

LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE (Segunda parte)

*Eduardo Soto Kloss**

SUMARIO. Introducción. 1. Algunos fallos recientes. 2. Algunas precisiones que deben hacerse: a) la noción de nulidad de derecho público, b) los tipos que ella presentaría, c) su procedencia, d) su régimen jurídico y e) causales que la originarían (remisión).

INTRODUCCIÓN

Desde la entrega a publicación de la primera parte de este trabajo (*Ius Publicum* 30/marzo 2013) y ya entrada la mitad de este año, han aparecido varias sentencias de interés recaídas en esta acción constitucional de nulidad de derecho público (en adelante NDP), las cuales si bien no alteran mayormente el panorama jurisprudencial sí es posible advertir algún cambio en el sentido tan restrictivo que nos muestra el cuadro descrito con anterioridad.

Ya lo decíamos en el análisis citado (p. 108) que la influencia de un magistrado específico en la tercera sala suprema, que se impone sobre el resto (4 ministros), ha hecho variar la jurisprudencia en desmedro de los derechos de las personas, en una visión estatista y pro fisco, situación que pareciera haber variado un tanto al contrarrestarse esa influencia fiscalista con la integración de otro ministro, que la preside, de tendencia más bien pro-persona¹.

Pues bien, pretendemos ahora referir algunos casos del que hemos tomado conocimiento con posterioridad al trabajo mencionado y estudiar principalmente cuanto la Corte Suprema (tercera sala) ha dicho respecto de las causales que darían origen a la NDP, junto con precisar algunos puntos que los fallos analizados tratan –me parece– sin el rigor conceptual que se merecen. En tal sentido, veremos (1) algunos fallos recientes,

*Profesor de Derecho Administrativo.

¹Me refiero a la integración del ministro Sergio Muñoz G., cuyas prevenciones o disidencias son importantes.

(2) algunas precisiones que deben hacerse y (3) las causales que legitiman la interposición de la acción constitucional de NDP.

ALGUNOS FALLOS RECIENTES

(a) En *Colegio de Profesores de Chile A.G. c/Municipalidad de Padre Las Casas* (C. Suprema, 12.11.2012, rol 506-2010) se deduce la acción de NDP en contra de un acto municipal, un acuerdo del Concejo Municipal de dicha Municipalidad que aprobara el proyecto de traspaso, por medio de una concesión de terrenos, maquinarias y complejo educacional de un Liceo municipal a una Fundación, para transformarse en un Liceo experimental, acuerdo materializado en un decreto alcaldicio.

Tanto la sentencia de primera como de segunda instancia rechazaron la pretensión anulatoria fundados en que la función educativa no es privativa de las Municipalidades (arts. 3° y 4° ley 18.695), que es ejercida por estas en virtud del traspaso que fue hecho de la Administración fiscal a los Municipios (DFL 1-3063/1980) y que la propia L 18.695 (art. 8°) consagra la posibilidad de que ellos otorguen concesiones a particulares o entidades privadas para la prestación de determinados servicios municipales o para la administración de ellos. Tal es el caso presente, que habría cumplido tanto la exigencia de otorgarse por licitación pública y la aprobación del referido Concejo (consid. 4°). Como bien se dice (consid. 6°), estas concesiones no importan “que se transfieran las funciones y atribuciones que por ley le corresponden a las Municipalidades, en cuanto continúan siendo responsables del servicio educacional” (lo que se reitera en su consid. 7°). De allí que se rechace la casación de fondo deducida por el demandante en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, de 15.12.2009, que confirmaba el de primer grado.

He aquí un caso de NDP deducida en contra de un decreto alcaldicio que concretaba un acuerdo municipal que aprobaba una concesión otorgada a una fundación privada para la administración de un Liceo municipal que se transformaba en un Liceo Experimental, concediéndose tanto el terreno, maquinarias y el complejo educacional indicado.

La pretensión anulatoria se fundamentaba en la *ausencia de competencia* (art. 7° incs. 1° y 2° de la Constitución) de la Municipalidad para efectuar esa concesión, lo que los tres tribunales que intervinieron desecharon, ya que como bien dice la Corte Suprema ellas sí poseen las atribuciones legales para hacerlo como lo demuestra refiriendo las normas de la ley 18.695, orgánica constitucional de municipalidades que las prevén.

(b) *Federación Aérea de Chile c/Fisco* (C. Suprema 30.11.2012, rol 598-2010) muestra una NDP dirigida en contra de una resolución exenta (N° 147, de 14.4.2005) de la Comisión Regional del Ambiente de la Región

Metropolitana que calificara como ajustado a derecho el “Proyecto de modificación del Plano Regulador de Santiago 80 Aeropuerto Los Cerrillos Portal Bicentenario”.

El tribunal de primer grado acoge la demanda y declara nula dicha resolución (sentencia de 28.8.2007), lo que confirma la Corte de Apelaciones de Santiago el 18.11.2009 (vid. consid. 7° del fallo de casación de fondo, que reproduce las consideraciones de la sentencia recurrida).

El quid del asunto residía en si debía aprobarse dicho Proyecto a través de una “Declaración” o de un “Estudio” de Impacto Ambiental (art. 11 L 19.300)². Como se advierte, la infracción de la normativa ambiental constituye una clara “incompetencia” (art. 7°, incs. 1° y 2° de la Constitución) del autor del acto administrativo impugnado desde que carecía de atribuciones legales para dictar una aprobación por medio de una “Declaración Ambiental” en el caso específico, ya que debía aprobarse luego del análisis de un Estudio de Impacto Ambiental presentado por el interesado. Incide también en una vulneración del “debido procedimiento legal” seguido (art. 7° inc. 1°; “en la *forma* que prescriba la ley”), puesto que son diferentes los actos procedimentales o trámites en ambos casos.

La Corte Suprema rechaza la casación deducida por el fisco por no existir yerros en la aplicación del Derecho que ha hecho la sentencia recurrida. De interés para este análisis es cuanto se expresa en el consid. 8° de dicho fallo, que describe a la NDP “como un mecanismo instrumental adscrito al principio de juridicidad en que se deben inspirar las actuaciones de los órganos del Estado, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental y 2 de la Ley 18.575, de 1986, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado, cuya consecuencia se traduce en la ineficacia de lo obrado en contravención a ese criterio orientador de la actividad estatal”.

También presenta interés este fallo supremo en lo referente a las llamadas “causales” de NDP, a lo que consagra su consid. 9°; aquí se señala que “los vicios que pueden eventualmente provocar la nulidad de un acto administrativo son la ausencia de investidura regular del órgano respectivo, la incompetencia de éste, la inexistencia de motivo legal o motivo invocado, la existencia de vicios de forma y procedimiento en la generación del acto, la violación de la ley de fondo atinente a la materia y la desviación de poder”. Se reitera (mismo consid. 9°) el planteamiento

²Semejante es este caso al que referíamos en la primera parte de este estudio (*Ius Publicum* 30/2013, 120 y 122), *Municipalidad de Huechuraba c/Comisión Regional del Medio Ambiente Región Metropolitana (Corema)*, sobre una pretendida “rectificación del trazado” de la Autopista Nororiente, que era propiamente una evidente modificación del proyecto original (aprobado luego de la presentación de un Estudio de Declaración Ambiental), rectificación aprobada a través de una simple Declaración de Impacto Ambiental, decisiones de dicha Corema (Acuerdo) y de la Intendencia Metropolitana (resolución) que fueran ambas anuladas por haber sido dictadas por autoridades carentes de competencia para actuar.

de “la sanción de nulidad de derecho público solicitada”, de ser esta NDP una “sanción”, en circunstancias que si la NDP es propiamente una nulidad “inexistencia” no cabe afirmar que sea una “sanción” desde que lo que no existe no puede ser “sancionado” o reprimido.

