

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

*Eduardo Soto Kloss**

SUMARIO. Introducción. 1. Algunos fallos recientes. 2. Causales para deducir la acción constitucional de nulidad de derecho público (art. 7° de la Constitución). 3. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Al terminar este recorrido sobre la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema recaída en la acción constitucional de nulidad de derecho público (en adelante NDP), mostraremos (1) algunos fallos últimos para luego entrar (2) a revisar cuánto se ha dicho sobre las llamadas “causales” de NDP.

1 ALGUNOS FALLOS RECIENTES

(a) En *Alberto Matthei e Hijos Limitada c/Fisco* (Corte Suprema 17.9.1013, rol 9367- 2011) se plantea la acción de NDP en contra de una Resolución de la Dirección General de Aguas (N° 199/16.5.2003) que constituía en favor de la Dirección de Obras Hidráulicas (servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas) un derecho de aprovechamiento consuntivo de aguas superficiales y detenidas del Lago Laja, de ejercicio permanente y discontinuo, por un caudal que se precisaba al efecto y para ejercer entre los meses de septiembre y abril.

La pretensión anulatoria residía en la *incompetencia* de la Dirección demandada para otorgar “derechos de aprovechamiento de aguas” a un ente público como la DOH, organismo fiscal dependiente del MOP, atendido a que la propia Constitución (art. 19 N° 24) dispone que sólo a los *particulares se conceden* derechos de aprovechamiento sobre las aguas, lo que reiteran de manera clarísima el artículo 1° del Código de

*Profesor de Derecho Administrativo. Doctor en Derecho (Universidad de París/Panthéon Sorbonne).

Aguas, y sus arts. 5° y 6°. El tribunal de primer grado (Tercer Juzgado Civil de Concepción) rechazó la demanda (23.9.2010) confirmando su fallo la Corte de Apelaciones de Concepción (23.8.2011). La Corte Suprema, al conocer de la casación de fondo deducida por la demandante, advierte que el DFL/MOP N° 1.123/1981, sobre ejecución de obras de riego por el Estado, contempla la posibilidad de que la DOH pueda solicitar y adquirir derechos de aprovechamiento de aguas para ser destinados a una obra de riego fiscal, como sucede en el caso (Canal Laja Diguillín) (consids. 2° y 3°). Ello significa que el acto administrativo impugnado de nulidad ha sido emitido en uso de atribuciones legalmente conferidas, por lo cual se desecha la casación interpuesta.

Es útil indicar que a pesar de ser la Resolución DGA dictada el año 2003, no aparece referencia alguna –en el fallo supremo– del tema de la prescriptibilidad de la acción de NDP, lo que (si es que no fue planteada por la defensa fiscal, lo que sería insólito, o lo fue pero fue rechazada dicha alegación) resulta *reconfortante*, en cuanto la Corte Suprema, por una parte, habría dejado de pensar que esta acción constitucional es prescriptible y, por otra, de modo alguno resulta aplicable el planteamiento de que habría un vacío al respecto y sería llenado por la aplicación de las normas del Código Civil.

(b) En *Hernández Hernández c/Municipalidad de Lago Ranco* (Corte Suprema 2.9.2003, rol 2054-2013, rechaza casación de fondo deducido por la demandada en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de 7.3.2013 que confirmara el de primer grado) se trata de la NDP de un decreto alcaldicio (N° 641/14.4.2003) que aprobaba una modificación al Plan Regulador de la Comuna de Lago Ranco.

La causal de nulidad que afectara a dicho Decreto incidía en vicios de *forma*, esto es, vicios en el procedimiento administrativo de modificación de dicho Plan Regulador. Dichos vicios concernían, de un lado, a la ausencia de publicidad en la prensa regional que la ley exige a fin de poner en conocimiento de los interesados las modificaciones que se proyectan, es decir de los vecinos de la comuna y especialmente de los afectados por esas modificaciones; y, por otro, la ausencia de notificaciones por carta certificada a las organizaciones comunitarias, como lo exige la ley, para que puedan practicar las observaciones a esas modificaciones. Tales vicios han impedido la participación de los interesados en el procedimiento administrativo referido, lo que origina la nulidad del acto administrativo aprobatorio.

El fallo supremo capta muy bien (consid. 7°) que la NDP tiene su fundamento en la Constitución (art. 7°, específicamente incisos 3° y 1°); que los vicios de que puede adolecer un acto administrativo son, según la Constitución (art. 7° inc. 1°), la investidura regular, la competencia y la actuación debe realizarse en la forma que prescriba la ley (consid. 7°);

y en el caso presente el acto administrativo impugnado está viciado en cuanto ha incurrido en “la falta de sujeción a la forma prescrita por la ley”, en sus trámites de publicidad que el procedimiento específico aplicable exige para la validez del acto administrativo aprobatorio (consid. 7°).

Aquí vemos que la causal es vicios en “la forma que prescriba la ley” (frase final del inc. 1° art. 7°). Estos vicios inciden, como decíamos, en el “procedimiento de elaboración” del acto administrativo de aprobación de modificaciones a un Plan Regulador Comunal. Y en un tema muy sensible como es el permitir la efectiva participación de los vecinos (principio de la “participación ciudadana”: art. 1° inc. final de la Constitución) y hacer valer los derechos de los afectados (principio de la “igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”: art. 19 N° 3 inc. 1° de la Constitución) y sus fundamentos (art. 1° inc. 4°....con pleno respeto de los derechos de las personas y art. 5° inc. 2°... las potestades de los órganos del Estado tienen como límite el respeto de los derechos que emanan de la naturaleza humana).

El fallo supremo advierte muy bien que hay en el procedimiento administrativo incoado un vicio consistente en “la omisión de trámites previstos por la ley” que han impedido tanto dicha participación como la defensa de los derechos de las personas afectadas por esa modificación.

Otro punto importante que destacar en este fallo es que desecha la pretensión de la demandada de aplicar la distinción entre nulidad, anulabilidad y vicios no invalidantes, ya que ella –señala el fallo (consid.10°)– es “propia del derecho comparado”, es decir no es propia de nuestro Derecho, no tiene asilo en el ordenamiento jurídico chileno, no teniendo asidero alguno en nuestra Constitución y va en contra directa de la debida protección de los derechos de las personas, además de la probidad y eficiencia de la Administración (arts. 8°, y 1° incs. 1° y 4° de la Constitución, y ley 18.575, art. 3°, orgánica constitucional de bases de la Administración del Estado). De igual manera es importante el rechazo de la pretensión de la demandada de aplicar una “convalidación” del acto administrativo impugnado, si bien no la fundamenta debidamente, como es en la Constitución (art. 7° incs. 2° y 3°), sino en la ley 19.880 (lo que aparece a todas luces insuficiente).

No obstante los aciertos referidos del fallo analizado y la solución adoptada, merece severa crítica al introducirse en la distinción que *habría* que hacer en el procedimiento administrativo entre vicios recaídos en actos trámites y vicios recaídos en el acto terminal, siendo impugnables los primeros sólo en la medida que hagan imposible la continuación de la tramitación o produzcan indefensión, asilándose el tribunal en la disposición del art. 15 inc. 2° de la ley 19.880.

Lo que no capta o tiene en cuenta el fallo supremo es, por una parte, que esa distinción *pugna frontalmente* con la Constitución, cuyo art. 7° inciso 1° dispone de modo perentorio que es válido un acto de un

órgano del Estado (aquí un acto administrativo de la autoridad municipal) en cuanto se atenga a la *forma* (procedimiento) que prescriba la ley, sin hacer distinción alguna de si se trata de actos trámites, preparatorios o procedimentales, o terminales o cualquiera sea la categoría de clasificación¹. Por otra parte, una tal distinción en cuanto los actos trámites serían sólo impugnables en los casos indicados, contradice *frontalmente* toda una muy abundante jurisprudencia de la propia Corte Suprema en materia de la acción constitucional de protección (art. 20), en la cual se acoge esta acción de amparo frente a actos trámites de la más variada índole, como v. gr. “informes” recaídos en la etapa procedimental de instrucción, “representaciones” en el trámite de toma de razón, la misma “toma de razón” en la etapa procedimental de control de decretos y resoluciones administrativos, ausencias de publicidad exigidas por la ley (se omite notificación de resolución a interesado), en procedimientos urbanísticos, etc.².

¿Es que ahora la Corte Suprema pretende crear distintas soluciones para decidir acciones de amparo de protección de los derechos fundamentales y acciones de nulidad de derecho público? Folclórico sería, ciertamente, desde que en nuestro país y ya por más de 50 o 60 años se ha admitido que los actos administrativos llamados trámites o procedimentales o preparatorios también pueden afectar y afectan los derechos de las personas y, por lo tanto, son impugnables y ante los tribunales de justicia. Parece olvidar aquí la Corte Suprema que tan acto administrativo es el acto administrativo “trámite” como el acto administrativo denomi-

¹Sobre esta patente inconstitucionalidad vid. nuestro *La Ley 19.880, sobre procedimientos administrativos ¿Aleluya o miserere?*, en Conferencias Santo Tomás de Aquino 2003. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2003, ahora en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3ª ed.). Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile, 2012, 323-348, espec. 338-339 sobre este punto.

