

LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO, UNA SÍNTESIS DEL ÚLTIMO SEXENIO DE LA JURISPRUDENCIA SUPREMA: PUNTOS PARA LA REFLEXIÓN

*Eduardo Soto Kloss**

SUMARIO. Introducción. 1. Un recuento jurisprudencial. 2. Una síntesis y aspectos para la reflexión.

INTRODUCCIÓN

El tema de la nulidad de derecho público (NDP en adelante) es uno de los que más me ha atraído desde que comencé a escribir sobre nuestra disciplina¹ y sobre el cual he tenido la ocasión de ir profundizando en su origen, en su existir y en su aplicación por los tribunales de justicia hasta ahora, y en el que en un arco de tiempo de más de 45 años me permite

*Abogado. Profesor titular de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile y Universidad Santo Tomás. Director de *Ius Publicum*. Exabogado integrante del Tribunal Constitucional (1985-2002).

Debo agradecer a doña Paulina Pastene N., abogada y magíster en Derecho UC, nuestra Ayudante de los cursos de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, su eficaz colaboración en la actualización de la jurisprudencia que estudiamos en este trabajo.

¹Vid. nuestros, "Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia", en *Revista de Derecho Público* 21-22/1977, 233-249; "La regla de oro del derecho público chileno. Sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1833", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Univ. Católica de Valparaíso) XV/1992-1993, 333-358; "La nulidad de derecho público en el derecho chileno", en *Revista de Derecho Público* 47-48/1990, 11-25; "La nulidad de derecho público referida a los actos administrativos", en *Revista de Derecho* (Univ. Católica de Valparaíso) XIV/1991-1992, 109-115; "Las llamadas validaciones legislativas y administrativas, una práctica inconstitucional", en *Temas de Derecho* (Univ. Gabriela Mistral) 9 N°2/1994, 135-144; "La nulidad de derecho público, su actualidad", en *Revista de Derecho* XVIII/1997, 147.155; "La nulidad de derecho público de los actos estatales y su imprescriptibilidad en el derecho chileno", en *Ius Publicum* 4/2000, 55-62; "La nulidad de derecho público en la jurisprudencia reciente" (primera parte), en *Ius Publicum* 30/2013, 107-123, segunda parte en *Ius Publicum* 31/2013, 97-117, tercera parte en *Ius Publicum* 31/2014, 73-96; "La nulidad de derecho público en la jurisprudencia de la Corte Suprema: de su tergiversación a su destrucción", en *Ius Publicum* 34/2015, 73-92; y "La recia vitalidad de la acción constitucionalidad de nulidad de derecho público", en *Ius Publicum* 42/2019, 149-165.

señalar su estado actual y formular algunos aspectos que deberían tenerse en cuenta si se quiere que rija efectivamente el Derecho en la actividad del Estado/Administración y no la arbitrariedad del gobernante o del burócrata de turno.

Para arribar al día de hoy –mediados de diciembre 2022– me ha parecido útil revisar el último sexenio de la jurisprudencia suprema (2017-2022) en lo que a mi juicio aparece como más relevante, teniendo en cuenta lo que ha ocurrido también en una evolución/involución que se ha ido virviendo un tanto actualmente gracias a la composición de la tercera sala (constitucional) suprema.

1. UN RECUENTO JURISPRUDENCIAL

Durante este último sexenio y a pesar de la devaluación y casi destrucción de la energía tutelar de esta acción constitucional en defensa de los derechos de las personas y de la integridad del ordenamiento fundamental de la Nación, es posible mencionar algunos fallos (no siempre señalados por algunos que escriben sobre el tema solo para decir que esta acción o no existe o es irrelevante) que han mostrado la gran fuerza defensiva de los derechos fundamentales frente a la ilegalidad/arbitrariedad de actos de la Administración estatal.

1. Entre ellos podemos recordar *Huenchún Pichulman c/Corporación Nacional y Desarrollo Indígena* (Corte Suprema 14.8.2017, rol 97.731, Ministros S. Muñoz G., R. Egnem S. y C. Aránguiz M. y abog. int. A. Quintanilla P. y J. Lagos G., publicado en *Gaceta Jurídica* 446/agosto 2017, 69-72), que plantea la nulidad de una resolución de la demandada que le afectaba y que no le fuera notificada, como lo reconocía la propia autoridad demandada y en cuya virtud procedió a invalidarla; la actora plantea que en dicho procedimiento invalidatorio tampoco hubo audiencia en que debía ser escuchada. Tal argumentación convenció al tribunal del grado que acogió la demanda (y además, la pretensión indemnizatoria por el daño que le habría producido el hecho, tema que no viene a cuento en esta ocasión que analizamos). En alzada, fue confirmado el fallo referido, por lo que la autoridad estatal recurre de casación de fondo argumentando lo contradictorio de ambos fallos, por lo siguiente: si el acto recurrido no fue notificado a la actora significa que no existe (art. 45 L 19.880, sobre la función que tiene la notificación de los actos administrativos, solo se pueden aplicar una vez notificados), y si no existe mal puede ser invalidado, por lo cual tampoco se puede admitir que haya ilegalidad en la carencia del trámite de audiencia previa, porque tal invalidación carece de objeto. (a ello se agrega la carencia de consideraciones sobre la falta de servicio en que habría incurrido la demandada). A ello se agrega (aunque no hay

mayor referencia) que la propia autoridad comprobó que la actora al presentarse para obtener un subsidio para la adquisición de un inmueble omitió en su declaración el hecho fundamental de ser dueña ya de otro inmueble, omisión que produjo que obtuviera un puntaje mucho mayor del que le correspondía en perjuicio de “una serie de postulantes”, que cumplieran el requisito de no ser propietarios de tierras (consid. 13º). La Corte Suprema advirtiendo las fallas de la sentencia recurrida de nulidad sustancial, la anula de oficio.

2. En el año 2018 han primado los fallos que rechazan esta acción constitucional no habiendo encontrado alguna que la acogiera. No debe olvidarse que suele haber sido más bien una constante en el periodo anterior aceptar la Corte Suprema que la NDP sería una acción “subsidiaria”, aplicable solo en la medida que no exista ninguna acción de nulidad de origen legal para interponer la nulidad de un acto administrativo, por cuanto sería una acción “general” e “inespecífica”, lo que la haría “supletoria”, como también que “no toda ilegalidad en que se incurra conduce a la nulidad del acto” sino que los “vicios de que adolezca deben ser graves y recaer en un requisito esencial” y, además, el vicio ha de ser “manifiesto”; buen ejemplo de ello, entre otros varios, es *Ramírez Fuentes c/Municipalidad de Coyhaique* (Corte Suprema 21,3,2019, rol 29.535, Ministros C. Aránguiz Z., M. E. Sandoval G., A. Chevesich R. y abog. int.. L. Etcheberry C. y P. Pierry A.), en que frente a un acto administrativo de una Municipalidad no procede la NDP puesto que existe para ello la acción legal prevista en el art. 151 de la ley 18.695, orgánica constitucional de Municipalidades.

Así, en estas condiciones ha sido difícil encontrar alguna acción anulatoria de derecho público que haya sido acogida. Sin embargo, de entre las rechazadas hay algunas que presentan interés en cuanto al tema discutido, como *v. gr. Gallardo Silva y otros c/Fisco (Contraloría General de la República)* (Corte Suprema 26.11.2018, rol 8863-2018, Ministros S. Muñoz G., M. E. Sandoval G., A. Prado P. y abog. integr. J. P. Matus A./redactor y P. Pierry A.), caso que tenía por objeto impetrar la acción constitucional referida en contra de la CGR la cual habría procedido a derogar por medio del Dictamen 8.466, de 22.11.2008, (también el D 50.142, del 2009) un dictamen anterior que permitía a los municipios pagar a sus funcionarios un incremento otorgado por el DL 3501, de 1980, sobre el total de sus remuneraciones; este nuevo Dictamen ordenaba a los municipios requerir a los funcionarios devolver los montos mal percibidos por cuanto no correspondía haber efectuado esos pagos, debiendo, además, corregir el cálculo de tales remuneraciones (también demandaban los actores la responsabilidad del Estado, pero ello no es tema aquí).

La demanda fue rechazada en primera instancia y esta fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, lo que llevó a los actores (267 funcionarios municipales) a deducir recurso de casación en el fondo en

su contra. Este recurso sostenía la vulneración por el fallo recurrido de los arts. 87/98 y 73/76 de la Constitución, 5° y 6° de la ley 10.336, orgánica constitucional de la CGR, 2° de la ley 18.575, orgánica constitucional de Bases de la Administración del Estado y 53 y 61 de la ley 19.880, sobre Procedimientos administrativos.

Los actores sostenían que CGR había invalidado un dictamen sin haberse atendido a las exigencias de la ley 19.880, art. 53, que requiere para proceder a la invalidación de un acto administrativo, el inicio de un procedimiento de invalidación notificado a los afectados, un trámite de audiencia de estos y que tal acto invalidatorio debe ser dictado dentro de los dos años siguientes a haber sido notificado el acto que se invalida; nada de ello se ha producido en los hechos. Pero el punto central radicaba en que los pagos efectuados por los municipios habían “ingresado legítimamente” en el patrimonio de los actores –en virtud del Dictamen contralor origen de los referidos pagos y, por lo tanto, era incluso improcedente la revocación del art. 61 de la ley 19.880 (inciso 2° letra a). Además, sostenían los actores que la actuación de CGR invadía la competencia de la reserva judicial de los tribunales de justicia, puesto que se trataba de un asunto referido a derechos, por tanto, de “naturaleza litigiosa”, lo que hacía incompetente a la CGR para entrar a conocer del tema, por expresa disposición de su propia ley orgánica (art. 5° y 6° ley 10.336).