Importante es, asimismo, este fallo (consids. 10 a 12) en cuanto a la “legitimación activa” de la recurrente *Federación Aérea de Chile*, que impugnaba el demandado fisco, no solo en cuanto establece que dicha entidad, en sus propios Estatutos Sociales (art. 2°), tiene facultades en lo que concierne al “interés en la existencia de la infraestructura que apoye las actividades de la aviación” (civil no comercial, y deportiva), sino también en cuanto posee “un interés jurídico para actuar” que emana de sus propios Estatutos, de lo cual surge que tiene “interés a operar en el mercado aeronáutico civil” y que no puede hacerlo a raíz de, entre otros actos, del objeto [de] la presente acción” (consid. 12). De ello aparece que la Federación demandante “tiene un evidente interés jurídico colectivo en evitar que sean modificadas las normas de planificación urbanística”, el cual es de suficiente envergadura, para concluir con la afirmación de que ella posee “legitimación activa” para recurrir.

Reitera la Corte Suprema que “la legitimación activa, como elemento de la acción, se encuentra referida a la relación del sujeto con la situación jurídica sustancial comprometida en el juicio, de la que surge un interés que lo habilita para ejercerlo, impetrando su tutela ante el órgano jurisdiccional” (consid. 13), o sea, una situación jurídica reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico y no solo de un derecho subjetivo (consid. 12)³.

(c) En *Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos SACI c/Ministerio de Transporte* (C. Suprema, 30.1.2012, rol 7530-2009) el tema discutido era la NDP planteada por el demandante de una resolución N° 704, del Ministerio referido (14.1.2002), en unos autos infraccionales que lo sancionaban a una multa de 500 UTM por no pago de cargo de acceso a las llamadas originadas en su red y terminadas en la red de cualquier compañía telefónica móvil (art. 25 L 18.168), más una multa adicional de 100 UTM por cada día que el infractor dejó transcurrir sin dar cumplimiento a esos pagos (\$ 871.624.000: suma gigantesca que la Corte de Apelaciones de Santiago declaró “confiscatoria”).

La Corte Suprema (consid. 9°) señala que el asunto que dilucidar es si procede la NDP “respecto de un acto emanado de un órgano de la Administración del Estado, pese a existir un mecanismo de impugnación expresamente establecido en la ley”. Agrega (consid. 12°) que “en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra contemplada una sanción general,

³El fallo cita *Agrícola Forestal Riñihue Ltda c/Cubillos Casanova y Fisco* (C. Suprema-rol 3013-2006) y *Sociedad Visual Ltda. c/Empresa Portuaria de Arica* (rol 1428-2007).

que es la nulidad de derecho público y cuyo procedimiento se ha determinado que es el ordinario, el que tiene las características de ser general y supletorio de aquellos casos en que no existe un procedimiento especial de impugnación”. Y concluye que el afectado podía reclamar solo por la vía que la ley de telecomunicaciones (18.168, arts. 36 y 36^a) ha previsto. Y como el afectado hizo uso de esa reclamación y le fue denegada habría cosa juzgada ya, no pudiendo revivir el asunto a través de esta acción constitucional de NDP, ya que no cabría proceder de acuerdo con ella para impugnar actos jurisdiccionales (consid. 14)⁴. Siendo así, habría operado la preclusión. Y se agrega, además (consid. 16), que la violación de la cosa juzgada no sería causal para impetrar la NDP. Aquí hay que observar que el fallo supremo de casación pasa de largo por el hecho –fundamental para el derecho público– de que antes que hubiera una decisión del Ministro de Transporte (o sea, antes de emitirse la resolución sancionadora que se ha impugnado de nulidad de derecho público) había sido demandada la sociedad *Complejo Manufacturero* cit. por la denunciante (ante el Ministerio referido) por esos pagos no efectuados y en ese proceso civil se llegó a transacción y se dieron finiquito las partes, no obstante lo cual el Ministro indicado dictó esa resolución, en circunstancias que estando el asunto bajo el imperio de la Justicia/Tribunales Ordinarios no cabía a dicha autoridad administrativa emitir pronunciamiento alguno, ya que se lo prohibía la propia Constitución (art. 73 inc. 1°) al señalarle “en caso alguno [podrá] avocarse causas pendientes” (inc. 1° frase segunda).

No cabe, pues, duda alguna que la resolución sancionadora impugnada era *nula* por infracción clarísima a la Constitución (violar una prohibición expresa de actuar) y el vicio era también evidente y claro como que se actuó “sin competencia”, pues estaba el Ministro aludido obligado, por expreso imperativo constitucional, de abstenerse de actuar.

La Corte Suprema acoge la casación fiscal que impugnaba la sentencia de segundo grado que acogía la demanda de NDP, anula esta (de 27.7.2009) y dicta la sentencia de reemplazo a través de la cual se desecha la demanda interpuesta⁵.

(d) *Aciarez Órdenes c/Municipalidad de Copiapó y Servicio de Vivienda y Urbanismo 3a. Región* (C. Suprema, 14.3.2013, rol 1163-2012) presenta un caso curioso en cuanto a que el actor interpuso acciones civiles de

⁴Cita al efecto roles 3408-1998, 365-2002 y 337-1998. En contra, vid. M. Otero Lathrop, *La nulidad procesal civil, penal y de derecho público*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2009.

⁵La razón precisa del rechazo de la demanda expresada en este fallo de reemplazo (consid. 3°) es que “no es posible deducir una acción de nulidad de derecho público respecto de un acto emanado de un órgano de la Administración del Estado –cuya naturaleza es jurisdiccional– al existir un mecanismo de impugnación expresamente establecido en la Ley General de Telecomunicaciones”.

nulidad absoluta, en subsidio de nulidad relativa, e indemnización de perjuicios en ambos casos, en contra de la Municipalidad mencionada, en razón de haber ella aprobado la subdivisión de un predio (a solicitud de su cónyuge estando casada bajo sociedad conyugal y sin su autorización) y en la misma decisión municipal se aprobaba la cesión a uso público de uno de los lotes en que se subdividía; situación que ocurriera igualmente en otro inmueble de su propiedad en que su cónyuge solicitara la fusión con uno de esos dos lotes restantes. El actor planteaba la nulidad de esas cesiones al uso público, ya por nulidad absoluta desde que no había intervenido escritura pública alguna, ya por nulidad relativa porque fueron constituidos sin la autorización del marido.