²Vid., en materia del acto administrativo trámite de “representación” contralora, entre otros, *East Fernández*, RDJ t. 87/1990, 2.5, 163-169; *Bell Avello*, t. 88/1991, 2.5, 275-281; *Plata Cisternas*, t. 90/1993, 2.5, 239-244; *A. Denham y Cía. Ltda.*, t. 93/1996, 2.5, 187-199; *Czischke del Pozo*, t. 97/2000, 2.5, 194-199; *Castelblanco Koch*, (C. Apelaciones de Valparaíso, 16.1.2006, rol 526-05 confirmada por la Corte Suprema 27.3.2006, rol 600-2006, en RDJ t. 103/2006, 2.5, 458 nota col. 1, fallo que ordena tomar razón a la Contraloría). Sobre el acto trámite de “registro” contralor vid., entre otros, ya desde antiguo, *Villarroel Villarroel*, RDJ t. 85/1988, 2.5, 68-72; *Veloso Merino*, t. 92/1995, 2.5, 54-61; *Jofré Roldán*, t. 93/1996, 2.5, 16-21; *Hormazábal Gómez*, t. 95/1998, 2.5, 179-186; *Alcalde de Cerrillos*, t. 97/2000, 2.5, 16-21; *Albornoz Villamán*, t. 100/2003, 2.5, 188-193; sobre el tema vid. nuestro “El trámite de registro y problemas que suscita”, en *Derecho Administrativo* cit. (2012) 386-399. En materia de actos trámites “urbanísticos”, entre muchos, *Empresa Constructora de Viviendas Económicas Diez, Luengo, Weil Ltda.* RDJ t. 96/1999, 2.5, 204-212; *Soc. Educativa San Esteban*, t. 97/2000, 2.5, 39-43; *Inversiones Incova Ltda.*, t. 98/2001, 2.5, 170-172; *Wydoicovich Bravo*, t. 100/2006, 2.5, 149-154; *Fundación Club Deportivo Universidad Católica de Chile*, t. 103/2006, 2.5, 479-493 (con comentario nuestro en 493-499), *Sociedad Vientos del Sur*, idem 504-510.

nado “terminal”, por cuanto ambos obedecen a la misma noción, sea la orgánica/voluntarista, sea la sustancial/racional³.

Merece crítica, asimismo, el planteamiento del fallo (consid. 10º) al señalar que los vicios de procedimiento en que se ha incurrido en el procedimiento administrativo de modificación del Plano Regulador referido “constituyen defectos graves y manifiestos”. Si bien aparece obvio que en este caso la ausencia de publicidad era “manifiesta” e irredargüible y es una omisión “grave” desde que elimina a los vecinos de participar en dicho procedimiento y defender sus derechos que pudieran verse afectados, al introducir esa distinción –“graves y manifiestos”– lleva a conducir a tener que distinguir qué es grave, qué no lo es, qué es leve, etc., en circunstancias que la Constitución nada distingue y, además, es otorgar una vía libre a la Administración para vulnerar la Constitución y el ordenamiento dictado conforme a ella y sin que sean anulados (es decir reconocidos como “inexistentes”) sus actos viciados a pretexto de que esos vicios no son graves, o esenciales o manifiestos o de importancia... No advierte el tribunal supremo que abrir esa vía es otorgar otro medio a la Administración de “saltarse” el Derecho y actuar al modo de un déspota que se siente inmune y por encima de la Constitución y el Derecho, sin respetar lo que es la esencia de su actuación que es respetar los derechos de las personas, única manera de vivir en forma civilizada⁴.

(c) Estando en prensas este Nº 32, ha aparecido *Vinor S. A. c/Fisco* (Corte Suprema, 30.12.2013, rol 9953-2011, Ministros Muñoz, Cisternas, Cerda (suplente) y abogados integrantes Bates y Lecaros), un caso relevante por varios aspectos, y que trata de una nulidad de derecho público de un acto expropiatorio/decreto supremo del año 2000 (de un predio que, destinado a la construcción de un embalse (“Puclaro”, en Vicuña), se dirigió en contra de quien aparecía en el rol de avalúos del Servicio de Impuestos Internos, sin advertir que un lote de él era propiedad del actor. Si bien éste se apersonó al procedimiento expropiatorio como tercer excluyente su pretensión fue desechada; es decir, *Vinor S.A.* fue expropiada de un terreno de su propiedad (debidamente inscrita en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo) sin ser oído en el debido procedimiento de expropiación y sin ni siquiera ser indemnizado.

³Vid. nuestro *El procedimiento administrativo. Una aproximación a sus bases fundamentales*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 79/1982, “Primera Parte, Sección Derecho, 79.94, ahora en *Derecho Administrativo* cit .305-321, espec. 316 (4.2.).

⁴Este mismo planteamiento lo hemos criticado también en *Aguilera Vega* cit. en *Ius Publicum* 31/2013, 115 (Nº 4). Una acertada crítica al planteamiento de permitir la validez de actos administrativos viciados con vicios de forma que se estiman que son “menores”, o “menos graves”, o “accidentales”, en F. Lizama A., “Alcance del concepto de requisito esencial en el artículo 13 de la ley Nº 19.880”, en *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno*. LegalPublishing-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2013, 285-333.

La Corte Suprema casa de oficio la sentencia impugnada de la Corte de Apelaciones de La Serena (que confirmaba el rechazo de la demanda del fallo de primer grado) al advertir –después de vista la causa y en el momento del acuerdo– que la sentencia carecía de las consideraciones de hecho y de derecho respecto de las alegaciones del demandante (vid. sus considerandos 4° a 9°, del fallo de casación); un voto disidente del ministro Cisternas está por acoger derechamente la casación en el fondo deducida atendido que hay una expropiación que no ha sido indemnizada lo que vicia el acto expropiatorio de nulidad de derecho público.

La sentencia de reemplazo (51 fjs./redacción ministro Muñoz) presenta verdadero interés para este análisis en cuanto su considerando 5° se refiere a la noción de NDP (se sigue entendiendo como “sanción”, al modo civilista), y a los vicios que la originan señalando (en forma desordenada) que ellos cubren “todas las ilegalidades que pueden afectar a los actos administrativos”, en sus elementos, forma, competencia, fin, objeto, motivos, desviación de procedimiento” y desviación de poder. Luego de analizar los requisitos constitucionales y legales de la expropiación (consids. 6° a 12°) concluye que la sentencia de primer grado fue no sólo insuficiente en sus razonamientos sino además equivocada para desechar la demanda de *Vinor S.A.*

Debe aquí mencionarse, y adquiere verdadera importancia, que se retoma la jurisprudencia homogénea de la misma Corte Suprema en la década de los años 90 y primer quinquenio del 2000, en el sentido de reconocer que la nulidad de derecho público “en virtud de las disposiciones constitucionales que la consagran tiene las características de *insanable e imprescriptible* y, por ende, no cabe aceptar la excepción del Fisco en este sentido” (consid. 16, cursivas nuestras). También adquiere importancia este fallo respecto de los “efectos” de la NDP judicialmente declarada; en efecto, el tribunal advierte que la actora, en todas las instancias en que ha reclamado la indemnización a que tiene derecho, ha reconocido, y aceptado, el dominio del Fisco por lo cual no obstante ser nulo el acto expropiatorio a su respecto (desde que no ha sido indemnizado habiéndose negado el Fisco a hacerlo, en una actitud insólita por su evidente violación a la Constitución), tiene derecho a que se la “indemnice” por el irrefragable perjuicio sufrido en su derecho de propiedad.

Atendido que hay hechos más que consumados, el tribunal estima que no siendo posible sanearse el vicio de ilegalidad en que ha incurrido el Fisco y no pudiendo ser ignorada tal ilegalidad, ésta “constituye el factor de imputación que funda la responsabilidad del Estado”, por falta de servicio que “es el actuar ilegal de la Administración, que tiene por fundamento la privación forzada de la propiedad del actor por parte del Fisco sin indemnización” (consid. 17). Y se agrega: “Que la nulidad trae aparejada la responsabilidad del Fisco, de la cual deriva el deber de indemnizar el daño efectivamente causado” (consid. 18), condenándosele al pago de

\$ 844.354.287 (hay prevención del abogado integrante Lecaros Zegers que estima que debe ser aumentada dicha suma por el “lucro cesante” ya que desde el año 2000 en que se dictó el acto expropiatorio la actora ha dejado de obtener utilidad alguna de su predio, aspecto que el fallo no ha contemplado).

