

LA NULIDAD DE DERECHO PUBLICO REFERIDA A LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACION

EDUARDO SOTO KLOSS
Universidad de Chile

INTRODUCCION

Tiempo hace que estamos trabajando en el tema de la nulidad de derecho público, materia de las más fundamentales puesto que incide nada menos que en el tema capital de la juridicidad de los actos estatales (sean legislativos, jurisdiccionales, administrativos o contralores y, aún, constituyentes).¹

A pesar de su función de "piedra angular" del ordenamiento jurídico institucional chileno, su estudio en profundidad ha sido mínimo, no obstante que en toda obra constitucional hay referencias al tema, pero de paso, sin detenerse en su estudio.

Valga recordar que el tema de la nulidad, en sus orígenes romanos, fue procesal y en un ambiente casuista. Ya en tiempos de Justiniano comenzó a adquirir sustantividad, pero su desarrollo fue obra de los juristas medievales, de los que pasó a las codificaciones de los siglos 19 y 20;

¹ Aunque aún en prensas reenviamos a nuestros *La regla de oro del derecho público chileno* (sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1833), en Libro Homenaje al profesor Alamiro De Avila Martel, y *La nulidad de derecho público en el derecho chileno*, en XXI Jornadas de Derecho Público/Univ. de Chile 1990, en Revista de Derecho Público 47/49 (1990/91): una versión reducida de esta última, en Gaceta Jurídica N° 125 (1991) 16-23 (sin notas).

han sido, ciertamente, los civilistas quienes se han preocupado con rigor y distinción de la materia², no ocurriendo lo mismo con los publicistas.

Lo extraño es que ello haya ocurrido en nuestro país en circunstancias que ya la Constitución de 1833 planteaba en su propio texto la nulidad de todo acto que contraviniera el principio de juridicidad (en su aspecto de previa y expresa habilitación normativa para actuar, sin excepción alguna) y más aún habida cuenta de sus claros orígenes histórico-políticos.

¿De dónde arranca esta nulidad de derecho público?

Al hacernos esta pregunta no nos referimos al aspecto histórico, que dice relación con el art. 17 del "voto particular" de Egaña, posteriormente art. 160 de la Constitución de 1833, 4º de la de 1925 y 7 incs. 2º y 3º de la actual, sino a su exigencia intrínseca dentro del ordenamiento.

1. Razón de ser de la nulidad de derecho público (la supremacía de la Constitución)

a) Bien sabido es que Chile es una "república", carácter que aparece reconocido desde los primeros textos constitucionales (1823, 1828 y 1833); sin embargo, pareciera olvidarse que la idea de república supone que tanto gobernantes como gobernados están sujetos, obligados y vinculados a Derecho, y no solamente éstos últimos. Es decir, que los gobernantes se encuentran sometidos al Derecho, bajo su imperio y no sobre él o exento de sus disposiciones. Cuando decimos gobernantes nos referimos a toda autoridad pública estatal, esto es, a los órganos del Estado que, atribuidos de potestades de poder público por la Constitución o las leyes, desarrollan las distintas funciones del Estado que la Carta Fundamental prevé (sea la constituyente, normalmente muy esporádica, sean las cotidianas de legislar, administrar, juzgar, o controlar a la Administración).

Ello está clarísimamente establecido en la Constitución; imperativo fundamental es el que "los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella" (art. 6º, inciso 1º), Constitución cuyos preceptos obligan tanto a los titulares como a los inte-

² Recuérdese, entre nosotros, a José Clemente FABRES con su notable opúsculo *Examen crítico-jurídico de la nulidad i rescisión según el código civil*. Imprenta Nacional, Santiago de Chile. 1868 y a Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil y comparado* (8 vols./2ª edición fascimular). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1978/79, vol. 6 (1979) 575-651.

grantes de estos órganos (art. 6º inc. 2º) y cuya infracción genera "la responsabilidad y sanciones que determine la ley" (art. 6º inc. 3º).

Es más: los órganos del Estado -incluidos ciertamente los administrativos, desde el propio Presidente de la República hasta el más inferior de los órganos dentro de la escala jerárquica de la Administración del Estado- actúan válidamente sólo en la medida de su competencia y en la forma que prescriba la ley (art. 7º inc. 1º), sin que tengan más atribuciones que aquellas que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución y las leyes (inc. 2º).

b) Ninguna aplicación práctica tendrían estos preceptos fundamentales si no se establecieran al mismo tiempo los mecanismos jurídicos que los hicieran operativos, vale decir, si no se controlara la actuación de esos órganos a fin de comprobar si sus actos u omisiones se han conformado, sujeto, adecuado, a Derecho.