El tribunal de la instancia acogió la excepción de prescripción respecto de la nulidad relativa y desestimó las otras dos pretensiones (1°.7.2010), lo que confirma el tribunal de apelación (Corte de Apelaciones de Copiapó, 20.12.2011), confirmatoria que fuera recurrida de casación de fondo por el actor.

El fallo supremo de casación, retomando una consideración del de primer grado, establece que no son procedentes la acciones de nulidad civiles (absoluta o relativa) respecto de los actos administrativos; en efecto (consid. 3°), “según se desprende de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental la sanción de ineficacia jurídica que afecta a los actos de los órganos del Estado es *la nulidad de derecho público*. Por consiguiente, tratándose de vicios incurridos en actos de carácter administrativo la sanción de nulidad *se encuentra regulada por el Derecho Público y no por el Código Civil, tanto por el origen del vicio como por el bien jurídico que cautela*” (cursivas nuestras).

Se agrega muy certeramente (consid. cit.) que “los vicios que pudieran afectar a la solicitud del particular [la cónyuge sin autorización del marido] que dio origen al procedimiento administrativo y que culminó con la dictación de las resoluciones municipales cuestionadas, también son susceptibles de ocasionar la nulidad de derecho público del acto administrativo”. Y es obvio, porque tan acto administrativo es el acto trámite o preparatorio como el acto administrativo terminal y, por ende, aquellos igualmente pueden atentar en contra de los derechos de las personas y ser susceptibles de ser impugnados (art. 9° L 18.575) ya por recursos administrativos ya por acciones procesales, como en este caso la NDP.

Este mismo considerando 3°, de sustancial contenido, añade que lo antes dicho lo es “toda vez que entre las causales que ameritan la procedencia de tal sanción [la NDP] se encuentra la “inexistencia de motivo legal o motivo invocado, la existencia de vicios de forma y procedimiento en la generación del acto y la violación de la ley de fondo, además de la investidura regular del órgano respectivo, la incompetencia de este y la desviación de poder”. Todo lo cual conduce al tribunal a desechar la casación deducida desde que no ha habido error de derecho en la sentencia recurrida.

(e) En *Aguilera Vega c/Municipalidad de La Unión* (C. Suprema, 26.3.2013, rol 5815-2011) el actor plantea la acción de NDP (e indemnización de perjuicios, que aquí dejamos de lado) en contra del Acuerdo de dicho Municipio que decidió su remoción (Nº 424, de 1º.5.2006) y del decreto alcaldicio (Nº 431, de 10.5.2006) que lo removió de su cargo de Administrador Municipal. El fundamento argüido no era otro que el vicio en que se habría incurrido en el quórum de votación en el Acuerdo referido, ya que habría habido 4 votos a favor de la remoción (de 7, con 2 abstenciones y sin votos en contra), es decir, un quórum inferior al requerido (2/3 de los concejales en ejercicio), haciéndose presente que la Alcaldesa no habría votado. Se habría incurrido, en consecuencia, en un vicio de la “investidura regular” del órgano, se afirmaba por el actor⁶.

La casación de fondo se deduce por la Municipalidad indicada en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia que confirmara el de primer grado que acogiera la demanda. La alegación del vicio radica en el error de derecho en que se incurriera respecto de la aplicación del art. 30 de la L 18.695. El núcleo de la discusión radica en qué ha de entenderse por “los dos tercios de los concejales en ejercicio”, lo cual es claro si se tiene presente que el Alcalde es miembro del Concejo Municipal en cuanto Alcalde, pero no es “concejal” (la L 19.737 separó la elección de alcalde y de concejales), por lo que la remoción del actor en el caso *Aguilera Vega* estaría bien acordada por ese Concejo y no habría vicio en su decisión desde que fue acordada por 4 votos de un total de 6 concejales, lo que hace, precisamente, los 2/3 de los concejales en ejercicio.

En el fallo que acoge la casación de fondo municipal, afirma la Corte Suprema –en lo que aquí interesa– que la acción de nulidad de derecho público “ha sido conceptuada como la sanción de ineficacia jurídica que afecta a aquellos actos que los órganos del Estado en los que faltan algunos de los requisitos que el ordenamiento establece para su existencia y validez”, lo que “evidencia con nitidez el rol que dentro de nuestro ordenamiento corresponde a la nulidad de derecho público como una institución destinada a garantizar la vigencia del principio de legalidad, de acuerdo con el cual los órganos del Estado deben someterse en el desarrollo de sus actividades a los preceptuado en la Constitución Política de la República y en las leyes conforme a ella” (consid. 6º)⁷. Su considerando

⁶Propiamente el vicio es –de haberlo habido– de “incompetencia” desde que el Consejo habría actuado sin ella para adoptar esa decisión, que exigía el 2/3 indicado; con la mayoría de 4 sobre 7 el Consejo habría carecido de “atribuciones” para actuar en tal sentido, y no de “investidura regular”, ya que todos eran legalmente concejales.

⁷Debe advertirse que en la redacción del considerando 6º –oración transcrita– hay un error conceptual importante, ya que todavía pareciera que no se cala en la diferencia entre principio de “legalidad” y principio de “juridicidad”; este último no comprende la sujeción de la actividad administrativa del Estado solo a la Constitución y a las leyes, como se dice, sino a *todo el ordenamiento jurídico*, ya que la Constitución en su artículo 6º inciso 1º habla

7° repite lo que ya varios fallos señalan respecto a las causales que darían origen a la NDP, a saber: “ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, defectos de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y violación de la ley de fondo aplicable”.

Lo que sí resulta insólito por ser una verdadera “creación” del juez supremo que no trepida en su fallo pura y simplemente “inventar” la afirmación que hace su considerando 8° al afirmar que “uno de los principios que informan la nulidad de derecho público es el de conservación, cuyo fundamento radica en que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, ella será solo procedente si el vicio es grave y esencial”, y agrega: “Subyacen a este principio de conservación otros principios generales del derecho como la confianza legítima que el acto genera, así como la buena fe de los terceros, el respeto de los derechos adquiridos y la seguridad jurídica”, y prosigue: “Efectivamente, no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados”.

