

## LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

*Eduardo Soto Kloss\**

SUMARIO. Introducción. I. Temas relevantes en los fallos recientes: actos administrativos impugnados por esta acción constitucional. II. La legitimación activa en la nulidad de derecho público. III. Efectos de la nulidad de derecho público.

### INTRODUCCIÓN

Sabido es que en la década de los años noventa del siglo pasado la nulidad de derecho público (NDP en adelante) adquirió una relevancia notable y la jurisprudencia recaída en ella se consolidó de modo que su naturaleza constitucional, pública y, en consecuencia, regida por el derecho público, fue afirmada sin tapujos, así como sus características de *ipso iure*, insanable e imprescriptible, y que su esencia es la de ser propiamente inexistencia<sup>1</sup>. Ciertamente, que todo ello significó un esfuerzo doctrinario para contrarrestar la pertinacia de la defensa fiscal en controvertir cada una de estas características, en una defensa desesperada tratando de aplicar normativa de derecho privado y de impedir así el ejercicio de los derechos de las personas.

Útil nos parece ahora reseñar lo que los tribunales, especialmente la Corte Suprema, han fallado en estos últimos años, si bien los casos no son tan numerosos como los existentes en la última década pasada. Ello presenta interés por cuanto ha surgido en la tercera sala suprema un predicamento de raigambre civilista que tiende directamente a “desactivar” esta acción constitucional y (una vez más) la defensa de los derechos de

---

\*Profesor de derecho administrativo. Este texto es parte de uno más extenso sobre las contradicciones de la jurisprudencia suprema en este tema.

<sup>1</sup>Vid. nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. (3a. ed.). Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 505-545, en sus aspectos típicos y con la jurisprudencia de más de 40 fallos hasta 2012. También nuestro *Derecho Administrativo* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, vol. 2, 163-194. Sobre su naturaleza de “inexistencia” vid. G-Bocksang, De la nulidad de derecho público como inexistencia, en *Ius Publicum* 16/2006, 91-116, y De la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público, en *Ius Publicum* 14/2005, 87-104.

las personas en una posición fiscalista de triste memoria en nuestra historia<sup>2</sup>, predicamento que se explica solamente por la posición asumida por esa sala desde que su integración incluyera a un magistrado que fuera por más de treinta años abogado y también directivo del organismo de la defensa fiscal<sup>3</sup> y menospreciando una nutrida jurisprudencia suprema anterior en la materia<sup>4</sup>.

En este recuento jurisprudencial se incluyen fallos supremos, pero también algunos que presentan interés de tribunales de primera como también de segunda instancia que, a mi conocimiento, no han recibido un pronunciamiento final. No se trata de relatar caso a caso con pormenor, sino referir sobre qué recae la pretensión anulatoria, esto es, el acto administrativo impugnado y la solución judicial en sus fundamentos. Debe señalarse que no se entra aquí en este trabajo a una crítica de cada fallo, salvo mínimamente para llamar la atención sobre el punto que la merece pero sin entrar a fondo en ello. Así veremos primeramente (I) las materias sobre las que ha recaído esta acción constitucional, luego (II) la llamada “legitimación activa” para impetrarla y (III) los efectos jurídicos de la NDP. Para otro artículo próximo dejamos el tema, tal vez, más interesante en esta jurisprudencia como es el de las “causales” de nulidad de derecho público que merece un tratamiento más doctrinario atendido el variopinto esquema que la jurisprudencia suprema ha imaginado al respecto, ya desde *Camacho Santibáñez*, de 28.6.2006.

## I. TEMAS RELEVANTES EN LOS FALLOS RECIENTES: ACTOS ADMINISTRATIVOS IMPUGNADOS POR ESTA ACCIÓN CONSTITUCIONAL

Las materias sobre las cuales han recaído procesos de NDP son bien variadas dentro del ámbito de la actividad administrativa del Estado y del

---

<sup>2</sup>Recuérdese la aberrante posición de la Corte Suprema de interpretar el art. 87 de la Constitución de 1925 en el sentido de carecer de competencia para conocer de las acciones de impugnación de los actos administrativos en razón de entender que lo era de conocimiento de los tribunales administrativos, que no existían y que nunca fueron creados por el legislador. Ello significó pura y simplemente el crear una verdadera “inmunidad jurisdiccional” para la Administración del Estado. Y no se olvide que esa pretendida incompetencia de los tribunales ordinarios para conocer de ello ya era planteado por la Dirección del Tesoro (organismo precedente del Consejo de Defensa Fiscal) a fines del siglo XIX.

<sup>3</sup>Me refiero al sr. Ministro don Pedro Pierry Arrau, que fuera también distinguido profesor de derecho administrativo por largos años en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

<sup>4</sup>Vid. nota 1 precedente.

recuento de los fallos que hemos pesquisados hemos encontrado más de 20 que nos han parecido de interés para un estudio al respecto<sup>5</sup>.

1. Un buen número de ellos versa sobre la impugnación de actos administrativos que afectan los derechos de las personas en lo que se refiere al *derecho de propiedad* (art. 19 N° 24 de la Constitución), sea en cuanto “actos expropiatorios” del dominio sobre inmuebles, sea en cuanto regularización de la pequeña propiedad raíz, sea en cuanto inciden en asuntos de urbanismo, sea incluso a través de mecanismos insólitos aún en nuestro derecho público como las inscripciones por “minuta simple fiscal”.

1.1. Como decíamos, un buen número de ellos versa sobre la impugnación de *actos expropiatorios* que se estiman por los afectados que están viciados en su dictación, sea en su procedimiento de elaboración, sea incluso por no haberse cumplido el fin de “utilidad pública” en vista de la cual la ley autoriza tal acto, existe la institución misma de la expropiación de origen constitucional y existe el acto mismo que debe concretarla en la realidad.