El tema posee una importancia fundamental para la debida comprensión de lo que es CGR y su competencia dictaminante, porque ella sostiene que dentro de sus atribuciones se incluye también el “modificar” sus dictámenes (“reconsideración”) y sin que se le exija ningún procedimiento administrativo de invalidación o revocación (ley 19.880), ni audiencia de los afectados y que, además, se aplique la modificación *ex tunc*, o sea con efecto retroactivo. En otros términos, la “modificación” que efectúa se debe entender que sería un “esclarecimiento”, pero no una modificación. *Ello contraría de modo expreso* la Constitución y la ley, porque significa una “diferencia arbitraria” y un “privilegio”, situaciones ambas que violan el derecho fundamental de la “igualdad ante la ley” (art.19 N° 2, tanto su inciso 1° como el 2°) y *viola la ley 19.880* en cuanto la tan mentada “reconsideración” usualmente es una modificación de un dictamen anterior, y como tal solo podría tener efecto *ex nunc* pero no retroactivo, y como modificación lo invalida y, por tanto, debe atenerse al art. 53 de la ley 19.880 y sus exigencias, que están previstas como “derechos” de los afectados.

Es una lástima que la Corte Suprema no haya entrado en el tema de los “derechos adquiridos” en juego, especialmente que los dictámenes posteriores, que “esclarecían” o “aclaraban” el anterior, ordenaban a los municipios requerir a los actores la devolución de las sumas que “habrían” percibido ilegalmente, sin ni siquiera indagar si había habido mala fe de ellos en el pago efectuado por sus municipios. Digo una lástima pero

agrego de inmediato que muy comprensible porque su labor no es la del profesor que trata de explicar racionalmente un tema conforme al Derecho vigente y a sus últimos fundamentos, sino su labor es la de juez, o sea, decidir si ha habido infracción de ley en el fallo recurrido y ello ha influido en lo dispositivo de él. Y aquí hay que reconocer que lo actuado por los municipios al pagar el incremento tantas veces citado había infringido las disposiciones del DL 3501/1980, ya que su art. 2º, inc. 2º, disponía expresamente: "...increméntense las remuneraciones de estos trabajadores, en la parte afecta a imposiciones al 28 de febrero de 1981....", y estos municipios, basados en el Dictamen contralor –posteriormente esclarecido por la CGR–, habían efectuado los pagos controvertidos incluso en fechas posteriores, lo que la propia ley había excluido. Ciertamente que suponiendo la buena fe tanto de los órganos municipales como de los funcionarios que recibieron esos dineros, estos no tendrían por qué soportar la actitud municipal –de entender de un modo el dictamen contralor impugnado– que ahora les obliga a devolverlos; si bien la ley 10.336 otorga al Contralor General la atribución de condonar las deudas que los funcionarios puedan tener frente al Estado/Municipalidades, cuando existan circunstancias de justicia que lo merezcan (como sería este caso).

Por último, igualmente rechazada la acción de NDP, contiene interés *Aravena Obreque c/Fisco* (Gendarmería de Chile) (Corte Suprema, 22.10.2019, rol 20.551-2018, Ministros S. Muñoz G., M. E. Sandoval G. y A. Vivanco M, y abog. int. J. Lagos G. y A. Barra R./redactor). Es llamado a retiro temporal el actor en el año 2009, habiendo ingresado al Servicio de Gendarmería el 31.1.1997, y siendo Vigilante 2º en funciones en el centro penal de La Serena, habiendo sido desde el 2002 calificado cada año en lista 1, y careciendo de anotaciones en su hoja de vida. Ha sido llamado a retiro temporal sin expresión de causa por Resolución 1.226, de 8.9.2009.

El actor ha solicitado varias veces su reincorporación sin éxito pero habiendo cambiado el Gobierno (Bachelet 1) la nueva autoridad de Gobierno (Piñera 1) le respondió por Oficio 824, de 26.4.2011, expresándole que habiendo solicitado información sobre el asunto se le había informado que su retiro temporal se había debido a "hechos reñidos con la conducta esperada de un servidor público y, especialmente, de un funcionario de Gendarmería de Chile", circunstancia que no hacía posible su reincorporación, por lo cual se mantenía su retiro temporal.

La situación descrita lleva al actor a demandar la nulidad de derecho público de la Resolución 1.226/2009, referida, por su evidente ilegalidad, cual es *carecer de fundamento* (arts. 4.11.16 y 41 L 19.880) y, además, sabiéndose dos años después el motivo que la fundamentara, la imputación de algún hecho pretendidamente ilícito, sin haber dispuesto el correspondiente sumario administrativo en donde él hubiera podido presentar sus defensas (art. 19 N° 3 inc.6º de la Constitución/debido proceso). El tribunal

de primera instancia acogió la demanda por carecer de fundamento el acto recurrido, hecho comprobado debidamente en el proceso, y teniendo en consideración que la medida adoptada es un “sanción” disciplinaria grave que implica la pérdida del trabajo que desarrollaba el demandante, y tiene presente que el hecho de ser jerarquizado el Servicio demandado no lo habilita para actuar sin motivar sus decisiones y restringir incluso el debido proceso y otros derechos fundamentales de sus funcionarios. No obstante lo rotundo del fallo, basado en los hechos del proceso, la Corte de Apelaciones de La Serena lo revocó basándose en el hecho de ser la potestad ejercida por el demandado una “potestad privativa y discrecional”, no divisándose que hubiera habido una “desviación de poder”, ya que la motivación no sería necesaria tratándose de una potestad como la descrita. Salta a la vista por poco que se sepa de Derecho Administrativo los gruesos errores del fallo de alzada: toda potestad es “privativa”, es decir propia del órgano al que le ha sido atribuida por la ley (como muy bien lo conceptúa el art. 43/41 de la ley 18.575, orgánica constitucional de Bases de la Administración) e incluso en el caso de atribuciones/“competencias concurrentes” (v. gr. Municipalidades y órganos de la Administración Central), ambos órganos “concurren” en la adopción de decisiones pero cada una con sus atribuciones privativas, que no son las mismas (vid. nuestro *Derecho Administrativo*, tomo 1/2022, 557-559), y el hecho de ejercerse una potestad con “elementos” discrecionales (una potestad enteramente discrecional, en todos sus elementos, es imposible estructuralmente, y no existe, porque sería “poder bruto” (fuerza física) y no “poder jurídico”, de suyo “vinculado a”) (vid. *ob. cit.* tomo 1, 498-513), no habilita en Chile a ningún órgano de la Administración para emitir actos administrativos sin expresar su fundamentación.

De allí que el actor recurriera de casación en el fondo en contra del fallo de alzada indicado, sosteniendo su nulidad por haberse incurrido en violación de ley que influye en lo dispositivo del fallo; al respecto señala la violación de los arts. 6, 7, 8 y 19 N° 3 de la Constitución, 4, 10, 11 y 16 de la ley 19.880, y 13 de la ley 18.575.

La Corte Suprema no puede menos que comprobar que “siendo pacífico que la Res. 1.226 carece de todo fundamento de hecho que justifique la baja temporal” del actor, “tal circunstancia, podría, en principio, ser considerada como una causal de ilegalidad en cuanto a los motivos que conlleva a su nulidad” (consid. 4°). Nótese el uso de la forma verbal condicional “podría”, lo que lleva de inmediato a pensar que la Corte a pesar de ser la resolución impugnada de nulidad, abierta y de evidencia contraria a Derecho, no está impulsada a reconocerla como tal... Y así es en efecto, porque jugando con las normas aplicables al caso rechazará la casación deducida, porque advierte lo siguiente en su consid. 5°: señala que el art. 1° de la ley 19.195, de Gendarmería, remite en la aplicación a su personal en lo que se refiere al régimen previsional y de término de

carrera, al aplicable a Carabineros de Chile (con excepción del desahucio); pues bien, la ley 18.961, orgánica constitucional de Carabineros de Chile, en su art. 43 letra h) dispone que el retiro absoluto de las filas se produce “Por haber permanecido tres años en retiro temporal”, norma que se repite en el art. 115 letra e) del DFL/Int. N° 2, de 1968, Estatuto del Personal de Carabineros de Chile. Habiendo presentado el actor la demanda de nulidad del acto que lo llamó a retiro temporal en Gendarmería el 25.7.2013, concluye la Corte que “que el retiro temporal del actor habría devenido en absoluto, impidiendo su reincorporación”. Y agrega a mayor abundamiento que aún “si se compartieran las conclusiones de recurrente, ha de concluirse que su pretensión no podría prosperar al existir ley expresa que obsta a su reincorporación” (consid. 6º), dado que no cabe reincorporar al Servicio a los acogidos a retiro absoluto (Decreto/Int. 5.193, de 1959, art. 131 letra h), Reglamento de Selección y Ascensos, de Carabineros de Chile).

