la Ley N° 19.880, señalando expresamente y de manera reiterada en sus fallos; en “Muñoz Rodríguez Sergio con Fisco de Chile” lo siguiente:

“Que, a su vez, uno de los principios que informan la nulidad de derecho público es el de conservación, cuyo fundamento radica en que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, sólo será procedente si el vicio es grave y esencial, como señala el inciso segundo del artículo 13° de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado[...]. Efectivamente, no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados.”¹²⁵

Siguiendo el criterio anterior, en “Sociedad Legal Minera La Unión y otra con Ministerio de Economía y la SEC”, la Corte Suprema señaló:

“[...] el vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y, en lo que resulta especialmente atinente, cuando- además- “genera perjuicio al interesado”. En

¹²⁵ Corte Suprema, rol N° 3412-2015 de 1° de septiembre de 2015, considerando 4°. En el mismo sentido y se repite textualmente el considerando en rol N°2850-2015 de 25 de junio de 2015, considerando 11°. Rol N° 3078-2013 de 31 de enero de 2014, considerando 24°, Rol N° 1616-2017, de 25 de abril de 2017, considerando 5°. Rol N° 1624-2017, de 27 de julio de 2017, considerando 5°. Rol N° 1616-2017, de 27 de julio de 2017, considerando 5°. Rol N° 302, de 27 de julio de 2017, considerando 5°. Rol N° 27.822-2017, de 20 de diciembre de 2017, considerando 11°.

*suma, no basta el mero defecto sino que siempre es preciso que de ello se siga un perjuicio y que lo sufra quien tenga la condición de “interesado”;*¹²⁶

Ahora bien, en cuanto a lo que debe entenderse por vicio “grave y esencial”, la doctrina nacional poco ha dicho al respecto, valiendo la pena destacar lo señalado por el profesor Bocksang Hola, quien ha expuesto al respecto: “cabe señalar la recepción, de parte del legislador, de la teoría de los vicios esenciales: en consecuencia, no toda infracción procedimental conlleva la nulidad del acto terminal. Sin embargo, el legislador evitó la enumeración de causales taxativas que significarán la nulidad del acto. Se trata de una elección razonable..”¹²⁷ por lo que de acuerdo a esta postura, es tarea del legislador y la jurisprudencia ir delineando los límites del requisito “grave y esencial”.

Por otra parte, el profesor y actual Contralor Jorge Bermúdez Soto señala que, desde el punto de vista formal, la legalidad del acto administrativo genera dudas cuando el requisito es esencial de acuerdo a su naturaleza, por ejemplo; la notificación de un acto, porque el ordenamiento jurídico así lo ha dispuesto. Se agrega a ello, además de que el vicio de forma o procedimiento debe causar perjuicio al interesado.¹²⁸

¹²⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2424-2015 de 05 de agosto de 2015, considerando 3°.

¹²⁷ Bocksang Hola, Gabriel, “*Dilación de excesiva de los procedimientos Administrativos Sancionatorios: a horcajadas entre decaimiento y nulidad*”, recuperado en <https://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-225-252-La-dilatacion-excesiva-de-los-procedimientos-administrativos-sancionatorios-a-horcajadas-entre-decimio-y-nulidad-GBocksang.pdf>, (27 noviembre de 2017)

¹²⁸ Bermúdez Soto, Jorge: “*Estado actual del control de legalidad de los actos de la Administración. ¿Qué queda de la nulidad de derecho Público?*”, Revista de Derecho, Vol. XXIII - N° 1 - Julio 2010, pp. 103-123.

El profesor Jara Schnettler, efectuando un análisis del inciso segundo del artículo 13° de la Ley N° 19.880, señala al respecto; *“En cuanto al carácter esencial del requisito del acto administrativo en que debe plasmarse el vicio, la LBPA entiende que aquella condición puede emanar, ya sea del propio ordenamiento jurídico, en sentido amplio (Constitución, ley o reglamento), o aun, en ausencia de explicitación normativa concreta, podrá deducirse de la propia naturaleza del acto. Esta última referencia al carácter “esencial” del requisito según la naturaleza del acto es técnicamente deficiente al presentar serias dificultades para precisar el alcance exacto de la expresión legal.”*¹²⁹

La cuestión del requisito “grave y esencial” del vicio del acto administrativo ha sido un tema con escaso desarrollo, existen algunas publicaciones como las ya señaladas al respecto, que si bien es cierto constituyen un intento por descifrar de alguna forma el sentido y alcance del inciso del artículo 13 de la Ley N° 19.880, la jurisprudencia judicial por su parte, siembra más dudas que respuestas en esta materia, y ello se ha visto reflejado en algunos pronunciamientos en los que es posible apreciar un escaso análisis, cuando en el fallo citado previamente señala *“Que, a su vez, uno de los principios que informan la nulidad de derecho público es el de conservación, cuyo fundamento radica en que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, sólo será procedente si el vicio es grave*

¹²⁹ Jara Schnettler, Jaime, *“La Nulidad de Derecho Público...”*, ob. cit., p.190.

y esencial, como señala el inciso segundo del artículo 13° de la Ley N° 19.880 [...] Efectivamente, no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados.”¹³⁰, claramente este fundamento no dista mucho de lo señalado por la citada normativa, sólo se agrega el carácter “grave”, por lo que si este inciso no despeja dudas al respecto, tampoco lo hace este pronunciamiento, y vale la pena señalar que se ha reproducido íntegramente en diversos otros fallos del máximo tribunal, y que han sido citados en el desarrollo de este trabajo.

Ahora bien, la Corte de Apelaciones de Temuco acogiendo un recurso de protección en el año 2004, una vez entrada en vigencia la Ley N° 19.880, sostuvo lo siguiente:

“7. El procedimiento Administrativo es por ello un requisito esencial, que cumple una función análoga al proceso judicial y al procedimiento legislativo. La esencialidad del procedimiento viene impuesta por el artículo 7° inc. 1° de la Constitución Política. Precisamente cuando el constituyente exige el respeto a la forma legal, está indicando que debe respetarse el procedimiento de elaboración del acto. El procedimiento, es así la forma del acto, y su estricto cumplimiento hace posible la validez del acto administrativo dictado por los órganos del Estado.

8. Conforme al inciso 2° del artículo 13° de la Ley N° 19.880 el vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando

¹³⁰ Corte Suprema, rol N° 3412-2015, de fecha 1° de septiembre de 2015, considerando 4°. En el mismo sentido rol N° 27.822-2017, de 20 de diciembre de 2017, considerando 11°.

recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado. En tal sentido, un acto administrativo se vicia por razones de procedimiento cuando: a) ocurra la **carencia total y absoluta de los trámites procedimentales legalmente establecidos**; b) se **aplique un procedimiento distinto al previsto por la ley correspondiente (desviación de procedimiento)**, o c) cuando **se prescindan de principios y reglas esenciales para la formación de la voluntad administrativa o se transgredan fases del procedimiento que constituyan garantías esenciales del administrado (principio de esencialidad) naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y, por la otra, genera perjuicio al interesado**. Por lo mismo, errores de tramitación que no producen la indefensión del administrado, y que no impiden alcanzar el fin público perseguido, no pueden tener la virtud de provocar la falta de validez del procedimiento. En suma, la omisión debe ser de tal magnitud que impida que se concrete la voluntad que ella se exprese, o que ella se conozca por los particulares.¹³¹

En el año 2009, la Corte Suprema conociendo de un recurso de protección, sostuvo que la ausencia de firma no es suficiente para configurar la exigencia constitucional de ilegalidad a que se refiere el artículo 20°: “*Considerando 14°*:

¹³¹ Rol N° 1.760-2004. Confirmada por la Primera Sala de la Corte Suprema. Rol N° 1.605-2005. Citado por Lizama Allende, Felipe: “*Alcance del concepto de “Requisito Esencial” en el artículo 13 de la Ley N° 19.880*”, en “La Nulidad de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno”, IX Jornada de Derecho Administrativo, (Ferrada Bórquez Juan Carlos, coordinador), Thomson Reuters, año 2013, p. 308, (el destacado en negrita es mío)

Que si bien en el acto administrativo atacado **la Subcontralora no estampó que firmaba por ‘orden del Contralor’, tal omisión no resulta suficiente para calificar de ilegal la actuación**, puesto que uno de los principios que caracterizan a los procedimientos administrativos es el de **conservación de los actos administrativos**, lo que implica que ellos **deben mantenerse aun cuando presenten una determinada irregularidad si logran alcanzar el fin propuesto sin menoscabar o entorpecer las garantías que el ordenamiento jurídico otorga a los particulares**. En concordancia con lo reflexionado el artículo 13° de la Ley N° 19.880, Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, consagra **el principio de la no formalización**, prescribiendo que el vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto **administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo**, cuestión que evidentemente en el presente acto no ocurre.”¹³²

En otro caso, también relativo a la omisión de firma, existe un pronunciamiento distinto al anteriormente citado, considerado además como “llamativo y de correcta interpretación del artículo 13° de la ley” N° 19.880, corresponde a “Callejas Baeza, José Fernando con Servicio de Impuestos

¹³² López, Araneda, Alejandro con Doren Lois, Sonia- Subcontralora de la Contraloría de la República. Recurso de protección. Corte Rol N° 2849-09, Tercera Sala. Citado por Lizama Allende, Felipe: “Alcance del concepto de “Requisito Esencial” en el artículo 13 de la Ley N° 19.880”, en “La Nulidad de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno”, IX Jornada de Derecho Administrativo, (Ferrada Bórquez Juan Carlos, coordinador), Thomson Reuters, año 2013, p. 309, (el destacado en negrita es mío).

Internos”. Es un reclamo de liquidaciones deducido ante el tribunal Tributario y Aduanero de la Región de Coquimbo¹³³:

*“11. Que. Conforme se viene relacionando, a juicio de este Tribunal la firma del acto administrativo llamado liquidación, es una condición o requisito mínimo de seriedad del acto. **La firma constituye un elemento ritual esencial de un escrito o documento**, que se estampa al pie de los mismos, esto es, al final, ya que, como acto formal, **tiene a dar seguridad a los administrados que se verán afectados por el acto de autoridad**. Dicha rúbrica personal implica por un lado, una forma de identificación, y por otro, la intención de hacerse responsable del contenido del documento de que se trate, de tal suerte que, notificado el acto sin ese indispensable requisito, se ha de tener tan sólo como materialmente entregado, pero no jurídicamente extendido, esto es, en este último caso, no puede producir efecto alguno, en tanto no sea suscrito; y sin que sea posible siquiera asignarle efectos retroactivos a una suscripción tardía, en caso de que ellos efectivamente ocurra, ya que el documento se ha de tener por jurídicamente deducido, sólo al momento de la firma, por lo que desde entonces comienza su vida en el terreno del Derecho. En el caso de autos, siendo don Christian Soto torres el funcionario competente para emitir la liquidación, al no firmarla se debe entender que no ha existido la voluntad de efectuar la liquidación y, la falta de este requisito acarrea la nulidad del acto.*

¹³³ *Ibíd.*, pp. 312-213.

12. Que admitir valor a una liquidación sin firma conduciría a una incertidumbre tal al contribuyente que terminaría afectando su derecho a defensa, en cuanto un documento anónimo, carece de la autoridad que precisamente le otorga los efectos jurídicos previstos en la ley, por lo que es legítimo que el administrado simplemente lo ignore [...]. Esto es especialmente grave en el caso de autos en que el documento en cuestión no fue entregado al contribuyente, ni a persona adulta alguna, sino que utilizando la modalidad de notificación por cédula, simplemente fue dejado en el domicilio del notificado.