Estas afirmaciones merecen ser criticadas porque no se avienen ni con la Constitución ni con la coherencia que debe exigirse a un fallo supremo. Primeramente, aquello de “principio de conservación del acto” está en abierta contradicción con la Constitución, la que plantea la nulidad precisamente de modo claro y directo como un medio autodepurativo y autosuficiente para impedir que entre al ordenamiento un acto que la vulnera (art. 7° inc. 3°). Es una pura “invención” suprema el afirmar que la nulidad de derecho público sea un “remedio excepcional”, puesto que *esta acción es el medio para que efectivamente rija la Constitución* y no sea mera palabra vana (recuérdese la obligatoriedad universal de ella y su aplicación directa, que establece su art. 6° incisos 2° y 3°). Por su parte, decir que ella procede solo si el vicio que afecta al acto “es grave y esencial”, no pasa de ser una afirmación sin contenido, vacua, desde que ¿quién determina lo que es grave y esencial, si la Constitución jamás podría decirlo por cuanto ello significaría que estaría aceptando que ella fuera violada si esa violación es leve y accidental... y la ley, en consecuencia, tampoco podría establecerlo, ya que estaría vulnerando la propia Constitución al así hacerlo? Ciertamente es que el juez pretende ser quien lo determine, pero ¿cómo puede ser aceptado ello si es conocida su volubilidad, sus mudables criterios y la ausencia de una verdadera jurisprudencia que sea constante y reiterada, a fin de dar certeza? Por último, pareciera que no ha advertido la sentencia suprema la *incoherencia* que significa

de la sujeción o sometimiento a la Constitución y “a las normas” dictadas conforme a ella, no solo de las “leyes”, lo que amplía en gran medida el ámbito de la sujeción a Derecho de dichos órganos (y no solo de dichos órganos, sino también de la actividad del legislador, del juez y del contralor).

decir que esta acción constitucional es excepcional, que ha de primar la “conservación” del acto viciado, y que solo procedería si el vicio es grave y esencial, y terminar diciendo que esta nulidad procede cuando “conculca las garantías de los administrados”. Y es que precisamente un acto administrativo –que es lo que aquí nos interesa– que conculca los derechos fundamentales de las personas es *de suyo contrario a la Constitución* y la vulnera, no cabiendo la distinción si el vicio que los conculca es grave o esencial, y que se pretenda que esta acción es excepcional (y hasta supletoria, como lo ha dicho en otra ocasión (vid. *NN c/Seremi Bienes Nacionales de la 6ª Región/2011* citado).

2. ALGUNAS PRECISIONES QUE DEBEN HACERSE

Hecho el recuento de fallos en este último quinquenio hasta fines de marzo de 2013 es necesario efectuar algunas observaciones que ellos nos deparan acerca de (a) la noción de NDP, (b) los tipos que ella presentaría, (c) su procedencia, (d) su régimen jurídico y, en párrafo aparte las causales que la originarían. Sin poder extendernos en demasía sobre cada punto pretendemos hacer una apretada síntesis sobre ellos.

(a) *Noción*

De los 17 fallos que hemos reseñado, en su mayoría entienden esta acción constitucional de NDP como una “sanción”, del mismo modo que el derecho civil entiende a sus categorías de nulidad absoluta y nulidad relativa como lo consagra el código civil (Libro IV, título XX, arts. 1681-1697).

Ya nos hemos referido a ese error y hemos desarrollado su refutación tanto fundamentado en razones históricas como en la naturaleza misma de la NDP⁸. Ahora, podríamos reiterar que sostener que sería una “sanción” supone imputar una torpeza demasiado notoria en los Comisionados que redactaron el Proyecto de Nueva Constitución (1973-1978)⁹, si se tiene presente que el propio inciso 3° del artículo 7° dispone textualmente: “Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y *sanciones* que la ley señale” (cursivas nuestras).

⁸Vid. primera parte de este trabajo en *Ius Publicum* 30/2013, 121 y nota 19 con remisión a mi *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Editorial Jurídica de Chile (2 vols.). Santiago de Chile. 1996, vol. 2.

⁹Profesores de notorio prestigio como don Alejandro Silva Bascañán (†), don Enrique Evans de la Cuadra (†), don Jaime Guzmán Errázuriz (asesinado un 1° de abril 1991, siendo senador de la República, por un comando castro-comunista, a la salida de su clase de derecho constitucional en la Pontificia Universidad Católica de Chile, campus oriente), don Gustavo Lorca, don Sergio Diez Urzúa, entre otros.

Si la NDP fuera “sanción” –como con error repiten los fallos supremos (al parecer sin advertirlo)– querría decir que habría debido disponerse en la segunda frase no lo que aparece hoy sino que “originará las responsabilidades y otras sanciones...”, ya que si la NDP fuera sanción a ella se agregaría “otras” que la ley pudiera establecer; y no es así. Como se advierte por la redacción, esas “responsabilidad y sanciones” se refieren a las autoridades u órganos que emitieron ese acto (“pretendidamente” acto, *proprie loquendo*) en contravención al artículo 7°, desde que “responsabilidades” solo son propiamente aplicables a personas (naturales, y jurídicas, especialmente aquí referidos a los actos administrativos, v. gr., fisco, municipalidades, instituciones, empresas del Estado, gobiernos regionales) y las “sanciones” a los funcionarios o autoridades que lo emitieran o dictaran (sean disciplinarias, penales o patrimoniales/civiles).

De allí que no es posible, conforme al texto constitucional del art. 7°, hablar de “sanción” respecto de la NDP, la cual, reiteramos, es el efecto jurídico que la propia Constitución dispone para impedir que las decisiones de un órgano del Estado¹⁰ que la contravienen entren al ordenamiento jurídico en tanto actos jurídicos, en una medida no solo autosuficiente sino también directamente operativa¹¹. Y no es “sanción” porque –insisto– la NDP es “inexistencia”, el pretendido acto viciado no alcanza ni siquiera a nacer como tal acto, y si el decreto o resolución que lo contiene se llega a aplicar, dicha aplicación es una “vía de hecho”, por cuanto no es la aplicación de un acto jurídico, que no existe. Es la mismísima Constitución la que impide que nazca como acto.

Habría que agregar que hay una errada comprensión de lo que es un acto administrativo cuando en varios de los fallos reseñados aparece la expresión de que la NDP es una “sanción” de “ineficacia”, dado que respecto de los actos administrativos, en Chile, no se da la dicotomía “validez/eficacia” que se da en el derecho privado; pero este punto lo hemos tratado en otra ocasión a lo que reenviamos^{11bis}.

(b) ¿Clases de nulidad de derecho público?

1. En *Le Roy Barría c/Eskal S.A.* (2009) la Corte Suprema introduce –“inventando”– una distinción (que vendría a tener su base en la fatídico

¹⁰Cualquiera sea su función, su naturaleza o jerarquía, desde que su inciso 1° precisa muy claramente “Los órganos del Estado...”.

¹¹Por ello es que opera *ipso iure*, desde el mismo instante en que se incurre en el vicio en el pretendido acto que se emita; lo que no conlleva que no sea necesario su declaración judicial en un debido proceso, pero cuya sentencia que acoge la NDP planteada sea “declarativa”, ya que solamente “reconoce” un hecho precedente.

^{11bis}Vid. “Validez y eficacia en los actos administrativos en el Derecho chileno”, en *Apuntes de Derecho Administrativo. Acto Administrativo*. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Chile.

fallo *Aedo Torres*¹² que comentáramos en su momento) según la cual habrían en el art. 7° de la Constitución (¡sic!) dos tipos de acciones de nulidad de derecho público, a saber (consid. 9°): aquellas “encaminadas a conseguir la nulidad de un acto administrativo y aquellas que miran a la obtención de algún derecho en favor de los particulares” (inc. 1°). “Las primeras pueden interponerse por cualquiera que tenga algún interés en ello, presentan la particularidad de hacer desaparecer el acto administrativo con efectos generales, *erga omnes*, y requieren de una ley expresa que las consagre, como ocurre con el artículo 140 de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que instituye el reclamo de ilegalidad contra las resoluciones u omisiones ilegales de los órganos municipales” (inc. 2°). “En cambio, las segundas presentan la característica de ser declarativas de derechos, en que la nulidad del acto administrativo se persigue con el propósito de obtener la declaración de un derecho a favor del demandante” (inc. 3°).