(a) Así *Le Roy Barría c/Esva S.A.* (Corte Suprema/3a.Sala siempre, 27.1.2009, rol 3237-2007), demanda rechazada por estimar los tribunales de la instancia encontrarse prescrita la acción de nulidad impetrada, por aplicación de las normas del Código Civil, lo que el acto en su casación de fondo sostenía como error que influía en lo dispositivo del fallo impugnado desde que la NDP tiene un origen, finalidad y estatuto constitucional enteramente ajeno a las disposiciones civiles. La Corte Suprema al desechar la casación deducida reitera la aplicación de las normas del Código Civil y la prescriptibilidad de la acción en cuestión.

(b) En *González Vergara c/Empresa de Servicios Sanitarios del Bío-Bío* (Corte Suprema 9.8.2011, rol 2217-2009) se controvierte un acto expropiatorio en razón de no cumplirse la finalidad de “utilidad pública” que conlleva en sí la expropiación. La Corte plantea que existiendo una acción legal (es decir, de origen legal) para reclamar el referido acto expropiatorio (DL 2.186/1978) es a ese procedimiento de reclamación al que debe acudir y no a esta acción constitucional que estima como una acción genérica...

(c) *Cornejo Bravo c/Corporación de la Reforma Agraria (Servicio Agrícola Ganadero)* (Corte Suprema 13,10,2011, rol 5463-2009) ve la impugnación de un Acuerdo de la tristemente célebre CORA, de enero de 1967, en

---

<sup>5</sup>Dada la desaparición de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* a partir del año 2008 y no obstante lo avanzado de la tecnología de internet, las actuales revistas de jurisprudencia judicial no contienen una sección de sentencias de derecho público que incluyan la cantidad de fallos como lo hacía aquella. No es lo mismo ni resulta fácil tener que pesquisar este tema en la enorme masa de fallos que se van integrando en la página web del Poder Judicial.

razón de no haber recibido pago alguno por la expropiación de su predio. Ciertamente es que el actor estuvo en poder del referido predio hasta el año 2003, en que a raíz de una demanda de reivindicación deducida por el SAG, sucesor de aquélla en el bien expropiado. La Corte Suprema rechaza la casación de fondo planteada por el demandante afirmando “que no es óbice del perfeccionamiento y conclusión del acto expropiatorio” el no haber obtenido pago alguno como indemnización (consid. 7°) dado que se había producido por parte de la expropiante la consignación de la cuota de contado (más que ínfima en relación con el valor del predio) ante el tribunal agrario competente (Colchagua), habiéndose practicado las inscripciones registrales de rigor (consid. 8°).

(d) En *Lecaros Ovalle c/Fisco y Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano* (Corte de Apelaciones de Santiago 7.5.2009, Corte Suprema 1.6.2012) se trata de una NDP de un acto expropiatorio de 1972 en que nunca se concretó la indemnización, requisito esencial para que exista una expropiación (según lo establece la propia Constitución, también la de 1925, vigente a esa época) y ello en razón de los acuerdos a que llegaron muchos expropiados por el gobierno de esa época/1972, entre ellos el actor, con el Gobierno de la Presidencia Pinochet Ugarte para la conservación de una “reserva” de su propio predio, y en cuya virtud, y de acuerdo con la legislación vigente, Lecaros Ovalle debió devolver lo que se había consignado por el Acuerdo de la Cora, como cuota inicial (ínfima e irrisoria, en verdad) y los llamados “bonos” de saldo (meros papeles...). En otras palabras, por el hecho de reconocérsele el derecho a reserva (40 ha) le fue expropiado su predio sin indemnización alguna y sin que ni siquiera se cumpliera el fin llamado de “utilidad pública” de dicha reforma agraria, puesto que no fue reasignado ese predio expropiado a trabajador alguno siendo incluso traspasado primero al Servicio Agrícola Ganadero y luego al Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano, organismo que nada tenía que ver con la materia de reforma agraria: se advierte, una vez más, en este caso, el vulgar latrocinio que significó dicha ley... de iniquidad más que manifiesta.

En una solución muy fácil para los jueces, el tribunal de primer grado simplemente aplicó la prescripción dispuesta por el DL 1283/1975, art. 3°, en circunstancias que los acuerdos llegados con el Gobierno para obtener la referida “reserva” (previa la devolución de lo recibido a cuenta (ínfima) de la indemnización) era de fecha posterior, 1976 y, por lo tanto, de imposible aplicación honesta al caso. El tribunal de alzada confirma el fallo aludido y la Corte Suprema desecha la casación interpuesta en contra de la sentencia en apelación, planteando la misma solución de esos fallos de la instancia<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup>Debe mencionarse que los fallos pasan de largo sobre el hecho fundamental que plantea este caso como es el de haberse tenido que devolver lo recibido como pago inicial de contado la cuota consignada (ínfima, por lo demás) y el saldo a través de los llamados “bonos”(meros papeles, en la práctica) para poder acceder a la “reserva” de su propio predio, lo que ocurrió

Veremos en el párrafo siguiente algunas afirmaciones que hace la Corte Suprema sobre la NDP como si fuera una “sanción”, y la aplicación de normas del Código Civil sobre prescripción, haciendo una distinción que inventa al efecto (siguiendo a *Le Roy Barría* cit.) entre NDP pura y simple y NDP que califica “de carácter patrimonial”.

1.2. No por expropiaciones que se pretenden ilícitas por los afectados pero sí por afectación del derecho de propiedad de éstos, pueden mencionarse los casos que a continuación referimos.

(a) *NN c/Secretario Ministerial de Bienes Nacionales de la Región de O’Higgins* (Corte Suprema 7.11.2011, rol 7750-2011). Aquí se deduce esta acción constitucional en contra de una Resolución exenta del demandado que regulariza la posesión de un inmueble de propiedad del actor, al amparo del DL 2.695, de 1979. Fundamento de la pretensión anulatoria era la violación del art. 3° del DL cit. en cuanto la requirente agregaba a la posesión del terreno cuya regularización solicitaba la posesión de sus antecesores a pesar de que ese terreno formaba parte de una de mayor extensión, prohibiéndose tal adición expresamente por dicho artículo 3°. No obstante la claridad de esa infracción y la afectación que ello producía en el derecho de propiedad del actor, tanto los fallos de primero como de segundo grado rechazan la demanda sosteniendo la prescripción dispuesta por el propio DL 2.695, para reclamar de la resolución de la autoridad de Bienes Nacionales, haciéndola primar por sobre la acción constitucional de NDP. La Corte Suprema, por su parte desecha la casación interpuesta haciendo primar la prescripción de ese cuerpo normativo de origen legal; el plazo fijado en él habría hecho precluir el derecho a ejercer la acción constitucional (consid. 3°)<sup>7</sup>.