13° Que, al contrario de lo sostenido por el Servicio, en cuanto a que la firma no es un requisito de validez de las liquidaciones, en cuanto no se le exige expresamente en la normativa tributaria, la falta de tal exigencia en forma expresa no puede llevar a concluir que no es necesaria, ya que la ley parte de la base de que una manifestación de voluntad escrita cuenta con el aludido requisito elemental [...] , el requisito de la firma en un acto administrativo terminal, también se puede inferir de una interpretación armónica de diversas disposiciones legales, a saber, los artículos 3°, 7° y 41 inciso final de la Ley N° 18.575, última disposición citada que trata sobre la delegación de firma. Y artículos 3°, 5°, 8°, 13 y 45 de la Ley N° 19.880. respecto de las dos últimas disposiciones citadas, el artículo 13° sobre el principio de no formalización del procedimiento administrativo expresa que [...]. En este caso tratándose de acto escrito (formal y terminal), es un requisito esencial de acuerdo a la naturaleza

del mismo la firma, y su omisión ocasiona un perjuicio al contribuyente, ya que privando de certeza jurídica al acto, vulnera su derecho a defensa [...].”

En este caso el tribunal resolvió dar lugar al incidente de nulidad planteado, dejando sin efecto las liquidaciones reclamadas, condenando además en costas al Servicio de Impuestos Internos.

Este pronunciamiento adhiere a un criterio opuesto al del máximo tribunal, citado previamente; en virtud del cual sostiene que el vicio relativo a la firma de autoridad no afecta a la validez del acto administrativo, en razón de no recaer en algún requisito esencial del mismo, por lo que el acto debe mantenerse dado que logra alcanzar el fin propuesto a través del mismo, sin menoscabar las garantías de los particulares.

Por otro lado, el Tribunal Tributario y Aduanero de la región de Coquimbo, realiza un pormenorizado y completo análisis acerca del requisito esencial en comparación al brevísimo análisis hecho por la Corte Suprema en esta materia (que se esperaría del máximo tribunal), siendo posible sostener que se trata de un problema no resuelto aún- satisfactoriamente- por la jurisprudencia judicial, en especial por la Corte Suprema.

Es claro que existe discrepancia entre uno y otro pronunciamiento acerca de lo que debe entenderse por “esencial” según lo dispuesto por el citado inciso 2° del artículo 13°, precepto que en materia de vicios genera más dudas y discrepancias que certeza en la jurisprudencia, siendo una disposición compleja

de interpretar, pues no sólo señala que el vicio debe recaer sobre algún requisito esencial del acto, sino también exige considerar además otros requisitos; en atención a la naturaleza o mandato legal, y además que genere perjuicio al interesado.

Para poder reconocer cuáles son aquellos que constituyen vicios de forma y por tanto, reconocer si recae sobre un requisito esencial parece ser necesario recurrir al análisis del elemento formal del acto administrativo, elemento que según el profesor Bermúdez Soto se divide en los siguientes aspectos¹³⁴:

- Forma de producción: a través de un procedimiento administrativo, en que debe considerarse además las formas de manifestación del acto, su puesta en conocimiento del interesado.
- Motivación: que consiste en la exteriorización de las razones que llevan a la Administración dictar el auto.
- Impugnación: las resoluciones expresarán además los recursos que contra la misma procedan (inc. 4° del art. 51° de la Ley N° 19.880)

Lo complejo de la interpretación del artículo 13° en materia de vicios, es que precisamente, los requisitos que exige el inciso 2° no están especificados en la ley, no existe una definición de lo que debe entenderse por esencial, tampoco el requisito de la naturaleza del acto. Ninguno de estos requisitos exigidos por este inciso se encuentra regulado legalmente, al respecto el profesor Bermúdez

¹³⁴ Bermúdez Soto, Jorge: “*Derecho Administrativo...*”, ob., cit., p. 89.

señala que *“la sistematización de los elementos del acto administrativo constituye la manifestación actual y más palpable del origen de la teoría del acto administrativo en la del acto jurídico. La clasificación que se presenta a continuación, desde luego, no es legal y corresponde a la forma tradicional en que se entienden los elementos del acto.”*¹³⁵

Según lo planteado por el profesor Felipe Lizama Allende, al requerir la ley vicios de forma que recaigan en requisitos esenciales remite a la “naturaleza” del acto, como al ordenamiento jurídico. Si dicho acto proviene de un procedimiento desformalizado, se producen problemas que al parecer no fueron previstos al momento de la elaboración de este precepto, dado que a juicio de este profesor *“no puede entenderse que jamás procederá infracción alguna, ello priva de total eficacia a la ley y lo que es más complejo, confiere a la Administración un poder calificador sobre qué es lo que constituyen requisitos esenciales por cada acto administrativo. Valoración que priva de toda certeza a los ciudadanos y de la previsibilidad administrativa que deben tener.”*¹³⁶

La problemática que ha surgido al respecto entonces, ha quedado sujeta a lo que ha resuelto y en el futuro resuelvan los Tribunales de Justicia, existiendo el riesgo permanente de cambios de criterios propios que experimentan éstos y que se han venido sucediendo según la adopción de una u otra doctrina, como lo es el caso de la clásica y la crítica de la misma.

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 86

¹³⁶ Lizama Allende, Felipe: *“Alcance del concepto de ‘Requisito Esencial’...”*, ob. cit., p.328.

Por otro lado, el último pronunciamiento de la Tercera Sala de la Corte Suprema en esta materia ha sido poco innovador y clarificador en este sentido, toda vez que en sus últimos pronunciamientos, y que se han citado a lo largo de este trabajo, no sólo se remite al carácter “esencial” para referirse a la ilegalidad del acto, sino que además agrega otro carácter: gravedad, que este vicio sea “grave y esencial”,¹³⁷ sin hacer referencia alguna sobre lo que debe entenderse por el carácter esencial, mucho menos del carácter “grave” que ha agregado como requisito para accionar de nulidad de Derecho Público, acrecentando aún más la problemática que ha surgido en materia de vicios.

Finalmente, en cuanto al requisito de gravedad exigido por nuestro máximo tribunal, conlleva a preguntarse ¿Qué debe entenderse y cuándo se está en presencia de un vicio grave? ¿Se remitirá a la definición de gravedad que entrega la Real Academia española, en su sentido natural y obvio? ¿Bien, tendrá directa relación con la ilegalidad de fondo del acto administrativo: desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y, violación de la ley de fondo aplicable? Se espera entonces que esta problemática relativa al vicio del acto administrativo sea desarrollada en extenso por la jurisprudencia, con la colaboración de la

¹³⁷ Corte Suprema Rol N° 8659-2015, de fecha 17 de diciembre de 2015, considerando 13° “Que, a su vez, uno de los principios que informan la nulidad de derecho público es el de conservación, cuyo fundamento radica en que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de acto administrativo, sólo será procedente si el vicio es **grave y esencial**, subyacen a este principio de conservación otros principios generales del Derecho como la confianza legítima que el acto genera, así como la buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica.(...)” (la negrita es mía)

doctrina nacional, a fin de resolver los problemas existentes en esta materia, dada la ausencia de normativa legal más acabada al respecto.

3. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA.

La legitimación activa en materia de nulidad de Derecho Público constituye un elemento de carácter procesal, de gran trascendencia en esta materia, y que tiene por objeto determinar quién reúne las condiciones necesarias para impugnar judicialmente un acto administrativo. En otras palabras, se dirige a precisar quiénes son titulares de una situación jurídica que permita obtener el pronunciamiento de fondo por parte del juez de la instancia.

Por regla general, la legitimación activa comprende la exigencia de un derecho subjetivo comprometido por la acción u omisión de una persona, que tiene su origen en una norma jurídica que obliga a un sujeto respecto de otro. Ahora bien, también se reconoce la existencia de legitimados activos en un ordenamiento jurídico en base a la titularidad de intereses, concepto que también ha sido discutido tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, y que por tanto al no existir plena certeza en cuanto a la noción de “interés”, consecuentemente tampoco existirá certeza en cuanto a los legitimados activos en materia de nulidad de Derecho Público. El interés implica una relación de tipo valórico entre un sujeto y un objeto, y éste estará determinado según la proximidad entre el sujeto y el objeto; a mayor proximidad entre el sujeto y el objeto mayor será este

valor y, por tanto mayor interés, con prescindencia de la relación jurídica de carácter obligacional, como ocurre con el derecho subjetivo.

Según el profesor Juan Carlos Ferrada Bórquez¹³⁸, en materia procesal civil y administrativa adquiere relevancia la noción de “interés legítimo”, que tiene relación con situaciones jurídico-subjetivas relacionadas con normas que regulan, en el interés general, la Administración Pública. Esta noción es distinta a la del derecho subjetivo ya que prescinde de la relación-obligación con el sujeto que la invoca.

No cabe duda que en nuestro ordenamiento jurídico, en especial el administrativo, ha reconocido más de un caso de legitimación activa en materia de nulidad de Derecho Público; durante el predominio de la doctrina clásica la legitimación activa en esta materia estaba entregada a la noción de que cualquier persona, sin necesidad de tener una aptitud especial frente a la pretensión, podría demandar la nulidad del acto administrativo, siendo ésta del tipo objetivo y bastante amplia, en consideración a la existencia de un “derecho público subjetivo formidable con el que la Constitución rodea y protege toda la esfera subjetiva de las personas y al mismo tiempo al Estado de Derecho en sí, ya si se toma en cuenta la naturaleza de la nulidad en cuanto de derecho público y de pleno derecho,”¹³⁹ afirmando así de este modo, una naturaleza popular o pública de la acción constitucional de la nulidad de Derecho Público, existiendo

¹³⁸ Ferrada Bórquez, Juan Carlos: “*La legitimación activa...*”, ob. cit., p.163.

¹³⁹ Fiamma Olivares, Gustavo: “*Acción constitucional de nulidad...*”, ob. cit., pp. 97-98.

uniformidad en cuanto a que el titular de la acción es cualquier integrante de la comunidad, fundada en el interés colectivo y social de la preservación del Estado de Derecho.

Esta noción o carácter de acción popular o pública de legitimación activa en materia de nulidad de Derecho Público, ha sufrido un abandono progresivo en razón del “interés” invocado por quien acciona de nulidad, exigiéndose una afectación directa del acto administrativo; un derecho subjetivo o interés legítimo en su anulación, que aparece del análisis “mucho más preciso” en palabras del profesor Soto Kloss, en un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción “Servicios de Vertederos los Maitenes Ltda. c/ Comisión Regional del Medio Ambiente Región del Bio Bio”, en cuyo considerando 8° establece

“Que pueden deducir la acción de nulidad de derecho público aquellos que tengan legitimación activa. Y este constituye un presupuesto procesal de toda acción; en el ámbito del contencioso administrativo esta exigencia procesal se traduce en que sólo pueden intentar la acción en estudio, los sujetos que resulten directamente afectados por un acto administrativo, esto es, aquellos que tuvieren un derecho subjetivo o interés legítimo en su anulación.”¹⁴⁰

El profesor Ferrada Bórquez realiza un análisis del fallo rol N° 1203-2006 caratulados “Eyzaguirre Cid Germán con Fisco de Chile”, y sobre la base de este

¹⁴⁰ Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 1820-2011, de fecha 06 de noviembre de 2011, considerando 8°. Citado por Soto Kloss, Eduardo: “La Nulidad de Derecho Público en la...”, ob. cit., p. 119.

fallo postula un tercer elemento que contribuye a precisar la legitimación activa: los “intereses”. La existencia o no de una normativa que reconozca expresamente otras posiciones jurídicas, es decir, la existencia de un interés y un texto legal expreso.

El interés jurídico como requisito esencial de la acción deducida en el fallo citado, corresponde a intereses personales y directos, amparados por el ordenamiento jurídico, relativos a la esfera personal del actor y que el acto administrativo afecta de manera única y determinante, lesionando un derecho, como lo señala el inciso 2° del artículo 38 de la Constitución.

En el análisis del fallo rol N° 598-2010, caratulados “Federación Aérea de Chile con Fisco de Chile”, señala que parece haber otra concepción sobre la legitimación activa de la nulidad de derecho público, según la cual descansaría en la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo; ambos cubiertos por la expresión “lesión de derechos”, que utiliza el artículo 38° de la Constitución, superando la concepción restrictiva utilizada en la sentencia anterior.