2. CAUSALES PARA DEDUCIR LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO (ART. 7° DE LA CONSTITUCIÓN)

Ya terminando este análisis abordamos ahora un tema que no deja de tener una importancia primordial y que ha originado algunos trabajos recientes. Nos referimos a las llamadas *causales* que permiten interponer la acción de nulidad de derecho público respecto de un determinado acto administrativo.

Respecto de las *causales* que originan la nulidad de derecho público (NDP) hemos visto que algunos fallos se han tratado de encargar de ir enumerándolas o describiéndolas como una manera de ir acotando el ámbito de procedencia pero también de ir restringiendo las posibilidades de impugnar los actos administrativos, en una ya conocida pretensión estatista de reducir la defensa y protección de los derechos de los ciudadanos frente al actuar antijurídico de la Administración, lo que, lamentablemente, pareciera estar en los “genes” de la defensa fiscal, si bien podría pensarse –como mera hipótesis imaginativa– que pudiera ser una manera de precisar mejor el tema:

1. Ya *Camacho Santibáñez c/Fisco*, sobre concesiones de acuicultura (C. Suprema, 28.6.2006, rol 3132-2005, redactor ministro Juica Arancibia, votos en contra ministros Jordán y Oyarzún), señalaba en su considerando 10° que las causales no eran otras que las señaladas en el artículo 7° inciso 1° de la Constitución, esto es carencia de investidura regular del autor del (pretendido) acto administrativo que se impugnaba, carencia de la competencia correspondiente para dictarlo y no haberse respetado la forma que prescriba la ley.

Como lo hemos abordado en los párrafos precedentes, varios fallos han dedicado algún considerando a este punto, repitiéndose las causales que han ido delimitando, pero con una clara visión de “injerto extranjerizante”, que en alguna medida la han recogido algunos artículos que se han referido a ello⁵.

⁵Vid. un recuento y crítica en G. Bocksang, *El ámbito de aplicación de la nulidad de derecho público*, en “La nulidad de derecho público de los actos administrativos en el derecho chileno” cit., 49-75 y, especialmente, en *La ampliación de las causales de nulidad de derecho*

González Vergara c/Essbio y otros, 2011 (redacción ministro Pierry), introduce en cierta medida –en un deleznable afrancesamiento– los llamados “*cas d’ouverture*” para impetrar el francés *recours pour excès de pouvoir*⁶, al señalar (consid. 10º) 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 [causal que no aparece en el art. 7º inc. 1º de la Constitución], 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” [tampoco estos dos últimos aparecen así en la Constitución cit.).

Lo dicho será repetido luego por *Ovalle Lecaros c/Serviu*, 2012 (ministro Pierry preside la tercera sala, redactor abogado integrante Pozo), en su considerando 7º con una redacción un tanto desordenada, y lo reiterará también *Federación Aérea de Chile c/Fisco*, 2012 (redacción abogado integrante Baraona González), consid. 9º que copia lo dicho en *González Vergara* cit.; de igual modo se repite en *González Vega c/Municipalidad de La Unión*, 2013 y en *Aciaras c/Municipalidad de Copiapó*, 2013, consid. 3º.^{6 bis}

2. Alguno podría pensar que el constituyente de 1980 al complementar los artículos 4º de la Constitución de 1925 y 160 de la de 1833, que com-

público por la Corte Suprema, en Sentencias destacadas 2012. Libertad y Desarrollo. Santiago de Chile. 2013, 299-314.

⁶Sobre ello vid. las obras clásicas de M. Waline, *Droit Administratif*. Sirey. Paris (muchas ediciones); G. Vedel, *Droit Administratif*. Puf. Paris (varias ediciones, una última con Devolvé. 12è. éd. (2.vol.) 1992; J. Rivero, *Droit Administratif*. Dalloz Précis). Paris (muchas ediciones, una última con J. Waline. 20è. éd. 2004); A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif* (3 vol.). LGDJ (varias ediciones); Auby et Drago, *Traité du contentieux administratif* (3 vol.). LGDJ. Paris (varias ediciones), vol. III (en éd. 1962); R. Odent, *Contentieux administratif*. (4 vol.). Les Cours de Droit. Paris. 1965-1966, vol. IV, para citar las grandes “cabezas” del derecho administrativo francés que se han referido al tema; en época más reciente, R. Chapus, *Droit Administratif général* (2 vol.). 15è. éd. Montchrestien. Paris. 2001, vol. 1; también su *Droit du contentieux administratif*. 12è. éd. Montchrestien. Paris. 2006; Y. Gaudemet, *Droit Administratif*. 18è. éd. LGDJ. Paris. 2005; J. Morand-Deville, *Cours de Droit Administratif*. 9è. éd. Montchrestien. Paris. 2005; P. Devolvé, *Droit Administratif*. Dalloz. Paris. 2002 (3è. éd.); J. M. de Forges, *Droit Administratif*. Puf. Paris. 2002 (6è. éd.); G. Dupuis, M. J. Guedon, P. Chrétien, *Droit Administratif*. Colin. Paris. 2005 (9è. éd.), P. L. Frier-P. Petit, *Précis de droit administratif* (6è. éd.). Montchrestien. Paris. 2010; D. Truchet, *Droit Administratif* (2è. éd.). Puf. Paris. 2009; B. Seiller, *Droit Administratif. L’activité administrative* (3è. éd.). Flammarion. Paris. 2010; en fin, el célebre *Que sais-je?* de P. Weil, *Droit Administratif*. Puf. Paris. 2006 (21è. éd.).

^{6 bis}Para el caso *Ovalle Lecaros*, que hemos citado, y que incide en el verdadero latrocinio que significó la tristemente célebre reforma agraria (gobiernos Presidentes Frei Montalva y Allende -1968-1973), puede ser útil A. Cousiño V.- M. A. Ovalle G., *Reforma agraria chilena. Testimonios de sus protagonistas*. Memoriter Ltda. Santiago de Chile. 2013, en el cual aparece la historia de la expropiación del predio del actor de dicho proceso (Sr. Darío Ovalle Lecaros) y de su familia (288-301).

prendía sólo los actuales incisos 2° y comienzo del 3° del actual artículo 7°, fue demasiado parco al señalar las exigencias para que los actos de los órganos del Estado (cualquiera de ellos) fueran válidos, ya que indica únicamente tres a saber, investidura regular del órgano que emite el acto, competencia que lo habilita a hacerlo y forma/procedimiento legal que ha de seguir al emitirlo.

De allí que algunos –con buena intención, sin duda– han pretendido especificar más los vicios en que pueden incurrir en lo que toca a las autoridades con potestades administrativas al dictar un acto administrativo, porque aquellas tres exigencias que indica dicho artículo 7° podrían dejar fuera vicios que ciertamente provocan la nulidad de derecho público de esos actos.

No pareciera muy acertada esa posición, tratando por la vía jurisprudencial y afrancesada de ampliar esas causales. En efecto, éstas que se agregan por la Corte Suprema y otras más *están incluidas* en las tres categorías que la Constitución señala, si se estudia en profundidad el tema de los vicios en que se puede incurrir al emitir un acto administrativo un órgano de la Administración (o un sujeto que no siendo órgano de ella esté por la ley atribuido de potestades administrativas como v. gr. un concesionario de servicio público o de obra pública).

No conozco ningún trabajo sobre el régimen chileno que se haya hecho cargo de este tema analizando con detalle los diferentes *vicios* de que puede adolecer un acto administrativo; por ello, abordaremos el punto, de modo sistemático, analizando los “presupuestos” del acto, el “supuesto” del acto y los “elementos” del acto. Y es que cuando se tiene una adecuada y coherente visión del acto administrativo en nuestro régimen chileno, aparece bastante claro el panorama, sin tener que recurrir a “injertos extranjerizantes” que, una vez más –ahora en este tema– resultan inconducentes para explicar de manera suficiente las causales o vicios que producen *ipso iure* la nulidad de derecho público (NDP) de un pretendido acto administrativo, sin mencionar que copiar de otros regímenes jurídicos revela muy claramente una flojera o desidia intelectual que evita indagar en profundidad nuestra propia realidad chilena.

3. Para analizar con mayor rigor este asunto ha de partirse de la consideración de que en el acto administrativo hay “presupuestos”, un “supuesto” y “elementos”.

3.1. “Presupuestos” son aquellas circunstancias que han de concurrir en los órganos (o sujetos) dotados de potestades administrativas para que puedan válidamente –conforme con la Constitución– emitir un acto administrativo.

Esos “presupuestos” son precisamente los que señala la Constitución en su artículo 7° inciso 1° como “investidura regular”, “competencia” y “forma”, o sea procedimiento legalmente establecido.

3.1.1. El *primer presupuesto* para la validez de un acto administrativo es que su autor esté investido regularmente, es decir conforme con la Constitución y con “las normas dictadas en conformidad a ella” (art. 6° inc. 1°).