Se diría un acucioso estudio del tema y una acertada aplicación de normas que lo regulan, unido a un dejo de lamento del Tribunal que impide acoger la demanda y anular un acto administrativo a todas luces contrario a Derecho, y comprobado fehacientemente en el expediente, por carecer de motivación o fundamento y reconocido ello de modo expreso por la propia Corte Suprema.

¿Puede quedar satisfecho quien entiende el Derecho como “lo justo” –*to dikaion, ius sive iustum*– y no como un mero juego de normas aunque lleve a una solución inicua? Ciertamente que no. *E pur si muove!* Porque ¿cómo admitir que produzca efectos jurídicos un acto administrativo rotundamente ilegal, contrario a Derecho? ¿Cómo si es *nulo ipso iure* y, por tanto, *inexistente* como acto jurídico en el ordenamiento, por expresa disposición constitucional (art. 7º)? Y no se trata de un vicio baladí, menor, como suelen señalar algunos fallos supremos –fallando contra texto constitucional expreso (art. 7º cit. incs. 1º, 2º y 3º)– puesto que se trata de un requisito de validez esencialísimo como es la “ausencia de fundamento”, esto es carecer de una justificación racional, tanto en los hechos como en el Derecho (arts. 8º de la Constitución y 4, 11, 16 y 41 L 19.880). ¿Cómo admitir que produzca efectos jurídicos un pretendido acto (porque siendo contrario a Derecho no es ni siquiera acto jurídico sino una mera “vía de hecho”) que obedece a la sola voluntad del jerarca sin que tenga una razón/fundamento que pueda expresarse? Por cuanto si no se expresa es porque no existe en los hechos, y entonces obedece simplemente al capricho o mera voluntad irracional del jefe de turno. Decisión inmotivada que afecta la carrera funcionaria de una persona que, además, ha estado por años calificada en lista 1. Debe reconocerse que el llamado a retiro temporal del actor, carente de fundamentación, fue dictado por Resolución de 2009, (Gobierno Bachelet 1) y dos años después, en 2011 (Gobierno Piñera 1), a raíz de solicitudes de reincorporación que él presentara a la autoridad

de Gendarmería, la nueva autoridad recabó los antecedentes para poder responder con fundamento, lo que hizo el propio Director Nacional del Servicio por Oficio 824, de 26.4.201, indicándole que su retiro tenía por motivación “hechos reñidos con la conducta de un funcionario público...” (ya citado). Lo que indica una violación aún mayor de los derechos del actor, por cuanto tal fundamentación merecía haber dispuesto un procedimiento disciplinario en el cual el imputado de un ilícito pudiera ser oído y presentado las defensas correspondientes, y luego la autoridad sopesar todo lo reunido en el expediente y decidir fundadamente según los hechos y el Derecho aplicable. Nada de eso se hizo sino que se impuso potestativamente una decisión arbitraria en cuanto ni siquiera se consideró la necesidad de expresarle los fundamentos al funcionario afectado. Pero hay más aún, esas leyes invocadas por la Corte Suprema para emitir su fallo suponen necesariamente un acto administrativo conforme a Derecho y jamás actos que lo violen de modo tan ostensible, como en *Aravena Obreque*, hecho que lo reconoce expresamente el mismo Tribunal. Este caso me hace recordar –*mutatis mutandis*– uno de esos fallos notable que uno encuentra en las décadas 80 al 2000, esta vez en materia de la acción constitucional de amparo general o recurso de protección, como es *Rosas Díaz c/ Director de la Policía de Investigaciones*, el caso de los 17 detectives exonerados (C. Suprema 6.5.1991, redactor prof. Fueyo Laneri, en *RDJ* t.88/1991, 2.5, 123-127, comentario nuestro en 131-134), recurrentes funcionarios de carrera llamados a retiro en ejercicio de una atribución presidencial –aplicable a personal de confianza/que no lo eran– pretendidamente discrecional y sin expresar fundamentación alguna, retiro que fuera declarado “ilegal y arbitrario”, dejándolo sin efecto y ordenando su reincorporación al Servicio con todos sus derechos. Su consid. 7º es magistral: “en un Estado de Derecho no hay margen –por principio– para el poder puramente personal”, “lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario”.

3. En 2019 la situación ha cambiado no poco, pues varios fallos supremos han acogido esta acción constitucional; entre ellos merecen mencionarse, *Torres Vera c/Municipalidad de Huechuraba* (Corte Suprema 25.3.2019, rol 45.525-2017, Ministros S. Muñoz G., J. E. Fuentes y A. Vivanco, y abog.int. A. Quintanilla P./redactor y J. P. Matus A.), controversia sobre un concurso público para proveer un cargo directivo municipal (Jefe de la Unidad de Control). El tema incide en el “concurso” (valga la paradoja) de dos normas del ordenamiento municipal que el actor sostiene su compatibilidad y complementariedad y la demandada entiende que no pueden aplicarse juntamente. Se trata de los arts. 19 de la ley 18.883, Estatuto Administrativo de los funcionarios municipales y 29 de la ley 18.695, orgánica constitucional de Municipalidades, referido a la Unidad de Control de dichos organismos. Este es un caso de real interés puesto que se ve en

juego cómo una parte, la demandada, se escuda *–pro domo sui–* en la pretendida incompatibilidad o contrariedad de ambas normas (lo que le favorecía, como se verá) mientras el actor pretende que ambas normas son aplicables por cuanto resguardan tanto el interés de la Municipalidad como los derechos del concursante ganador. Presentada la terna elaborada por el Alcalde al Concejo Municipal para su aprobación, la autoridad edilicia en lugar de proponer al concursante que había obtenido el primer lugar de la terna (actor en estos autos), por su más alto puntaje en el concurso llevado al efecto, propuso el nombre del segundo de ellos, lo que fue rechazado por el Concejo, conforme a los antecedentes. Ante tal rechazo el Alcalde no estimó nada mejor que declarar concluido el concurso por Decreto alcaldicio (996/2015) y acto seguido dictó un segundo Decreto llamando a un segundo concurso para proveer dicho cargo. El actor deduce, entonces, la acción constitucional NDP en contra de los dos decretos referidos atendida la violación de las normas antes mencionadas.

El tribunal de primera instancia rechazó la demanda, con costas, por entender que el art. 29 de la ley 18.695 desplazaba al art. 19 de la ley 18.883, en atención a que aquella es norma especial por cuanto de lo contrario se entregaría la decisión del nombramiento del personal municipal al Concejo. Apelado el fallo, la Corte de Apelaciones de Santiago (5.10.2017) lo confirma, ante lo cual el actor deduce casación en el fondo en su contra por la infracción a dichas normas y a los arts. 15 de la ley 18.575 y 41 inc. 1º de la ley 18.695, en razón del error de derecho en que ha incurrido al considerarlas contradictorias o considerar que hay superposición de ellas.

La Corte Suprema, muy acertadamente, analiza el tema en profundidad (consids. 10º y 11º) del fallo de reemplazo) y concluye que no hay tal antinomia o contradicción normativa puesto que son enteramente conciliables y ambas aplicables al caso de tal modo que no era procedente que el Alcalde declarara concluido un concurso para proveer un cargo –que la propia ley señala que no cabe tenerlo vacante por más de seis años– cuando el Concejo Municipal rechaza la proposición alcaldicia, puesto que en tal caso debe el Alcalde proponer otro nombre de los que integran la terna, dado que todos ellos son idóneos para desempeñar el cargo que se provee. De allí que es igualmente ilegal el decreto alcaldicio que llama a un nuevo concurso, por lo cual se acoge la casación deducida y se anula el fallo impugnado, que se reemplaza por el que se dicta a continuación, que revoca la sentencia casada y declara nulos de derecho público los decretos alcaldicios referidos.

Además del interés que presente este fallo *Torres Vera* en cuanto no repite los manidos errores sobre la nulidad de derecho público sino que entra derechamente a conocer de la acción deducida debe señalarse la armónica aplicación de las normas en juego y no concebir como contradictorias o antinomias normativas donde no las hay, pretexto que induce a

pensar que ello ha sido un artificio para dar razón al organismo municipal y no un acertado estudio del conjunto normativo que aplicar.

Por último, presenta interés el considerando 9º del fallo supremo de reemplazo, que advierte con precisión que en este tema de concursos para proveer cargos públicos concurren “aspectos reglados y discrecionales, debiendo entenderse que la discrecionalidad del Alcalde en la selección se limita a la elección del candidato idóneo que propondrá al Concejo, ejercicio que debe ceñirse a la forma prescrita por la ley”.