El profesor Ferrada Bórquez, concluye que el cambio de criterios que ha experimentado la Corte Suprema en materia de legitimación activa puede tener tres explicaciones:

La primera, señalando como la más improbable sin duda, tiene relación con el hecho de hacerse cargo “positivamente” de la crítica doctrinal realizada a la

jurisprudencia anterior. Una segunda explicación puede tener su origen en la adecuación de la jurisprudencia a los estándares construidos en materia comparada, específicamente el derecho español que reconoce el “interés legítimo” como posición jurídica subjetiva diferente del derecho subjetivo y que permite impugnar el acto. Una tercera opción relativa a la necesidad que detecta la Corte de ajustar el tema de la legitimación activa a la doctrina procesal chilena más actual, en que reconoce precisamente esta doble legitimación activa en los procesos chilenos.”¹⁴¹

En el año 2007, en materia de legitimación activa, la Corte Suprema siguió el razonamiento sobre la base de la existencia de un derecho legítimo lesionado. El fallo caratulado “*Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica*” señala al respecto “*Que como se dijo, la demandante carece de legitimación activa para deducir la acción de que se trata porque no tiene un derecho subjetivo vulnerado. Este Tribunal de Casación ha señalado en varios fallos sobre la materia que en el ámbito contencioso-administrativo sólo pueden intentar la acción de nulidad de la especie los sujetos que resulten directamente afectados por el acto administrativo, esto es, en primer término, aquellos que tuvieren un derecho subjetivo lesionado, situación que no acontece en la demandante [...]*”. Más adelante agrega “[...] que el interés que la acción exige debe ser legítimo, personal y directo, esto es, el titular debe encontrarse frente al acto que infringe

¹⁴¹ Ferrada Bórquez, Juan Carlos: “*Legitimación Activa para demandar la Nulidad de Derecho Público*”, Revista de Derecho Administrativo, N°8 (2013), pp.111-127.

*el principio de legalidad, en una especial situación de hecho que el ordenamiento jurídico ampara y que le afecta en su esfera personal de manera directa y determinante, lesionando un derecho como señala el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política, [...]*¹⁴²

Siguiendo el mismo planteamiento, en fallo caratulado “Agrícola Forestal Reñihue Ltda. Con Cubillos Casanova y Fisco de Chile”, la Corte aborda la legitimación activa siguiendo el mismo criterio señalado recientemente; el interés legítimo, señalando además: “[...] *la legitimación activa no derivará directamente de una norma o acto vulnerado, sino que de la particular situación de hecho del administrado respecto de la medida recurrida [...]*”¹⁴³

En el año 2015, la Corte de Apelaciones de Santiago recogiendo el criterio, hoy ya asentado en el máximo tribunal, en “Sociedad Legal Minera La Unión y otra con Ministerio de Economía y la SEC”, señala “[...] *En efecto, un contencioso administrativo de esta clase exige que quien promueve la nulidad debe ser titular de algún derecho subjetivo que se vea o que se haya visto lesionado o, cuando menos, que su interés se traduzca en que –extinguido el acto, expulsado que sea el ordenamiento jurídico-, obtendría algún beneficio o dejaría de experimentar algún perjuicio concreto. Lo que se viene refiriendo fluye de los criterios orientadores que están presentes en el artículo 21° de Ley de Bases de Procedimientos Administrativos e inclusive es coherente con los principios de*

¹⁴² Corte Suprema, rol N° 1428-2007, de 16 de octubre de 2008, considerandos 13° y 14°.

¹⁴³ Corte Suprema, rol N° 3011-2006, de 28 de agosto de 2008, considerando 14°.

*derecho común, conformes a los cuales sólo puede impetrar la nulidad el que tenga interés en ello. Por lo demás, eso es lo que se ha resuelto en la materia por la Excm. Corte Suprema, llegando a precisar que el indicado es un “presupuesto de la acción que todo juez está facultado para examinar aun con prescindencia de la actividad de las partes” (SCS, 16 de octubre de 2008, motivos 12 y 13, rol N° 1428-2007);”.*¹⁴⁴

Otro cambio que ha experimentado la legitimación activa en materia de nulidad de Derecho Público se ha producido a nivel de jurisprudencia del máximo tribunal; cuando hace el distingo entre la existencia de acciones de nulidad de Derecho Público propiamente tal, y las que buscan el reconocimiento de un derecho a una situación jurídica específica (acciones de plena jurisdicción), claramente la Corte Suprema no reconoce una situación única u homogénea, sino que estaría determinada por el objeto del juicio, yendo más allá de la exigencia de un derecho subjetivo lesionado. En el año 2016, el máximo tribunal emite un fallo en el que efectúa un análisis de la legitimación activa en materia de nulidad de Derecho Público, en “Federación Aérea con Fisco de Chile”, conociendo de un recurso de casación en la forma y fondo (rechazados) deducidos por la actora en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmó el fallo de primera instancia que acogió la excepción de falta de legitimidad activa, y en consecuencia, rechazó la demanda. En dicho fallo señala que para precisar la legitimación activa en materia de

¹⁴⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2424-2015 de 05 de agosto de 2015, considerando 4°.

nulidad de Derecho Público hay que hacer el distingo entre las acciones encaminadas a obtener la nulidad del acto administrativo, de efectos generales, asimilables al “Recurso de Exceso de Poder”, proveniente del derecho francés, y aquellas de contenidos patrimonial, de efectos relativos, asimilables al “Recurso de Plena Jurisdicción” del derecho francés.

En cuanto al interés, la Corte no sólo exige un simple interés legítimo, a diferencia de los fallos citados anteriormente, sino que una “afectación más intensa y directa” para accionar de nulidad, que ello no implica exigir la existencia de un derecho subjetivo lesionado, se trataría de una situación intermedia, que consiste en que el acto que se trata de impugnar afecte directamente al sujeto que acciona de nulidad, en razón de la ilegalidad del mismo y que por tanto ésta afecte su situación jurídica.

Exige la existencia de un vínculo entre quien acciona y el objeto del juicio el que determinará la existencia del interés legítimo, y para ello elabora un “estándar” para medir este interés: existencia de grado de conexión entre el interés invocado por el actor y la ilegalidad reclamada. Si no se cumple con este estándar el acto impugnado no puede ser anulado, de lo contrario estaríamos en presencia del ejercicio una acción popular, la que en esta materia no se ajustaría a Derecho, teniendo en consideración además que dicho carácter de acción popular fue abandonado por la doctrina y jurisprudencia nacionales.

“Décimo séptimo: Que, previo al análisis concreto del recurso, conviene realizar ciertas precisiones en torno a la legitimación activa en la acción de nulidad de derecho público. Al respecto, cabe consignar que, como lo ha señalado esta Corte en fallos anteriores, es imprescindible realizar una distinción entre las acciones encaminadas únicamente a conseguir la nulidad de un acto administrativo y aquellas que miran a la obtención de algún derecho a favor de un particular, las primeras pueden interponerse por cualquiera que tenga interés en ello, presentan la particularidad de hacer desaparecer el acto administrativo con efectos generales, “erga omnes” y requieren de una ley expresa que las consagre, como ocurre con el artículo 151 de la Ley N° 18.695, que instituye el reclamo de ilegalidad contra las resoluciones u omisiones ilegales de los órganos municipales. En cambio, las segundas presentan las características de ser declarativas de derechos, en que la nulidad del acto administrativo se persigue con el propósito de obtener la declaración de un derecho a favor del demandante, estas últimas, de claro contenido patrimonial, producen efectos relativos, limitados al juicio en que se pronuncia la nulidad. (CS Roles N° 1203- 2006, N° 3237-2007, 2858-2008 y 2698-2008, entre otros).

Décimo octavo: Que estas acciones en el derecho comparado, particularmente en el derecho francés, de donde proviene la distinción, reciben el nombre de “recurso por exceso de poder” y “recurso de plena jurisdicción”. Esta última, que corresponde a la acción declarativa de derechos, se denomina de “plena jurisdicción” por cuanto el tribunal puede hacer todo lo que corresponda, para

declarar un derecho a favor de un particular, incluso pronunciar la nulidad de un acto, pero, sólo con el propósito de declarar un derecho, teniendo por lo tanto la nulidad, efectos relativos al juicio en que se pronuncia. El “recurso por exceso de poder”, o acción de nulidad, en cambio, tiende a obtener la anulación de un acto administrativo, con efectos generales, “erga omnes”, no requiere de un derecho subjetivo lesionado, bastando para tener legitimación, poseer un interés legítimo en la anulación.

Décimo noveno: Que en la especie, la acción de nulidad de derecho público ha sido ejercida como una especie de “recurso por exceso de poder” de la doctrina del derecho administrativo, y no un recurso de plena jurisdicción, toda vez que en definitiva a través de la acción incoada sólo se busca la declaración de nulidad de los actos administrativos impugnados, sin que se busque una declaración de derechos en favor de la Federación Aérea, lo que determina que para tener legitimación activa no sea necesario invocar un derecho subjetivo lesionado. Ahora bien, también se ha señalado por esta Corte que las acciones contempladas en nuestra legislación como símil de los recursos de exceso de poder, se distinguen por estar sometidas a plazos breves de interposición, bastando para incoarlas la existencia de un interés legítimo. Pues bien, en el presente caso, se utiliza la acción de nulidad de derecho público como una acción de exceso de poder, por lo que cabe precisar qué categoría de interés le es exigible, concordando esta Corte, que para este caso, debe existir más que un simple interés legítimo, pues es necesario una afectación más intensa y

directa que para aquellos casos en que se ejerce una acción que se ajusta plenamente a lo que la doctrina denomina recurso por exceso de poder. Sin embargo, lo reseñado, no implica exigir la existencia de un derecho subjetivo lesionado, sino que más bien se trata de una situación intermedia, en que el acto que se trata de impugnar afecte directamente al sujeto que acciona, en razón de las ilegalidades que se atribuyen, afectando de esta manera su situación jurídica. En el mismo sentido se reflexionó, por ejemplo, en el caso “Sky Service S.A con Fisco de Chile”, Rol CS N° 5553- 2007, en que se señaló: “si bien la legitimación surge de la lesión de un derecho, término que puede interpretarse en un sentido amplio, como comprensivo de una situación jurídica reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico y no solo de un derecho subjetivo como ya ha señalado con anterioridad esta Corte Suprema, en sentencias recaídas en los autos “Agrícola Forestal Reñihue Ltda. con Cubillos Casanova, Juan Carlos y Fisco de Chile” rol Corte N° 3011- 2006, y “Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica” rol Corte N° 1428-2007, en el caso que nos ocupa, Sky invoca que su interés es que se respete la condición de reciprocidad porque tiene interés de operar en el mercado doméstico de Argentina y España y no puede hacerlo. Sin embargo, ello no corresponde a los conceptos que precedentemente se han dado, por cuanto lo que realmente invoca la actora constituye una mera expectativa de ingresar a los mercados extranjeros, pero no hay un derecho jurídicamente protegido, por lo que, la aseveración efectuada por los jueces de la instancia acerca de la falta de interés de la demandante, se ajusta a derecho,

lo que conduce a estimar que carece de legitimación activa para demandar”. Lo antes referido permite descartar estar en presencia de una acción popular.

Vigésimo: Que una vez asentado lo anterior, se debe tener presente, además, que es evidente que debe existir una vinculación mínima entre quién acciona y el objeto del juicio, que es lo que determina la existencia del interés legítimo que cumpla con el estándar descrito en el considerando precedente. Es decir, debe existir un grado de conexión entre el interés que aduce el actor y las ilegalidades que se reclaman.