De la sola lectura de dicho considerando 9° aparece que la Corte Suprema directamente *desconoce* el contenido del artículo 7° de la Constitución desde que “inventa”, “legislando” y modificando nada menos que la Constitución¹³; esa dicotomía de la acción de NDP que no encuentra fundamento alguno, ni mínimamente, de vocablo alguno de dicho precepto, y más encima que ni siquiera este precepto tendría efecto jurídico, ya que se plantea que debe existir “texto expreso” de ley para que se origine una acción de nulidad (¡sic!). En suma, un cúmulo de modificaciones introducidas a la propia Constitución por obra de los jueces supremos...

En otros términos: (1) no existe la acción constitucional de nulidad de derecho público, (2) el art. 7° de la Constitución carece de efecto jurídico, olvidando así que sus preceptos obligan a todos los órganos del Estado (art. 6°), incluidos los jueces y también los jueces supremos (aunque les cueste aceptarlo) y (3) la acción de NDP de los actos administrativos solo existiría en la medida que la ley la establezca al efecto.

Aún más, se “inventa” la distinción entre nulidad de actos administrativos generales y nulidad de actos administrativos de efectos particulares, distinción enteramente ajena a nuestro derecho público, e incluso sosteniéndose que la primera puede “interponerse por *cualquiera que tenga algún interés en ello*”, o sea, en el interés del respeto de la juridicidad, de la supremacía constitucional, de la integridad del ordenamiento jurídico o de la vigencia del Estado de Derecho. O sea, el fallo plantea en tal

¹²*Aedo Torres c/Fisco* (Corte Suprema, 7.11.2000, en *Gaceta Jurídica* 245/2000, 17-27, y mi comentario en *La Semana Jurídica* N° 7/25.12.2000-1.1.2001, 13-15; este caso presenta la insólita e increíble situación de haber dictado la Corte Suprema una segunda sentencia, ya ejecutoriada la primera, incluso publicada, agregándose dos considerandos a raíz de mi comentario (vid. *Gaceta Jurídica* 248/2001, 250-253).

¹³Asume con total desparpajo la potestad constituyente, sin atribución alguna para ello.

sentido que ante la nulidad de actos administrativos de efectos generales se estaría ante una “acción popular”...

Pero hay más: hay una “invención” incoherente, también, en esa dicotomía imaginada por la Suprema, porque nada menos que “crea” una acción de nulidad de los actos administrativos que sería, por llamarla de algún modo, “cuasi popular” o derechamente “popular”, en circunstancias que jamás esta jurisdicción ha admitido tal postulado, exigiendo siempre un interés directo en el afectado por el acto administrativo que se pretende nulo, por lo cual tal idea va en contra de la propia jurisprudencia apareciendo simplemente como un mero artilugio para crear la dicotomía. También contiene un error grave en cuanto afirma que la nulidad que persigue una declaración de derechos produciría efectos solo entre las partes del proceso, ya que si se declara nulo un determinado acto administrativo que afectaba a un destinatario, ese pretendido acto administrativo nunca entró al ordenamiento y ello no solo para su destinatario, sino para todos los que están regidos por ese ordenamiento; en consecuencia, nadie podrá prevalerse de ese pretendido acto, que es inexistente, ni siquiera otros organismos de la Administración del Estado, ni ningún órgano judicial.

Como se ve, hay un cúmulo de “invenciones” que –hay que decirlo con suficiente claridad, sin temor ni cobardía– solo tienden a *impedir la defensa de los particulares frente a la arbitrariedad de la Administración e impedir así el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas*. ¿No es, acaso, ello una muestra de a lo que puede llegar una “tiranía judicial”?, que es el peor escarnio de la justicia y del derecho. *Corruptio optimi pessima*, decían los clásicos¹⁴.

Además, plantea el fallo supremo¹⁵ la aplicación de las normas del código civil a la prescripción de esta acción constitucional, por cuanto “las acciones declarativas de derechos de claro contenido patrimonial [sean incluso acciones de derecho público]... se encuentran sometidas, en lo concerniente a la prescripción, a las reglas generales sobre dicho instituto contempladas en el Código Civil, entre otras, a las disposiciones de sus artículos 2332, 2497, 2514 y 2515 (consid. 10°). Vale decir, *lo patrimonial se rige por el Código Civil*, el cual sería “el estatuto constitucional del derecho de propiedad”; dicho en otros términos, se está ante la “supremacía del código civil”. Cabe preguntarse: ¿por qué ese desprecio tan descarado de la Constitución? Acaso ¿la desconocen? No, ciertamente; hay un propósito deliberado –no cabe duda con tantos ejemplos de recientes fallos semejantes– de proteger al Estado, a su Administración, a

¹⁴Recuérdese a Montesquieu (*L'esprit des lois*, 1748, libro XI, cap. VI: “Tampoco hay libertad si la potestad de juzgar no está separada de la potestad legislativa y de la ejecutiva. Si estuviera unida a la potestad de legislar el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario puesto que el juez sería legislador”).

¹⁵Siguiendo el planteamiento de Aedo Torres, 2000 cit.

sus autoridades, *aun a costa de los derechos de los ciudadanos*. Aun sin conocerlo, tal vez, pareciera que quienes emiten estos fallos son discípulos fervientes de Hegel, quien endiosara al Estado en una visión que aún espanta desde que de allí salieron tanto las atrocidades de los *Lager* (del socialismo nacionalista nazi) como también de los terroríficos *Gulag* (del socialismo marxista comunista).

2. *Ovalle Lecaros c/Fisco y Serviu* (2012) sigue el mismo criterio de *Le Roy Barría* en cuanto afirma el fallo supremo (consid. 10°) que “por sus características y efectos la acción formulada tiene el carácter de patrimonial. Siendo así, es plenamente aplicable la prescripción por disponerlo el artículo 2497 del Código Civil”¹⁶.

3. El mismo predicamento se reitera en *Inmobiliaria Peñablanca c/ Municipalidad de Algarrobo* (2012), en el cual se solicitaba la NDP de una resolución del Director de Obras de dicho municipio y, además, la indemnización de perjuicios por los daños producidos por ese acto administrativo. Los considerandos 10° y 11° de la sentencia que rechaza la casación de fondo deducida por el demandante en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso reiteran textualmente lo señalado por *Le Roy Barría* cit.

4. En *NN c/Secretario Ministerial de Bienes Nacionales de la Región del Libertador Bernardo O’Higgins* (2011), se introduce *otra dicotomía* en las acciones de nulidad planteadas en contra de los actos administrativos. Distingue, ahora, la Corte Suprema entre “la llamada acción de nulidad de derecho público [que] deriva de las normas de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República” [que] debe entenderse como una acción de carácter general, esto es, inespecífica, “hábil para reclamar toda falta de validez por motivos sustantivos”, y las llamadas acciones de nulidad de los actos administrativos de origen legal, que el legislador “ha regulado la materia de modo especial” (consid. 2°).