---

en 1976, cuatro años después del acto expropiatorio y, además, después de lo previsto en el DL 1.283, de 1975 en cuanto al plazo de prescripción. Estos hechos no podían ser dejados de considerar si se hubiera actuado con criterio de justicia y no de comodidad...

<sup>7</sup>No puede olvidarse los variados casos en que la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad (recurso constitucional de inaplicabilidad) de algunas normas de este DL 2.695/1979 e incluso declarándolo *in totum* contrario a la Constitución; vid. v. gr. R. Bertelsen, La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el recurso de inaplicabilidad (1981-1985), en *Revista de Derecho Público* 37/38 (1985) 167-185, también últimamente, E. Navarro B., *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 43. Tribunal Constitucional. Santiago de Chile. 2011, 41-42, 99-100 y 102-103 y muy en especial los trabajos de F. Saenger sobre el referido DL y la jurisprudencia de la Corte Suprema recaída en él en F. Saenger Gianoni-Guillermo Bruna Contreras, *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad*. Editorial Jurídica de Chile-Universidad Católica de la Santísima Concepción. Santiago de Chile. 2006, 127-133 y 229-21, con amplio tratamiento; ya después de la reforma del 2005 vid. F. Saenger G., El Decreto Ley 2.695 y el Tribunal Constitucional, en *Revista de Derecho* (Universidad Católica de la Santísima Concepción) N° 22/2010 N° 2, 167-182 y ahora último, Sentencias contradictorias entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Divergencias esenciales con respecto del DL 2.695, en Homenaje al Profesor A. Silva Bascuñán. Centro de Estudios Constitucionales. Santiago de Chile, 2012, en donde se estudia pormenorizadamente el tema.

(b) Una alteración de deslindes de un predio y parte del derecho de propiedad de terrenos a raíz del mecanismo (ciertamente inconstitucional) de la llamada “inscripción por minuta simple” solicitada por el fisco es el tema de la NDP planteada por *Algina Inmobiliaria y Agrícola S.A. c/Fisco* (Corte Suprema 4.11.2011, rol 4807-2009).

Este extraño e insólito mecanismo fiscal exorbitante significa que presentada esa “minuta simple” por el órgano fiscal al Conservador de Bienes Raíces competente (el que corresponde al lugar del inmueble o terrenos para inscribir su propiedad) éste lo inscribe a nombre del fisco incluso contra propiedad inscrita. *Algina* requiere ante la justicia ordinaria la nulidad de derecho público de esa inscripción registral por afectar su derecho de propiedad sobre un predio suyo ya que esa inscripción venía a alterar sus deslindes privándosele así de lo suyo (art. 19 N° 24).

La demanda es rechazada por los tribunales de la instancia porque según las pruebas aportadas por las partes no indicarían que hubiera superposición de los terrenos que dan fe ambas inscripciones, por lo cual no se afectaría el derecho de propiedad de la actora, lo que lleva a la Corte Suprema a desechar la casación de fondo presentada por aquélla.

(c) También incide en materia de propiedad *Inmobiliaria Peñablanca c/Municipalidad de Algarrobo* (Corte de Apelaciones de Valparaíso 31.8.2009 y Corte Suprema 16.11.20012, rol 7188-2009), asunto que recae en un tema de urbanismo. Se deduce la acción de NDP respecto de un acto administrativo del Director de Obras de la demandada que aprobaba el plano de un balneario y la recepción del mismo, pero que interpretaba una cláusula de un contrato de compraventa que según la actora significaba la pérdida de terrenos pues la entendía como un “modo” siendo que se trataba de una “condición resolutoria tácita”. El tema incidía en la aplicación del art. 135 de la Ley general de urbanismo y construcción<sup>8</sup>. La demanda es rechazada tanto en primera como en segunda instancia porque se entiende que la Dirección de Obras referida ha actuado dentro de su competencia conforme a la disposición legal mencionada. La casación impetrada por la demandante será igualmente rechazada por no haber error de derecho en el fallo recurrido.

## II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO

Para deducir la acción constitucional de nulidad de derecho público es, obviamente, necesario para el actor contar con lo que se denomina “le-

---

<sup>8</sup>Esta disposición establece que cuando la Dirección de Obras acuerda la recepción de los trabajos de urbanización se consideran por ese solo hecho incorporados al dominio nacional de uso público las calles, avenidas, plazas y espacios públicos, en general, que existieren en la nueva zona urbanizada.

gitimación activa” según los procesalistas. Pues bien, en el periodo que estamos analizando hemos encontrado varios fallos en los cuales se ha tratado este tema, si bien de un modo bastante breve.

1. Merece atención, por lo inaceptable del criterio seguido por la jurisdicción suprema, *NN c/Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la VI Región*, fallo del 7.11.2011 (rol 7750-2011 cit.), en el cual la demandante (no aparece individualizada) recurre de casación en el fondo en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua (12.7.2011 cit.), no se indica rol) que, confirmando la de primer grado, rechaza la apelación deducida en un asunto en el cual se alegaba la nulidad de derecho público (NDP) de una resolución exenta (Nº 98, de 15.12.2001) de dicha Seremi la cual regularizaba la posesión de un inmueble según el DL 2.695, de 1979 que violaba su artículo 3º, ya que el beneficiario de esa regularización había agregado a su posesión la de sus antecesores no obstante que el terreno que se regularizaba formaba parte de uno de mayor extensión, lo que –conforme al DL citado– impedía tal adición.