Vigésimo segundo:[...]En estas condiciones, no es posible establecer que la actora tenga un interés legítimo que le permitiera accionar y obtener la declaración de nulidad que pretende, pues admitir aquello implicaría otorgar el carácter de popular a la acción ejercida, cuestión que no resulta ajustada a nuestro ordenamiento jurídico.”¹⁴⁵

De todo lo expuesto, es posible concluir que en materia de legitimación activa en la acción de nulidad de Derecho Público, no ha existido un criterio uniforme tanto en doctrina como jurisprudencia judicial. Existe escaso desarrollo en este tema, los estudios realizados al respecto son mínimos, los cuales se

¹⁴⁵ Corte Suprema, rol N° 14.9210-2016, de fecha 21 de septiembre de 2016, considerandos 17°, 18°. 19°, 20° y 22°.

reflejan en el número de publicaciones existentes versus otros temas vinculados a la nulidad de Derecho Público, como lo es la prescripción.¹⁴⁶

Por otro lado, a nivel jurisprudencial no ha existido un criterio uniforme al respecto, más bien ha pasado de un extremo a otro; desde un criterio de tipo objetivo que reconocía la titularidad de la acción de nulidad a cualquiera persona en cuanto “al derecho a vivir bajo el imperio de la ley” hasta otro completamente contradictorio que vino a reemplazar esta noción tan amplia en materia de legitimación activa, por uno que reconoce posiciones jurídicas subjetivas que legitiman la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés. Enseguida, esta noción se volvió aún más estricta: el interés invocado, el que según el máximo tribunal debe ser personal y directo, debe estar amparado por el ordenamiento jurídico, y que lesione directa y concluyentemente un derecho. No existe una definición legal de interés en esta materia, tampoco existe pronunciamiento uniforme en el tiempo por parte de la Corte Suprema que clarifique este presupuesto, por lo que ha quedado entregada a los vaivenes que ha venido experimentando nuestro máximo tribunal, específicamente su Tercera Sala.

Finalmente es necesario hacer presente además el problema que deriva precisamente de la falta de regulación legal y pronunciamiento que implique un reconocimiento claro por parte del máximo tribunal, y que a juicio del profesor

¹⁴⁶ Los únicos trabajos detectados en esta materia provienen del profesor Juan Carlos Ferrada Bórquez, denominados “La legitimación activa en los procesos administrativos anulatorios en el derecho chileno” y “Legitimación activa para demandar la nulidad de Derecho público.”, ambos del año 2013.

Ferrada Bórquez representa un ámbito complejo en esta materia; se trata, precisamente, de la adopción de planteamientos de la clasificación francesa de las acciones que efectúa la Corte, adopción que a su juicio introduce un elemento de confusión en la comprensión de la institución procesal ¹⁴⁷ de la nulidad de Derecho Público.

4. EFECTOS DE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO.

Los efectos de la nulidad de derecho público han sido un aspecto muy poco analizado tanto por la doctrina y jurisprudencia judiciales nacionales, y los escasos análisis existentes al respecto, tampoco han sido del todo claros; el profesor Silva Cimma ha señalado que para establecer la procedencia o no con efecto retroactivo de la nulidad es menester analizar caso a caso en particular. Por otro lado, el profesor Soto Kloss no distingue entre tercero y beneficiario, y en caso de que el beneficiario esté de buena fe, sólo se produciría un efecto ex -nunc, atribuyéndole efectos a un acto que considera inexistente, lo cual estima como ilógico.

Sobre esta materia es posible sostener que se ha otorgado un tratamiento similar a los efectos de la nulidad de los actos que regula el Código Civil. Así las cosas, se distingue:

¹⁴⁷ Ferrada Bórquez, Juan Carlos: “*La legitimación activa...*”, ob. cit., pp.183-184.

- Efectos de la nulidad de Derecho Público respecto de los interesados o beneficiarios del acto.
- Efectos de la nulidad de Derecho Público respecto de los terceros.
- Efectos de la nulidad de Derecho Público respecto de la Administración.

a. Efectos de la nulidad de Derecho Público respecto de los interesados o beneficiarios del acto.

En primer lugar, se entiende por interesado o beneficiario del acto, aquel a quien éste va dirigido, ya sea porque ha actuado solicitándolo, motivándolo, o ha participado en su proceso formativo, como parte interviniente o actuando la Administración de oficio; es decir, es el principal interesado o afectado por él.¹⁴⁸ Respecto de los interesados o beneficiarios, el efecto de la nulidad declarada por el órgano competente será el retrotraer las cosas al estado anterior de la dictación del acto irregular, como si éste jamás hubiera existido, es decir, la nulidad tiene efecto ex-tunc. Consecuencia de ello es el hecho de que los efectos generados por el acto viciado se entienden no sólo extinguidos, sino también como si estos jamás se hubiesen producido, generándose a partir del efecto ex-tunc una ficción jurídica que hace que debamos situarnos en el estado anterior a la dictación del acto ilegal, considerándose como si éste jamás se hubiera dictado.

¹⁴⁸ Gaceta Jurídica, N° 159, año 1993, p. 187.

Al respecto en la jurisprudencia judicial hasta los años noventa (doctrina clásica imperante), que ha sido desarrollada en los capítulos anteriores, respecto de los actos declarativos de derecho, el efecto ex-tunc no ha tenido aplicación. De esta forma han dado pleno valor a los actos de contenido favorable, tomando en consideración hechos como que los errores de la Administración no deben afectar a los beneficiarios del acto, o el hecho de que de estos actos, han nacido derechos que se incorporan al patrimonio y están protegidos por el orden constitucional.

En los primeros años de la década anterior en adelante, específicamente con el asentamiento de la actual doctrina de nulidad de Derecho Público, la jurisprudencia judicial del máximo tribunal ha hecho un distingo en cuanto a los efectos de la nulidad, según el tipo de acción; señalando un distinto tratamiento y por tanto efecto, según si se trata de una acción tendiente a obtener la nulidad de un acto administrativo, o bien si consiste en una acción dirigida a obtener algún derecho en favor de un particular. Las primeras se caracterizan por hacer desaparecer el acto administrativo con efectos “erga omnes”, y en principio¹⁴⁹ no se encuentran afectas a la prescripción “[...] *la que también puede encontrarse afectada por dicho instituto, sino la acción deducida por el particular debidamente legitimado para actuar.*”¹⁵⁰

¹⁴⁹ Corte Suprema, rol N° 22.866-2915, de fecha 07 de abril de 2016, considerando Octavo.

¹⁵⁰ Idem.

En cambio las segundas, señala el máximo tribunal, que son de contenido patrimonial, se trata de acciones declarativas de derechos. ¹⁵¹Estas acciones producen efectos relativos, cuyos derechos son de naturaleza patrimonial y privado, se sujetan a la posibilidad de extinguirse por el transcurso del tiempo, dado que comprometen sólo la esfera patrimonial particular de un individuo, y por tanto deben regirse por las normas que rigen la prescripción en el Código Civil, aun cuando su fuente provenga de la nulidad de derecho público.¹⁵²

b. Efectos de la nulidad de Derecho Público respecto de los terceros.

El tercero es aquella persona respecto de la cual no va dirigido el acto pero que por diversas circunstancias se relaciona con el mismo, y que a la vez no podrá ser afectada por su declaración de nulidad, así lo sostuvo en su oportunidad la Contraloría General de la República.¹⁵³

Por su parte la jurisprudencia nacional realiza un distingo entre beneficiario y tercero a partir del fallo “Sociedad Pesca de Chile S.A., con Ministerio de Economía”¹⁵⁴, en el cual se manifiesta la diferencia entre ambas figuras, aclarando que no procede dar eficacia a la invalidación respecto de los terceros de buena fe.

¹⁵¹ Corte Suprema, rol N° 2850-2105, de fecha 25 de junio de 2015, considerando 15°, rol N° 14.210-2016 de 21 de septiembre de 2016, considerando 17°, rol N° 82.459-2016, de 27 de septiembre de 2017, considerandos 8° y 9°, citan el considerando 10°, de la sentencia de esta misma Corte, de 28 de junio de 2007, dictada en los autos Rol N° 1203-2006, caratulados “Eyzaguirre Cid, Germán con Fisco”.

¹⁵² Corte Suprema, rol N° 2850-2105, de fecha 25 de junio de 2015, considerando 16°.

¹⁵³ Dictamen Contraloría General de la República N° 2.196/1993.

¹⁵⁴ Gaceta Jurídica, N° 158, año 1993, p. 63.

Conforme al fallo citado precedentemente el profesor Humberto Alarcón Corsi concluye que “respecto de los terceros la nulidad tendría un efecto ex–nunc, es decir, tendría efectos para el futuro, desde la dictación del acto anulatorio, de lo contrario ello conllevaría atentar contra los principios de la buena fe y seguridad jurídica.

Por el contrario, en el evento de que exista mala fe por parte del tercero correspondería dar eficacia ex–tunc, privándolo de los efectos que hubiera obtenido del acto ilegal. En todo caso respecto de los terceros la buena fe se presume” .¹⁵⁵

Para el profesor Reyes Riveros se trata de un progreso significativo en materia de irregularidad de los actos administrativos y que se vincula con el principio de conservación de las decisiones administrativas el hecho que no obstante el acto adolezca de algún vicio de ilegalidad pueda ser estimado válido, teniendo en consideración a este respecto la existencia de terceros de buena fe que han consolidado situaciones jurídicas subjetivas basadas en dichas resoluciones, éstas no pueden ser invalidadas, persiguiendo como fin último el respeto a la buena fe, la certeza o seguridad jurídica y también la confianza en el actuar legítimo de la Administración.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Alarcón Corsi, Humberto: “La Nulidad de Derecho Público en el Derecho administrativo Chileno”, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Talca (1999).

¹⁵⁶ Reyes Riveros, Jorge: “Invalidación y Nulidad de los Actos ...”, ob. cit., pp. 180-181

La Corte Suprema permanentemente ha recogido los planteamientos de la doctrina nacional, en fallo de 20 de octubre de 1999, en “Salinas contra Director de Obras de la Municipalidad de Viña del Mar”, plasmándolos en su considerando Vigésimo Segundo:

*“Que, por último, en relación con este punto, no debe incurrirse en la confusión de asimilar la situación de los beneficiarios directos de una actuación irregular de la Administración con la de los terceros de buena fe, a quienes la invalidación o anulación del acto administrativo ilegítimo no puede afectar en los mismos términos, por cuanto los destinatarios inmediatos de una actuación administrativa unilateral no son terceros en esa relación, especialmente si han solicitado voluntariamente la dictación del acto irregular inválido”.*¹⁵⁷

Ahora bien, y ya bajo la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880, y con el afán de despejar dudas acerca del efecto retroactivo de la invalidación, el profesor Jara Schnettler sostiene que este cuerpo legal vino a clarificar la procedencia del ejercicio de la potestad invalidatoria de la Administración, potestad que fue rechazada, especialmente por quienes adherían a la teoría clásica de nulidad, bajo la cual dicha potestad sólo estaba entregada a los tribunales de justicia, a través de la acción de nulidad de Derecho Público. La entrada en vigencia de la Ley N° 19.880 vino a zanjar la legitimidad del ejercicio de esta potestad en su artículo, pero a su vez, no contempló ningún límite en su

¹⁵⁷ Corte Suprema, rol N° 3459, de 20 de octubre de 1999, considerando vigésimo segundo, citado por Reyes Riveros, Jorge: “Invalidación y Nulidad de los Actos ...”, ob. cit., p. 184

ejercicio, por lo que a juicio de este profesor, este precepto por sí solo no despeja las dudas al respecto, y pareciera ser que el artículo 61 de dicha normativa, relativo a la potestad de revocación, configura límites en el ejercicio de la misma, al hacer expresa referencia relativa a los actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente. A juicio de Jara Schnettler “este precepto – que no resulta aplicable a la revisión por ilegitimidad que regula el artículo 53- parece ratificar, *a contrario sensu*, esa ausencia de límites en el caso de la invalidación. Porque si los actos administrativos producen el traspaso de situaciones ilegítimas, esto es, contrarias a derecho, aquéllas siempre quedan sujetas a la libre revisión por parte del órgano administrativo, aun por razones de mérito.”¹⁵⁸

Más adelante, el profesor Jara Schnettler cita un fallo del año 2003 de la Corte Suprema “Saffirio Espinoza, René con Jefe del Departamento Provincial de Educación”, el cual a su juicio, vino a matizar el carácter absoluto de la invalidación que fluye de la Ley N° 19.880, para ello considerando los límites que la ley le fijó a la potestad de subsanación que regula el inciso final del artículo 13 y la potestad revocatoria del artículo 61, señala que la Corte concluye que la facultad de los órganos administrativos para invalidar no sería absoluta, por cuanto no puede afectar derechos incorporados al patrimonio de terceros.¹⁵⁹ A Juicio del profesor Jara Schnettler, este fallo tiene el mérito de aplicar a un caso

¹⁵⁸ Jara Schnettler, Jaime: “*La Nulidad de Derecho Público...*”, ob. cit., 113.