Un segundo caso nos parece de interés por el tema en que incide y es *Ramírez Angeli c/Fisco* (Corte de Apelaciones de Valparaíso 29.11.2019, rol 1197-2019, Ministro M. Gómez Montoya/redactor, Fiscal Judicial M. González A, y abog. integr. F. Elorriaga D.), en que la acción de NDP se interpone en contra de un “Dictamen” de la Contraloría General de la República (Nº 12.490/31.7.2017), que ha interpretado disposiciones legales apartándose de su claro tenor e imponiendo requisitos que no están previstos en la ley negando, así, derechos que la propia ley ha conferido a determinadas personas/funcionarios públicos. El tema controvertido se refería a la aplicación de la ley 19.882/2003, sobre nueva política de personal para los funcionarios públicos (Título II, art. 7º) en cuanto esta concede una bonificación por retiro a funcionarios de carrera o a contrata que presentan voluntariamente su renuncia y están en condiciones de jubilar, según el régimen del DL 3500/81, a lo que se agregará una bonificación adicional conferida por la ley 20.948/2016. El organismo contralor exigía para la aplicación de la ley 20.948 que el funcionario estuviese por lo menos dos años ejerciendo el cargo a contrata, requisito que no aparece en modo alguno en el texto legal ya que esos dos años a que se refiere dicha ley están previstos para tener en cuenta en el cálculo del monto de la bonificación complementaria que establece. La Corte señala (consd. Undécimo) que la interpretación contralora es *contraria* al sentido claro de las leyes en aplicación y, por tanto, ha violado una muy clara y antigua regla de interpretación de las normas legales como es aquella que recuerda el Código Civil en su art. 19, que establece que no cabe desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, tanto más que la ley ha regulado “una nueva política de personal para los funcionarios públicos”.

Concluye el fallo revocando la sentencia del tribunal a quo (26.3.2019) que había rechazado la demanda, y se acoge esta, sin costas, *declarando nulo* el dictamen contralor impugnado “debiéndose proseguir la tramitación administrativa para que la actora perciba, por reunir los requisitos, y previos los cálculos respectivos, los beneficios establecidos en las leyes 19.882 y 20.948”.

No sé si interpreto bien al tribunal de alzada pero me parece muy acertada la introducción que hace al tema litigioso que conoce en apelación, en su considerando 1º citando un autor que afirma que “la Contraloría

resuelve controversias entre la Administración y particulares ejerciendo una jurisdicción imperfecta que se enmarca en la actividad administrativa”. Y digo “acertada” porque la cita contiene un error, que nos parece evidente, al hablar de “jurisdicción imperfecta” que resuelve controversias entre la Administración y particulares, al realizarse la actividad administrativa. Error que el fallo de la Corte rebate muy bien, de manera bien diplomática pero firme, al sostener que ni la emisión de un dictamen ni en la toma de razón “hay un procedimiento preestablecido que ofrezca las garantías mínimas con acceso permanente al expediente”, y tampoco los actos contralores poseen el efecto de cosa juzgada, y sin decir más *deja así expresa constancia que esos actos son plenamente susceptibles de ser conocidos en su conformidad a Derecho por los tribunales de justicia*. Y es que ello se enmarca en un principio fundamental que es base de la institucionalidad de la República –y desde la época indiana, hay que reiterarlo– como es la plenitud jurisdiccional de los tribunales de justicia (arts. 4^a y 73/76 de la Constitución). Por lo demás, ello está expresamente establecido en la propia ley orgánica constitucional de bases de la Administración del Estado 18.575 (art. 10^o).

Y no solo, valga recordarlo, los “dictámenes” contralores son recurribles ante los tribunales de justicia sino incluso las “resoluciones” que dicte el Contralor General, como quedó muy en claro cuando el actual Contralor General pretendió destituir a la Subcontralora, pidiéndole la renuncia, la que no fue presentada (porque no correspondía) ante lo cual declaró vacante el cargo y procedió a nombrar a otra persona en su reemplazo; recurrido ello de protección por la afectada, tanto la Corte de Apelaciones de Santiago (primera instancia) como la Corte Suprema que confirma (segunda instancia) declararon ilegal tal decisión por carecer de competencia aquel, ya que siendo el Subcontralor “un juez de la República” (primera instancia del juicio de cuentas) solo puede ser removido de acuerdo con lo previsto por el art. 4^o de la ley 10336, orgánica constitucional de la CGR, luego de un juicio de amovilidad y por decreto supremo presidencial (*vid.* este caso interesantísimo, Corte Suprema 30.11.2018, en *Ius Publicum* 42/2019, comentario nuestro en 295-300)².

²Nunca es suficiente insistir en que la Contraloría General de la República *no es una jurisdicción* en nuestro país y carece de atribuciones jurisdiccionales en su función de controlar la legalidad de los actos de la Administración (arts. 77-78/98-99 Constitución). El hecho que el “Tribunal de Cuentas”, que es una jurisdicción propiamente tal, aparezca insertada en la ley 10.336, orgánica constitucional de la CGR (Título VII, arts. 107-130), no significa que sea la CGR una jurisdicción, puesto que quien juzga las cuentas reparadas de los funcionarios obligados a rendirlas, es un “tribunal (especial) de la República”, tanto en primera como en segunda instancia, y el hecho que quien ejerce la función de juez de primera instancia, sea el subcontralor, y miembro del tribunal colegiado de segunda instancia sea el contralor general, *no convierte al organismo CGR en jurisdicción*. Esta situación se debe a una circunstancia puramente histórica chilena, que valga recordar aquí: ya en 1820, Chile es república independiente/1818, el Director Supremo, don Bernardo O’Higgins Riquelme crea, después de

También presenta interés *Guajardo Miranda y otros c/fisco* (Corte Suprema 30.5.2019, rol 6551, Ministros S. Muñoz G., M. E. Sandoval G., A. Vivanco M. y A. Prado P./redactor y abog. int. P. Pierry A.), que presenta una acción de NDP en contra de un Decreto Exento de la Subsecretaría de Bienes Nacionales N° 453/2009, que derogara un Decreto exento anterior de la misma autoridad, de 1998, que había dispuesto la transferencia en venta directa de un inmueble fiscal a la madre de los actores, todos de la etnia atacameña y había vivido en el inmueble por más de cuarenta años. Habiendo ella pagado al contado el 30% del precio de venta y rendido la garantía prevista en el contrato, falleció antes de poder firmar el contrato de compraventa. Uno de los actores sigue viviendo en el predio como arrendatario de dicho inmueble fiscal en virtud de otro Decreto exento de dicha Subsecretaría del año 2013.

Pues bien, los actores plantean la acción constitucional referida fundados en el hecho de haberse dictado el acto administrativo derogatorio Decreto ex 453/2009, sin que jamás hubiera sido notificado a los interesados ni hubieran tenido conocimiento de ello, lo que para los sucesores de la madre fallecida, doña Alejandra de Mercedes Miranda, habría habido un acto invalidatorio, que aparece evidentemente ilegal, por cuanto se habría violado en todos sus extremos el art. 53 de la ley 19.880, es decir no hubo notificación del inicio del procedimiento de invalidación, no hubo audiencia previa y tampoco hubo notificación del acto invalidatorio. En otros términos, carecería de “competencia” la autoridad ministerial para haber actuado como lo hizo (art. 7° de la Constitución y art. 3° incisos 2° y 5° de la ley 18.575).

La autoridad se excepciona aduciendo que no ha habido un acto invalidatorio sino propiamente un acto “revocatorio” porque al año 2009 las circunstancias habían cambiado y la referida venta que no había

ser aprobado su proyecto por el Senado Consulto, el Tribunal Mayor de Cuentas, por Decreto Supremo de 8.6.1820, el que será reformulado por Decreto/Ordenanza de 18.5.1839, emitido en Valparaíso, en su Título III; este Tribunal constituiría la segunda instancia “en los pleitos de cuentas”. Esta misma Ordenanza crea la Contaduría Mayor (*vid. R. Anguita, Leyes promulgadas en Chile 1810-1912* (3 vols.). Imprenta Barcelona. Santiago de Chile. 1912, t.1, 72-74 y 321-362). Debe recordarse que por ley de 22.12.1875, se reorganizó la administración de Hacienda, estableciéndose 6 Oficinas, a saber la Corte de Cuentas, las Direcciones de Contabilidad Jeneral, del Tesoro y de Amonedamiento, de Impuestos y Crédito Público, y de Aduanas, y además Tesorerías provinciales y departamentales (art. 1°); la referencia a la Corte de Cuentas en arts. 2° al 5° (*vid. Anguita cit. t. 2, 304*). De allí que cuando se crea la CGR por DFL N° 400 bis de 1927 (D. Oficial 12.5.1927) ella viene a ser la reunión de varias de las Oficinas existentes a esa época que desarrollaban funciones contables y de fiscalización en materia financiera del Estado y por ello es que aparece entre esas entidades el Tribunal de Cuentas, con una configuración de tribunal de doble instancia, conociendo en primera instancia el Subcontralor y en segunda instancia el Contralor General, instancia de apelación hoy de conocimiento de un tribunal colegiado, presidido por este órgano superior (*vid. una breve síntesis en nuestro Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. edic.). Thomson Reuters-Abeledo Perrot. Santiago de Chile. 2012, 792).

podido ser perfeccionada ya no era conveniente y procedía seguir un procedimiento diferente para lograr esa transferencia del mencionado inmueble y, por lo tanto, no ha habido violación del artículo 53 citado sino aplicación del artículo 61 de la misma ley, que prevé la revocación de los actos administrativos.

La Corte Suprema, al conocer la casación en el fondo, comprueba que es un “hecho indiscutido” de la causa que el demandado (Fisco/ Ministerio de Bienes Nacionales) ha reconocido a los actores, en cuanto integrantes de la sucesión de la extinta, ya mencionada, como “interesados” en el procedimiento de transferencia de dominio como, asimismo, ha reconocido que no hubo notificación alguna a ellos del acto derogatorio indicado, por lo cual aparece que ha habido una clara *violación del art. 45 de la ley 19.880*, lo que hace innecesario referirse a los demás capítulos del recurso, dado que al producirse esa omisión “se ha incurrido en un yerro jurídico” “que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo atacado, puesto que de haberse aplicado tal regla, el laudo de primer grado hubiere sido revocado” (consid. 10º). En tal virtud *se declara nula la sentencia recurrida* (Corte de Apelaciones de Antofagasta, 15.3.2018) que se reemplaza por la que se dicta a continuación.