La Corte Suprema entiende que existiendo en dicho DL 2.695 un plazo extintivo del derecho para reclamar en contra de la Resolución administrativa de regularización, su derecho habría precluido, no siendo apto el ejercicio de la acción constitucional de nulidad de derecho público... (consids. 2º y 3º)<sup>9</sup>. En otros términos, carecería la recurrente del derecho a deducir la acción de NDP, acción que [es] “genérica de impugnación de ilegalidad” (consid. 4º) que carece de la energía o fuerza jurídica para impugnar resoluciones administrativas cuando la ley ha establecido plazos específicos de impugnación (3a. Sala ministros Pierry, Brito/redactor, y Sandoval, y abogados integrantes Pozo y Hernández).

Si se advierte, la Corte Suprema afirma que una acción especial de ilegalidad, de origen legal, *prima y tiene preferencia* sobre una acción constitucional como es la NDP. O sea, la ley se sobrepone a la Constitución y tiene mayor fuerza jurídica que ésta al punto que es relegada a la no aplicación, a su carencia de vigencia en tal caso, a su práctica inexistencia... No puede ser más aberrante la solución indicada. Y es que olvida la Corte Suprema (3a. Sala) nada menos, prescindiendo de la Constitución, que ésta no sólo obliga a todo órgano del Estado, también a los jueces aunque sean supremos, sino que ella tiene *aplicación y operatividad directa* (art. 6º incisos 1º y 2º) y, por lo tanto, siendo la Constitución el texto base de todo el ordenamiento jurídico de la Nación *prima y se impone* sobre toda otra norma de derecho de inferior jerarquía, como es una ley, y ordinaria y al DL 2.695 (que la propia Corte Suprema ha declarado, cuando tenía

---

<sup>9</sup>La misma posición se encuentra en *González Vergara c/Essbío S.A.* (9.8.2011, rol 2217-2009) que veremos más adelante.

competencia para ello antes del 2005, en varias oportunidades contrario a la Constitución, sea *in totum* sea en algunas de sus disposiciones<sup>10</sup>.

Olvida, además, su propia jurisprudencia (lo que suele ocurrir en esta Sala más frecuentemente de lo razonable desde hará tres a cinco años...) en materia de la acción constitucional de protección (art. 20 de la Constitución) en la cual esta acción *prima* por sobre toda otra acción de origen meramente legal que pueda existir para impugnar decisiones de los órganos de la Administración del Estado<sup>11</sup>.

No puede ser, ni justo, ni equitativo ni razonable, que una acción constitucional como es la acción de NDP, que asegura tanto la primacía de la Constitución (arts. 1° inc. 4°, 5° inc. 2°, 6° y 7°) y el respeto de los derechos fundamentales de las personas (ídem) como el derecho a la acción (art. 19 N° 3) y la consecuencial inexcusabilidad judicial (art. 73/76, inc. 2°), sea desechada porque hay una acción de origen meramente legal, en circunstancias que más encima se desposee a alguien de su propiedad inscrita a través de procedimientos meramente administrativos que conocidamente se prestan a irregularidades (e incluso sin que el dueño ni siquiera sepa de su existencia).

Cuando se desconoce el imperio de la Constitución y hasta por los propios jueces supremos, ya no rige el Derecho en una comunidad política sino la voluntad de ellos. Eso es precisamente lo que constituye propiamente el llamado “gobierno de los jueces”.

2. En *Municipalidad de Arauco c/Varela Fuentes* (Corte Suprema 2.11.2012, rol 7454-2011) es este organismo edilicio quien plantea la NDP de un decreto alcaldicio que aprobó un contrato de arrendamiento (bajo un Alcalde anterior) de un inmueble como asimismo la NDP del contrato mismo.

El caso nos parece de real importancia, si bien la Corte despachó la casación de fondo deducida por la actora en un solo considerando (consid. 5°), declarando que ella carece de *legitimación activa* para impetrar esta acción constitucional de sus propios actos, ya que esta acción sólo es procedente que sea deducida por los particulares frente a los actos de la Administración. La Corte de Apelaciones de Concepción al confirmar el fallo de primer grado, que rechazaba la demanda, expresaba lo mismo, agregando que no sería justo que el causante de la infracción, que es un órgano del Estado (aquí la Municipalidad como actora), demandara a un particular que, aparentemente/presunción de inocencia, no ha incurrido en el vicio alegado y habría obrado de buena fe.

La Corte Suprema ha olvidado, una vez más, su propia jurisprudencia, ya que en varias ocasiones ha promovido (en los casos de invalidacio-

---

<sup>10</sup>Vid. nota 7 precedente.

<sup>11</sup>Vid. nuestro *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1982, 81-86.



nes ilegales) y admitido la interposición de la acción constitucional de NDP por organismos del Estado, como son los casos del ex Instituto de Normalización Previsional por actos emitidos otorgando pensiones (v. gr., de invalidez) pero obtenidas con fraude por parte de los requirentes presentando antecedentes falsos<sup>12</sup>.

No deja de ser interesante y, además, muy plausible, la argumentación de la Municipalidad en cuanto a que en el caso en cuestión aparece de manifiesto la ilegalidad del contrato, lo que incluso legalmente habilita al propio tribunal para declararla de oficio. Agrega que el artículo 19 N° 3 de la Constitución reconoce el derecho a la acción de toda persona (subentendiendo que también se refiere a las personas jurídicas), no existiendo razones válidas para impedir su ejercicio a las personas jurídicas administrativas del Estado. Dado que había expirado el plazo de dos años de que habla el artículo 53 de la Ley N° 19.880 para invalidar el decreto aprobatorio del contrato referido (en la medida que sea procedente), queda de todos modos abierta la vía judicial, cuyo conocimiento toca a los tribunales ordinarios de justicia, los que constitucionalmente no pueden excusarse del conocer el litigio (art. 73/76 inc. 2°) alegando razones que no son de derecho positivo sino meramente doctrinarias sin apoyo de norma alguna de la Carta Fundamental.