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes”... (art. 7° inc. 1°).

Pues bien, estará viciado un pretendido acto administrativo que se emita por alguien (que no es órgano) que carezca de esa investidura para ejercer la función pública administrativa, y ello puede ocurrir:

- (a) si hay *ausencia de nombramiento* a su respecto, y recuérdese que el inciso 2° del artículo 7° –ya desde 1833, art. 160– dispone de modo perentorio que “ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.
- (b) también puede ocurrir aquí un vicio si hay un *nombramiento irregular*, es decir cuando el decreto o resolución que designa una persona para desempeñar un cargo público es “representado” por ilegal o inconstitucional por la Contraloría General de la República al realizar su “toma de razón” y no hay modo de rectificarlo porque, v. gr., el pretendido funcionario carece de los requisitos para ser nombrado, o para ser nombrado en ese cargo específico en que se pretende designarlo, y se ha dispuesto en dicho decreto o resolución una “asunción inmediata de funciones por razones de buen servicio”, como reza la fórmula tradicional.
- (c) asimismo, se produce una carencia de investidura regular cuando se da una *anticipación de funciones*, o sea se pretende dictar un acto administrativo por quien sin haber sido designado en un cargo público determinado con “asunción inmediata de funciones” inicia sus actividades antes de ser notificado de la total tramitación del acto que le designa.
- (d) por último, se carece de investidura regular cuando se produce lo que se denomina *prolongación de funciones*, caso en el cual quien ha expirado en la función administrativa por la ocurrencia de una causal de cesación de funciones (v. gr. art. 146 de la ley 18.834/1989 texto refundido DFL/Hac. N° 29/2004, D. Oficial 16.3.2005, Estatuto Administrativo) pretende seguir actuando no obstante carecer de título legal para ello, esto es, carece de investidura regular⁷.

⁷Valga recordar que todas estas conductas están, además, tipificadas penalmente como delitos que pueden cometerse en la función pública (y no sólo administrativa): vid. Libro II, título III, parágrafos 1 al 4 del Código Penal.

3.1.2. El *segundo presupuesto* de validez de un acto administrativo es que quien pretenda emitirlo tenga la correspondiente *competencia* para hacerlo, o sea para decidir y para decidir en esa materia específica, y de la manera concreta prevista en la ley. Es lo que el art. 7° inc. 2° refiere como la “habilitación expresa”, según diríamos en lenguaje actual.

“Los órganos del Estado actúan válidamente... dentro de su competencia...”
(art. 7° inc.1°).

Decimos que es “presupuesto” del acto administrativo porque es una exigencia que se refiere al “autor” del acto que se va a emitir, al órgano (o sujeto) que ha sido habilitado, atribuido, por la Constitución o la ley con las potestades pertinentes para dictar ese acto administrativo.

Y este segundo presupuesto puede ser vulnerado de muy diverso modo, o sea a través de variadas “causales” diferentes. Todas ellas inciden en el “poder-deber jurídico”/potestad del que está habilitado por el Derecho (la ley: art. 62 inc. 4° N° 2 de la Constitución) para satisfacer necesidades públicas específicas, que es esa su función de administración (art. 28 ley 18.575/1986).

Entre esos vicios se encuentra, por ejemplo,

- (a) la ausencia total de atribuciones conferidas, como la jurisprudencia judicial de protección se ha encargado de precisar en materias como bloqueo tributario, la cual no es función atribuida a la autoridad administrativa sino judicial, o en materia de interpretación de contratos por parte de fiscalizadores laborales, que es materia jurisdiccional, o en materia de disolución de personas jurídicas corporaciones sin fines de lucro, que es materia jurisdiccional, o la pretensión de los Secretarios Regionales Ministeriales de Educación de impartir órdenes a colegios particulares para que se revoquen medidas de cancelación de matrículas de sus alumnos por mal comportamiento en lo referente a disciplina, lo que es materia propia de los tribunales de justicia en un debido proceso legalmente tramitado, etc.
- (b) hay también vicio en la “competencia” cuando el órgano que pretende emitir un acto administrativo basado en determinada atribución le da un alcance de extensión de que carece; piénsese en potestades sancionadoras o en el alcance de normas de excepción, las cuales han de ser interpretadas de modo estrictísimo, como reza el clásico adagio *exceptionis strictissimae interpretationis*.
- (c) vicio en la “competencia” se da, además, cuando se incurre por el órgano que ha de emitir un acto administrativo en una “errada calificación del hecho” (o motivo fáctico), que según la ley es la necesidad pública que satisfacer, la que lo mueve o induce a actuar para resolverla; este es uno de los vicios más recurrentes que se observa en los procesos de

amparo proteccional (art. 20 de la Constitución)⁸. Algunos ejemplos usuales se encuentran, v. gr., cuando se adoptan ciertas decisiones por la autoridad encargada de la sanidad animal (Servicio Agrícola y Ganadero) ante situaciones que son calificadas de “brote” y no como “epidemia” o viceversa (epizootia en vacunos), o en la sanidad vegetal (*ídem*), o el conocido caso de las llamadas “vacas locas” ocurrido hace algunos años y que originara medidas administrativas verdaderamente desproporcionadas causando ingentes daños a la industria alimenticia⁹; o los luctuosos hechos ocurridos entre 1971 y 1973 en que con el objeto de incautarse el gobierno de la época (UP/Allende) de industrias privadas sin expropiación ni indemnización alguna, sin desembolsar un peso, grupos de obreros partidarios de ese gobierno las ocupaban de modo ilícito, por la fuerza, a través de un preciso delito de usurpación, asumían su administración (haciendo “sal y agua” sus recursos financieros), y la autoridad administrativa (la tristemente célebre Dirección de Industria y Comercio/Dirinco) las “requisaba” ante el desabastecimiento de artículos de primera necesidad, ya que no producían: se requisaban ante el hecho “huelga” en circunstancias de que no se trataba ni mínimamente de huelga sino de una vulgar ocupación ilegal de la industria y –como decimos– una “usurpación” de la propiedad privada, o sea un delito penal. Es cierto que en este ejemplo la errada calificación jurídica del hecho se hacía *ex profeso*, de intención, para así “incautarse” de la propiedad privada dada la clara e indiscutida visión de dicho gobierno marxista de estatizar todos los medios de producción, sin pasar por el Parlamento, sino utilizar la vía administrativa pero ilícita (“resquicial” como se decía, es decir un uso alternativo, torcido, del derecho)¹⁰.

- (d) otro vicio en la “competencia” se da cuando se pretende emitir un acto administrativo y simplemente *no existe el hecho/necesidad pública* que el legislador ha encargado a determinado órgano de la Administración satisfacer, para lo cual lo ha dotado, lo ha atribuido, le ha conferido, las potestades públicas para así actuar¹¹.

⁸Vid. nuestro *La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial*, en *Actualidad Jurídica* N° 3/2001, 303-308.

⁹Vid. *Productos Fernández (PF) c/Fisco (Ministerio de Salud)*, Corte Suprema 20.11.2012, responsabilidad del Estado, en *Ius Publicum* N° 31/2013, 259-268 y nuestro comentario en 268-277.

¹⁰Vid. nuestros trabajos sobre requisaciones de industrias en *Estudios Jurídicos* (Univ. Católica de Chile), Vol. 1 (1972) N° 2, 178-207, y Vol. 2 (1973) N°s 1-2, 233-260; también en *Revista de Derecho Público* (Univ. de Chile) N° 13 (1972), 61-80.

¹¹No debe olvidarse aquí todo lo referente a la llamada “teoría de las potestades públicas administrativas”, que hemos desarrollado ya hace más de 25 años en nuestro *Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos*, en *Revista de Derecho Público* cit. 43/44 (1988) 117-130, recogido en *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (2 vols.) Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, vol. 2, 47-63.

No se olvide que el *hecho* o necesidad pública es el “estímulo” que pone en movimiento el ejercicio de la potestad administrativa, es él quien “mueve” al órgano competente para satisfacer aquella y en cuya virtud exclusivamente se le ha conferido. De allí que si no existe tal hecho y dicho órgano pretende actualizar esos poderes jurídicos/potestades y dictar un acto administrativo, ocurre que esa actuación carece de toda base jurídica, la cual está centrada sobre dicho hecho; en otros términos, carece de “motivo” desde que no existe ninguna necesidad pública que satisfacer. Si no existe ni “brote”, ni “epidemia” en la zona en donde se festeja, por ejemplo, a la Virgen de la Tirana –un ejemplo real en agosto 2013– y se dictara un acto administrativo por la autoridad de Salud que ordena la vacunación de toda persona que se dirige a ese lugar (cercano a Iquique), carece de toda competencia para dictarlo esa autoridad, ya que no existe el *hecho/factum* que la ley ha previsto para que se emita un acto en tal sentido. Si en este caso no hubiera existido en la realidad ese brote de influenza, hecho previsto por la ley y habilitante para la autoridad para adoptar medidas a fin de evitar sus efectos, como restringir la concurrencia a dicha celebración de actos de culto religioso sin comprobar estar vacunadas, se habría estado de modo patente privando a las personas del derecho fundamental de libertad religiosa, además del derecho a la igualdad consecucional y afectando también otros derechos esenciales como la libertad personal de traslación, locomoción, e incluso de expresión, afectando el contenido esencial de todos ellos (art. 19 N^{os} 6, 2, 7 letra a) y 26)¹².