Esta sentencia de reemplazo presenta varios aspectos interesantes, dignas de destacar, como son el carácter objetivo y declarativo de esta acción de derecho público, el carácter que poseen las notificaciones de los actos administrativos, la improcedencia de la revocación de los actos administrativos, y el tema de la prescripción de la acción constitucional de NDP. Respecto del primer punto anotado es digno de alabarse lo que expresa su consid. 6º, que de modo muy claro expresa que el efecto de esta nulidad “viene de la propia Constitución Política de la República cuando en su artículo séptimo inciso final *prescribe imperativamente tal efecto*, siendo labor del órgano jurisdiccional, constatar este hecho retrotrayendo todos los efectos del acto nulo al estado anterior a su ocurrencia. Por ello, ha de entenderse que *se trata de una nulidad ab initio que puede y debe ser declarada de oficio por un tribunal*” (cursivas nuestras). En cuanto a la notificación, la ley 19.880 adopta un criterio muy claro y que es obvio, “sin notificación un acto administrativo no produce efectos jurídicos”, así de simple, y, por tanto, no puede ser ejecutado o aplicado, ya que si se aplicara deviene en una mera “vía de hecho”, que no jurídica. Ahora bien, como también la ley ha previsto la llamada “notificación tácita”, que al efecto describe (art. 47), ella debe ser probada debidamente, lo que al no haber ocurrido, queda firme el hecho de no haber habido notificación alguna del acto derogatorio aludido. En relación con este punto la Corte analiza el tema de la prescripción de la acción de NDP que el demandado dedujo como excepción y que el fallo de primer grado rechazara porque no existiendo prueba de haber habido una notificación tácita, no ha sido posible determinar el inicio del plazo para interponerla (consid. 5º): “la

ausencia de notificación expresa del acto cuestionado y la incertidumbre respecto a su notificación tácita impide indefectiblemente el cómputo del plazo de inactividad que ha sido invocada por la demandada, circunstancia que obsta al éxito de esta defensa". Y, por último, es importante lo que establece muy claramente la Corte respecto a la "revocación" alegada por el fisco: hemos analizado este tema en otra ocasión³ y advertido las inconsecuencias de este mecanismo de extinción de los actos administrativos, que permitiría, por razones de "inconveniencia u oportunidad", dejarlos sin efecto *ex tunc* (para el futuro), pero que según el texto del art. 61 de la ley 19.880 en la práctica sería de imposible aplicación, dadas las excepciones que establece para su aplicación. Es precisamente, lo que comprueba la Corte muy bien, al señalar que el Decreto exento de la Subsecretaría de Bienes Nacionales de 1998 que autoriza la transferencia de un inmueble fiscal a la madre de los actores y habiendo concurrido el pago de un 30% de su precio y la garantía prevista en el contrato, ello demuestra que la compradora, y ahora sus sucesores –actores de este litigio– tienen un "derecho adquirido" a la suscripción del contrato, "derecho personal de evidente contenido patrimonial y, por tanto, transmisible, al no existir norma alguna que excepcionalmente ordene su intransmisibilidad" (consid. 8º), atendido que con precisión dicho art. 61 expresa que no procede la revocación de existir derechos legítimamente adquiridos (inc. 2º letra a). Que es lo que ocurre en este caso concreto y por lo cual la Corte, comprobando que la autoridad ha actuado "contra prohibición expresa establecida en una norma que, como se ha dicho, delimita la esfera de competencia de todo órgano administrativo", la ha hecho incurrir "en un motivo de ilegalidad" "que determina su nulidad" (consid. 9º). Por ello, termina la Corte revocando la sentencia impugnada y "se declara que se acoge la demanda intentada en lo principal de fojas 1, *declarándose nulo de derecho público el Decreto Exento N° 453, dictado por el Ministerio de Bienes Nacionales, el uno de julio de dos mil nueve*".

4. Ya en el año 2020 es posible encontrar algunos casos de real interés, como *Namoncura Godoy c/ Superintendencia de Seguridad Social* (Corte Suprema 13.4.2020, rol 37.172-2019, Ministros S. Muñoz G., M. E. Sandoval G., A. Vivanco M, y L. Llanos S./redactor y abog, int. J. Pallavicini M.; el fallo y comentario nuestro en Anexo). El actor plantea la nulidad de derecho público de un Oficio Ordinario de la demandada que le denegara el otorgamiento de pensión de este caso concreto, invalidez y, por lo tanto, de las peticiones anexas derivadas de aceptarse la pretensión anulatoria. El tribunal de la instancia, confundiendo la petición deducida, declaró la

³Vid. parágrafo *La revocación*, de nuestro Derecho Administrativo, tomo 2, El acto administrativo, Thomson Reuters. Santiago de Chile, en prensas, también *La revocación de los actos administrativos en el derecho chileno*, en *Ius Publicum* 46/2021, 85.110).

prescripción del derecho a esas prestaciones (ley 16.744) sin atender a que lo que se pedía era la anulación del acto administrativo denegatorio y, por tanto, la ley referida era ajena al litigio. En otros términos, el fallo decidió un asunto que no decía relación con lo pedido por el actor a través de una acción específica, aplicando una legislación que no era la que correspondía a la acción deducida. Al confirmar el tribunal de alzada (Corte de Apelaciones de Santiago, 10.10.2019) dicho fallo, el actor dedujo casación en el fondo. El error de derecho era evidente e influía en lo sustantivo de la sentencia recurrida por lo cual la casación fue acogida por la Corte Suprema declarándola nula dictándose la correspondiente sentencia de reemplazo. Lo extraño del caso es que siendo clarísima la solución que debía darse al asunto debatido, se rechazó la prescripción opuesta por la Superintendencia demandada pero por una mayoría de tres jueces se decidió que fuera un juez no inhabilitado quien se pronunciara sobre el fondo.

Varios puntos de interés presenta *Namoncura Godoy*, como por ejemplo, *la plena procedencia* de esta acción constitucional, refutando una tendencia que pretende que sea una acción subsidiaria y procedente solo en la medida que no hubiera otra acción por la cual recurrir de nulidad en contra de un acto administrativo; además, que *esta acción tiene fines y naturaleza propios*; que *se rige por normas distintas en cuanto a su extinción por el transcurso del tiempo* (cons. 8º). En este último aspecto, este considerando me parece que, sin decirlo expresamente, afirma de modo un tanto críptico que la nulidad de derecho público es *imprescriptible* y digo esto porque señala que el fallo recurrido de casación en el fondo “ha desconocido la naturaleza propia de la acción entablada, esto es la de nulidad de derecho público, que se rige por normas distintas en cuanto a su extinción por el transcurso del tiempo”. “Normas distintas” de la de cinco años que aplicó el fallo de primera instancia (art. 79 de la ley 16.744); se suele afirmar por quienes sostienen que esta acción constitucional es prescriptible que dicho plazo es el de cinco años previsto en el Código Civil (art. 2515) y entendiendo que esta acción es una acción “ordinaria”. Si la prescripción de la nulidad de derecho público se rige por “normas distintas” ¿qué normas se aplicarían? Tanto más se estaría afirmando su “imprescriptibilidad” si se tiene en cuenta que el fallo de reemplazo en su consid. 3º decide que “no verificándose en la especie los supuestos de la prescripción extintiva opuesta” se concluye revocando la sentencia impugnada y “se declara que se rechaza la excepción de prescripción opuesta por el demandado”.

También, *Ciudad Viva y Junta de Vecinos N° 33 Bellavista c/ Municipalidad de Recoleta* (Corte Suprema 15.4.2020, rol 8.324-2019, Ministras M.E-Sandoval G., A. Vivanco M., y M. A. Repetto G., y abog. int. A. Quintanilla y D. Munita), que presenta la interposición de la acción constitucional de nulidad de derecho público dirigida a obtener la nulidad de un permiso

de construcción y su modificación. El fallo de primera instancia rechaza la pretensión el cual es confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, dado que las actoras carecen de legitimación activa; es impugnada esta sentencia de alzada por las demandantes tanto por casación de forma como de fondo, recursos ambos rechazados. Presenta interés este fallo en cuanto a que la Corte Suprema entiende que no bastaría pretender estar legitimado para recurrir poseyendo un mero “interés legítimo” por los actores sino un derecho subjetivo efectivamente lesionado (consid. 2º), situación que el fallo de alzada argumentaba que carecían de ello ambas demandantes, pues ni siquiera en lo atinente a la Junta de Vecinos correspondía al vecindario del edificio cuyo permiso de construcción se impugnaba. Ha de recordarse, en este punto, que el planteamiento del “interés legítimo” aparece en la jurisprudencia y doctrina italiana en razón de circunstancias propias del sistema jurisdiccional de ese país y a comienzos aproximadamente del siglo XX, en cuanto si se invocaba un “interés legítimo” para la anulación de un acto administrativo la competencia para su conocimiento estaba radicada en el Consejo de Estado, en cambio cuando se invocaba un “derecho” afectado la competencia estaba radicada en los tribunales de justicia/justicia ordinaria. Este planteamiento italiano estaba fundamentado en que habrían situaciones jurídicas subjetivas más amplias que darían cabida a “intereses” no precisamente patrimoniales sino indirectos que permitirían iniciar un control, especialmente respecto a actos administrativos en que intervenían elementos discrecionales (o *merito*, como le llaman los italianos). Cabe agregar que desde hace bastante tiempo afirmar que el mérito/discrecionalidad no es susceptible de control judicial ya no es aceptable jurídicamente, puesto que es también parte de la juridicidad del acto, como la Corte Suprema lo ha sostenido y afirmado a través de la jurisprudencia en materia del recurso de protección casi desde el inicio mismo de la aplicación de esta acción constitucional de amparo general (*vid.* esta obra, tomo 1/2022, 471-520, espec. 498 ss. y este t. 2 párrafo sobre impugnación de los actos administrativos).