3. *González Vergara c/Empresa de Servicios Sanitarios del Bío-Bío S. A. y otro* (Corte Suprema 9.8.2011, rol 2217-2009) incide en un asunto de expropiación de terrenos para construir obras sanitarias y que décadas antes ya habían sido expropiados y no se había hecho obra alguna, estando por ello pendiente otro litigio. El caso resulta curioso porque se vuelven a expropiar terrenos que ya habían sido expropiados –sin hacerse obra alguna– en razón de no saberse por la autoridad tal hecho (explicable según la demandada por los cambios legislativos ocurridos y las sucesiones de organismos estatales en la materia intervinientes incluso ahora privatizados). La actora recurre de NDP en contra del segundo acto expropiatorio y tanto el tribunal de primer grado como el de alzada rechazan la demanda por estimar que carecía de *legitimación activa*, decisión bastante insólita desde que era dueña –debidamente probado en el litigio– del terreno que en parte se expropiaba y dueña tanto en 1992 como en 2001 fecha de la segunda expropiación.

La Corte Suprema (consid. 8°) advierte muy certeramente que teniendo la actora la calidad de expropiada y existiendo una relación con la situación jurídica sustancial “no puede sino concluirse que al decidir los sentenciadores de la instancia que la actora carece de legitimación activa

---

<sup>12</sup>Vid. nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. (ed. 2012), 545.

para demandar la nulidad del Decreto Supremo 151 [MOP de 22.10.2001] han incurrido en el yerro jurídico que se les reprocha”<sup>13</sup>.

4. *Inmobiliaria Peñablanca c/Municipalidad de Algarrobo* (Corte Suprema 16.1.2012, rol 7188-2009 cit.) presenta una acción de NDP deducida a raíz de un acto administrativo del Director de Obras de la Municipalidad referida que aprobara el plano del balneario Canelo y la recepción del mismo, en que se interpretó una cláusula de un contrato de compraventa que implicaba la pérdida de terrenos de la actora, al entenderla como “modo” siendo que se trataba de una “condición resolutoria tácita”. Ello dentro de una urbanización de un terreno aplicándose el artículo 135 de la ley general de urbanismo y construcción, que establece que cuando la Dirección de Obras Municipales acuerde la recepción de los trabajos de urbanización se considerarán por ese solo hecho incorporadas al dominio nacional de uso público las calles, avenidas, plazas y espacios públicos en general, que existieren en la nueva zona urbanizada. Tanto el fallo de primer como de segundo grado rechazaron la demanda por cuanto estimaron que la autoridad municipal obró dentro de su competencia y conforme al mérito del proceso, por lo cual la Corte Suprema desechó la casación de fondo impetrada por la actora.

De interés para nosotros aquí es su considerando 10° en el cual se dice que las acciones de nulidad, esto es, aquellas “acciones encaminadas a conseguir la nulidad de un acto administrativo” “pueden interponerse por cualquiera que tenga algún interés en ello”. ¿Pareciera que al decir “algún interés en ello” estaría afirmándose que puede ser un interés referido incluso a la defensa del interés general, del imperio del derecho en nuestra comunidad política, y a la vigencia y concreción del Estado del Derecho que se establece en la Constitución?

No debe confundirse ello con la idea de “acción popular” (v. gr., reclamo de ilegalidad municipal, Ley N° 18.695, art. 141 letra a) del texto refundido DFL/Interior-Subdere N° 1/2006), que siempre exige un interés, sea v. gr., en el interés de la comuna (que habrá de probar el demandante).

Pareciera que si bien aquí se dice ello de modo muy general y, por tanto impreciso o equívoco, hay que convenir que para impetrar la acción de NDP ha de haber un interés pero consistente en un *agravio* producido en una persona (sea natural o jurídica) en cuanto afectación de derechos que ella posee (sea afectación concreta hoy, o una amenaza cierta, seria y actual)<sup>14</sup>. El solo interés de la juridicidad aparece un poco lejano en

---

<sup>13</sup>En lo sustancial, la casación de fondo fue rechazada por estimarse que tal DS no era contrario a Derecho.

<sup>14</sup>Pudiera parecer a algunos un tanto extraño esto de afirmar que también sería procedente esa afectación por vía de “amenaza” pero no hay tal, por cuanto la *amenaza* en sí, en cuanto tal, origina una *afectación* a un derecho que se posee, en cuanto significa un anuncio de un

nuestro estado actual de los tribunales, de la cultura jurídica y de la seriedad que ello implica en el estamento de los abogados, si bien hay que reconocer que si a cualquier juez se le ha dotado para declarar de oficio la nulidad de un acto en que el vicio aparezca de manifiesto en el proceso de que conozca, ello podría hacer aceptable la interposición de la NDP fundamentada en tal interés, sin perjuicio de exigir garantías suficientes de seriedad al impugnante.

De modo mucho más preciso se expide en este punto la Corte de Apelaciones de Concepción en *Servicios de Vertederos Los Maitenes Ltda. c/Comisión Regional del Medio Ambiente Región del Bío-Bío* (6.11.2012, rol 1820-2011) en cuyo consid. 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”.

5. De interés resulta en este aspecto *Estación de Servicio Pedro de Valdivia Norte Ltda. c/Ministerio de Obras Públicas y otra* (Corte Suprema 14.11.2012, rol 2033-2010), una NDP en que se demanda la nulidad de un decreto del MOP que aprueba un convenio de modificación de una obra pública concedida. El actor alegaba que en atención a disposiciones de la ley de concesiones de obra pública (arts. 19 y 20) debía realizarse una nueva licitación y no procederse a un acuerdo de modificación del contrato en vigencia.