¹⁵⁹ Corte Suprema, rol N° 3125-2003, de fecha 10 de septiembre de 2003, considerando 3°, citado por Jara Schnettler, Jaime: “*La Nulidad de Derecho Público...*”, ob. cit., 113

concreto los límites que tradicionalmente son aceptados por la doctrina administrativa.

Finalmente, y en un fallo más o menos reciente, la Corte Suprema antepone la legalidad del acto por sobre los derechos adquiridos sin entrar a distinguir entre buena y mala fe, en “Carlos Rómulo Alfredo Manterola Carlson y otros Con Ilustre Municipalidad de Valparaíso”, en sentencia de reemplazo que acogió el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que rechazó la acción interpuesta en contra de la Municipalidad de esa ciudad, por haber otorgado a Plaza Valparaíso S.A., a través de la Dirección de Obras, el Permiso de Edificación N° 79, de fecha 14 de febrero de 2013. Señala en el considerando noveno de la sentencia de reemplazo: 9) *“Que, finalmente, considera esta Corte relevante señalar, respecto de aquellas alegaciones enarboladas por el titular el proyecto, Plaza Valparaíso S.A, en relación a que el otorgamiento del Permiso N° 79, genera un derecho adquirido en su favor, que aquello sólo es efectivo en la medida que la autoridad al otorgar el permiso se ciña a las normas legales vigentes que rigen su otorgamiento. En efecto, un acto administrativo ilegal no puede generar un derecho adquirido para el solicitante, máxime si, como en el caso de autos, se trata de un acto de autorización que tal funcionario puede otorgar sólo si aquel se conforma con la normativa urbanística. Por lo demás, olvida el recurrente que esta Corte, de manera uniforme ha señalado que los actos emanados del Director de Obras Municipales, entre los que se encuentra el Permiso de*

Edificación, están sujetos al control de legalidad por la vía jurisdiccional a través del ejercicio de la acción contemplada en el artículo 151 de la Ley N° 18.695, sea que se conceda o se deniegue el permiso, cuestión que sería ilusoria en relación a las actuaciones que determinan el otorgamiento del permiso de edificación, si con su sola emisión se generara un derecho adquirido que ingresa al patrimonio del titular del proyecto".¹⁶⁰

c. Efectos de la nulidad de Derecho Público respecto de la Administración.

El efecto de la nulidad en la Administración puede ser visto desde un doble punto de vista: por una parte, al obtener la declaración la nulidad de un acto ilegal, se recobra la legalidad quebrantada por el acto irregular, normalizándose de esta forma una situación irregular, y por otra parte la nulidad del acto representa la oportunidad para exigir de la Administración la reparación del daño que el acto viciado le ha causado a los administrados; es posible sostener que la declaración de nulidad o la nulidad del acto no originan necesariamente la responsabilidad de la Administración, sino que ésta tiene su fuente en el acto inválido, de esta forma no siempre que se anule un acto se originará la responsabilidad de la Administración, es más, si la declaración de invalidez opera en sede administrativa, no le corresponde a la propia Administración

¹⁶⁰ Corte Suprema, rol N° 15.561-2017, de fecha 27 de diciembre de 2017, considerando 9° sentencia de reemplazo.

pronunciarse acerca de su eventual responsabilidad por el acto. Por otra parte, si la declaración de invalidez ha sido hecha en sede judicial, es posible sostener de que han existido contenciosos que son solamente anulatorios como la acción de protección y la acción de nulidad de derecho público, las cuales ha sido una buena estrategia procesal para preparar un juicio indemnizatorio contra el Estado.

La obligación indemnizatoria que emerge ante el evento de un acto ilegal tiene su fuente legal en el art.7° inc. final de la Constitución, al señalar que todo acto contrario a las exigencias planteadas por dicho artículo dará origen a las sanciones y responsabilidades que la ley determine.

4.1. Problemas por resolver en esta materia.

Si bien es cierto y como se ha demostrado a lo largo del presente trabajo, ha existido avance en materia de nulidad de derecho público, también es muy importante reconocer que la evolución que ha experimentado tanto a nivel doctrinal como legal, ha modificado el criterio tradicional de la jurisprudencia judicial al momento de abordar las consecuencias o efectos de la nulidad de los actos administrativos, ello debido principalmente a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimiento Administrativo, que introdujo normativa que vino a mesurar de alguna manera los rasgos fundamentales y por tanto los efectos de la nulidad propuestos y reconocidos por la doctrina clásica, imperante en los años noventa.

Lo anterior se ve reflejado en el reconocimiento de principios que hoy son relevantes en materia de nulidad: presunción de legalidad del acto, trascendencia y conservación, los cuales deben ser considerados por el sentenciador al determinar la legalidad del acto,

Ahora bien, en cuanto a los efectos propiamente tales, surgen algunas contradicciones e interrogantes que no han tenido respuesta ni mucho han sido abordadas por la jurisprudencia del máximo tribunal, es así que en cuanto al límite de los derechos adquiridos a propósito de la dictación de un acto ilegal surge la interrogante ¿Un acto ilegal genera efectivamente derechos adquiridos si se sostiene que ha sido dictado fuera o contra la legalidad?

Una segunda interrogante tiene relación con los efectos de carácter patrimonial y su remisión al derecho común que se solicitan en juicio en la actualidad ¿Deben regirse por las normas comunes generales?

4.2. Limitación relativa a los derechos adquiridos.

Durante el lapso existente entre la dictación del acto ilegal y la declaración de nulidad propiamente tal de dicho acto, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley N° 19.880, que establece la presunción de legalidad de la que se encuentra envuelto el acto administrativo, y teniendo en consideración la protección legal que reciben los terceros que se encuentran de buena fe, surgen las siguientes interrogantes: ¿Acaso no es posible reconocer que ese acto administrativo también generó efectos para el beneficiario o interesado del

mismo y que pueden derivar en derechos adquiridos? O más tajantemente aun, se puede sostener que ¿Un acto ilegal no genera derechos adquiridos por ser dictado al margen de la ley?

Lo adecuado o razonable es sostener que mientras no exista declaración de nulidad del acto, éste produce todos sus efectos ya sean jurídicos, patrimoniales, etc, y por tanto será generador de derechos adquiridos, teniendo en especial consideración el abandono progresivo que ha hecho la doctrina y la jurisprudencia judicial del carácter *Ipso Iure* de la nulidad de Derecho Público. Sin embargo, volviendo a lo relativo a quienes pueden ser titulares de derechos adquiridos, lleva a preguntarse si ¿No será un tanto discriminatorio otorgar un reconocimiento de derechos adquiridos sólo a un tercero, y no así respecto del interesado o beneficiario, sólo porque el tercero se presume que ha estado de buena fe? ¿Qué pasa con las actuaciones realizadas por el interesado o beneficiario del acto durante el tiempo intermedio, a propósito de un acto que gozaba de presunción de legalidad y que con posterioridad es declarado nulo? Ello debido a que la Ley N° 19.880 tampoco fue muy clara respecto de la eficacia temporal del acto invalidatorio.

Todas estas interrogantes no han sido materia de estudio en la actualidad. En efecto, tanto la doctrina, y en especial la jurisprudencia del máximo tribunal no han abordado esta problemática en profundidad, de los fallos revisados no se encontró ninguno en que se haga un completo análisis en materia de efectos de la nulidad de Derecho Público.

4.3. Derechos de contenido patrimonial y carácter privado cuya fuente es la Nulidad de Derecho Público.

Una segunda interrogante tiene relación con los efectos de carácter patrimonial y su remisión al Derecho Común; si los derechos de carácter patrimonial que se solicitan en juicio actualmente deben regirse por las normas comunes generales ¿Por qué debe considerarse que este interés patrimonial, de carácter privado, afecta sólo al individuo en particular, cuando estos efectos tiene su fuente precisamente en la nulidad de Derecho Público, que no mira precisamente el interés privado, sino que es de carácter general, comprometiendo el interés social y, por tanto la legalidad? ¿Acaso el interés privado está por sobre el público en esta materia?

A diferencia de los planteamientos de la doctrina clásica que gozaron de plena aceptación por parte de la jurisprudencia judicial hasta finales de los años noventa, hoy con el abandono de esta doctrina, siendo reemplazada por la actual, que como se ha señalado a lo largo del presente trabajo, contiene lineamientos que distan mucho una de la otra, sumado a ello los fundamentos que hace ya desde algunos años a la fecha nuestro máximo tribunal ha venido reproduciendo íntegramente en sus sentencias en esta materia, sometiendo a las normas del Derecho Común, aquellos derechos de contenido patrimonial derivados de la acción de nulidad de derecho. Es así como en “Pinto Villablanca Cecilia con Fisco de Chile”, de fecha 25 de junio el año 2015, considerando sexto:

*“Que las últimas acciones declarativas precedentemente aludidas, denominadas también de “plena jurisdicción”, por cuanto el tribunal puede hacer de todo lo que corresponda para declarar un derecho a favor de un particular, incluso decretar la nulidad del acto con tal objeto, y que **son de claro contenido patrimonial**, producen efectos relativos, limitados al juicio en que se pronuncia la nulidad. Efectivamente, la naturaleza misma de los derechos cuyo reconocimiento se solicita **es siempre de carácter patrimonial y privado, aun cuando su fuente se encuentre en una nulidad de derecho público**, y como tal quedan sujetos a la posibilidad de extinguirse por el simple transcurso del tiempo. **La ley no somete a un estatuto particular los efectos de un acto administrativo nulo**; por lo que **si compromete sólo la esfera patrimonial particular de un individuo debe regirse por las normas comunes generales** existentes al respecto, y éstas con las contenidas en el Código Civil y en las leyes especiales que regulan la materia.”¹⁶¹*

Como ya se ha señalado en los capítulos anteriores, ha existido permanente consenso en cuanto a considerar la nulidad de Derecho Público como un mecanismo destinado a resguardar el Principio de Legalidad constitucionalmente establecido, por lo que es impensable sostener que este instituto compromete única y exclusivamente la esfera privada. El razonamiento expuesto por la Corte Suprema en orden a reconocer expresamente que las

¹⁶¹ Corte Suprema, rol N° 2850-2015, de fecha 25 de junio del año 2015, considerando 16°. Este considerando se reproduce íntegramente en Rol N° 8659-2015, de fecha 17 de diciembre de 2015, considerando 16°. (la negrita es mía)

acciones de carácter patrimonial tienen su fuente en la nulidad de Derecho Público, resulta contradictorio; ¿cómo es que una acción de tal naturaleza y finalidad puede presentar semejante dualidad?

Sin embargo, es posible reconocer que la aplicación del Código Civil viene a resolver problemas que en la práctica no tienen tratamiento legal, situación que es reconocida expresamente en el citado fallo, y ante este vacío legal, la Corte dice que al comprometer sólo la esfera patrimonial particular de un individuo, debe regirse por la normativa común contenida en el Código Civil, beneficiando en la mayoría de los casos al interés patrimonial fiscal.