En igual sentido, exigiéndose “derechos lesionados” en el actor para deducir esta acción constitucional se ha pronunciado la Corte Suprema en *Hermann Pacheco c/Municipalidad de Recoleta* (15.4.2020, rol 29.002-2019, Ministras M. E. Sandoval G., A. Vivanco M. y M.A. Repetto G. y abog. int. D. Munita y A. Quintanilla), caso que planteaba la nulidad de derecho público de un permiso de construcción y su modificación⁴.

⁴Este caso, al igual que al precedente *Ciudad Viva* cit., es el bullado asunto judicial –aún pendiente– de la conocida edificación del Conjunto Armónico Bellavista, que estando terminado un edificio, con departamentos vendidos, no ha podido ser habilitado para vivienda por resistirse la Municipalidad (alcalde) a otorgar la recepción final por cuanto sostiene que el permiso fue dado con violación de la ley, no obstante que no hay nulidad judicialmente declarada de los permisos respectivos.

Este caso presenta una curiosidad bien especial como es que la Municipalidad demandada “se allana” a la demanda, pretensión que es rechazada tanto en primera como en segunda instancia; pero veamos primero el tema de la legitimación activa y pasiva que es el de mayor interés ahora.

Como era de esperar el actor recurre de casación de forma y fondo en contra del fallo de alzada de la Corte de Apelaciones de Santiago. Sostiene el recurrente que el tema de la legitimación no ha sido objeto de controversia en el litigio y, por tanto, no ha sido materia sometida a su conocimiento, alegando, además, que la demandada se allanó expresamente a la demanda y por ello no opuso excepciones que controvirtiesen la calidad de legítimo contradictor del actor⁵. Es el cons. 9º del fallo de casación fondo el que analiza el tema, explayándose sobre la legitimación activa y pasiva; reconoce el tribunal de casación que ellas constituyen un “presupuesto” de la acción que el tribunal –al conocer de la demanda– *debe examinar* y que se refiere al litigio mismo no pudiendo confundirse con la sola capacidad procesal ya que coincide con la *legitimatío ad causam*, es decir, la legitimación es requisito para la “admisión” en la sentencia de la pretensión ejercida, y que el tribunal debe analizar aún de oficio. Lo interesante en este caso es que la mera presentación de un “allanamiento” por la Municipalidad demandada no basta –al igual que en *Ciudad Viva cit.*– dado que *es el tribunal quien debe decidir si es o no procedente*. Y aquí es digno de relevancia la decisión del tribunal el cual con debido acierto señala que el examen que ha de realizar el tribunal es en relación con aspectos sustanciales que se debaten en el litigio específico, y en este caso de esta acción constitucional tal allanamiento no puede recaer en derechos indisponibles, irrenunciables y en materias de orden público (consid. 10º). De “orden público” por cuanto recae en materia de urbanismo que incide, precisamente, en ello y, además, no cabe allanamiento cuando hay derechos de terceros como es el titular de los permisos de edificación cuya nulidad pretende el actor y que no solo no ha sido llamado al proceso sino que incluso se le denegó su comparecencia en primera instancia. Habiendo, pues, un interés público comprometido no se trata de derechos disponibles para las partes, por lo cual dicho allanamiento es jurídicamente improcedente.

También rechaza la casación deducida confirmando el hecho comprobado ya desde el fallo de primer grado, que el actor carece de la “legitimación activa” para demandar puesto que, por una parte, no ha acreditado la existencia de la Fundación por la cual demanda como tampoco ha acreditado que es su representante legal o director, y como si fuera poco tampoco ha acreditado que pueda tener “interés” en el tema desde

⁵No hay que ser muy sutil ni muy “avisado” para advertir que ha de haber habido una convivencia entre actor y demandado..., como también en el caso *Ciudad Viva cit.* precedente.

que su domicilio ni siquiera se encuentra en la comuna de Recoleta, en donde está la edificación cuyo permiso de edificación pretende sea anulado y, por tanto, carece de un interés personal y directo; por otra parte, el fallo sostiene que la Municipalidad demandada carece de “legitimación pasiva” desde que no ha producido ningún agravio.

5. Ya en 2021 nos parece de interés mostrar *Inversiones e Inmobiliaria Mos Ltda. c/Municipalidad de Coronel* (Corte Suprema 13.9.2021, rol 11.681-2021, Ministros S. Muñoz G., M. Carroza E., A. Vivanco M., A. Ravanales A./redactora y abog. int. R. Águila Y.), que presenta una acción constitucional de nulidad de derecho público dirigida a obtener la nulidad de un certificado del secretario municipal de la demandada, recaído sobre una deuda de patentes municipales.

La acción se presenta ante el juez civil en procedimiento de juicio ordinario, como corresponde, la cual es rechazada por entender que no hay vicio alguno en tal certificado y por lo tanto no adolece de ilegalidad como se pretende por el actor (consid. 13). Ha de señalarse que la Municipalidad demandada no ha opuesto excepción dilatoria alguna ni otra defensa procesal y tampoco ha indicado que esta no sería la vía idónea para impugnar dicho acto administrativo, habiendo quedado debidamente fijados tanto el tribunal competente como la cuestión debatida. Recurrido el fallo ante la Corte de Apelaciones de Concepción esta confirmó el fallo pero extendiéndose a cuestiones no objeto de la controversia, por lo cual el actor deduce recursos de casación de forma y fondo en su contra ante la Corte Suprema.

Nos interesa la casación de forma por cuanto incide en nuestro tema directamente. En efecto, el recurrente sostiene que el fallo de alzada ha excedido sus facultades al pronunciarse sobre algo que no fue sometido a su conocimiento por las partes, cayendo, en consecuencia, en el vicio de *ultra petita*, además de incurrir en contrariedades puesto que declara por una parte la incompetencia del tribunal de primer grado y, por otra, que la vía de la acción constitucional referida no es la vía idónea para impugnar un acto administrativo municipal, desde que en la propia ley de municipalidades (18.695) existe la acción específica de reclamación de ilegalidad municipal que consagra su artículo 151. La Corte Suprema desecha la alegación de existir *ultra petita* (consids. 5° y 6°) y que el fallo recurrido se haya extendido a puntos no alegados por las partes (consid. 11° del fallo de alzada). Curiosamente, el máximo tribunal señala que en el tribunal de primer grado “ninguna excepción de incompetencia tenía que oponerse” como para que los sentenciadores de alzada efectuaran este examen sobre la vía idónea y la incompetencia (consid. 6°).

Pareciera olvidarse que ninguna ley y menos la Constitución contiene, establece o dispone, que existiendo en el ordenamiento jurídico varias acciones que permiten amparar los derechos de las personas, y derechos

fundamentales (como ocurre muy frecuentemente; recuérdese que es posible encontrar acciones de origen constitucional y de origen legal, tanto de amparo, declarativas y hasta de condena), no puedan estas escoger, precisamente, en virtud de su derecho natural de acceso a la justicia y derecho a la acción (art. 19 N° 3 inc.1°) la acción que mejor convenga a la defensa, protección o amparo de un derecho que le ha sido amenazado, perturbado o cercenado por medio de un acto administrativo emitido en contravención a Derecho (art. 7°).

Una vez más debemos insistir que esto de la supletoriedad o carácter subsidiario que tendría la acción constitucional de nulidad de derecho público es una “invención” más del espíritu “creativo/legislador” *contra legem* que ha invadido a la Corte Suprema como una epidemia intelectual desde hará una decena de años y que, por desgracia, suele no pocas veces ir en menoscabo y desmedro de los derechos de las personas. Ha de recordarse que ni bajo la Constitución de 1833 ni bajo la de 1980 y sus innumerables reformas, ha tenido cabida al menos hasta 2008 aproximadamente, este planteamiento de que una acción constitucional tenga el carácter de subsidiaria. No puede omitirse que esta idea es claramente estatista, pro Estado, pro administración y en perjuicio de las personas afectadas por una actuación antijurídica de ellos. Ciertamente es que se suele hablar del “principio de especialidad” pero ello puede ser posible aplicarlo en una relación entre particulares en donde las relaciones son de igualdad de equivalencia (conmutativas) pero no cuando se trata de amparar, proteger y salvaguardar los derechos fundamentales de las personas frente al poder del Estado; cómo prescindir del hecho real que es en razón de ello que el ordenamiento jurídico –e incluso al más alto nivel, es decir constitucional– ha previsto numerosas defensas jurídicas para asegurar tal amparo, precisamente, como esta acción constitucional de nulidad de derecho público. Valga recordar que así lo ha entendido la mismísima Corte Suprema desde el 1° de marzo de 1973, a través del discurso de la inauguración de dicho Año Judicial, por su presidente (Enrique Urrutia Manzano) (*vid.* RDJ t.70/1973, Primera Parte, V-XXV).