El tribunal de primera instancia desechó la demanda en razón de “que si bien el actor tiene un interés manifestado por medio de la acción impetrada, éste no se corresponde con uno derivado de la existencia de un derecho subjetivo involucrado por el cual el actor haga valer su derecho a la acción” (vistos). Apelado este fallo por el actor, la Corte de Apelaciones de Santiago lo confirmó, agregando que la otra demandada (la Sociedad Concesionaria Costanera Norte S.A.) no era legítima contradictora (esto es, carecía de legitimación pasiva) ya que la nulidad de derecho público es procedente frente a actos de autoridades públicas (propiamente del Estado, “Los órganos del Estado...” dispone el inicio del artículo 7° de la Constitución), pero no frente a personas jurídicas de derecho privado. Explicitándose aún más y muy bien, la Corte Suprema (consid. 5°) señala que “el interés legítimo no es similar o equivalente a la legitimación activa..., el interés jurídico como requisito esencial de la acción deducida en estos autos corresponde a intereses personales y directos amparados por

---

mal futuro que un determinado acto administrativo dispone. Y en cuanto afecta un derecho sí constituye a la víctima en legitimado activo para pretender la NDP referida.

el ordenamiento jurídico, relativos a la esfera personal del actor y que el acto administrativo afecta de manera directa y determinante lesionando un derecho". Es más, se agrega que si aun existieren infracciones a la legalidad vigente e invalidarse el fallo objeto de casación de fondo, igualmente la sentencia de reemplazo que se dictare necesariamente habría de rechazar la demanda desde que al carecer el actor de legitimación activa faltaría un requisito de procedencia de la acción (consid. 12).

6. Una manera curiosa de entender la legitimación activa se advierte en *Algina Inmobiliaria y Agrícola S.A./Fisco* (Corte Suprema 4.11.2011, rol 4807-2009 cit.), caso en el cual la demandante, propietaria de un predio en la península de Hualpén/Concepción, interpone NDP en contra de inscripciones que el Fisco solicitó por "minuta simple", desconociéndose la inscripción vigente de su predio y alterándose por esta vía los deslindes, privándola de varias hectáreas de su dominio. Lo interesante y curioso aquí en el tema que tratamos es que la sentencia de primera instancia, que concluye que no hay superposición de títulos, lleva a sostener que la actora no tendría *legitimación activa* ya que carece de interés jurídico actual en el resultado del juicio desde que no tiene comprometido un derecho en el ejercicio de la acción.

Si bien se analiza, por esta vía ningún litigante perdidoso poseería legitimación activa, dado que carece –según la jurisdicción– de derecho para pretender lo que solicita en su demanda, de allí que se la desecha. El requisito procesal esencial de la *legitimación activa* discurre, en verdad, por otras vías, puesto que lo que se exige al actor es, en buenas cuentas, que sea titular de la situación controvertida en un juicio, lo que le permite solicitar la correspondiente tutela judicial en un proceso; si no se da esta legitimación se carece de un elemento que permite acceder a dicha tutela<sup>15</sup>.

7. En *Mancilla Hernández c/Carabineros de Chile y Ministerio de Defensa Nacional* (Corte de Apelaciones de Santiago 11.3.2009, rol 4551-2005) encontramos una solución un tanto sorprendente, en cuanto el tribunal de alzada confirma el fallo de primer grado (21 Juzgado Civil de Santiago 17.12.2004) que desechaba la demanda de NDP interpuesta en contra de un acto administrativo que daba de baja al actor; se alegaba en dicha demanda la "arbitrariedad" en que habría incurrido la autoridad demandada en su dictación, vicio que el tribunal de alzada estima que es "materia que escapa a la acción ordinaria de derecho público deducida en la especie" (¡sic!), siendo en tal caso procedente más bien la acción de protección (art. 20 de la Constitución).

---

<sup>15</sup>Vid. sobre el tema especialmente A. Romero, *Curso de derecho procesal civil (tomo I La acción y la protección de los derechos)*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2006, 87-103.

Digo “sorprendente” porque por un lado no cabe olvidar que toca al propio afectado decidir por la acción procesal que utiliza para defensa de sus derechos (en la medida en que concurran los requisitos que la Constitución y la ley conforme a ella dispongan) y por otro, y es fundamental, parece el tribunal desconocer que la “arbitrariedad” es un vicio que cae plenamente en la pretensión anulatoria del artículo 7° de la Constitución, ya que se trata de un vicio en la “competencia” (art. 7° incisos 1° y 2°) desde que significa que la potestad específica atribuida por la ley a un determinado órgano se ha ejercido de modo no razonable, injusto (no se olvide que la arbitrariedad es proceder contra la razón y, por ende, contra la justicia), y no se olvide que ninguna potestad que confiere el legislador es atribuida por éste a determinado órgano para que sea ejercida de modo irracional o sin adecuarse a la necesaria “razonabilidad”, esto es, idoneidad y proporcionalidad del medio empleado, coherencia entre los hechos y la decisión que se adopta en virtud de esa potestad jurídica, y que la decisión que la autoridad disponga sea eficiente, o sea, conducente a obtener el fin previsto, que no es otro que la satisfacción de la necesidad pública concreta que la ley ha impuesto a determinado órgano como obligación jurídica que cumplir<sup>16</sup>.

8. Por último, cabe mencionar un caso muy singular como es *Municipalidad de Huechuraba c/Comisión Regional del Medio Ambiente Región Metropolitana (Corema)* en el cual se demanda la NDP de dos actos administrativos a saber un Acuerdo de la Corema Metropolitana (1°.12.2005) y una Resolución exenta (N° 531/2005) de la Intendencia Metropolitana, que llevó a ejecución el referido Acuerdo.

El fundamento de la demanda es bien simple: ambos actos administrativos referidos aprobaron el proyecto de la Sociedad Concesionaria Autopista Nororiente S.A. denominada “Rectificación del trazado”... de esa autopista (trazado que había sido aprobado el 2003 mediando un “Estudio de Impacto Ambiental”), en circunstancias que esta “rectificación” lo era a través de una mera “Declaración de Impacto Ambiental”, y habida cuenta de los propios antecedentes de que no se trata de una mera “rectificación” sino de una clarísima “modificación” del proyecto original.