Y es vicio en la “competencia” por cuanto el *hecho* es “elemento” de la potestad atribuida y elemento fundamental de ella, ya que es precisamente el motivo por el cual se ha previsto dicha potestad; no en vano se puede decir que el *hecho/necesidad pública que satisfacer* es el “alma” de la potestad, el *hecho* es el que “anima” todo el ejercicio del poder-deber jurídico en el que consiste la potestad, y es a través de él que se “actualiza” el poder jurídico creado por la ley para satisfacerlo, en cuanto ese hecho constituye una “necesidad pública”, vale decir que el legislador lo califica así para que sea satisfecha por un órgano de la Administración del Estado, o sea una autoridad estatal.

- (e) es igualmente vicio en la “competencia” del órgano que pretende emitir un acto administrativo lo que se denomina “desviación de poder” o también “desviación de fin”.

¹²Pongo este ejemplo teniendo presente los atentados a la “libertad religiosa” que grupos animalistas y abortistas, separadamente, han perpetrado últimamente v. gr. en las catedrales de Punta Arenas y Valparaíso, los primeros, y en la catedral de Santiago, los segundos (25 de julio 2013).

Dada la deleznable afición de algunos por copiar lo extranjero –porque desconocen lo propiamente chileno– los fallos supremos *González Vergara* y otros ya citados, incluyen como causales de la NDP este vicio como si tuviera autonomía propia y no tuviera relación alguna con la competencia. Craso error en Chile, y sólo afán –repito– de copiar textos franceses¹³.

En efecto, la “competencia” no es sino el conjunto de potestades con que el legislador atribuye, dota, provee, a un determinado órgano de la Administración del Estado para realizar la función administrativa, o sea satisfacer necesidades públicas. Esas potestades no son sino “poderes-deberes”, o sea se les atribuyen a los órganos referidos para actuar cuando se producen dichas necesidades públicas (o para preverlas, en su caso). Y esas potestades están conformadas por distintos elementos (que el mismo legislador precisa al crearlas), como son *a quién* se atribuye (si se radican en el jefe superior del servicio serán “potestades concentradas”, y si se atribuye a un órgano inferior dentro del mismo servicio, como, v. gr., Director de Obras dentro de cada Municipalidad, serán “potestades desconcentradas”); *cuándo* debe actuar (cuando se produce la necesidad pública/“hecho” que debe satisfacer, o en su caso previéndola a fin de que no se produzca, casos de sanidad humana, animal o vegetal); *por qué*, o sea el “hecho” necesidad pública que satisfacer y que ya hemos visto; *qué*, la medida que debe adoptar (sea determinada por la propia ley, o potestades conferidas con “algún” elemento discrecional, ya que el resto de los elementos son reglados); y *para qué*, o sea el “fin” para el cual debe actuar adoptando determina decisión. Aquí es, precisamente, en donde aparece el “fin” o “finalidad” que persigue la actuación del órgano y para lo cual la ley le atribuye esa potestad, “fin” que no es otro que

¹³Vid. sobre el origen del llamado *détournement de pouvoir*, entre otros, vid. F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*. Puf. Paris. 1995, 83, quien señala que el Consejo de Estado reconoce este vicio ya en 1858 (*Vernhes*) y 1864 (*Lesbats*), y en términos generales a partir de 1875 (*Pariset*); este autor indica el caso *Héritier Outin* (CE. 25.5.1811) en tiempos de Napoleón como el primero en que se reconoce como vicio de las decisiones administrativas, pero integrando la noción de “incompetencia”; será Aucoc quien lo denominará “*détournement de pouvoir*”. Sobre el tema, vid., Waline cit. (9è. éd. 1963, 480-484; Vedel cit. (3è. éd. 1964, 413 y 455.463; Auby-Drago cit. (1962, vol. III, 84-96; Odent cit. vol. IV, 1275-1289); últimamente, Chapus cit. (2001) vol. 1, 1048-1055 y Chapus cit. (2006) 208-227; Gaudemet cit. 142-144; Morand-Deviller cit. 715-718; Weil cit. 104-105. Para la jurisprudencia actual, vid. Long, Weil, Braibant et autres, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (16è. éd.) Dalloz. Paris. 2007, 28-36 (*Pariset*/26.11.1875) y 478-484 (*Barel*/28.5.1954). Para el vicio de desviación de fin en la jurisprudencia de la Corte Suprema en protección vid., entre otros, *Soc. López Carcer*, RDJ t. 86/1989, 2.5, 1-4; *Tapia Rojas*, t. 87/1990, 2.5, 107-112; *Telefónica Manquehue*, t. 88/1991, 2.5, 47-58; *Medina Cartes*, t. 97/2000, 2.5, 149-154; *Aros Ojeda*, t. 103/2006, 2.5, 453-458. Sobre el tema, reciente, C. Lledó - K. Muñoz, *El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos*. Thomson Reuters, Santiago de Chile. 2013.

el “objetivo” que ella pretende alcanzar, satisfaciendo la necesidad pública de que se trata.

Bien vale recordar ese principio aristotélico de que “el fin es lo primero en orden de la intención y lo último en el orden de la ejecución”, o dicho de otro modo, igualmente según el sabio estagirita, “todo agente obra por un fin que es causa de su actuación y término de ella” /*De anima*, 3.10. Y es que ese “hecho/necesidad pública” que satisfacer es la razón misma de ser de la potestad que el legislador le atribuye a un determinado órgano de la Administración para que la satisfaga, satisfacción que es, precisamente, la finalidad de otorgarse esa potestad¹⁴.

Pues bien, “desviar” el poder-deber o potestad a una finalidad distinta de aquella para lo cual específicamente ha sido atribuido por la ley, no es otra cosa que actuar “fuera de la competencia”, “fuera del poder jurídico conferido” por el legislador, el cual lo ha otorgado para obtener determinado fin y no otro como pretende la autoridad administrativa dictando un acto administrativo que tiende a obtener otro fin, diferente de aquél. No se trata, en consecuencia, de un vicio autónomo sino un vicio más que vulnera la *competencia* de un órgano de la Administración. Bien puede advertirse que no vale la pena de copiar derechos extranjeros cuyas necesidades de construir mecanismos jurídicos muchas veces son muy poco coherentes, sistemáticos y suficientes.

- (f) del mismo modo aparece otra causal en los fallos supremos referidos en su “afán copiator”, como es la que denominan “violación de la ley”, en directa copia francesa, *violation de la loi*¹⁵, como si se tratase

¹⁴Es la aplicación del llamado “principio de finalidad”, tan fundamental en el Derecho y poco analizado, en general; vid. nuestra visión del derecho administrativo, una visión finalista, en *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, tomo 1º, 15-20, más desarrollado en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3ª. edición/2012) cit. 21-26.

¹⁵Vid. sobre ello, entre otros, Waline cit. 451 y 462-472; De Laubadere cit. vol. 1, 475 hace severa crítica a esta causal tachándola tanto de demasiado amplia (ya que incide en las otras causales) y muy estrecha si se entiende por ley sólo la ley formal de allí que las clasifica más pertinentemente sobre la base de los elementos del acto administrativo (203); Vedel cit. 449-455; Odent cit., IV, espec. 1229-1275; Auby et Drago cit., III, 1-83; Chapus (2001) cit. 1039-1048; Morand-Deville cit. 719-725; Gaudemet cit. 144.148; Weil cit. 105-107 quien advierte que bajo este vocablo poco feliz (*peu heureux*) son censuradas las ilegalidades que se refieren al objeto mismo del acto privándolo de base legal (105).

Parecen olvidar estos jueces a francesados cómo se fueron gestando en el tiempo en Francia estas diversas causales para impugnar los actos administrativos y en que paso a paso se fueron abriendo vías de impugnación durante décadas para que los ciudadanos pudieran dejar de ser meramente “súbditos” del nuevo “monarca” Estado; caso muy pero muy diferente de lo ocurrido en nuestro país, en el cual ya desde los tiempos indianos existían medios de impugnación incluso de las decisiones reales, vid. al respecto Recopilación de Leyes de Indias/1680, 2.15, 35; también, entre otros, M. Góngora, *Estudios sobre la historia colonial de Hispanoamérica*.

de un vicio sin ninguna relación con los que la Constitución específica en su artículo 7° inciso 1°.