Claramente la Corte Suprema efectúa una categorización que no tiene reconocimiento legal ni constitucional, a fin de lograr resolver un problema de vacío legal, que a su vez, no lo resuelve de forma satisfactoria pues no ha existido un análisis pormenorizado sobre los efectos de la nulidad, y muchas veces los fallos se limitan a citar en forma textual (como lo ha sido precisamente el considerando citado precedentemente) otros anteriores, sin hacer un mayor análisis del tema, caso a caso. Precisamente situaciones como esta conllevan a tener que estarse a los cambios de criterios que pueda experimentar nuestro máximo tribunal, cambios de criterio que han sido opuestos entre sí, y que han llevado a más de algún administrado el no obtener los resultados, especialmente de carácter pecuniario, que había considerado al momento de accionar contra el Fisco, pero que haberse asentado un criterio distinto al actual si le hubiese permitido obtener su pretensión pecuniaria.

CONCLUSIONES

La nulidad de Derecho Público en Chile constituye una sanción de ineficacia jurídica que afecta a actos emanados de la Administración, que carecen de los requisitos que el ordenamiento jurídico establece para su existencia y validez.

Esta sanción destinada garantizar el Principio de Legalidad consagrado en el artículo 6° de la Constitución Política, encuentra su fundamento en el artículo 7° de la citada Carta, de tal forma que hasta hace unos años esta norma constituía toda la Teoría de la Nulidad de Derecho Público existente a la fecha.

El estudio de esta institución, tanto por parte de la doctrina y jurisprudencia judicial nacionales, ha pasado por etapas, no estando exento de discusiones, especialmente entre quienes adhieren a la Doctrina Clásica de nulidad de Derecho Público, y quienes difieren considerablemente de los postulados de esta doctrina, pasando a ser denominados como los críticos de la misma. Al estudiar esta institución y su evolución en el tiempo, es imposible no recurrir a los postulados doctrinales y jurisprudenciales, principalmente porque ambos han aportado al desarrollo de la misma, y además que el asentamiento o aceptación

mayoritaria de una u otra doctrina en determinada época, ha significado al mismo tiempo su adopción y asentamiento por parte de la jurisprudencia.

En Chile, el estudio de la Nulidad de Derecho Público si bien ha tenido un inicio incipiente, con los años ha logrado desarrollo progresivo, de menos a más, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, logrando acaparar el interés de muchos autores en aportar a su desarrollo, lo cual se ve reflejado en un sinnúmero de publicaciones, las cuales se fueron incrementando considerablemente desde comienzos del año 2000 hasta finales del año 2015.

La nulidad como sanción de los actos administrativos que transgreden el principio de la legalidad cuya protección se remonta desde hace más de un siglo, en que han existido diversas posturas al respecto, disímiles entre sí, pero que han convergido respecto de su regulación en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política.

Es importante señalar que la Nulidad de Derecho Público difiere de la nulidad de Derecho Común, respecto de la cual coinciden principios propios de este cuerpo normativo como la autonomía de la voluntad o la preeminencia del interés privado, que no tienen aplicación en el Derecho Público.

Conforme a lo desarrollado en este trabajo, esta nulidad requiere de declaración judicial, perdiendo el carácter ipso iure que la caracterizó por décadas hasta finales de los años noventa. Esta declaración precisamente es consecuencia del Principio de Legalidad de que están revestidos los actos

administrativos, consagrada en la Ley N° 19.880 sobre Bases de Procedimiento Administrativo; ya que ellos se consideran válidos mientras no medie declaración de nulidad, siendo necesario tener presente que la validez y la eficacia de los actos administrativos son dos temas distintos, un acto dejará de ser eficaz cuando el órgano correspondiente declare su nulidad.

Por otra parte, la nulidad de Derecho Público es una sanción establecida en nuestro Derecho de manera muy excepcional, por lo que sostener lo contrario, hoy es erróneo, y así lo ha señalado la doctrina crítica de la clásica de nulidad de Derecho Público y la Jurisprudencia judicial, existiendo consenso al respecto.

La prescriptibilidad y la invalidación son institutos que tienen su reconocimiento a nivel doctrinal y jurisprudencial, encontrándose el último de ellos regulado expresamente en la Ley N° 19.880, normativa que ha conllevado a que el carácter imprescriptible de la acción de nulidad, que de alguna manera ha sido consecuencia directa del carácter ipso iure de antaño, vaya perdiendo fuerza y acogida con la entrada en vigencia de la citada normativa. Si bien la actual jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la prescriptibilidad, ha dicho que afecta principalmente a las acciones de carácter patrimonial que se deducen y tienen su fuente en la acción de nulidad de Derecho Público, siendo sometidas a las reglas establecidas en los artículos 2.497 y 2.515 del Código Civil, no es posible sostener categóricamente que la acción de nulidad de Derecho Público propiamente tal, fuese imprescriptible dado que en algunos de sus fallos, ya citados en el desarrollo de este trabajo, no ha descartado por completo dicha

posibilidad cuando señala expresamente que “[...]en principio no se encuentran afectas a la prescripción [...] la que también puede encontrarse afectada por dicho instituto [...]”¹⁶², por lo que pronunciamientos como ese, y demás disposiciones diseminadas en la normativa de Derecho Público, permiten reconocer la prescriptibilidad y concluir que la prescripción no es un instituto ajeno al Derecho Público.

Por otro lado, es posible sostener que la Administración se encuentra facultada para invalidar sus actos, cuestión impensable y por tanto improcedente hasta finales de los años noventa, mientras la doctrina clásica imperaba en el máximo tribunal. La potestad invalidatoria permite a la Administración invalidar sus actos cuando estos sean contrarios a la legalidad, fundándose en los artículos 6° y 7° de la Constitución, Ley N° 18.575 Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado y Ley N° 19.880, textos que reconocen dicha potestad a la Administración, la cual tiene como límite el transcurso del tiempo y los derechos de los terceros de buena fe.

Es importante hacer presente que un acto irregular no siempre es susceptible de invalidación, dado que se ha reconocido tanto por la doctrina como jurisprudencia judicial actuales, que existen vicios de menor entidad que pueden ser subsanados por el propio legislador, a quien la propia Constitución entregó la facultad de sancionar los actos contrarios al Principio de la Legalidad,

¹⁶² Corte Suprema, rol N° 22.866-2915, de fecha 07 de abril de 2016, considerando 8°.

por la misma Administración, ello en virtud del Principio de Conservación de los actos administrativos, con reconocimiento tales como; la convalidación, conversión (con un desarrollo casi nulo), la rectificación y la prescripción, principio reconocido expresamente por la gran parte de la doctrina actual y la normativa legal contenida en el artículo 13° de la Ley N° 19.880, teniendo como finalidad el que una declaración de nulidad no genere mayores inconvenientes que los ocasionados por el acto irregular, de tal forma de contribuir con ello al bien común.

En materia de legitimación activa de la nulidad, la doctrina clásica a la que adhirió nuestro máximo tribunal hasta la década de los noventa, sostenía que la legitimación era de tipo objetivo, amparada en el derecho subjetivo de vivir bajo el amparo de la ley. Esta postura fue siendo desplazada, incluso antes que se produjera el completo abandono de la doctrina clásica por parte del máximo tribunal, por una postura completamente opuesta; comienza a exigirse la titularidad de intereses legítimos. No obstante, en el año 2007 se produce el gran cambio; la Corte hace un distingo entre la acción de nulidad propiamente y aquellas de contenido patrimonial que tiene su fuente en la acción de nulidad de Derecho Público. Como ha sostenido el profesor Ferrada Bórquez, la Corte no reconoce una situación única sino que estaría determinada por el objeto del juicio: Interés jurídico de carácter personal amparado por el ordenamiento jurídico. Luego, en otras ocasiones ha sostenido que la legitimación activa en materia de nulidad de Derecho Público descansa sobre la titularidad de un

derecho subjetivo o interés legítimo, ambas ideas comprendidas en la expresión “lesión de derechos” a que se refiere el artículo 38° de la Constitución; esto significa que quien debe impetrar la nulidad debe tener interés en ello, constituyendo éste en un presupuesto esencial para accionar de nulidad.

Otro aspecto que tiene directa relación con la legitimación activa, y a propósito del abandono de la noción del tipo objetivo de ésta, es aquel relativo al carácter de acción pública o popular de la acción de nulidad de Derecho Público, concebido por la doctrina y jurisprudencia de la época y que fuera reemplazado por el carácter subjetivo que hoy le otorgan ambas a la legitimación activa, por lo que esta acción se sustenta en la existencia de un agravio, lesión o afectación de derechos en la esfera personal, que debe ser acreditada suficientemente, por lo que la alegación de la transgresión abstracta de la legalidad no legitiman para accionar de nulidad.

A su vez, la transgresión de la legalidad a través de la dictación de un acto administrativo se produce cuando éste adolece de un vicio de ilegalidad. Al respecto según la doctrina clásica debía circunscribirse a los que establece el artículo 7° de la Constitución: Incompetencia, falta de investidura irregular y el no cumplimiento de formalidades. Las primeras voces críticas de esta doctrina sostenían que no cualquier vicio de ilegalidad hacía procedente declarar nulo el acto administrativo, que si bien el acto adolece de vicios y estos no eran entidad suficiente que permitiera declararlos nulos y por tanto no obsten a que logre su

fin, en virtud de la aplicación del principio de proporcionalidad, el acto no podía ser anulado.

Luego a partir del año 2000 en adelante, ya abandonándose por completo la doctrina clásica, la nueva doctrina, paralelamente a la jurisprudencia judicial y la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880, se modifica la concepción del vicio, dando lugar al carácter “grave y esencial”, como requisito fundamental del vicio, ello en razón del carácter de “remedio excepcional” que le fuera otorgado por la Jurisprudencia del máximo tribunal a la nulidad de derecho público, carácter que se mantiene hasta hoy y se señala reiteradamente en su fallos.

A lo anterior, debe agregarse además las nuevas causales de nulidad que introduce la Corte Suprema, reconocidas también por la doctrina nacional, ampliando de esta forma el catálogo de causales del artículo 7° de la Constitución, introduciendo aquellas como la violación de ley, motivos o desviación de poder, vale decir, el reconocimiento de vicios relacionados con la ilegalidad interna del acto administrativo.

En cuanto a la supletoriedad de la normativa del Derecho Común en materia administrativa, este punto ha sido sin duda uno de los más discutidos en la doctrina nacional; por una parte, los adherentes a la doctrina clásica conciben el Derecho Administrativo como un sistema autónomo, negando por completo la supletoriedad de las reglas civiles. Por otro lado, la doctrina actual, crítica de la clásica, no ve con malos ojos esta supletoriedad, al contrario, estima que si bien

no existe preceptiva legal ni constitucional que permita expresamente esta remisión, (aunque algunos sostienen que existe tal remisión porque el propio constituyente o dispone así en el inciso 3° del artículo 7° de la Constitución) tampoco la hace improcedente, tomando además en consideración que no resulta perjudicial para la legalidad al contrario, en virtud de la aplicación de esta normativa se ha logrado una mejor resolución de asuntos en materia administrativa, que gracias a la exiguo trabajo legislativo generando escasa normativa en materia de nulidad de derecho público, se producen estos vacíos normativos que la jurisprudencia, con ayuda de la doctrina, han intentado llevar; desde la entrega de competencia para conocer y resolver estos asuntos a los juzgados de letras en lo civil, hasta el tratamiento de los efectos de la declaración de nulidad de derecho público propiamente tal.

En cuanto a los efectos de la nulidad, es posible señalar que se producen ex-tunc respecto a los beneficiarios del acto, y efectos ex –nunc respecto de los terceros de buena fe, quienes no pueden verse perjudicados por el efecto retroactivo de la sanción.

Respecto de los efectos de la nulidad para la Administración, el acto ilegal puede generar una eventual responsabilidad extracontractual, según lo dispuesto por el artículo 7° de Constitución, artículo 4° y 44° de la Ley N° 18.575 en favor de quienes puedan verse afectados por el acto ilegal.

No obstante, existen algunos aspectos que actualmente han sido materia de discusión doctrinal, pero que la jurisprudencia judicial no ha emitido pronunciamientos, o bien lo ha hecho muy tímidamente.