La Constitución -y ya desde 1833 y complementada en este siglo- ha previsto, en lo que se refiere a los órganos de la Administración, que es lo que aquí nos interesa mostrar, un sistema de multiplicidad de controles, ya preventivo (caso de la toma de razón, ejercido por la Contraloría General de la República), ya represivo o a posteriori (caso de los Tribunales de Justicia), sean para fiscalizar o controlar la conducta de los titulares de esos órganos o sus integrantes/funcionarios (vías disciplinarias, civil/patrimonial y penal), pero también las omisiones en que hubieren incurrido (vías citadas), y los actos jurídicos (v. gr. administrativos) que hubieran dictado (vía judicial a través de variadas acciones procesales, como de nulidad, protección, declarativa de certeza, etc.).

Pero la Constitución no se ha contentado sólo con ello; ha ido mucho más lejos en su afán de vincular positivamente a Derecho a todos los órganos del Estado y, obviamente, al Estado mismo.

En efecto, ha establecido -y es su originalidad, ya desde 1833- una sanción específica para aquellos actos que contravengan los requisitos de validez que estipulan los incisos 1º y 2º del artículo 7º. Esa sanción es la *nulidad*, sanción que les afecta *ipso iure*, de pleno derecho y, consecucionalmente, de modo insanable e imprescriptible.

Todo acto en su contravención es nulo; es la propia Constitución la que ha dispuesto esta sanción, sanción que se produce y opera en el mismísimo instante en que se da en la realidad esa contravención.

c) Como se advierte, esta sanción es el mecanismo de tutela o salvaguarda y defensa o protección de la supremacía de la Constitución frente a todo acto de órgano estatal que no se adecue a su precepto fundamental del

art. 7º, de la supremacía de sus disposiciones dentro del ordenamiento jurídico de la República, del valor sobreeminente como base de sustentación de todo el orden institucional.

Es, pues, el instrumento privilegiado, mecanismo-eje, piedra angular, del sistema constitucional chileno, que el constituyente ha imaginado (desde 1833) para obtener concretamente, *ipso iure* -por su misma consagración en el texto fundamental, y operativo de suyo- la sujeción integral, plena y total, de los órganos del Estado de Derecho, expresado éste en la Constitución, en sus principios fundantes y en sus disposiciones.

2. Su operatividad

a) Si bien esta nulidad opera *ipso iure* por expresa disposición constitucional y, por lo tanto, no necesita ni requiere declaración para que ella opere, aparece también de evidencia que, por razones de seguridad jurídica/certeza³ y por la naturaleza inherente al tráfico jurídico (que exige que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, salvo excepciones muy limitadas), ha de existir una declaración formal e indiscutida de un órgano que reconozca la existencia de esa infracción, de esa contravención al artículo 7º y, por ende, la nulidad del acto dictado vulnerando el aludido imperativo constitucional. Dicho órgano no es otro que el órgano judicial, esto es, un tribunal de justicia, único órgano a quien le ha sido conferida de manera exclusiva y excluyente (art. 73) la función de juzgar de modo independiente e imparcial una contienda entre partes, cualesquiera sean éstas, si persona natural o jurídica y éstas sean públicas o privadas, incluso el Estado mismo o algunas de las personas jurídicas que lo conforman.

Ahora bien, para acudir al juez ha de ocurrirse a través de *acciones procesales*, medios o arbitrios jurídicos que, o bien los prevé el ordenamiento (explícita o implícitamente y sea ya el ordenamiento constitucional o ya el simplemente legal), o bien los confiere o reconoce pretoriamente el juez⁴, situación que, en todo caso, deriva del derecho fundamental

³ Recuérdese que la *seguridad jurídica* puede verse en una triple perspectiva, a saber: seguridad jurídica/*conocimiento*, seguridad jurídica/*certeza* y seguridad jurídica/*intangibilidad* (de derechos). Hemos trabajado ello en *La entrada en aplicación del acto administrativo*, en Homenaje a Sayagués Laso (5 volúmenes). IFAL. Madrid. 1969, vol. IV (Nº 123) 684-686.