El tribunal de la instancia (24 Juzgado Civil de Santiago, rol c-735-2007, sentencia de 7.7.2009) advierte que tal “rectificación” de carácter administrativo, como pretende el titular del proyecto, “entraña cambios de

---

<sup>16</sup>El tema incide nada menos que en la “teoría de las potestades”, tema no muy frecuentado por la doctrina chilena y que no suele ser conocida por los jueces; puede ser de interés nuestro *Derecho Administrativo* cit.1996, vol. 2, 47-63. Sobre “razonabilidad” vid. J. I. Martínez Estay (et alt.), *El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del tribunal Constitucional*, en Estudios Constitucionales (Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca) 2011, N° 1, 199-226; vid. también, H.W.R. Wade, *Administrative Law*. Oxford University Press. Oxford (varias ediciones, en la 7a.1994, reprinted 1995, que tengo a la vista, actualizada por C. F. Forsyth, 379-459).

fondo”, que el tribunal se encarga de analizar con pormenor, de acuerdo con los antecedentes que obran en el proceso, en el fallo que pronuncia (consid. 9º). Siendo así, resulta que se ha infringido la Ley Nº 19.300 y su reglamento, por lo cual debiendo dicha llamada “rectificación” haberse sometido a una “Estudio”, y no a una “Declaración”, de Impacto Ambiental, la sentencia reconoce que en los actos administrativos impugnados se ha incurrido en un vicio en la competencia de ambos órganos al dictarlos, por lo cual los declara nulos de nulidad de derecho público.

Apelado el fallo por la demandada, el tribunal de alzada (Corte de Apelaciones de Santiago, 30.7.2010, rol 5540-2009) lo confirma, pendiente aún en la Corte Suprema la casación presentada por el Fisco en contra de la sentencia de alzada.

Decía “curioso” y muy digno de interés este caso en razón de que admitiéndose por hipótesis que el referido Acuerdo de la Corema Metropolitana haya sido dictado excediéndose la competencia atribuida a ésta y, en consecuencia, la resolución de la Intendencia Metropolitana que lo lleva a cumplimiento, los efectos de esta NDP judicialmente declarada y en un debido proceso, se van a radicar en otros sujetos jurídicos como son el Ministerio de Obras Públicas/Fisco (al aprobarse esa “rectificación”/“modificación”, decreto supremo de aprobación) y en la Sociedad Concesionaria aludida que la ejecutará, quienes, ambas, han sido ajenas al proceso de nulidad, ya que no aparecen en él, no obstante que en ellos recaen los efectos del fallo aludido. Así, como se ve, no se trata aquí de legitimación activa sino de *legitimación pasiva* en cuanto quien es el sujeto jurídico en quien recaen los efectos de la resolución judicial anulatoria. Dado que pende aún el caso en la Corte Suprema omito añadir observaciones sobre el tema que es interesantísimo puesto que incide nada menos que en los efectos que produce una sentencia anulatoria de un acto administrativo-base en los actos administrativos llamados “consecuencia”.

Lo que resulta de este recuento y que vale rescatar de los fallos reseñados del último quinquenio no es, en verdad, mucho, salvo que para deducir esta acción constitucional de nulidad de derecho público es necesario verse afectado por un acto administrativo en un derecho que se posee, sea un derecho fundamental, de aquellos que la Constitución reconoce a todas las personas (sea explícita o implícitamente<sup>17</sup>, sea un derecho obtenido en virtud de una convención, de una ley, de un acto administrativo o de un contrato administrativo. En otras palabras, sufrir un

---

<sup>17</sup>Digo “implícitamente” recordando el caso del llamado “derecho a la imagen” que la Corte Suprema en la jurisprudencia de protección deduce del art. 19 Nº 4 de la Constitución; vid. sobre el tema, entre otros, los trabajos de J. I. Peña Atero, en *Revista de Derecho Público* cit. Nº 63, vol. 1, 279-306 y de H. Nogueira A., en *Ius et Praxis* 2007, Nº 2, 245-285.

agravio en sus derechos por un acto de un órgano ejerciendo potestades administrativas del Estado.

### III. EFECTOS DE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO

Sobre los efectos de la NDP hemos encontrado solamente cuatro fallos de la Corte Suprema que se han pronunciado sobre el tema en este último quinquenio.

1. En *Inmobiliaria Peñablanca Ltda. c/Municipalidad de Algarrobo* ya citado en el párrafo precedente, la Corte Suprema se encarga de precisar (consid. 10º) que la acción de NDP “encaminada únicamente a conseguir la nulidad de un acto administrativo” “presenta la particularidad de hacer desaparecer el acto administrativo con efectos generales, *erga omnes*”<sup>18</sup>.

Por su parte, su consid. 14 señala que esta NDP “corresponde a la sanción que puede acarrear la existencia de vicios en los elementos del acto administrativo”, error al decir “sanción” que, por desgracia, suele ser muy común especialmente en aquellos que tienen una formación civilista olvidando, o desconociendo, que nuestra Constitución no plantea la acción de NDP (art. 7º inc. 3º) como “sanción” sino como “inexistencia”, lo que hemos explicado en otra ocasión<sup>19</sup>. Lo que llama la atención es que la Corte Suprema olvide su jurisprudencia constante y numerosa recaída durante la década 1994-2003 en que afirma expresamente que la NDP es inexistencia y siendo tal no cabe afirmar que es una “sanción” puesto que no se “sanciona” lo que no existe.

---

<sup>18</sup>Este mismo predicamento ya se expresaba en *Le Roy Barría c/Esva S.A.* (Corte Suprema 27.1.2009, rol 3237-2007) asunto sobre expropiación de un predio en la comuna de Quilpué y que se deduce la NDP del acto expropiatorio, demanda que fuera desechada en primera instancia y confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso aplicándose la prescripción de la acción en virtud de las normas del Código Civil (arts. 2332, 2497, 2514 y 2515). Se agrega que “requieren de una ley expresa que las consagre”, lo que es una mera invención del tribunal desde que las acciones procesales –cualesquiera sean ellas– existen por el solo hecho de existir un derecho agraviado de un sujeto jurídico y que se acuda a un tribunal pretendiendo que se anule el acto que lo agravió (art. 73/76 CP). No se puede olvidar o desconocer o despreciar aquello de que hay acción en donde hay derecho puesto que de otro modo sería una burda farsa afirmar un derecho si éste no tiene y carece de la correspondiente e indispensable tutela jurídica. De allí que la afirmación citada no puede ser más perversa, impropia de una jurisdicción suprema.