Violar la ley, del fondo se dice en los fallos, o sea vulnerar un precepto legal que el acto administrativo de que se trata viene a aplicar, no es sino, una vez más, violar la “competencia” atribuida a quien pretende dictarlo, sea porque carece de todo poder jurídico al respecto, sea que lo interpreta mal (error en su alcance, sentido o efectos), sea porque no existe el hecho, sea que se ha dado una errada calificación jurídica de él, o bien porque pretende aplicarlo a una finalidad distinta de aquella prevista por el legislador. En otros términos, vulnera “la ley del fondo” aplicable al caso por una específica causal de “incompetencia”, esto es hay un “vicio” en el poder-deber jurídico/potestad ejercida, vale decir en la *competencia*.

3.1.3. El *tercer supuesto* para que sea válido un acto administrativo es que su autor siga en su elaboración el debido procedimiento establecido por la ley, esto es *la forma que prescriba la ley* (art. 7° inc. 1°).

Ha de recordarse que llamamos “presupuestos” a aquellas exigencias o condiciones que antes que se pueda dictar válidamente un acto administrativo ha de reunir su autor, sea en cuanto ha de ser un órgano de la Administración del Estado “investido” debidamente conforme con la Constitución y la ley de la función administrativa en un determinado sector de ella, sea en cuanto, además, ha de estar atribuido de las correspondientes potestades normativas para dictar un acto administrativo dado, o sea ha de habersele atribuido expresamente por la ley de la correspondiente “competencia”, sea, en fin, en cuanto ha de existir un “debido procedimiento administrativo establecido por la ley” para que a su través, por su intermedio, discurra el *iter* hasta su emisión como acto administrativo terminal.

Es en este supuesto, *forma*, en el cual es más fácilmente encontrar vicios o irregularidades dada la “formalización” que asumen los procedimientos administrativos y, en consecuencia, no resulta difícil detectarlos.

La manera, tal vez, más clara de incurrir en un vicio de “forma/procedimiento” ocurre cuando se emite un acto administrativo omitiendo el procedimiento legalmente establecido al efecto, como, v. gr., designar a un funcionario público sin haberse llamado a concurso siendo ello exigido por la ley, o cesar en el ejercicio de un cargo público a un funcionario

Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 1998, 103; B. Bravo Lira, *Derechos políticos y civiles en España, Portugal y América Hispánica. Apuntes para una historia por hacer*, en Revista de Derecho Público 39/40 (1986) 73-112; un caso notable puede verse desde la primera época del derecho indiano en el llamado “recurso de suplicación”, en V. Tau Anzoategui, *La ley en América Hispana*. Academia Nacional de la Historia. Buenos Aires. 1992, 67-143.

de carrera (no de confianza exclusiva) sin haberse incoado el debido procedimiento disciplinario¹⁶.

También se produce este vicio cuando la autoridad actúa y emite un acto administrativo sin que exista un procedimiento establecido por la ley para su dictación; si bien el caso pudiera aparecer un tanto rebuscado (atendida la supletoriedad de la ley 19.880, punto que no entro a discutir aquí), al no existir un procedimiento al efecto significa que aun cuando hubiere sido conferida una determinada potestad por la ley a un órgano, éste no podrá actualizar ese poder-deber jurídico desde que para su validez la Constitución requiere expresamente que se haya actuado “en la forma que prescriba la ley” (art. 7° inc. 1°)¹⁷.

Del mismo modo, se incurre en vicios en el procedimiento cuando se omiten trámites que la ley dispone para la emisión válida de un acto administrativo, como si se omite el trámite de “toma de razón” por parte de la Contraloría General de la República (o Regional, en su caso), que la ley dispone; o se omiten informes que han de pedirse según lo dispone la ley y se dicta un acto administrativo sin que su autor los haya requerido; o se omite la audiencia del afectado en un procedimiento disciplinario o correctivo; o se omiten peritajes exigidos por la ley (v. gr en procedimientos expropiatorios).

Igualmente habrá vicio en el procedimiento si en la elaboración del acto administrativo se exigen trámites que la ley no ha previsto ni dispuesto, como, por ejemplo, en las llamadas retenciones tributarias ilegales, o que se acompañen certificaciones que son inconducentes, o se soliciten informes a otros órganos de la Administración que no prevé la ley para la emisión de un determinado acto administrativo, circunstancias todas dilatorias que, incluso, pueden ser antesala de actos de corrupción...

Del mismo modo hay vicio en este presupuesto si iniciado un determinado procedimiento para la emisión de un acto administrativo se altera para obtener un fin distinto el cual exige otro procedimiento diferente, como, por ejemplo, si se inicia un procedimiento para obtener la prórroga de un plazo para iniciar actividades en una concesión de telecomunica-

¹⁶Vid. el bullado caso de los “diecisiete detectives exonerados” (ilegalmente) *Rosas Díaz c/Director de Investigaciones de Chile*, protección acogida, Corte Suprema 16.5.1991, (redacción abogado integrante Fernando Fueyo Laneri) en RDJ t. 88/1991, 2.5, 123-131, con comentario nuestro en 131-134.

¹⁷Caso de funcionarios regidos por el Código del Trabajo en el cual la Contraloría General de la República exige un procedimiento breve en que se compruebe los hechos ilícitos y la participación y culpabilidad de los funcionarios; aquí la Contraloría, sin que exista un procedimiento establecido por ley, crea por “vía jurisprudencial” contralora un procedimiento administrativo disciplinario a fin de asegurar la disciplina en el organismo administrativo referido y la defensa del afectado. Debe señalarse que no cabe regular un procedimiento administrativo por vía reglamentaria, ya que la materia es de “reserva legal” (art. 7° inc. 1°, parte final); sobre el punto vid. J. L. Lara - C. Helfman, *Repertorio de la Ley de Procedimiento Administrativo*. Abeledo Perrot-Legal Publishing. Santiago de Chile. 2011, 1-10.

ciones y se altera por la autoridad dicho procedimiento para concluir en la caducidad de esa concesión, vulnerándose así principios procedimentales tan fundamentales como los de “tipicidad” y “pro acto”¹⁸.

Además, se incurre en vicio de este presupuesto, unido a la mala fe y uso torcido de la función administrativa, cuando la autoridad utiliza procedimientos distintos a los que la ley le ha conferido para dictar un determinado acto, como ocurre, v. gr., cuando la autoridad tributaria pretende obtener de los Bancos información de cuentas corrientes de contribuyentes sin que exista el procedimiento de pesquisa de delitos tributarios, vulnerándose así el denominado “secreto bancario”¹⁹. Hay aquí, como se nota, el vicio de “desviación de procedimiento”, torciéndose la finalidad misma del procedimiento establecido por la ley para un fin dado y se utiliza para otros fines diferentes, no previstos por la ley al establecerlo.

3.2. Vistos los “presupuestos” nos toca abordar ahora lo que llamamos *supuesto*, esto es el “motivo” del acto administrativo, aquello que mueve a la Administración a actuar para satisfacer una determinada necesidad pública. Esa necesidad pública siempre en un “hecho” que significa algo que una persona o grupo de personas (o incluso dentro de la propia organización de la Administración) requiere que sea resuelto o satisfecho, puesto que es una carencia que toca por ley a la Administración llenar, o sea, satisfacer.

Este aspecto lo llamo “supuesto” porque sin que se dé en la realidad no cabe que un órgano de la Administración del Estado emita un acto administrativo dado que es en virtud de la existencia de este supuesto que se activa su energía normativa para satisfacer una necesidad pública concreta.

Le llamamos “motivo” por cuanto “motiva, estimula, incita, induce, a la Administración a actuar; si no se da, si no se presenta, si no existe tal motivo, carece de fundamento ese actuar, carece de justificación, resulta incausado el acto administrativo que se emita, hay, pues, una ausencia de la base misma para actuar. De allí que el acto administrativo que carece de motivo es un ejemplo prístino de la nulidad/inexistencia de un acto administrativo, es la “nada jurídica”.

Ahora bien, ¿qué vicios se pueden dar en el “supuesto”?

Como el “supuesto” es el motivo del acto administrativo y este motivo es la necesidad pública que se trata de satisfacer, él está configurado por

¹⁸Vid. v. gr. *Compañía Telefónica Manquehue c/Ministro de Transportes y Telecomunicaciones y Subsecretaría de Telecomunicaciones*, protección acogida, Corte Suprema 29.1.1991, en RDJ t. 88/1991, 2.5, 54-58 con comentario nuestro.