⁴ Como en el caso de la *acción declarativa de mera certeza*, creación pretoriana de la Corte Suprema (Vid. OTERO FALABELLA) que también ha sido reconocida en materias de derecho público, e incluso tributarias (vid. v. gr. *Sociedad Cooperativa*

reconocido en la propia Constitución y llamado *derecho a la acción* (art. 19 N° 3 inciso 1°). Es en virtud de este derecho fundamental -de ocurrir o acceder o recurrir a la Justicia- que cualquier persona que se vea afectada en sus derechos o situaciones jurídicas protegidas, por actos viciados de la Administración del Estado (y que, en consecuencia, pueden ser tachados de nulos) podrá recurrir ante los tribunales ordinarios de justicia a través de una acción procesal y con la *pretensión* que se declare nulo un determinado acto administrativo. Esta acción no es otra que la acción de *nulidad*, la cual emana precisamente del artículo 7° inciso 3° de la Constitución, al prescribir ésta de manera expresa este efecto (nulidad) para aquellos actos de los órganos del Estado -en este caso, administrativos- que hayan sido dictados contraviniendo lo dispuesto por esta disposición.

En otros términos, si la propia Constitución asegura a todas las personas "la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos" (art. 19 N° 3 inciso 1°) y el derecho a la defensa jurídica, no se divisa cómo pueden concretarse éstas si aquellas no poseen, al mismo tiempo, el derecho a la acción, que es el modo de acceder a los tribunales. Si los derechos de una persona se ven vulnerados o afectados por un acto que adolece de nulidad, la protección que la Constitución reconoce pasa, necesariamente, por el reconocimiento del derecho a la acción para impetrar esa nulidad, fuente de su agravio, y esa acción no es sino la acción de nulidad, que como *acción* encuentra su fuente normativa en el artículo 19 N° 3 inciso 1° de la Constitución y como *acción de nulidad* en su artículo 7° inciso 3°.

Aparece, consecuentemente, que lo dispuesto por el artículo 7° inciso 3° referido es también origen de la llamada *excepción de nulidad*, medio procesal que tiene todo aquel a quien se pretende exigir por la Administración y ante los tribunales, una determinada prestación que tiene por fundamento un acto administrativo viciado de nulidad por no haberse atendido a las exigencias que la propia Constitución establece en dicha disposición.

No debe olvidarse que la Carta Fundamental (art. 6°) obliga a todo órgano del Estado someter su actuar a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y el órgano -en este caso, administrativo- que actúe v. gr. dictando un decreto o una resolución, una ordenanza, circular o instrucción, contraviniendo sea la investidura regular, la competencia o la forma (procedimiento) que la Constitución o la ley prescriba, incurre por

de Servicios de Agua Pichidanguí en RDJ t. 82 (1985) 1.2, 90-92), en donde siendo de gran utilidad no ha tenido, sin embargo, el desarrollo que merece para tutela de los derechos de las personas, tal vez por el desconocimiento de su existencia por los abogados.

este mismo hecho en el vicio de nulidad del acto, nulidad que la propia Carta se encarga lapidariamente de declarar ("es nulo") y *ab initio*, desde el mismo instante en que se ha pretendido introducirlo en el ordenamiento jurídico. Si es nulo, y *ab initio*, esto es, desde su misma expresión formal (como decreto, resolución circular, etc.), carece de la calidad de acto válido e incluso de la calidad de acto jurídico, siendo en puridad una simple vía de hecho desde su nacimiento. Como tal, entonces, no obliga ni puede jamás obligar, no vincula a nadie ni menos puede exigirse su cumplimiento, y si tal se hiciera por la Administración ante los Tribunales de Justicia, será en esta instancia judicial en la cual el agraviado, que sostiene la nulidad del acto que se le intenta aplicar, deberá oponerse a ello, justamente por medio de la correspondiente *excepción de nulidad*, excepción que adoptará distinta modalidad según sea el procedimiento de que se trate.⁵

b) Lo que el juez hace es "reconocer" una situación ya producida en el pasado, o sea, "reconoce" la existencia de un vicio que afecta v. gr. la validez de un acto administrativo dado y que, en consecuencia, no habiéndose conformado al imperativo de la Constitución, es nulo *ab initio*, es decir, desde el mismo instante de su dictación.