Esto es, la NDP consagrada en la Constitución (¡eureka!, se sostiene ahora que existe una acción de nulidad de derecho público y que tiene su fundamento en la Constitución, arts. 6 y 7) sería “una acción de carácter general, inespecífica”¹⁷ y sería aplicable directamente en el supuesto que

¹⁶La pretensión deducida por el actor se refería a la nulidad de un acto expropiatorio (un acuerdo de la tristemente célebre Corporación de la Reforma Agraria (Cora).

¹⁷Se agrega “hábil para reclamar toda falta de validez por motivos *sustantivos*”. ¿Por qué deja afuera los motivos “formales” si la propia Constitución en su art. 7°, inc. 1° refiere la nulidad/inexistencia de los actos que se emiten con violación de “la forma que prescriba la ley”? Se advierte una vez más la falta de rigor conceptual y/o la incoherencia en la aplicación de la Constitución. Cuán cierto es aún hoy lo que decíamos en 1993 acerca del desconocimiento entre nuestro medio y los jueces del derecho público chileno; vid. nuestro *Derecho*

no exista otra acción de nulidad de actos administrativos establecida por la ley específicamente para una determinada materia, porque (consid. 2°) de existir, esta prefiere en su aplicación a la acción constitucional, la que –como se nota– sería de “aplicación supletoria” (ante la inexistencia de una acción de origen legal específica).

Lo más insólito –por no decir aberrante– es que la acción específica, que es de origen meramente legal, prefiere a, y prima sobre, la acción constitucional por aplicación –se afirma– del art. 13 del código civil, ya que habrían “dos leyes que parecen aplicables”, olvidándose o ¿desconociéndose? que no se trata de dos leyes sino de la Constitución y de una ley¹⁸ y que cualquier alumno de primer año de Derecho que haya aprobado el ramo de Derecho Constitucional sabe que prima el precepto constitucional sobre un precepto legal, que es la Constitución la que prima sobre la ley. No se trata, pues, de dos leyes en pugna o que pudieran aplicarse a una misma situación, sino de la Constitución y una ley, la cual ha de subordinarse a aquella. ¿Cómo puede caer en tal renuncio conceptual un fallo supremo y desconocer nada menos que un principio básico como es la “supremacía de la Constitución”, que en Chile está, además, expresamente consagrado por la propia Constitución (arts. 6° incisos 1° y 2° y 7° incisos 1° y 2°) y con su propio mecanismo de autodefensa que es autosuficiente como es el inciso 3° de su artículo 7°?

Se comprueba en este fallo supremo cómo el juez simplemente “inventa”, legislando e incluso modificando la mismísima Constitución Política de la República, una distinción entre acciones específicas de nulidad de los actos administrativos (de origen legal) y la acción genérica/“inespecífica” como la prevista en la Constitución (art. 7°), prefiriéndose en su aplicación la acción específica de origen legal, la que así viene a tener prevalencia y primacía por sobre la acción constitucional¹⁹.

5. *Aguilera Vega c/Municipalidad de La Unión (2013)* corresponde a una NDP dirigida a impugnar la remoción de un administrador municipal acordado por el Consejo de dicha Corporación, con un quórum que se pretendía no era el previsto por la ley.

Administrativo. Bases Fundamentales cit., vol. 2, 21-34; también R. Mendoza Z., “El derecho público y sus claves en el año del bicentenario”, en *Ius Publicum* 27, 2011, 39-49.

¹⁸DL 2.695/1979, sobre regularización de la pequeña propiedad raíz, varias veces declarado inconstitucional por la Corte Suprema cuando conocía de la acción de inaplicabilidad; vid. al respecto, v. gr., trabajos sobre el tema en nota 7 de este nuestro artículo, primera parte, en *Ius Publicum* 30/2013, 111.

¹⁹La aplicación de la acción específica del DL 2.695 cit. hace que la pretensión del actor por la vía constitucional del artículo 7° de la Constitución habría precluido, ya que habría pasado el plazo para impugnar el acto administrativo dictado en forma irregular en el procedimiento administrativo del referido DL, teniendo como consecuencia el ser despojado el propietario del derecho de dominio sobre su inmueble por un acto administrativo en un procedimiento del que puede no haber sido ni parte e incluso sobre la base de antecedentes falsos.

Aquí la casación de fondo, deducida por la demandada que había visto acogida la demanda en su contra, va a ser acogida por la Corte Suprema en atención a que se había reunido aquel quórum legal impugnado, no existiendo, por ende, ninguna irregularidad en la decisión de remoción indicada.

En cuanto a nuestro tema, su considerando 8° contiene una afirmación no solo errónea, sino de extrema gravedad, ya que se dice –una “invención” más– que esta acción revistiendo “el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, ella solo será procedente si el vicio es grave y esencial”.

Primeramente, ¿de dónde, en qué se fundamenta que una acción constitucional, consagrada en la Constitución, sea “excepcional”? ¿Lo es, también, la acción de *habeas corpus*, la de protección, la de nulidad del acto expropiatorio, y la de amparo de la nacionalidad? Y lo insólito es que se afirma con total desparpajo que esta excepcionalidad es “uno de los principios que informan la nulidad de derecho público”. ¿En qué precepto constitucional se basa tamaña barbaridad? Bien se advierte que aquí hay otra vez una descarada “invención” de la tercera sala suprema para impedir el ejercicio de la defensa de los derechos de las personas; incluso si necesidad alguna había de efectuar este *obiter dictum* desde que aparecía claro que la remoción del demandante había sido acordada con el quórum legal.

Pero hay más: no solo que el tribunal parece desconocer que más que la ilegalidad del acto administrativo hay que indagar si se adecua a la Constitución, que es la *primera exigencia* que aparece, y a la que debe adecuarse, un acto administrativo, en nuestro caso, como lo prescribe de manera perentoria e inexcusable sus artículos 1° inc. 4°, 5° inc. 2° y sobre todo aquí sus arts. 6° inc. 1° y 7° inc. 1°, siendo la NDP, de origen constitucional, la norma que precisamente cierra y salvaguarda la vigencia de la Constitución frente al actuar de los órganos del Estado que la violan. Da la impresión que los jueces supremos o desconocen la Constitución, la que posee “aplicabilidad directa” (art. 6° inc. 1° y 2°), o piensan que es un puro programa político (como ocurría en su jurisprudencia 1925-1973) o simplemente todavía creen (en una visión ya largamente obsoleta) que nuestro régimen es solo legal, con la primacía de la ley sobre toda otra norma del ordenamiento, como si fuera la ley la norma fundamental. Vemos aquí una vez más el desconocimiento del derecho público chileno de que hacen gala, por desgracia, los jueces supremos.

Y como botón de “latón” (que no de oro, por lo burdo) aparece que se afirma en ese considerando 8° que la NDP procedería solo “si el vicio es grave y esencial”. ¿En qué disposición de la Constitución se asila para decirlo de modo tan ufano? ¿Qué se llama “vicio grave y esencial”? Y ¿cómo se determina ello si norma alguna de la Constitución lo prevé? Y ¿cómo una ley podría precisarlo si la Constitución no establece ninguna

distinción y donde la Constitución no distingue no es lícito al intérprete/legislador distinguir? Y para mayor escarnio intelectual se agrega que “no cualquiera irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad” de un acto administrativo, “sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados”.