¹⁹Vid., entre otros, v. gr. *Chioffalo Santini* en RDJ t. 77/1980, 2.5, 41-46; *Banco O'Higgins* en RDJ t. 78/1981, 2.5, 69-76, *Banco Santiago* en Fallos del Mes N° 275/1981, 419-423, *Gómez Montt* en RDJ t. 84/1987, 2.5, 30-32, *López Carces* en RDJ t. 86/1989, 2.5, 1-4, *Vásquez Donoso* en t. 93/1996, 2.5, 69-75, etc.

el “hecho”/*factum* (el “por qué” como elemento de la potestad), previsto por la ley; ejemplos hay numerosos, baste aquí indicar, por ejemplo, el hecho de estar “vacante” un determinado cargo en la planta de un servicio público o ministerio, o el hecho de aparecer una “epidemia” de virus sincisial en materia sanitaria, o una “plaga” en el ámbito de la sanidad vegetal, o el hecho de una fiesta religiosa en donde hay asistencia masiva de fieles y se decreta “zona seca” (prohibición de venta de bebidas con alcohol), etc.

De allí que los vicios en este “supuesto”, hecho, necesidad pública, se pueden confundir con el vicio de “incompetencia” en cuanto ésta se refiere al hecho sobre el cual recae su ejercicio, la actualización de la potestad pública conferida por la ley, poder-deber jurídico que contiene en sí precisamente la configuración del “hecho” sobre el cual se va a ejercer, puesto que se estructura para obtener el fin de satisfacer una necesidad pública específica.

Así, hay vicio desde que no existe el *hecho*/necesidad pública que satisfacer y, por ende, no existe el estímulo/motivo para activar la competencia del órgano, además de infringir, obviamente, la ley que se la ha otorgado, que ha previsto ese hecho para satisfacer aquella. Casos hay no pocos en la jurisprudencia de protección, como ya hemos hecho referencia. Baste aquí señalar sólo dos casos que nos parecen muy significativos, como, por ejemplo, *Mitsui c/Servicio Nacional de Aduanas* (RDJ t. 78/1981, 2.5, 83-90) caso en el que se pretendía por dicho Servicio el cobro de derechos aduaneros que habían sido pagados oportunamente por la empresa referida (no existía el hecho “deuda”); o *Unidad Vecinal N° 13 de la comuna de San José de Maipo y otra c/Intendente de la Región Metropolitana* (RDJ t. 80/1983, 2.5, 175-179), caso en el que se pretende revocar un acto administrativo no existiendo “hecho” alguno que significara un cambio en las circunstancias del acto; igualmente pueden señalarse otros ejemplos, v. gr., si se otorga un beneficio a un destinatario siendo que no reúne los requisitos legales exigidos para su otorgamiento, como el bullado y escandaloso caso de los pretendidos “exonerados políticos” (especialmente años 2006-2009, presidencia Bachelet, y de reciente comprobación en 2013); o, en fin, no existe el hecho ilícito disciplinario debidamente comprobado en el debido procedimiento administrativo, por lo cual la sanción que pudiere aplicarse a un funcionario en tal caso carece de motivo, pues no existe el hecho que permite actualizar las potestades disciplinarias sancionadoras de la autoridad que lo ha emitido.

Otro vicio es la *errada calificación jurídica del hecho*, ya referido en el presupuesto “competencia”, que, en sustancia, equivale a que no existe el “hecho” previsto en la ley para ejercer la “competencia” atribuida pues se lo califica erradamente de tal, no siendo el específicamente previsto en la ley y que permitiría actualizar la potestad conferida; en otros términos, no existe en la realidad.

Un último vicio en el “motivo” del acto administrativo es la llamada “*errada apreciación de los hechos*”, en el cual se puede advertir que también hay aquí, o puede haber, “ausencia del hecho”; se diría más bien que hay un “hecho”, éste existe, pero hay una errada información sobre él y ello lleva a la dictación de un acto administrativo carente de “motivo”; puede haber, igualmente, una actuación apresurada sin captar todas las circunstancias que rodean al “hecho” –el cual existe–, pero ello induce a emitir un acto administrativo carente de un motivo real; también puede suceder que se dé una errada apreciación de los hechos que llevan a emitir un acto administrativo por haberse omitido trámites en su procedimiento de elaboración, v. gr., probatorios, los cuales podrían haber llevado a una decisión diferente, como, por ejemplo, el sobreseimiento de un inculpado en un procedimiento disciplinario, en lugar de aplicársele una sanción. No se nos escapa que también aquí hay, o puede haber, en el fondo, una inexistencia del hecho previsto en la ley para actuar, pero lo indicamos para tenerlo en cuenta especialmente en los casos en que la ley ha imaginado en la atribución de potestad a un determinado órgano algún elemento discrecional, es decir un “margen de apreciación” al decidir, lo cual no exime a este órgano de sujetarse a las exigencias de que exista en la realidad el “hecho o motivo” que lo induce y mueve a actuar emitiendo un acto administrativo para satisfacer la necesidad pública de que se trata.

3.3. En cuanto a los *elementos* del acto administrativo, esto es aquellos que integran especialmente el texto formal en que se traduce materialmente, sea decreto o resolución –para este caso²⁰–, se indican de modo usual la fundamentación, el objeto y la suscripción²¹.

Ha sido la “fundamentación” el elemento en que más aparece el vicio de su carencia, tanto antes como después de la vigencia de la ley 19.880 (29.5.2003), la cual si bien tiene aplicación supletoria, dispone que los actos administrativos deben ser fundados (art. 41, inc. 4º) en virtud del principio de transparencia, que ella explicita (art. 16º inc. 1º).

Sin entrar a su noción, orígenes, justificación y efectos, que hemos tratado en otro momento²², vicios de fundamentación se producen, v. gr.,

²⁰Decimos “para este caso” porque también es acto administrativo una directiva, una instrucción, un bando, una ordenanza, un acuerdo de órgano colegiado, etc., pero ellos se concretan materialmente no en un decreto o resolución sino en un “oficio” u otro documento análogo (salvo el bando, de los que hemos indicado). En cuanto documento formal que contiene un acto administrativo, sus elementos son la individualización, la fundamentación, el objeto o decisión, los imperativos y la suscripción o firma.

²¹Desde el punto de vista del documento mismo ha de recordarse que posee una parte de individualización, una parte considerativa, una parte decisoria, los llamados “imperativos” y la(s) firma(s) correspondiente(s).

²²Que hemos abordado en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. /2012, 430-436.

si hay ausencia de fundamentación “normativa”, es decir si no se indican expresamente en la parte considerativa del decreto o resolución las disposiciones normativas (constitución, leyes) que otorgan las potestades jurídicas que le habilitan a actuar y emitir un determinado acto administrativo (vid. al respecto el clásico caso *Walker Concha c/Municipalidad de Santiago*, protección acogida, en RDJ t. 78/1981, 2.5, 120-125).

Del mismo modo se da este vicio si el acto administrativo carece de fundamentación “fáctica y racional”, especialmente si la ley indica que el decreto o resolución que se emita ha de ser “fundado” (si bien hoy aparece obligación de todo acto administrativo expresar dicha fundamentación en virtud de los arts. 41 inc. 4º y 16 de la ley 19.880 cit.).

No debe olvidarse que un acto administrativo debe bastarse a sí mismo, como lo señalaba muy acertadamente la Contraloría General de la República allá por la década de los años 80 (vid. Dictamen 33.006/1984) y que hasta hoy rige tanto por vía legal (ley 19.880) como por vía jurisprudencial contralora (v. gr. 33.479/2008, varios del año 2010 como 21.482, 35.700 y 48.031, y 70.935/2001)²³.

En materia de jurisprudencia judicial y especialmente en el amparo de protección, suele ser frecuente su acogimiento por carecer de fundamentación el acto administrativo que se impugna de ilegal o/y arbitrario; puede verse, recientemente, *Espinoza Quezada c/Municipalidad de Cholchol* (C. Suprema, 24.6.2013, rol 1704-2013), protección; en reclamo de ilegalidad municipal de interés el caso de la construcción del Hotel Punta Piqueros en Concón, *Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar c/Municipalidad de Concón* (C. Suprema, 2.5.2013, rol 3918.2012²⁴).

Décadas atrás, en protección y frente a actos administrativos que no contenían en sí la exposición de sus fundamentos (salvo la normativa, que no puede faltar), el recurrido requerido de informe (pretendido ofensor) debía acompañarlos al cumplir ese trámite y de no hacerlo así, entendía la Corte que el acto administrativo impugnado carecía de fundamentación y, por ende, era ilegal y arbitrario, puesto que, en tal caso, ella comprobaba que había sido emitido por el mero arbitrio o capricho de su autor²⁵.

Ha de observarse que en el caso de una errada fundamentación “normativa” de un acto administrativo concretado en un decreto o resolución dicho vicio suele ser “salvado” por la Contraloría General de la

²³Vid. sobre este punto el interesante trabajo de J. Arancibia Mattar, *La autarquía de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Contraloría General de República*, en “Administración y Derecho”. Libro en conmemoración de los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, homenaje de la cátedra de derecho administrativo (editor E. Soto Kloss). LegalPublishing-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2013, 21-34.