Los vicios de la decisión administrativa dicen relación aquí tanto respecto de la "investidura" del autor del acto, v. gr. nombramientos o designaciones que no se han conformado con la Constitución y las leyes⁶, cualquiera sea la forma o el modo de producirse la irregularidad de aquélla, como de la "competencia", en donde se da una variada gama de vicios, por ejemplo: ausencia de atribución, ausencia de motivo (hecho/necesidad

⁵ Sobre los efectos de los actos administrativos vid. nuestro *Los derechos adquiridos en el derecho público chileno*, en RDJ t. 81 (1984) Primera Parte, Sección Derecho, 13-23. Véase un caso de extrema claridad respecto de esta excepción de nulidad en OLIVOS ZUÑIGA, t. 87 (1990) 2.5, 148-153 (véase reseña de Doctrina en su inciso final, p. 149 y considerando 5º del fallo transcrito p. 153). En el procedimiento de protección la *excepción de nulidad* se plantea simplemente alegando en el "informe" que debe evácuar el recurrido la antijuridicidad (ilegalidad o arbitrariedad) del acto que se le pretende aplicar y que ha resistido no cumpliéndolo.

⁶ Los actos del llamado *funcionario de hecho* son nulos y ello sin discusión, atendido el clarísimo tenor del art. 7º inciso 3º de la Constitución, aunque la Contraloría General haya decidido repetidas veces lo contrario, fundamentada en el art. 139 del DFL 338/60 hoy derogado, y en el art. 14 inciso 2º de la actual Ley 18.834, nuevo Estatuto Administrativo, normas que no son conformes con la Constitución y, por el contrario, la violentan explícitamente.

pública, que mueve a actuar para satisfacerla), errada calificación jurídica del hecho, error en la apreciación de los hechos, ausencia de razonabilidad en el ejercicio de la potestad, desviación de fin, etc., etc.) y de la "forma" que prescriba la Constitución o la ley, cuyos vicios más notorios son infracción al debido procedimiento legal (sea por alteración de trámites, omisión de ellos, exigencia de algunos sin que estén legalmente previstos, etc.), desviación de procedimiento, incumplimiento de las formas exigidas en el acto terminal, etc. etc.

c) Sin perjuicio de lo dicho en el párrafo precedente (b), cabe indicar también que el juez puede declarar *de oficio* la nulidad de un acto administrativo cuando aparezca de manifiesto en el expediente o proceso de que esté conociendo, y que se haya iniciado por medio de alguna otra acción -que no de nulidad- deducida por alguien legitimado para ello. Y esto fundado en el imperativo que establece la propia Constitución en su artículo 6º incisos 1º y 2º en relación con el inciso 3º del artículo 7º ya aludido, imperativo que, obviamente, también se dirige a todo juez de la República; además, no debe olvidarse -y es un principio general del derecho, no obstante encontrarse en el Código Civil- que el juez debe declarar la nulidad en tal caso pues tal acto contraviene el derecho público chileno (arts. 1683 en relación con el 1682 y 1462)⁷.

3. Efectos

a) Aunque es bien sabido este punto, valga recordar que cuando el juez, cualquiera sea la acción procesal deducida y cualquiera sea, por tanto, la pretensión formulada, "reconoce" -respecto de un acto administrativo (decreto o resolución, circular, instrucciones, simple orden, etc.)- que se ha

⁷ Ha de recordarse aquí JORQUERA BRITO/Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales 8ª Región c/Municipalidad de Penco (recurso de protección, en RDJ t. 87 (1990) 2.5, 190-198) en que la Corte Suprema estableció que la protección no era la vía procesal adecuada para declarar la nulidad de oficio de un acto administrativo sin haber escuchado a todos los implicados en el asunto; si se advierte, la Suprema Corte revoca el fallo del tribunal del fondo sólo en razón de dicha consideración, lo que permite afirmar que admite, obviamente, la existencia de la nulidad de oficio también en materia de derecho público. Véanse las muy lúcidas consideraciones (16 a 20) que el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción (redacción Prof. Alvaro Troncoso Larronde) hace respecto de la nulidad de derecho público (pp. 197-198) que, aunque revocadas conservan todo su valor intrínseco o sustancial.

incurrido en un vicio que afecta su validez, lo deja sin efecto, es decir, lo anula, declara que es nulo; en otros términos, reconoce que en tanto acto jurídico no pudo adquirir validez, no existe como tal, no entró en tal calidad al ordenamiento jurídico.