En general, el análisis efectuado por la jurisprudencia judicial, en especial la del máximo tribunal es posible sostener que existe un desarrollo progresivo de la teoría de la nulidad de derecho público, si bien no es posible sostener que se trata de un vasto desarrollo debido principalmente al escaso desarrollo de normativa legal que regule esta materia, si es innegable sostener que la jurisprudencia judicial, con ayuda de la doctrina nacional, han contribuido a este desarrollo, que ha tenido su punto de partida con primeros estudios realizados en esta materia, el asentamiento de la doctrina clásica, luego las críticas surgidas de la misma que llevaron al abandono progresivo de la misma, principalmente por contener planteamientos considerados por algunos como muy radicales, que en lugar de resolver problemas en materia de nulidad, generaba consecuencias aún más perjudiciales y que atentan contra el bien común.

Si bien nuestra jurisprudencia judicial ha realizado esfuerzos para resolver los problemas que se presentan en materia de nulidad de derecho público, estos no han sido suficientes; una parte importante de los pronunciamientos se limitan a citar en forma textual otros anteriores, como las opiniones de determinados tratadistas, sin hacer un mayor análisis del tema y ello se refleja en los problemas no resueltos que se plantean en este trabajo; el carácter grave y esencial del vicio, no existe un criterio uniforme, ni un desarrollo en extenso de lo que debe

entenderse por aquello que es esencial conforme a la naturaleza del acto. El artículo 13° de la Ley N° 19.880 no es fácil de interpretar, ninguno de los requisitos exigidos por esta disposición relativa al vicio está definido ni en esta ley ni en otro texto legal. Sumado a ello, la Corte Suprema al referirse al carácter del vicio en materia de nulidad de derecho público, que precisamente por tratarse de un “remedio excepcional”, agrega la exigencia de que este vicio sea “grave”, y así lo ha señalado reiteradamente en sus fallos al respecto, sin hacer referencia alguna en cuanto lo que debe entenderse por vicio de carácter grave. En cuanto a la legitimación activa; esta se sustenta en un ordenamiento jurídico que se basa sobre la titularidad de intereses, concepto descrito tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, pero que al respecto no existe certeza. La posición en materia de legitimación activa por parte de la Corte Suprema ha sido una postura más bien vacilante en el tiempo. Si bien se abandonó la noción de legitimación activa de tipo objetivo por parte de la jurisprudencia judicial, y desde hace ya varios años adhiere a una de tipo subjetivo, que vino a terminar con el carácter de acción pública o popular de la acción de nulidad de derecho público, sin embargo, si se considera además el distinto de acciones de nulidad de derecho público propiamente tal y aquellas de contenido patrimonial que nacen de la primera, claramente la Corte Suprema no reconoce una situación única.

Sobre efectos de la nulidad de Derecho Público es posible sostener que el trabajo de la actual doctrina, la jurisprudencia y la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880, han mesurado de alguna forma los rasgos fundamentales, y por tanto

los efectos de nulidad de derecho público que predominaban hasta finales de los años noventa gracias a la doctrina clásica, sumado a ello el reconocimiento de principios generales del derecho, que hoy son relevantes en materia de nulidad. No obstante lo anterior, se presenta el problema en cuanto a la distinción que se realiza en cuanto a la declaración de nulidad respecto del interesado o beneficiario del acto, y de los terceros, respecto de éstos últimos esta sanción no les es oponible en cuanto se encuentren de buena fe.

De buena o mala fe, se está en presencia de un acto administrativo ilegal, que ha sido dictado fuera o en contra de la legalidad, por lo que, a juicio de quien suscribe, no debería generar derechos adquiridos. Y en cuanto a la distinción de acciones ya señalado anteriormente, respecto de aquellas que son de contenido patrimonial que nace de la acción de nulidad de derecho público; la jurisprudencia, apoyada por la doctrina nacional, sostiene que se remiten a las reglas del Código Civil, por cuanto a que son susceptibles de prescribir. A mi juicio, resulta contradictorio y no me convence el argumento actual de la Corte Suprema basado en que el interés patrimonial, de carácter privado, afecta sólo al individuo en particular, cuando estos efectos precisamente tienen su fuente precisamente en la nulidad de Derecho público, que no mira precisamente el interés privado, sino que es de carácter general, comprometiendo el interés social y, por tanto la legalidad. Ello sería concluir que el interés privado está por sobre el público en esta materia, lo que resulta confuso.

En resumidas, es posible sostener que ha existido una evolución constante en materia de nulidad de Derecho Público, haciéndose cargo de problemas, que han sido materia de discusión y que actualmente se encuentran en su mayoría satisfactoriamente resueltos, evolución que se ha ido configurando a través de la incorporación del Derecho común en materia administrativa, además de diversa normativa dispersa en dicha temática, todo ello en el entendido desde un punto de vista de integración e interpretación armónica de la normativa existente en nuestro ordenamiento jurídico, cuestión respecto de la cual nuestra Constitución Política no estaría ajena, toda vez que la doctrina y jurisprudencia son coherentes en señalar que la Carta Fundamental es un todo orgánico, de tal forma que cada una de normas debe determinarse con armonía y no de manera aislada.



Finalmente, y sin que este haya sido materia de estudio del presente trabajo, no es posible abstraerse del trabajo del Congreso; que sea el adecuado para crear una correcta legislación administrativa, la que no sea objeto de dudas y críticas, como en muchos casos suele ocurrir al crearse una ley que regule determinadas materias que antes no habían sido reguladas.

BIBLIOGRAFIA.

ACUÑA BUSTOS, Marcelo: “La naturaleza de la Nulidad de Derecho Público”, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 212, Vol. 2, año LXX Julio-Diciembre año 2002.

ALARCÓN CORSI, Humberto: “La nulidad de derecho público en el derecho administrativo chileno”, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca (1999).

ALDEA MOSCOSO, Rodolfo: “Interés actual y declaración judicial en las Nulidades de Derecho Público”, Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado, N° 10, diciembre año 2003.

AYLWIN AZOCAR, Patricio; AZOCAR BRUNNER, Eduardo: “*Derecho Administrativo*”, Contraloría General de la República, Editorial Universidad Nacional Andrés Bello, año 1996.

BARAHONA GONZALEZ, Jorge: “La Nulidad De Los Actos Administrativos Y La Nulidad De Los Actos Y Contratos Del Código Civil: ¿Son Tan Distintas?”, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 8, Julio año 2007.

BERMUDEZ SOTO, Jorge: “El Principio de Legalidad y la Nulidad de Derecho Público en la Constitución política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común.”, Revista de Derecho Público, volumen 70, año 2008.

BERMUDEZ SOTO, Jorge: “Derecho Administrativo General, Abeledo Perrot, Santiago, año 2010.

BERMUDEZ SOTO, Jorge: “Las relaciones entre el derecho administrativo y el Derecho Común: Derecho positivo, doctrina y jurisprudencia.”; Abeledo Perrot, año 2012.

BERNASCHINA GONZÁLEZ, Mario: “Bases Jurisprudenciales para una Teoría de las Nulidades Administrativas”, 45-48, Universidad de Chile, año 1949.

BOCKSANG HOLA, Gabriel: De la imprescriptibilidad De La Nulidad De Derecho Público”, *Ius Publicum*, N° 14, año 2005.

BOCKSANG HOLA, Gabriel: “La ampliación de las causales de nulidad de Derecho Público por la Corte Suprema”, “Sentencias Destacadas 2012”, recuperado en <https://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-299-314-La-ampliacion-de-las-causales-de-nulidad-de-derecho-publico-por-la-Corte-Suprema-GBocksang.pdf>, (27 noviembre de 2017)

BOCKSANG HOLA, Gabriel: “De la Nulidad de Derecho Público Como Inexistencia”, *Ius Publicum*, N° 16, año 2006.

BOCKSANG HOLA, Gabriel: “El ámbito de aplicación de la Nulidad De Derecho Público.”, *Ius Publicum*, N° 30, año 2013.

CARRASCO POBLETE, Jaime: “Razones jurídicas que justifican la improcedencia de aplicar el estatuto de la Nulidad de Derecho Público contra los actos jurisdiccionales.”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 42, N° 2, año 2015.

CEA EGAÑA, José Luis, “Curso de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile”, Santiago, Chile, año 1999.

CEA EGAÑA, José Luis: “Derecho Constitucional Chileno”, Santiago, Ediciones UC, año 2008.

CONCHA MACHUCA, Ricardo: “Aplicación de las reglas civiles en Derecho Administrativo especialmente en materia de prescripción de la acción de nulidad.”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N°225-226, año LXXVII, Enero-Junio, Julio-Diciembre año 2009.

CONCHA MACHUCA, Ricardo: “Nulidad del contrato de la Administración, aplicabilidad de las reglas civiles”, Santiago, Thomson Reuters, 2012.

CONCHA MACHUCA, Ricardo: “La nulidad del contrato de administración por vicio de objeto contrario al Derecho Público. Artículo 1462 del Código Civil.”, IX Jornadas de Derecho Administrativo, Legal Publishing Chile, año 2013.

CONCHA MACHUCA, Ricardo: “El Desarrollo del Régimen Jurídico de la Nulidad de Derecho Público.”, *Revista de Derecho*, volumen XXVI, N° 2, Diciembre año 2013.

CONCHA MACHUCA, Ricardo: “El desarrollo del régimen jurídico de la Nulidad de Derecho Público.”, Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, vol. XXVI, N°2, Diciembre año 2013.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo: “La Nulidad de los actos y sus causales”, IX Jornadas de Derecho Administrativo, Legal Publishing Chile, año 2013.

DORN GARRIDO, Carlos: “Ley de Bases de Procedimiento Administrativo y Nulidad de Derecho Público”, Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado, N° 17, junio año 2007.

FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos: “La legitimación activa en los procesos administrativos anulatorios en el Derecho Chileno.”, IX Jornadas de Derecho Administrativo, Legal Publishing Chile, año 2013.

FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos: “Legitimación activa para demandar la Nulidad de Derecho Público.”, Revista de Derecho Administrativo Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 8, año 2013.

FIAMMA OLIVARES, Gustavo: “Acción Constitucional de Nulidad y Legitimación Activa y Objetiva”, Revista de Derecho Público Universidad de Chile, N° 49, año 1991.

GUERRERO VALLE, Gonzalo: “Las acciones patrimoniales derivadas de la Nulidad de Derecho Público: Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema a la luz de las interpretaciones doctrinarias.”, IX Jornadas de Derecho Administrativo, Legal Publishing Chile, año 2013.

HUEPE ARTIGAS, Fabián: Responsabilidad del Estado, Falta de Servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa, Legal Publishing, año 2006.

IBACETA MOLINA, David, “La nulidad de los actos administrativos, breve noticia sobre dos sistemas”, Revista de Derecho Público, vol. 64, año 2002.

JARA SCHNETTLER, Jaime: “La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia.”, Libromar Editores, año 2004.

JARA SCHNETTLER, Jaime: “Desviación de poder y nulidad de los actos administrativos”, IX Jornadas de Derecho Administrativo, Legal Publishing Chile, año 2013.

LIZAMA ALLENDE, Felipe “Alcance del concepto de “Requisito Esencial” en el artículo 13 de la Ley N° 19.880.”, IX Jornadas de Derecho Administrativo, Legal Publishing Chile, año 2013.

MARIN VALLEJO, Urbano: “Algunos aspectos de la Nulidad de Derecho Público. Aproximación práctica al tema”, Seminarios de Derecho Procesal, cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, N° 17, año 2004.

MILLAR SILVA, Javier: “El procedimiento administrativo de invalidación y los procesos de nulidad ante los tribunales de justicia”, IX Jornadas de Derecho Administrativo, Legal Publishing Chile, año 2013.