²⁴Vid. este fallo en este mismo *Ius Publicum* 32/2014, 243-252 y comentario de J. Herrera V. en 252-260.

²⁵Vid., entre muchos, *Meza Allende* en RDJ t. 81/1984, 2.5, 112-1202 y nota nuestra.

República en el trámite de la toma de razón por medio de un “alcance” rectificatorio²⁶, según el predicamento que utiliza dicho Organismo de Control como modo de evitar la “representación” por no estar conforme a Derecho en cuanto a su fundamento normativo (“alcance” que, aparece obvio, no será procedente si existe una “incompetencia” de su autor para emitirlo, caso en el cual no podrá ese vicio ser salvado sino que deberá ser directamente representado).

La fundamentación puede también estar viciada por un error o inexistencia del hecho (fundamentación “fáctica”), lo que se reconduce a un vicio en el “supuesto” del acto administrativo, ya visto.

Vicios en el *objeto* o contenido del acto administrativo, o sea en la “decisión” imperativa (“una” orden) en la que consiste, van a incidir –diría necesariamente– en la “competencia” de su autor (“presupuesto”) en sus variadas manifestaciones que ya hemos abordado.

En cuanto a los vicios en la *suscripción*, o sea firma de su autor (o autores), cabe señalar que no suele ser frecuente, pero ejemplos hay como en el caso de un decreto supremo (presidencial) que debiendo, según disposición de la ley, concurrir con su firma varios Ministros de Estado, falta alguna de ellas. Eso significa, simplemente, que no hay acto administrativo desde que no ha sido emitido por quienes la ley así ha dispuesto²⁷. También se da otro ejemplo si un decreto supremo reglamentario pretendiera ser emitido por un Ministro de Estado por delegación, lo que está expresamente prohibido por la Constitución (art. 35 inc. 2°). Aun otro ejemplo, entre varios más que pueden imaginarse, se origina si un decreto alcaldicio es emitido con la sola firma del Alcalde sin que concorra la firma del Secretario Municipal, como lo dispone la ley orgánica constitucional respectiva (Ley 18.695, art. 20 letra b texto refundido DFL/Int. N° 1/2006) o todavía otro: un decreto supremo llamado de “emergencia constitucional” (art. 32 N° 20) sin que concurren junto a la firma presidencial la de “todos” los Ministros de Estado que conforman el Gabinete.

3. CONCLUSIONES

Refiriéndonos a las tres partes de este trabajo, publicados en *Ius Publicum* 30 y 31/2013 y este 32/2014, y en lo que aparece más esencial, podríamos señalar:

1. Una *primera conclusión* que aparece límpida es aquella en cuya virtud la jurisprudencia suprema, en estos últimos seis (6) años, no sólo ha des-

²⁶Sobre el llamado “alcance” vid. nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (2012) cit. 375-384.

²⁷Vid. al respecto nuestro *Derecho Administrativo* (1996) cit., vol. 2, 108.

conocido sus muy numerosas decisiones anteriores respecto a la nulidad de derecho público y a la acción constitucional que la consagra (art. 7° inciso 3°), sino que le ha hasta desconocido su primacía constitucional concibiéndola –en una simple y pura invención/“activismo judicial dicen algunos– como una acción “subordinada” en cuanto sería una acción “general e inespecífica” (vid. v. gr. *CMET SACI*, o *González Vergara*), es decir, si existe una acción de origen legal en el tema específico de que se trata (v. gr., expropiación/DL 2.186/79 o telecomunicaciones/L 18.168, o regularización de la pequeña propiedad raíz /DL 2.696/79) sería esta acción específica, de origen legal, la aplicable, ya que primaría por su especificidad por sobre la acción constitucional, y además vendría ésta a ser simplemente “subsidiaria” en cuanto recibiría aplicación sólo en la medida en que no existiera una acción específica. Es más, se ha llegado a afirmar que se requiere “texto expreso de ley” para que se origine una acción de nulidad en contra de los actos administrativos (vid. *Le Roy Barría*, consid. 9°).

Como es posible fácilmente observar, la Corte Suprema ha tratado de *desactivar* la fuerza y energía protectora de los derechos de las personas que prevé la propia Constitución (arts. 1° inc. 4°, 5° inc. 2° y 7° inc. 3°), ha desconocido abiertamente y sin tapujos la supremacía constitucional (arts. 6° y 7°) y ha desvirtuado el Estado Constitucional de Derecho que consagra la Constitución de modo muy claro, y que en este aspecto tiene una tradición que se remonta a 1833 (art. 160) y su aplicación práctica por los tribunales de justicia de la época²⁸.

2. Una *segunda conclusión*, dentro de la misma perspectiva reductora y su rechazo al principio básico “pro *persona*”, es aquella en cuya virtud la Corte Suprema, en estos últimos años, ha inventado que existirían *dos especies de nulidad de derecho público*, según sea la “intención” del actor que la deduce, a saber 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” (*Le Roy Barría*, consid. 9°); y hasta una *tercera especie de nulidad de derecho público* al platearse la distinción si ella se dirige en contra de actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares (*Le Roy Barría* cit.), siendo la primera /contra actos de efectos generales, asimilable a una “acción popular” (idem, consid. 9° cit.). Es más, según sean acciones del primer o segundo tipo enunciados,

²⁸Vid. G. Bocksang, *Fundamentos jurisprudenciales de una protojurisdicción de los actos administrativos en Chile*, en E. Soto Kloss (Coordinador), *Administración y Derecho*. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2014, 35-60 en que cita veinte (20) fallos entre 1841 y 1859 en que se ventila la nulidad de actos administrativos de las autoridades de la época.

sus efectos son diferentes, ya que incluso en el segundo serían aplicables las normas del Código Civil (v. gr. *Le Roy* cit. e *Inmobiliaria Peñablanca*)²⁹.

3. Una *tercera conclusión*, en su afán de reducir la aplicación de la nulidad de derecho público, es aquella en cuya virtud ante su alegación fundamentada en vicios de forma, pretende hacer aplicación de la ley 19.880 (art. 15), que distingue –sin base constitucional alguna– entre vicios de forma recaídos en actos administrativos “trámites” y en actos administrativos “terminales”, haciéndola improcedente respecto de los primeros a menos de que se trate de actos trámites que produzcan indefensión o hagan imposible su continuación” (vid. *Hernández Hernández*, pero en contra *Aciaras Ordenes*, consid. 3°); y, además, reduciendo la procedencia de la nulidad referida sólo si esos vicios son “graves y manifiestos” o “esenciales” (vid. *Aguilera Vega*), “*invención*” que la Constitución ni siquiera atisba en su artículo 7° inciso 1° frase final, el cual requiere para la validez de los actos de los órganos del Estado (aquí órganos de la Administración del Estado) que ellos se emitan “*en la forma que prescriba la ley*”, o sea bajo el debido procedimiento legal (art. 19 N° 3 inc. 5° *amplius*), que es un derecho fundamental de las personas que no cabe ser reducido por una ley y menos en su contenido esencial (N° 26, creándose trabas para impedir su ejercicio pleno), contenido que es amplio y carente de distinguir o distinción alguna.

4. Una *cuarta conclusión*, que es un atisbo de vuelta a la correcta aplicación de la Constitución y a la jurisprudencia señera y uniforme de la Corte Suprema anterior al “creacionismo” que criticamos, es de esperanza en cuanto se siga afirmando, sin ambages ni remilgos, con viril energía y serena firmeza, de modo claro, explícito y rotundo, que “la nulidad de derecho público en virtud de las disposiciones constitucionales que la consagran tiene características de insanable e imprescriptible” (*Vinor S.A.*, consid. 16 de la sentencia de reemplazo/casación de oficio)³⁰.

²⁹Recuérdense los innumerables fallos en los que la Corte Suprema (por unanimidad) rechazaba fundadamente la aplicación de las normas civiles a la nulidad de derecho público, tanto por razones de origen, como de naturaleza y de fines de ésta (vid. nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (ed. 2012), 544 y la cita de 30 fallos hasta el 2009) fundamentos despreciados todos por esta *vorágine destructora* de la tercera sala (dominada por la visión fiscalista del Ministro Pierry, abogado por más de tres décadas del Consejo de Defensa del Estado).

³⁰Es decir, es “inexistencia”, como dicen v. gr. *Municipalidad de Renca, Sociedad de Vertederos Los Maitenes* (consider. 5°), y *Municipalidad de Huechuraba*. Si es “inexistencia” lleva a excluir que la nulidad de derecho público sea una “sanción” como lo afirman de modo bien incoherente varios fallos supremos (vid. *Inmobiliaria Peñablanca Ltda., Ovalle Lecaros, Federación Aérea de Chile*, y *Aguilera Vega*, entre otros).