b) De allí que se dice que los efectos de este reconocimiento o comprobación que hace el juez se retrotraen al momento de la dictación de ese acto viciado de nulidad, como si esta dictación (acto de dictar y acto dictado) nunca hubiera existido, porque en el ordenamiento jurídico simplemente no entró como acto jurídico, ya que siendo nulo, por expresa sanción constitucional, es la nada (*nullus*: ausencia de ser/inexistente)⁸. Y este efecto jurídico *ab initio* que produce una sentencia judicial que reconoce la ilegalidad o arbitrariedad de un acto administrativo (v. gr. un decreto supremo) y que -supuesto que se trate, por ejemplo, de una acción de protección- llevará como medida de protección a dejar sin efecto dicha decisión presidencial, se produce por la sola decisión judicial que lo deja sin efecto, hecho que significa que nunca ha existido en tanto acto jurídico, sin que se produzca instante alguno de discontinuidad entre la situación anterior a la dictación del acto dejado sin efecto y la posterior a él, ya que la decisión judicial tiene el efecto -con su reconocimiento o comprobación- de borrar ese obstáculo, esa mancha, ese elemento corrosivo, espúreo y perturbador, antijurídico, restableciendo la homogeneidad y tersura del imperio del Derecho.⁹

c) Es por ello que dejado sin efecto un acto administrativo, cualquiera que sea la acción deducida, sea nulidad (v. gr. de las acciones constitucionalmente previstas, como las de los arts. 12 y 19 N° 24 inc. 3°, o de las innumerables existentes en el ordenamiento legal, como en materia municipal, sanitaria, comercio exterior, caminos, etc., etc.), sea v. gr. el recurso de

⁸ No en vano los romanos distinguían propiamente la inexistencia/*nullius momenti est* de la ineficacia/*inutilis*, como lo recuerda Alvaro D'Ors respecto de las estipulaciones (*Derecho privado romano*. Eunsa, en la 3ª edición/1977, 477-480).

⁹ Lo dicho es sin perjuicio de los efectos adquiridos de buena fe por terceros al amparo del referido acto en el tiempo intermedio entre su dictación y su anulación; véase al respecto nuestro *La invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno*, en RDJ t.85 (1988) Primera Parte, Sección Derecho, 157-167.

protección (que propiamente es una acción, y no de nulidad)¹⁰, no se requiere actividad alguna de órgano administrativo alguno, salvo el dejar constancia en el libro pertinente de la Oficina de Partes del servicio respectivo y en la línea pertinente al decreto o resolución de que se trata, que ha sido dejado sin efecto ("anulado") por sentencia del tribunal correspondiente, de tal fecha, rol tanto.

Si se trata de decretos o resoluciones que han dispuesto la cesación en sus funciones de funcionarios públicos, y ellos han sido dejados sin efecto por sentencia judicial recaída en recurso de protección, por afectar derechos protegidos y por ser antijurídicos, el efecto propio de ese fallo judicial es haber comprobado la contrariedad a Derecho de ellos reconociendo su disconformidad con la Constitución; por ende, siendo nulos desaparecen *ab initio* del ordenamiento, sin que sea necesario actuación alguna de dictación de actos jurídicos de reincorporación por parte de la autoridad administrativa, puesto que simplemente al desaparecer los actos anulados, significa que esos funcionarios (ilegalmente exonerados) nunca han dejado de serlo, nunca ha existido causa jurídica válida alguna que haya podido impedirles ejercer su función y gozar, por lo mismo, de los derechos inherentes a ella (v. gr. remuneraciones, feriados, incluso ascensos, etc.)

De allí que, como Fray Luis de León al volver a su cátedra salmantina, un funcionario exonerado ilegalmente por un acto administrativo dejado sin efecto por antijurídico, puede reiniciar sus labores igualmente expresando: "como decíamos ayer", puesto que la anulación judicialmente declarada produce su efecto *per se*, de suyo, con imperatividad propia (art. 73 de la Constitución).^{10bis} Y es que el efecto propio de la sentencia que reconoce la nulidad del acto (su ilegalidad o su arbitrariedad, si se trata de

¹⁰ Véanse las precisas consideraciones que en este sentido hace el Presidente Correa Labra en el considerando 7º de ARRIAGADA VADILLO (RDJ t. 88 (1991) 2.5. 183-189).