¿En qué se queda, entonces, el tribunal? Parece una incoherencia patente afirmar ambas proposiciones, porque solo sería procedente la NDP ante un “vicio grave y esencial” y luego se dice que sí procede cuando ese vicio/“anomalía” conculque los derechos de las personas (no advierte el tribunal que las cosas se administran, no las personas; luego, no cabe hablar de “administrados”). Pero si siempre procede el derecho a invocar esta acción constitucional frente a la violación de los derechos de las personas cuando sean afectados por actos de los órganos del Estado –aquí actos administrativos– resulta que será procedente sea que el vicio que los afecte sea grave o no grave, esencial o no, puesto que debe tenerse siempre presente que la actuación de los órganos del Estado –aquí administrativos– *debe, en todo caso, respetar los derechos de la personas*, como lo señala tan clara, precisa e imperativamente el artículo 1° inciso 4° de la Constitución y lo explicitan los artículos 5° inciso 2° y 6° y 7°.

Qué terrible ha sido lo que llamara hace ya varias décadas como “síndrome fiscal”, esto es esos síntomas que a cada rato aparecen en los fallos de los tribunales de creer que las autoridades del Estado, y especialmente las administrativas, pueden hacer lo que quieran, como quieran y cuando quieran, desligándose del Derecho, de la Constitución, despreciando los derechos de las personas y olvidando que todos los órganos del Estado –incluidos los jueces– no tienen su razón de ser y de existir sino en cuanto servidores de las personas, y que el Derecho mismo existe en razón de ellas y no de las autoridades estatales. ¿Tanto cuesta hacer realidad aquello que salta a la vista como lo que reconoce la propia Constitución cuando dispone que *El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común...* (art. 1° inc. 4°), que no es sino el bien de todas y cada una de las personas que como miembros somos parte de nuestra comunidad nacional?

En *Aguilera Vega* la sentencia suprema hace, pues, una distinción –“inventada”– entre la NDP que sería una acción excepcional, o sea, una acción constitucional de carácter excepcional a la que se opondrían las acciones ordinarias de nulidad, de origen en una ley, las cuales tendrían primacía en su aplicación frente a aquella; además de otras distinciones/“invenciones” que hemos referido y criticado por su contrariedad con la propia Constitución.

6. En *Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos SACI c/Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones* (2012) se ha impugnado a través de la acción de NDP una sanción correctiva de multa impuesta por una

Resolución del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones por no haber el actor pagado los cargos de acceso correspondientes a las llamadas originadas en su red y terminadas en la red de cualquiera compañía de telefonía móvil (500 UTM más 100 UTM por cada día de atraso sin cumplir esa obligación, con un total de 29.300 UTM ¡sic!).

La demanda fue acogida en primera instancia y confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago; la Corte Suprema acoge la casación de fondo deducida en contra del fallo de esta última, la revoca y rechaza la demanda.

Sin entrar aquí al quid del asunto –que ya hemos reseñado en páginas anteriores–, señala el fallo supremo en el tema que nos interesa que el problema radica en si “es posible ejercer la acción de nulidad de derecho público respecto de un acto emanado de un órgano de la Administración del Estado, pese a existir un mecanismo de impugnación expresamente establecido en la ley” (consid. 9º). Su considerando 18º dispone que el acto sancionatorio ministerial “debió impugnarse a través del procedimiento especial establecido en la ley [18.168] y no mediante la acción de nulidad de derecho público”²⁰.

Es la sentencia de reemplazo la que viene a cuento en este párrafo (clases de NDP), dado que su considerando 3º (que reitera el consid. 9º del fallo que acoge la casación deducida) dispone que habiendo un mecanismo de impugnación específico “no es posible deducir una acción de nulidad de derecho público respecto de un acto emanado de un órgano de la Administración del Estado”. Se advertirá que la sentencia suprema afirma que esta acción constitucional es un procedimiento de impugnación de los actos administrativos de carácter supletorio, o subsidiario, que solo procedería cuando no exista una acción específica de nulidad, de origen legal, es decir, prevista en un precepto específico de alguna ley determinada.

Dicha posición revela que el juez supremo acepta la existencia de acciones legales y acciones constitucionales de nulidad de los actos administrativos; pero según él las primeras *priman y prevalecen* sobre las que ha previsto la Constitución, y es más: según su criterio, la que esta ha previsto solo sería procedente “en ausencia” de aquellas específicas de origen legal, porque la acción de origen constitucional sería de “carácter general” y “supletoria”.

Se ve muy bien que el juez supremo domina a la perfección lo que es la “supremacía constitucional... y eso que ella está consagrada expresamente de modo claro y preciso por la propia Constitución (arts. 6º y 7º).

²⁰Además –continúa– de no haberse invocado un vicio constitutivo de dicha nulidad de derecho público (la “cosa juzgada” invocada no sería un vicio que fuera causal de esta nulidad referida ¡sic!), lo que reitera la sentencia de reemplazo en su consid. 4º.

(c) *Procedencia*

1. Si se atiende a la clasificación “inventada” por la Corte Suprema en *Le Roy Barría c/Esval S.A.* (2009), “las acciones encaminadas únicamente a conseguir la nulidad de un acto administrativo”, “de efectos generales”, “requieren de una ley expresa que las consagre” (consid. 9°); por su parte, aquellas acciones “que miran a la obtención de algún derecho en favor de un particular”, “en que la nulidad del acto administrativo se persigue con el propósito de obtener la declaración de un derecho a favor del demandante” (consid. 9°), “acciones declarativas de derechos, de claro contenido patrimonial”, no se dice que requerirían de una ley expresa que las consagre, por lo cual –si se razona con coherencia– sería aplicable la NDP del art. 7° de la Constitución. Como las primeras se refieren a actos administrativos de “efectos generales”, las segundas –si se razona con coherencia– se referirían a la nulidad de actos administrativos de “efectos particulares”.

Se advertirá lo rebuscado de las dicotomías “inventadas” en enero del 2009 por la tercera sala suprema para rechazar la demanda aplicando a esta segunda categoría el código civil en sus normas sobre prescripción, por cuanto la acción tendría un claro contenido profesional (se pedía la NDP de un acto expropiatorio).

2. En *González Vergara c/Empresa de Servicios Sanitarios del Bío-Bío S.A.* (2011) la Corte Suprema admite que “la nulidad de derecho público ha sido concebida dentro de nuestro ordenamiento jurídico como un mecanismo instrumental adscrito al principio de juridicidad en que se deben inspirar las actuaciones de los órganos del Estado, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental y 1 y 2 de la Ley N° 18.575, de 1986, de Bases Generales de la Administración del Estado, cuya consecuencia se traduce en la ineficacia de lo obrado en contravención a ese criterio orientador de la actividad estatal” (consid. 9°).