<sup>19</sup>Vid. nuestro *Derecho Administrativo* (1996) cit. vol. 2, 183 en donde por un error tipográfico no advertido se afirma que es una sanción, debiéndose haber dicho “no” es una sanción, seguido de un punto y coma. Este mismo error lo repite en *Ovalle Lecaros* cit. (*Gaceta Jurídica* 384/2012, 70-71) consid. 7º, que habla de la NDP como “una sanción de ineficacia que puede afectar a un acto en que la autoridad que lo dicta hubiere actuado sin la previa investidura regular...”.

2. En *Municipalidad de Renca c/Fernández Chaparro* (Corte Suprema 28.5.2012, rol 9352-2009), en cambio, la Corte entiende que un acto administrativo declarado nulo por vía judicial es “inexistente”, es decir, el tribunal declara su inexistencia, por lo cual no cabe solicitar la nulidad de un acto administrativo (municipal en este caso) por el cual se había designado como funcionario de la planta del personal al demandado. El punto incidía en que el demandado en un proceso anterior había impugnado la invalidación de un decreto alcaldicio que lo nombraba, previo concurso público, como funcionario de la Municipalidad de Renca (ahora aquí actora), demanda que fuera acogida y que ordenaba a la Municipalidad aludida a reponerlo en su cargo y a pagarle las remuneraciones que había dejado de percibir desde la fecha del acto invalidatorio.

3. *Servicios de Vertederos Los Maitenes Ltda.* ya referido nos permite recordar que “sólo la infracción del principio de supremacía constitucional es susceptible de acarrear una nulidad de derecho público, teniendo como fundamento la violación del artículo 7° de la Carta Fundamental y el artículo 2° de la Ley de Bases de la Administración del Estado” (consid. 5°). Acierta muy bien su considerando 7° cuando afirma que esta NDP, que se produce cuando se viola dicho artículo 7°, enerva el acto que adolece de ella, acto que “nunca habría podido adquirir existencia ni surtir efecto alguno, siendo insanable e imprescriptible, aunque requiere una sentencia judicial que así lo declare”.

4. En *Municipalidad de Huechuraba* recién citado, pendiente de casación de fondo en la Corte Suprema, se habrá de analizar, sin duda, los efectos de una NDP judicialmente declarada respecto de dos actos administrativos que son la base y el fundamento de varios otros actos administrativos subsecuentes, materia que –como decíamos hace un instante– omitimos aquí analizar para no interferir en el caso, pero tema que es de muy relevante interés no sólo teórico sino especialmente práctico.

En este recuento de los *efectos* de la NDP, la cual se produce en el mismo instante que se incurre en el vicio que afecta a la decisión adoptada por la autoridad –administrativa estatal en este caso– cabe recordar que una tal decisión no entra al ordenamiento (como acto jurídico<sup>20</sup> por cuanto lo impide la propia Constitución al declararlo “nulo”, esto es, que no es acto (“Todo acto en contravención a este artículo es nulo” = es no acto) y, por ende, carece de efectos jurídicos en cuanto acto, es decir, es “inexistente”<sup>21</sup>. Y es que la Constitución, al decir que “es nulo” el acto

---

<sup>20</sup>Pero si en la realidad de los hechos llega a aplicarse lo que se aplica es una mera “vía de hecho”, que no de Derecho. Vid. nuestro *Derecho Administrativo* (1996) vol. 2, 182 y 189.

<sup>21</sup>Sobre inexistencia vid. nuestro *Derecho Administrativo* (1996) vol. 2, 176-177; en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. (2012) 522 s. y G. Bocksang cit. (nota 1 precedente).



que la contraviene, ha establecido propiamente un mecanismo de inigualable eficacia jurídica de salvaguarda de la supremacía constitucional, mecanismo autosuficiente y autooperativo que le viene a dar, de pleno derecho, plena eficacia a su vigencia efectiva<sup>22</sup>.

No se trata, pues, en la NDP de una “sanción”, como decíamos hace un instante; ni “sanción de ineficacia”, como se dice en *Ovalle Lecaros*, como si se tratara de un acto pero que se le suprimen sus efectos, ya que se puede sancionar (reprimir, castigar) algo que existe, algo que se ha producido o emitido, algo que se da en la realidad, no lo que no existe, que es precisamente lo que ocurre en la NDP en que es la propia Constitución la que dispone que, si se la contraviene, simplemente no hay acto ni se suprimen efectos algunos, desde que ni siquiera alcanzó a ser un “acto jurídico” aquella decisión emitida por una autoridad pública –administrativa en este caso– que ha incurrido en un vicio que la vulnera. Además, afirmar que es una “sanción” importa imputar una distracción demasiado grosera al constituyente el cual luego de señalar que “Todo acto en contravención a este artículo es nulo” agrega “y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”, lo que indica con claridad suficiente que la NDP no es una sanción.

En otro aspecto merece crítica la “invención” que hace la Corte Suprema (ya desde *Le Roy Barría c/Esva S.A.* del 2009) al distinguir, sin fundamento ni constitucional ni legal, entre NDP encaminada únicamente a conseguir la nulidad de un acto administrativo y aquella que también pretende, como lógica consecuencia, que se indemnice el daño producido por el pretendido acto viciado al vulnerar la Constitución (art. 7°) o aquella en que se persiga también la declaración de un derecho (idem en *Ovalle Lecaros*, e *Inmobiliaria Peñablanca*, entre otros).

Olvida o simplemente menosprecia enteramente la Corte Suprema actual la inmensa cantidad de fallos –más de 50– que ella emitiera sobre la NDP de actos administrativos dictados con infracción de las disposiciones del DL 77/1973, al hacerse aplicación de su reglamento, que lo excedía, en la década de los años 90 del siglo pasado, en que no efectúa tal distinción y desecha sin remilgos la aplicación del Código Civil y sus normas de prescripción a la NDP por serles enteramente inaplicables<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup>Vid. en este aspecto *Lawner Steiman* (Corte Suprema 27.5.1999) su considerando 46, que transcribimos en nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. (2012) 535. Muy bien señala, también, que no se trata de una sanción ni cabe aplicar a su respecto normas civiles ni prescripción.

<sup>23</sup>Vid. un recuento de 22 fallos analizados más 8 referentes a otras materias en nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. (2012) 544-545.