^{10bis} En este mismo año 1991 hemos visto ya varios casos en que se han dejado sin efecto decretos que, de modo ilegal, destituyen, llaman a retiro o disponen la cesación de funciones de empleados públicos; véanse v. gr. JOFRE PAREDES (RDJ t. 88 (1991) 2.5, 15-32; BRAHM YURASZECK (*idem* 33.41), ambos funcionarios municipales; MOLINA PICEROS (*idem* 34 nota) funcionaria del Ministerio de Justicia; y ROSAS DIAZ (*idem* 123-134); y el año pasado, VILLAGRAN LILLO (RDJ t. 87 (1990) 2.5, 21-23) funcionario de Indap, y DIAZ SOTO (*idem* 143-148) funcionaria municipal.

protección) es restituir al funcionario en su función, de la cual se vio ilícitamente impedido de ejercerla.

Ciertamente puede ocurrir que el jerarca del servicio impida ese retorno, pero será esa oposición una vía de hecho, antijurídica, constitutiva incluso del delito de desacato, además de significar un ilícito administrativo, ya que su principal deber es acatar la Constitución, y el artículo 73 de ésta veda expresamente a todo órgano administrativo revisar los fundamentos de las sentencias judiciales, su oportunidad, justicia o legalidad de ellas. Su deber jurídico, constitucionalmente consagrado, es el de cumplirlas. Y el cumplimiento de ellas en este caso en que se ha anulado una exoneración funcionaria por ser contraria a Derecho implica ineludiblemente permitir al funcionario continuar en el ejercicio efectivo de sus labores, del que jurídicamente nunca ha cesado, por lo cual han de pagársele todas las remuneraciones que ha dejado ilegalmente de percibir por la arbitrariedad del jerarca que dictó un acto sin fundamento jurídico válido.

Sostener que se necesita un acto de reincorporación, o es una ignorancia demasiado crasa o simplemente es pretender groseramente dejar sin efecto una sentencia judicial que ha producido cosa juzgada incluso material; es más, es reconocer una inmunidad de jurisdicción a un órgano del Estado que disposición alguna ha establecido, en circunstancias que la propia Constitución las ha execrado expresamente (art. 73 inciso 1º y art. 19 Nº 2, etc.)

4. Algunos aspectos procesales de la acción de nulidad

Nos parece de interés tratar aquí algunos puntos que dicen referencia a aspectos procesales de la acción de nulidad que resulta del artículo 7º inciso 3º de la Constitución, tales como el tribunal competente y el procedimiento, sin perjuicio de hacer una breve incursión en relación con las medidas precautorias que pudieren deducirse para asegurar los resultados de la acción.

a) El *tribunal competente* para conocer de esta acción constitucional de nulidad (art. 7º) es un tribunal ordinario, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 73 inciso 1º de la Constitución, ya que se trata -en la terminología utilizada por este precepto, que arranca de la Carta de 1833- de una causa civil. Hoy, luego de las reformas constitucionales introducidas por la Ley Nº 18.825 (17.8.1989), es indiscutible ello, puesto que desapareció del texto fundamental toda mención o alusión a tribunales conten-

cioso-administrativos, por lo cual incluso hasta la defensa fiscal ha admitido esta competencia.¹¹

De acuerdo con las reglas dispuestas por el Código Orgánico de Tribunales, es juez competente el del domicilio del demandado y, en este caso en que la pretensión procesal es la declaración de nulidad de un acto administrativo, el demandado viene a ser su autor, el cual deberá justificar y sostener la juridicidad de ese acto.

Si el autor del acto administrativo cuya nulidad se pretende es el Presidente de la República, y ese acto es en consecuencia un decreto supremo, aun cuando él lleva la firma del Ministro de la cartera correspondiente, no es éste el autor del acto sino el Presidente de la República, ya que esa firma es exigida como requisito de validez ya desde la lejana época de O'Higgins, para impedir el arbitrio presidencial, exigiéndose la concurrencia de aquél.¹²

De allí que, en una primera aproximación, sería juez competente un juez civil de asiento de Corte de Apelaciones de Santiago (art. 134 COT) que es el que corresponde al domicilio del demandado. Puesto que en el lugar de asiento de esta Corte hay más de un juez letrado en lo civil, la demanda deberá presentarse en la secretaría de la Corte para su distribución, esto es, para la designación del juez a quien corresponderá su conocimiento (art. 176 COT).¹³

11 Véase v. gr. la contestación de la demanda que hace el fisco (21.11.1990, foja 25 vuelta) en *Ferrada Zapata con Fisco*, demanda de nulidad de acto administrativo sancionador recaído en procedimiento disciplinario incoado en Servicio de Impuestos Internos (20º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago), en donde dice el Presidente del Consejo de Defensa del Estado: "Como principio general se admite que los tribunales de justicia tienen competencia para pronunciarse sobre la eventual nulidad de los actos de la administración".