Resumiendo, este fallo supremo incide en varios errores, ya señalados en otros pronunciamientos, como, *v. gr.*, (a) que es una “sanción de ineficacia” (consid. 10°), (b) que no toda violación de la ley produce como efecto jurídico la nulidad del acto administrativo en que concurre un vicio (consid. 12°), lo que revela un total desprecio de norma expresa de la Constitución (art. 7° inc. 3°) que es, además, “base de la institucionalidad” y “fundamento del principio de juridicidad”, que permite asegurar la “supremacía constitucional”, mecanismo esencial para afirmar un Estado de Derecho y (c) que la Constitución no consagra una determinada acción procesal de nulidad (consid. 13°) y que de admitir su existencia sería una acción meramente subsidiaria o supletoria para llenar un vacío normativo a nivel legal (consid. 14°). Para salvar lo horrendo de esta última afirmación del

fallo, debe señalarse que el Ministro Muñoz Gajardo plantea su prevención expresando que no está de acuerdo con este considerando 14°. Estos mismos planteamientos que desconocen enteramente la jurisprudencia anterior (años 1973 a 2007/8 aproximadamente) es repetida días después en *Empresa Nacional de Energía Enx c/Consejo de Defensa del Estado* (Corte Suprema 24.9.2021, rol 112.403-2020, Ministros S. Muñoz G./redactor, M. Carroza E., A. Vivanco M., A. Ravanales A. y abog. int. J. Lagos G.), y también meses después en *Aracena Muñoz c/Fisco* (Corte Suprema 28.6.2022, rol 14.444-2021, Ministros A. Vivanco M., A. Ravanales A. y M. Carroza E. y abog. int. D. Munita L./redactor y E. Alcalde R.) casos ambos sobre la impugnación anulatoria (art. 7° de la Constitución) de resoluciones de Seremis Bienes Nacionales, sobre regularización de la pequeña propiedad raíz, y contra título de propiedad inscrito. Valga señalar que el tribunal de primera instancia (2° Juzgado de Letras de Talca) en este segundo caso citado, si bien rechaza la demanda por no encontrar vicios en el acto administrativo impugnado, para rechazar la excepción de prescripción de la acción opuesta por el demandado establece que la acción de nulidad de derecho público es “imprescriptible”, desde que no existe norma alguna al respecto siendo inaplicable la regulación del Código Civil, salvo en lo que se refiere a los aspectos patrimoniales de admitirse la pretensión anulatoria, lo que sería revocado por el fallo de alzada, que acogió la excepción opuesta por el fisco.

6. Ya en este año 2022 y en los que van corridos ya once meses, hay varios casos de pronunciamientos supremos sobre esta acción constitucional de nulidad de derecho público, si bien no hemos encontrado ninguno en el cual haya sido acogida; algunos por falta de fundamentos, otros por carecer de legitimación activa, y alguno por no ser la vía idónea (ya que incide en una controversia entre particulares). De interés para analizar nos parece *Soluciones Informáticas PC Kapital Ltda. c/Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (Corte Suprema 22.8.2022, rol 91.766, Ministros S. Muñoz G., M. Carroza E., A. Vivanco M., A. Ravanales A., y abog. int. C. Coppo D./redactora), en el que la actora recurre de nulidad de derecho público en contra de una Resolución exenta de la Junta referida que adjudicara la licitación de un Convenio Marco para la adquisición de computadoras, *software*, productos y servicios asociados, a otra oferente. En síntesis, la recurrente sostuvo que la adjudicación era contraria a Derecho por cuanto alterando las Bases de la licitación habría exigido que los computadores fueran de un solo color.

En cuanto al tema que analizamos aquí ha de advertirse que en este caso los tribunales de la instancia rechazan la pretensión anulatoria por estimar que no existe infracción a las normas que regulan la contratación administrativa y, por lo tanto, no habría vulneración a los arts. 6° y 7° de la Constitución ni a las normas específicas de las leyes 18.575, arts. 9° y 19.886, art. 10°. Concluye la Corte Suprema, al conocer la casación de

fondo, que no ha existido la infracción alegada por el actor especialmente en cuanto a que no ha habido alteración de las Bases; pero en lo que nos interesa, ha de señalarse que la Corte *entra sin obstáculo alguno a conocer del tema* sin sostener –como hemos visto en fallos precedentes– que esta acción constitucional es subsidiaria o supletoria, y que, por tanto, se rechaza la pretensión anulatoria por no ser la vía idónea, es decir que el actor habría errado la acción intentada para defender sus derechos. Sin duda, este fallo, en este aspecto, resulta auspicioso...

Un caso de interés, si bien más en el aspecto procesal de esta acción constitucional, es *Pronova Technologies S.A. c/Claro Servicios Empresariales S. A y otro* (el Fisco de Chile) (Corte Suprema 27.9.2022, rol 5099-2021, Ministros S. Muñoz G., A. Vivanco M., M. Carroza E./redactor, A. Ravanales A. y abog. int. E. Alcalde R.), en el cual se plantea la nulidad constitucional respecto de una Resolución ex. de la Subsecretaría de Redes Asistenciales N° 203/5.3.2019, que adjudicando una licitación rechaza por inadmisibles la oferta de la actora. Se trataba de una Gran Compra Convenio Marco, contratación de Componentes de la Historia Clínica Compartida Nacional, en modalidad de *software* como servicio. Conociendo un tribunal civil de Santiago los demandados dedujeron incompetencia del tribunal, que fue rechazada, lo cual fue objeto de apelación, la que fue acogida por el tribunal de alzada, fallo que fue recurrido de casación de forma y fondo. La Corte Suprema advierte que ambos recursos son inadmisibles dado que la resolución recurrida incide en procedimientos regidos por leyes especiales (aquí la ley de compras públicas/ 19.886), y que no resuelve el asunto controvertido, ni pone término al juicio o hace imposible su continuación, por lo cual actúa de oficio (art. 84 Cód. Proced. Civil) ya que comprueba que se ha incurrido en un error de procedimiento, que explica en nueve considerandos. La explicación es simple: la ley 19.886 da competencia al Tribunal de Compras Públicas para conocer de las reclamaciones que especifica al efecto, entre las cuales no se encuentra lo que es demandado por la actora, que no solo pide la nulidad de determinados actos administrativos en el procedimiento de licitación sino que, además, solicita la indemnización de perjuicios que le ha significado el acto que pretende se anule, lo que es ajeno a la previsión de la referida ley 19.886. De allí que anula la resolución del tribunal de alzada y declara que el tribunal civil ante el cual se dedujo la acción de nulidad de derecho público es competente, debiendo continuar con la prosecución del litigio.

Ya de relevancia en cuanto se refiere a una acción constitucional de derecho público es *Sotomayor Castillo c/Municipalidad de Algarrobo* (Corte de Apelaciones de Valparaíso 18.302022, rol 792-2021, Ministros P. Droppelmann C. y Leonardo Aravena R. (s) y abog. int. G. Góngora E./redactor), *acogida en alzada*, deducida en contra de un acto administrativo de sanción disciplinaria de un funcionario municipal, sancionado dos

veces por los mismos hechos. La Corte conoce de la apelación del fallo del tribunal a quo –Juzgado de Letras de Casablanca– que rechazara la pretensión anulatoria, y lo revoca fundamentando su decisión en la propia Constitución (arts. 6º y 7º y 19 Nº 2 igualdad en y ante el Derecho) puesto que se trata de una acción constitucional y ha habido una evidente violación de la Carta Fundamental cual era que el Alcalde recurrido dejó sin efecto un decreto alcaldicio que le había impuesto al actor la medida disciplinaria de multa y que había sido aplicada, esto es debidamente cumplida, y luego por intervención de la Contraloría Regional de Valparaíso, a donde había recurrido un tercero reclamando por la baja sanción referida, el Alcalde dictó un segundo decreto destituyéndolo. Tal desaguisado municipal violaba de modo demasiado grosero no solo la debida igualdad ante la ley (sufrir una diferencia arbitraria evidente) sino principios elementales del derecho punitivo, aplicable también al derecho administrativo, como es el principio del *non bis in idem*. El acto administrativo que se deja sin efecto habría producido todos sus efectos jurídicos, por lo cual además de ser inamovible había producido el “desasimiento” total de la autoridad municipal, puesto que ya había agotado su competencia sobre el asunto. La Corte, en consecuencia, revoca el fallo apelado, deja sin efecto el decreto alcaldicio de destitución impugnado y ordena a la demandada reincorporar al actor en su cargo y, además, debiendo pagársele todas las remuneraciones, emolumentos y cotizaciones que correspondan por el tiempo que ha dejado de percibir las desde que se hizo efectiva la sanción de destitución. Recurrido esta sentencia ante la Corte Suprema esta llama a conciliación llegando las partes a avenimiento, que es aprobado por el supremo tribunal.