MOHOR ABUAUAD, Salvador: “Acerca de la Nulidad de Derecho Público en nuestro sistema jurídico constitucional y, en especial, de la interpretación armónica de los artículos 6° y 7° de la Constitución.”, Revista de Derecho Administrativo Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 76, año 2015.

MORALES ESPINOZA, Baltazar: “Nuevos aspectos de la Nulidad de Derecho Público”, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 212, Vol. 2, año LXX Julio-Diciembre año 2002.

OÑATE VERA, Emilio: “La Nulidad de Derecho Público, una sanción de excepción”, IX Jornadas de Derecho Administrativo, Legal Publishing Chile, año 2013.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio: “La Nulidad de Derecho Público”, Revista de Derecho Público Universidad de Chile, vol. 67, año 2005.

PIERRY ARRAU, Pedro: “Lo Contencioso Administrativo en la Constitución Política de 1980. Competencia del Poder Judicial hasta la Dictación de la Ley”, Revista de Derecho Público UCV, N° 5, año 1981.

PIERRY ARRAU, Pedro: “Nulidad en el Derecho Administrativo”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XV año 1993-1994.

POBLETE VINAIXA, Julia: “El carácter prescriptible o imprescriptible de la acción de Nulidad de Derecho Público”, IX Jornadas de Derecho Administrativo, Legal Publishing Chile, año 2013.

REYES RIVEROS, Jorge: “Reflexiones Acerca De La Nulidad De Derecho Público”, Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, volumen 4, Valdivia, Diciembre año 1993.

REYES RIVEROS, Jorge: "La Nulidad de Derecho Público", 2° Edición actualizada, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Abril año 2000.

REYES RIVEROS, Jorge: "Invalidación y Nulidad de los Actos Administrativos y otros Estudios.", Editorial Lexis Nexis, año 2004.

ROJAS CALDERON, Christian: "Alcance y aplicabilidad de la Nulidad Administrativa a los actos emanados de particulares en el ejercicio de sus funciones", IX Jornadas de Derecho Administrativo, Legal Publishing Chile, año 2013.

SILVA CIMMA Enrique: "*Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes*", Edit. Jurídica de Chile, 1° Edic., Santiago, año 1995.

SOTO KLOSS, Eduardo: "La Invalidación de los actos administrativos", Revista Chilena de Derecho, Vol. 16, año 1989.

SOTO KLOSS, Eduardo: "La Nulidad De Derecho Público En El Derecho Chileno", Revista de Derecho Público Universidad de Chile (N°s. 47-48), Santiago, Enero/Diciembre año 1990.

SOTO KLOSS, Eduardo: "La Nulidad De Derecho Público referida a los actos de la Administración", Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XIV, años 1991-1992.

SOTO KLOSS, Eduardo: "La Regla de Oro del Derecho Público Chileno", Revista de Estudios Históricos-Jurídicos (Sección Historia del Derecho Chileno) XV, años 1992-1993.

SOTO KLOSS, Eduardo: "La Nulidad de Derecho Público De Los Actos Estatales Y Su Imprescriptibilidad En El Derecho Chileno", Ius Publicum, N° 4, año 2000.

SOTO KLOSS, Eduardo: "Lo que dice la Jurisprudencia de la Corte Suprema respecto de la Nulidad de Derecho Público de los actos administrativos", Ius Publicum, N° 23, año 2009.

SOTO KLOSS, Eduardo: "Derecho Administrativos, Temas Fundamentales", Abeledo Perrot, segunda edición, Abeledo Perrot, año 2010.

SOTO KLOSS, Eduardo: "La Nulidad de Derecho Público En La Jurisprudencia Reciente.", Ius Publicum, N° 30, año 2013.

SOTO KLOSS, Eduardo: "La Nulidad De Derecho Público En La Jurisprudencia Reciente.", Ius Publicum, N° 31, año 2013.

SOTO KLOSS, Eduardo: “La Nulidad de Derecho Público en la Jurisprudencia reciente.”, Ius Publicum, N° 30, año 2013.

SOTO KLOSS, Eduardo: “La Nulidad de Derecho Público en la Jurisprudencia reciente. (Segunda Parte)”, Ius Publicum, N° 31, año 2013.

SOTO KLOSS, Eduardo: “La Nulidad de Derecho Público según la Corte Suprema hoy: De su tergiversación a su Destrucción.”, Ius Publicum, N° 32, año 2015.

VERGARA BLANCO, Alejandro: “El Derecho Administrativo como sistema autónomo.”, Abeledo Perrot, año 2010.

VERGARA BLANCO, Alejandro: “Vicios de procedimiento o de forma que no afectan la validez del acto administrativo: Las formalidades no esenciales.”, IX Jornadas de Derecho Administrativo, Legal Publishing Chile, año 2013.

Revista Gaceta Jurídica.

Gaceta Jurídica N° 158 año 1993: “Giménez Mora Nelly con Director INP y funcionaria”, 27 de Julio de 1993, Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 1.605-93, confirmada por la Corte Suprema rol N° 21.449 de 12 de Agosto de 1993, p.63-64.

Gaceta Jurídica N° 159 año 1993: “Sociedad Pesca de Chile S.A. con Sub. Sec. De Pesca”, 1° de septiembre de 1993, Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol N° 20.733, Recurso de Protección, p. 180-188.

Gaceta Jurídica N° 169 año 1994: “Morales con Fisco”, 04 de julio de 1994, Corte Suprema, rol N° 5.609-92, apelación recurso de protección, p.68-70.

Gaceta Jurídica N°177 año 1995: “Becerra Cortés Marlene con INP”, 20 de enero 1995, Corte de Apelaciones de Santiago, recurso de protección apelado y confirmado por la Corte Suprema, rol N° 24.504 de 25 de marzo de 1995, p.50-52.

Gaceta Jurídica N° 191 año 1996: “Lazo C. Carmen con Fisco de Chile”, 02 de mayo de 1996, apelación de recurso de protección, Corte Suprema, rol N° 5.888-95, p. 79-80.

Gaceta Jurídica N° 217 año 1998: Bussi Soto Hortencia con Fisco de Chile”, 17 de abril de 1995, Corte de Apelaciones de Santiago rol N°2.390-95, apelada en Corte Suprema, rol N°2.916-96 Civil, p.79-88.

Gaceta Jurídica N° 220 año 1998: “Reyes Zamora, Nestor con Empresa Minera Mantos Blancos S.A.”, 09 de abril de 1997, rol N° 5.050, Corte de Apelaciones de Copiapó, apelada en Corte Suprema, 27 de octubre de 1998, rol N° 1.559-97 Civil, p. 70-76.

Gaceta Jurídica N° 228 año 1999: “Abumohor Abumohor, Farid con Fisco de Chile”, 17 de junio de 1999, 17 de junio de 1999, rol N°1.838-98 apelación, Corte de Apelaciones de Santiago, p. 68-70

Gaceta Jurídica N° 228 año 1999: “Barría Torres, Luis con Fisco de Chile”, 11 de junio de 1999, rol N°605-97, apelación Corte de Apelaciones de Santiago, p. 65-68.

Gaceta Jurídica N° 229 año 1999: “Bulnes Aldunate, Gonzalo con Fisco de Chile”, 05 de julio de 1999, apelación rol N°4.079-97 civil, Corte de Apelaciones de Santiago, p. 72-74.

Revista Fallos del Mes.

Revista Fallos del Mes N° 201 año 1993

Revista Fallos del Mes N° 412 año 1993.



Dictamen Contraloría General de la República.

Dictamen N° 2.196 de 1993.

Sentencias Corte Suprema Base Jurisprudencial sitio web Poder Judicial de Chile.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N°852-2000, caratulada “Aedo Alarcón, Paulina con Fisco de Chile, 27 de noviembre del año 2000.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 3132-2005, caratulada “Camacho Santibáñez, Gonzalo con Fisco de Chile”, 28 de junio de 2006.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 1203-06, caratulada “Eyzaguirre Cid, Germán con Fisco de Chile”, 28 de junio de 2007.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 5533-2007, caratulada “Nandwani Laju con Empresa Aguas Magallanes S.A.”, 21 de noviembre de 2007.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 3011-2006, caratulada “Agrícola y Forestal Reñihue Ltda. con Cubillos y Fisco de Chile”, 28 de agosto de 2008.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 1428-2013, caratulada “Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria Arica”, 16 de octubre de 2008.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 598-2010, caratulada “Federación Aérea de Chile con Fisco de Chile”, 06 de noviembre de 2011.

CORTE SUPREMA, sentencia rol 3078-2013, caratulada “CODEFF con Fisco de Chile”, 31 de enero de 2014.

CORTE SUPREMA, sentencia rol 715-2015, caratulada “Mellado Mardones, Jaime con Fisco de Chile”, 14 de mayo de 2015.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 2850-2015, caratulada “Pinto Villablanca, Cecilia con Fisco de Chile”, 25 de junio de 2015.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 3412-2015 caratulada “Muñoz Rodríguez, Sergio con Fisco de Chile”, 1° de septiembre de 2015.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 3773-2015, caratulada “Minera Límite S.A. con Consejo de Defensa del Estado”, 22 de septiembre de 2015.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 8659-2015, caratulada “Klein González y Solorza Araneda con Fisco de Chile”, 17 de diciembre de 2015.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 11.566-2015, caratulada “Soc. de Pavimentos Norte Ltda. con SERVIU Región de Antofagasta”, 28 de diciembre de 2015.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 22.866-2015, caratulada “Castro Salinas, Mónica con Fisco de Chile”, 07 de abril de 2016.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 11.512, caratulada “Beltran Buendia y otros con Comisión de Evaluación Ambiental Los Lagos y Director Regional”, de 12 de mayo de 2016.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 6898-2016, caratulada “Fisco de Chile con Municipalidad de Lonquimay y otros”, 19 de mayo de 2016.

Sentencias Corte Suprema Base Jurisprudencial sitio web Thomson

Reuters.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 1.623-2017, caratulada “Aguas Araucanía S.A. con Fisco de Chile”, 25 de abril de 2017.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 35.237-2017, caratulada “I. Municipalidad de Chillán Viejo con Servicio de Evaluación Ambiental”, 22 de mayo de 2017.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 1.616-2017, caratulada “Aguas Araucanía S.A. con Fisco de Chile”, 27 de julio de 2017.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 1.624-2017, caratulada “Aguas Araucanía S.A. con Fisco de Chile”, 27 de julio de 2017.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 302-2017, caratulada “Aguas Araucanía S.A. con Fisco de Chile”, 27 de julio de 2017.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 14.910-2016, caratulada “Federación Aérea de Chile con Fisco de Chile y otros”, 21 de septiembre de 2017.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 27.822-2017, caratulada “Jorquera Coilla Marcos con Fisco de Chile”, 20 de septiembre de 2017.

CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 82.459-2016, caratulada “Astaburuaga Suárez Patricio Matías con Ministerio de Obras Públicas Dirección General de OO.PP”, 27 de diciembre de 2017

CORTE SUPREMA, sentencia de reemplazo rol N° 15.561-2017, caratulada “Carlos Rómulo Alfredo Manterola Carlson y otros Con Ilustre Municipalidad de Valparaíso”, de 27 de diciembre de 2017.

Sentencias Corte de Apelaciones.

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCION, sentencia rol N° 1820-2011, caratulada “Servicios de Vertederos Los Maitenes Ltda con Comisión Regional del Medio Ambiente, Región del Bio Bio”, 06 de noviembre de 2011.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia rol N° 2424-2015, caratulada “Sociedad Legal y Minera La Unión y otra con Presidente de la

República, Min. De Economía, Fomento y Turismo y TRANSELEC S.A.”, 05 de agosto de 2015.

Normas.

- Constitución Política de la República de Chile de 1833.
- Constitución Política de la República de Chile de 1925.
- Constitución Política de la República de Chile de 1980.
- Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- Ley N° 19.880, Ley de Bases de Procedimiento Administrativo.
- Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo.
- Ley N° 18.825 sobre reforma de la Constitución Política de Chile.
- Decreto Ley N° 3.501.
- Código Civil chileno.