12 Véase el artículo 35 inciso 1º de la Constitución, en una continuidad que viene desde la Carta de 1822, art. 132.

13 Teniendo presente el Auto Acordado sobre datos que han de anteponerse al texto de la suma del escrito de demanda/Diario Oficial de 21.1.1989.

Si el órgano estatal autor del acto es un órgano fiscal,¹⁴ la demanda habrá de dirigirse en contra del Fisco, cuyo representante judicial es el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, órgano estatal que es el legalmente habilitado para representar judicialmente a la persona jurídica Fisco (art. 1º del DL Nº 2.573, de 1979).

Si el autor del acto es un órgano distinto del Fisco, vale decir, emana de un órgano personificado, más precisamente, de un órgano de una persona jurídica pública estatal administrativa, como v.gr. una municipalidad, una empresa estatal o una institución, la demanda habrá de dirigirse en contra del representante judicial de dicha entidad, para lo cual habrá de estarse a su ley orgánica respectiva, siendo en general la regla el que sea el Director del Servicio, es decir, el jerarca máximo de la entidad.

b) Podría pensarse que *el procedimiento* sería el regulado por el Código de Procedimiento Civil para los juicios de hacienda -en el caso de ser el autor del acto impugnado de nulidad un órgano fiscal- en razón de disponer este cuerpo legal disposiciones especiales para "los juicios en que tenga interés el Fisco" (art. 748 CPC), pero no estimamos que ello sea así si se tiene en cuenta que dicho juicio tiene en vista un procedimiento especial en razón de tratarse de un interés *patrimonial*, ya que incluso plantea distintos trámites según la cuantía del negocio.

El procedimiento especial que ha existido a este respecto ha tenido su origen, desde los albores de la República¹⁵ en la finalidad de resguardar mejor las arcas fiscales, o sea, los dineros públicos, es decir, para ventilar "negocios de hacienda", y en que puede ser condenado el fisco a pagos o gravámenes fiscales, vale decir, se encuentre afectado el patrimonio fiscal. En otros términos, asuntos de pesos o avaluables en dinero o que incidan en bienes (muebles o inmuebles) del fisco. Valga señalar que en un caso específico -*Teitelboim con Fisco*- se tramitó el litigio que versaba sobre la acción de nulidad en el procedimiento del juicio de

¹⁴ V.gr. Ministro, Subsecretario, Director de Servicio Nacional dependiente, Secretario Regional Ministerial, Director Regional de Servicio Nacional dependiente, Intendente, Gobernador, etc.; véase la Ley 18.575 (5.12.1986) y también nuestro *I.a Administración del Estado, un complejo de personas jurídicas*, en Gaceta Jurídica Nº 73 (1986) 16-23 (actualizado en nuestros "Apuntes de derecho administrativo", capítulo Organización administrativa del Estado).

¹⁵ Recuérdese el *Reglamento de Administración de Justicia*, de 2.6.1824, título IX artículos 85 a 97 (en Ricardo ANGUIA, *Leyes promulgadas en Chile*. Impr. Barcelona vol. 1 (1912) 151-163).

hacienda, pero allí se demandaba también la restitución de un inmueble, hasta ese momento en posesión e inscrito a nombre del fisco e incluso indemnizaciones de perjuicios.¹⁶

Si no se trata de ello sino puramente de la nulidad de un acto administrativo, en que no se litiga sobre pesos ni prestaciones pecuniarias o cuantificables en dinero sino sobre si es o no conforme con la Constitución una determinada decisión de un órgano de la administración del Estado/Fisco, que no tiene incidencias patrimoniales para éste, el procedimiento no habrá de ser el juicio de hacienda sino el procedimiento ordinario.