Si bien aquí se admite con claridad que existe esa acción constitucional de nulidad de derecho público, sin embargo carecería de aplicación –y por ende, resulta improcedente–, cuando la ley establece acciones de nulidad específicas para reclamar de ciertos actos administrativos, como en este caso de actos expropiatorios, normas que deben aplicarse con preferencia o prevalencia, como son las previstas en el DL 2.186, de 1978, respecto de las cuales la actora no hizo uso en su momento. En otros términos, la acción constitucional de NDP resulta “improcedente” de haber acciones de nulidad previstas en una ley para impugnar determinados actos administrativos; en consecuencia, la acción específica de nulidad, de origen legal, respecto de un acto administrativo dado, prima, prevalece, prefiere, a la acción constitucional de derecho público, que sería general.

Según la Corte Suprema, la acción constitucional de derecho público sería simplemente *supletoria*, siendo su procedencia solo en la ausencia

de ley; vale decir, las normas constitucionales solo serían aplicables “en ausencia de ley” (¡sic!).

3. En igual sentido pueden verse tanto *NN c/Seremi de Bienes Nacionales de la Región del Libertador Bernardo O’Higgins* (2011), considerando 2°, y *Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos SACI* (2012), considerando 12 y 18.

4. *Aguilera Vega c/Municipalidad de La Unión* (2013) sirve a la Corte Suprema para “inventar” que la acción de NDP “solo será procedente si el vicio [de que adolece un acto administrativo] es grave y esencial”, ya que “no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados” (consid. 8°).

En este caso la Corte Suprema reduce aún más la procedencia de la NDP desde que exige que el vicio que viola la Constitución sea “grave y esencial”. Sin embargo, sí procede esta acción –agregando con pasmosa incoherencia– aunque sea cualquiera la irregularidad si esos vicios “conculcan los derechos de las personas”, caso en el cual carece de relevancia si el vicio es grave o no, o esencial o no.

5. Por último, debe mencionarse *Mancilla Hernández c/Carabineros de Chile y Ministerio de Defensa Nacional* (Corte de Apelaciones de Santiago, 11.3.2009), caso en el que dicha Corte, luego de sostener el fundamento constitucional de la acción de nulidad de derecho público impetrada (arts. 6° y 7°), desecha la NDP deducida en contra de varios actos que terminaron con la dada de baja del actor, en razón de ser sus planteamientos más propios de la acción de protección (art. 20 CP) que de nulidad de derecho público, desde que sostiene la “arbitrariedad” de las decisiones que le afectaron y ella “escapa [como causal, ha de entenderse] a la acción ordinaria de derecho público” deducida (consid. 9°).

De lo dicho se sigue, según este predicamento, que no procedería la acción de NDP si se invoca como vicio la “arbitrariedad” de un acto administrativo, ya que no sería –así habría que entender– una causal que permitiría accionar por este medio procesal; dicho vicio sería procedente como causal de la acción constitucional de protección, que no de nulidad de derecho público (¡sic!).

(d) Régimen jurídico aplicable

Si se recurre a la jurisprudencia que sobre la NDP desarrolló la Corte Suprema hasta buena parte de la década del 2000 se encontrará una fuerte unanimidad respecto de comprenderla sujeta a un régimen de derecho público puesto que se la comprende como un mecanismo autosuficiente y autodepurativo que la propia Constitución, ya desde 1833 (art. 160),

ha ideado para asegurar su supremacía y base de todo el ordenamiento jurídico de la Nación y la sujeción a Derecho de todos los órganos del Estado, sin excepción, “ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias” (art. 160/1833, art. 4º/1925 y art. 7º inc. 2º/1980). Sin embargo...

1. Ya en *Le Roy Barría* (enero 2009) aparece (redacción ministro Pierry) –y por la pertinaz defensa fiscal– la “invención” del fallo supremo de que habrían dos especies del NDP, y como en el caso concreto la acción referida “persigue el propósito de obtener la declaración de un derecho a favor del demandante” “de claro contenido patrimonial”, esta acción “se encuentra sometida” a *las normas del Código Civil* para los efectos de declararla prescrita (arts. 2332, 2497, 2514 y 2515)²¹.

No se requiere ser muy despierto para advertir que se busca –por la defensa fiscal– la aplicación del código civil única y exclusivamente para poder alegar que la acción está prescrita y así “sacarse de encima” la demanda, no obstante las variadas decenas de fallos supremos que han señalado que la nulidad de derecho público es imprescriptible en razón de su propio origen, de la propia función que desempeña y de la propia finalidad que persigue²².

2. De manera indirecta se da la misma solución en varios otros fallos en que se plantea que la acción de NDP carece de la “primacía” que su origen constitucional le otorga, ya que sería simplemente una “acción subsidiaria”, haciendo primar el “derecho común (véanse, por ejemplo, entre otros ya citados, *González Vergara/2011*, redacción ministro Pierry; *NN c/Seremi de Bienes Nacionales/2011*, ministro Pierry preside la tercera sala; *Saci S.A.C./2012*), o solo procedería si el vicio en que el acto administrativo impugnado es “grave y esencial”, lo que implica aplicar criterios civilistas (nulidad absoluta, nulidad relativa) que son enteramente ajenos al derecho público (v. gr., *Aguilera Vega/2013*).

3. De igual manera indirecta se plantean soluciones de un régimen jurídico de derecho civil –que no público– cuando se decide por fallos supremos que la nulidad de derecho público es “sanción” (v. gr., *Ovalle Lecaros/2012*), lo que indica a las claras que no admite que sea “inexistencia”, que es lo que la Constitución establece desde 1833 y la doctrina de la época ya lo señalaba e incluso su jurisprudencia suprema²³. Y es que en derecho civil la nulidad se dice que es “sanción”, pero lo que no existe no puede ser sancionado, reprimido o castigado. De allí que tal predicamento “sancionador” revela muy claramente una posición privatista y no publicista, constitucional. Igual posición aparece en *Inmobiliaria*

²¹Vid. sobre el tema de cómo no es posible jurídicamente aplicar esas disposiciones en nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. edic.), LegalPublishing-Abeledo Perrot. Santiago de Chile. 2012, 855-867.

²²Fallos recaídos sobre el reglamento del DL 77/1973.

²³Vid., v.gr. Huneus Zegers e incluso fallos como *Ex municipales de Vallenar*, en esta misma Revista *Ius Publicum*, 31/2013, 285-292 (comentario G. Bocksang).

Peñablanca/2012, en Federación Aérea de Chile/2012, en Saci cit./2012, en Aguilera Vega/2013 y en Aciares c/Municipalidad de Copiapó/2013, caso en el cual se encuentra una extraña mixtura (para no decir “incoherencia” o “contradictoriedad”) de entender la NDP como una “sanción” (lo que implica una visión civilista) y, sin embargo, se afirma al mismo tiempo que se encuentra regida por el derecho público (consid. 3º, fallo redactado por abogado integrante R. Peralta).

A fin de no alargar este trabajo más de la cuenta dejamos el párrafo sobre las “causales” que pueden originar la nulidad de derecho público de un acto administrativo, para una tercera parte en el próximo volumen (Nº 32/marzo 2014) de esta Revista.