2. UNA SÍNTEISIS Y ASPECTOS PARA LA REFLEXIÓN

Si pudiéramos sintetizar en algunos puntos lo que nos depara hoy la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la acción constitucional de nulidad de derecho público, podría, con cierta aproximación, decirse lo siguiente:

1. Un claro e indiscutible reconocimiento de la *existencia de esta acción* en nuestro ordenamiento jurídico, la cual era indiscutida a partir del discurso inaugural de la apertura del año judicial 1973 (marzo) del presidente de la Corte Suprema, don Enrique Urrutia Manzano, y casos posteriores de ese mismo año y siguientes, y hasta aproximadamente el primer sexenio del siglo XXI. Este reconocimiento fue plasmado incluso a nivel legal con el DFL/H Nº 3, de 1997, artículo 3º, estatuto orgánico del Consejo de Defensa del Estado, al incluirla entre las acciones deducidas en juicios que debe intervenir dicho organismo y confirmado este reconocimiento en los casos en los cuales el propio

Consejo deduce esta acción como actor para demandar la nulidad de un determinado acto administrativo (como en casos citados). Es decir, como ya se reconocía desde 1833, existía esta acción constitucional y se encontraba en el mismo texto de la Constitución de 1833 (art. 160), y lo reconocía y aplicaba la jurisdicción sin obstáculos, será recogido en la Constitución de 1925 (art. 4º) y en la Constitución de 1980 (art. 7º), textos que expresan de modo muy claro que *todo acto emitido en contravención a la Constitución es nulo*.

2. Una no controvertida afirmación de ser esta acción constitucional *una vía procesal idónea para obtener* ante los tribunales de justicia *la nulidad de los actos administrativos*; y decimos esto por cuanto respecto de los actos procesales de un litigio de competencia de un juez su nulidad está prevista en la propia ley procesal que lo regula, del mismo modo que la nulidad de los preceptos de una ley está regulada constitucionalmente por la vía de la llamada “acción de inaplicabilidad” en un caso concreto de litigio pendiente y cuyo conocimiento está entregado al Tribunal Constitucional (art. 93 N°s. 6 y 7).
3. La reconocida necesidad, desde el inicio de esta acción (art. 160 CP 1833), que para impetrarla se requiere en el actor *contar con un interés personal y directo* agraviado por un acto administrativo. Habría que precisar que mientras en la acción constitucional de amparo general como es el llamado recurso de protección (art. 20 CP) se requiere que el actor debe poseer un “derecho” “agraviado en su legítimo ejercicio” (sea amenaza, perturbación o privación), en la acción de nulidad de derecho público se suele exigir, ahora último, más bien un “interés”, vale decir un grado menor en su situación jurídica agraviada, pero ello no es un planteamiento unánime, porque el mismo concepto de “interés” carece de un contenido objetivo, y suele quedar entregado al criterio del tribunal, con un margen muy notorio de discrecionalidad, lo que perturba de suyo a formar una jurisprudencia.
4. De allí que sea más propia afirmar que para impetrar esta acción *el actor debe sufrir un agravio en un derecho que posea*, esto es algo que le pertenece como suyo, sea un derecho adquirido, por alguna fuente jurídica específica (v. gr., acto administrativo, contrato administrativo, etc.), o bien sea un derecho natural, fundamental, sea o no reconocido por la Constitución de modo expreso (como el llamado “derecho a la imagen”, que ha sido reconocido por la jurisprudencia como comprendido en el derecho a la honra, art. 19 N° 4). No obstante lo dicho, fallos hay –como los hemos citado– que sostienen que también posee legitimación activa quien solamente posee un “interés” (“legítimo”, suele agregarse, rememorando su origen italiano).
5. También debe reconocerse –y esto, asimismo, ha ocurrido desde su origen en la CP 1833 (art. 160), no obstante algunos fallos en el último tiempo– que la nulidad de derecho público produce sus efectos *ipso*

iure, es decir se produce tal efecto desde el mismísimo instante en que se emite, *dado el carácter impeditivo y autosuficiente* como ha sido construida esta acción constitucional, como una salvaguarda de la integridad del ordenamiento fundamental.

6. Debe afirmarse, igualmente, a pesar de algunos fallos que lo contradicen, que, en conformidad al texto mismo del artículo 7º inciso 3º de la Constitución, cuya claridad impide toda interpretación especiosa, no cabe jurídicamente sostener en nuestro ordenamiento fundamental que solo la violación “grave”, o “esencial” de la Constitución produciría esta nulidad de derecho público, por lo que una “violación” de requisitos no esenciales, o prescindibles, o inocuos no haría procedente la nulidad de un acto administrativo. Ya hemos referido la inconsistencia de esta argumentación que se fundamenta en el art. 13 de la ley 19.880, sobre procedimientos administrativos, norma que es más que evidente que resulta incompatible con la Constitución desde que el referido art. 7º cit. expresa de manera perentoria y rotunda que “Todo acto en contravención a este artículo es nulo”, y este artículo es el que, precisamente, establece los requisitos de validez de los actos de los órganos del Estado, y entre estos, obviamente, los actos administrativos. Dicha norma legal y, además, supletoria, es abiertamente inconstitucional, por lo que llama la atención su invocación por la suprema magistratura judicial.
7. También debe agregarse que *no procede que la Administración demandada* a través de esta acción *se allane* a la demanda de nulidad de un determinado acto administrativo que ha emitido y que acepte sin más en la contestación que está de acuerdo en que ha dictado una decisión contraria a derecho, es decir *nula*, y no oponga excepción alguna. La Corte Suprema en fallos emitidos en 2020 cit. ha declarado que es el tribunal quien debe decidir sobre la procedencia de tal allanamiento y la presentación de ese escrito no produce ningún efecto mientras el tribunal no se pronuncie expresamente al respecto. Y de importancia es recalcar, como lo señala el máximo tribunal, que en un acto administrativo si no siempre hay afectación de derechos de terceros, siempre hay materias de “orden público”, que no son disponibles por la mera voluntad del organismo estatal involucrado, y ello tanto más si hay derechos de terceros que, tal vez, ni siquiera han sido emplazados al litigio. Y es que, aunque no lo dicen los fallos expresamente, en toda emisión de un acto administrativo hay un tema de “bien común” que es indisponible renunciar a él por parte de la autoridad, puesto que es su finalidad propia y la razón misma de la existencia misma del organismo de que se trata.
8. Aun cuando los fallos suelen repetir de modo incesante, en el último tiempo, que la nulidad de derecho público origina la *ineficacia* del acto administrativo emitido en contravención a Derecho y autores lo

repite, me permito insistir, una vez más, que ello no es así. No es que el pretendido acto nulo sea “ineficaz”, o sea no produzca efectos (que eso significa ineficaz), que ello es quedarse en la consecuencia de una causa que le precede, y que es el origen de tal pretendida ineficacia, como es que dicho pretendido acto es “inexistente” como acto administrativo (desde que es nulo), ya que ni siquiera ha entrado ordenamiento jurídico al impedírsele esa valla insalvable que es el artículo 7º inciso 3º de la Constitución, que es un valladar impeditivo y autosuficiente para resguardar incólume la supremacía constitucional, como ya lo afirmaba expresamente la Corte Suprema en 1998 (vid. *Sánchez Michea c/Fisco*).

9. Como consecuencia de lo anterior debe insistirse, también, a pesar de ser tan repetido por los fallos en el último tiempo (diez años por lo menos) que la nulidad de derecho público no es una “sanción” (de ineficacia) –pareciera que aquí rige aún el fatídico *copy paste*– y no lo puede ser ni lógica ni técnicamente ya que no cabe “sancionar”, o sea reprimir o castigar, algo que no existe. Nulo es “nada” y la nada es la carencia de ser y, por ende, no cabe reprimirla, castigarla o sancionarla; decir que es una “sanción” me aparece más como un mero artificio retórico pero falso conceptualmente. Recuérdese el texto mismo del art. 7º referido, el que luego de disponer de modo perentorio que “Todo acto en contravención a este artículo es nulo” agrega que “originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”; si la nulidad de que se habla fuera una “sanción” no se explica que, además, reciba otras sanciones, o sea una especie de “superfetación” de sanciones... (y caer, curiosamente, en la violación del *non bis in idem*). Los autores de la Constitución de 1980 eran juristas de reconocido prestigio como constitucionalistas, y de reconocida trayectoria académica y la revisión de cada disposición tomó no poco tiempo a fin de asegurar su claridad y, por tanto, su correcta aplicación.
10. Por último, un aspecto que llama la atención es el hecho, ya advertidos en *Namoncura Godoy* y también *Sotomayor Castillo*, de esquivar la Corte Suprema el pronunciamiento de declarar derechamente la nulidad de un determinado acto administrativo evidentemente contrario a Derecho, como en el primer caso reenviar el litigio al tribunal de primera instancia para que se pronuncie sobre el tema después de conocer la casación deducida en contra del fallo de la Corte de Apelaciones y anularla de oficio, habiendo podido perfectamente declarar dicha nulidad de acuerdo con los propios hechos asentados en el proceso, alargando indebidamente un litigio que ya duraba más de un sexenio; y en el segundo caso, llamar a conciliación no obstante que era patente la arbitrariedad del decreto municipal impugnado, que violaba de manera grosera el principio fundamental del *non bis in idem*.