Podría, tal vez, contrargumentarse que el art. 751 inciso 1º del CPC prevé la "consulta" de toda sentencia definitiva de primera instancia en juicio de hacienda que no se apclare "siempre que sea desfavorable al interés fiscal", carácter que se define en la frase segunda del mismo inciso 1º aludido. No aparece correcta tal afirmación, porque lo "desfavorable" es evidente que está referido al "interés fiscal" y este interés es *patrimonial* o, en todo caso, avaluable o cuantificable en dinero (susceptible de apreciación pecuniaria), interés que afecta al sujeto jurídico Fisco en sus bienes o patrimonio (*lato sensu*), que es precisamente el fundamento mismo de la existencia de un procedimiento específico en el mencionado Código. Siendo así, la tramitación del proceso en que se ventila la nulidad de un acto administrativo emanado de un órgano fiscal y en el que no hay incidencias patrimoniales para el fisco, deberá sujetarse a las reglas del juicio ordinario.

c) También es posible plantear aquí en el ejercicio de la acción constitucional de nulidad *medidas precautorias*.

Estas medidas, que obviamente pueden plantearse como prejudiciales, tienen por misión -como es sabido- asegurar los resultados del juicio, es decir, permitir que la sentencia que se dicte produzca un resultado práctico en la realidad, que es el que se tuvo en vista al acudir precisamente a la Justicia; en otras palabras, su finalidad es que lo decidido por el tribunal produzca efectos en los hechos y no constituya meramente una pura declaración que quede sólo en el papel del proceso.

Por ello es que a fin de asegurar "los resultados del juicio" en que se acciona de nulidad de un acto administrativo es perfectamente posible tanto desde el punto de vista procesal como constitucional y administra-

¹⁶ Vid. sentencia del 28.6.1990, rol 604-89 del 16º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago/juicio ordinario.

tivo, solicitar este tipo de medidas, entre las cuales sobresale nítidamente una, cual es la *suspensión* del decreto o resolución que se estima viciado de nulidad; y esta petición al tribunal tiene por objeto impedir que produzca sus efectos en tanto no se conozca y decida por el tribunal la adecuación a derecho o no de esa decisión impugnada. Y puede pedirse la suspensión, sea de la decisión completa o de alguna de sus disposiciones según se trate de las que efectivamente agraven al actor.

La idea de "responder a los resultados del juicio" (art. 298 CPC) como carácter intrínseco de una medida precautoria es algo ya admitido desde los primeros años de aplicación del citado Código, si se tiene en consideración que es posible compulsar jurisprudencia ya en 1904, 1911 y 1914 que la afirman con entera claridad.¹⁷

Valga señalar a este respecto que es un principio general del derecho público chileno la posibilidad de ser suspendido en sus efectos los actos administrativos, sea porque la Constitución o las leyes así lo establecen directamente al disponer que la sola interposición de un recurso o de una acción produce esa consecuencia (como v.gr. el art. 12 de la Constitución), sea porque así lo disponga el tribunal de justicia a petición de parte (como v. gr. en el recurso de protección, o en el reclamo de ilegalidad municipal (Ley 18.695 art. 89).

El actor o demandante puede solicitar dicha suspensión al tribunal, sea como prejudicial o como precautoria ya interpuesta la demanda de nulidad; y como precautoria, sea que esté prevista expresamente por las leyes, como dispone el art. 300 del CPC, o bien sea de aquellas medidas que el juez, a petición de parte, puede disponer dentro de sus propias atribuciones, como lo señala el art. 298 del referido Código.

El acogimiento por parte del tribunal de la aludida precautoria de suspensión de los efectos del acto impugnado de nulidad significa impedir que este acto produzca o siga produciendo sus efectos y, por ende, impedir su cumplimiento y ejecución. Significa, en otros términos, la inhibición de la competencia del autor del acto recurrido en cuanto no puede él hacer ejercicio -respecto de dicho acto- de las atribuciones que le permitirían llevarlo a cumplido efecto de no mediar la referida suspensión, y si tal

¹⁷ Véanse v. gr. RDJ t. 2 (1904) s. 2 p. 68 o Gaceta de los Tribunales 1911 tomo 2 p. 980 sentencia N° 1.252, o 1.914 tomo 2° p. 609 sentencia N° 221.

hiciera incurrir por el mismo hecho en el delito de desacato (art. 253 del Código Penal y art. 73 inciso 4º de la Constitución).¹⁸

¹⁸ Un ejemplo claro de lo dicho en el caso del DS (Justicia) N° 143 (16.2.1991) que dispone la disolución de la persona jurídica *Sociedad Benefactora y Educativa Dignidad*, en cuya contra se interpusieron recursos de protección en que se solicitó orden de no innovar, lo que significó, al acogerse, que quedara suspendido de sus efectos dicho acto desde el mismo instante en que se decretaran esas órdenes aludidas.