

## LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

UNDURRAGA FONCK | Corporación de la Reforma Agraria

UNDURRAGA RIESCO | Corporación de la Reforma Agraria

Santiago, tres de mayo de mil novecientos setenta y seis.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE: Que a fs. 43 del expediente caratulado "UNDURRAGA FONCK, FRANCISCO JAVIER CON CORPORACIÓN DE LA REFORMA AGRARIA", la demandada opuso las excepciones dilatorias de incompetencia y falta de personería, cuyo traslado se respondió a fs. 45; y a fs. 23 del expediente caratulado "Undurraga Riesco, Francisco Javier y otros con Corporación de la Reforma Agraria", opuso la demandada el mismo artículo previo de incompetencia, cuyo traslado se evacuó a fs. 27; habiéndose acumulado ambos procesos, y ordenado traer los autos para resolver conjuntamente las dos incidencias; y

### CONSIDERANDO:

#### *A. En cuanto a la excepción de incompetencia.*

1º Que ella tiene, en ambos casos, el mismo fundamento, a saber, que por tratarse de la solicitud de nulidad de un acuerdo expropiatorio de la Corporación de la Reforma Agraria, solicitud que constituiría una materia contencioso administrativa, este Tribunal carecería de competencia para conocer de ella;

2º Que la incidentista se apoya, fundamentalmente, en el Art. 87 de la Constitución Política del Estado, que sometería las materias de la expresada naturaleza a los Tribunales Administrativos cuya creación dispone;

3º Que no es efectivo que el citado precepto constitucional entregue a los Tribunales Administrativos que ordena establecer, todos los juicios del orden indicado, pues dispone que sólo conocerán de aquellos asuntos que, siendo contencioso administrativos, no están encomendados por las leyes a otros Tribunales;

4º Que el Legislador ha dado competencia a los Tribunales Ordinarios de Justicia para entender en todos los negocios judiciales del orden temporal que se promuevan dentro del territorio de la República, según lo que determina el Art. 5º del Código Orgánico de Tribunales, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que en ellos intervengan, y con las solas excepciones que esa misma disposición consigna;

5º Que la órbita de atribuciones configurada por el referido precepto es tan amplia que comprende también las materias de Derecho Público, como son las administrativas, por lo cual el Legislador debió incluir, entre las excepciones mencionadas —que advierte que son las únicas— el propio

juicio político (Nº 1º), y las causas sobre cuentas, éstas últimas de índole sin duda administrativa;

6º Que al haber excluido la ley sólo algunos juicios contenciosos administrativos de la competencia de los Tribunales Ordinarios, resulta claro que los dejó sujetos los restantes; y que, de consiguiente, ellos no pertenecerían a los Tribunales Administrativos establecidos por la Constitución, pues los mismos, como se ha dejado sentado precedentemente, sólo conocerían de los asuntos de ese orden no asignados por la ley a otros Tribunales;

7º Que la interpretación expuesta resulta corroborada si se tiene en cuenta que la formación del Código Orgánico de Tribunales es posterior a las reformas constitucionales del año 1925, que introdujeron el actual Art. 87 de la Carta Fundamental; pues aquel Código fue hecho por el Presidente de la República en uso de la facultad que le confirió la ley 7.200 de establecer el texto refundido de las normas Orgánicas de Tribunales; y si en esa ocasión se mantuvo y reprodujo el tenor del Art. 5º de la Ley Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875, sin añadir nuevas excepciones, o una genérica referente a materias administrativas, respecto de la competencia de los Tribunales Ordinarios, es claro que fue por estimarse que la disposición en comento era compatible con el nuevo texto constitucional;

8º Que contrasta el empleo del tiempo futuro en la forma verbal referente a la existencia de los Tribunales Administrativos, pues la Constitución dice: "Habrá Tribunales Administrativos", con el uso de tiempos presentes relativos a otros Tribunales, en el mismo título, por ejemplo, en el Art. 87 inciso primero; fluyendo de esta comparación que el Constituyente de 1925 contó con que durante un lapso más o menos dilatado de tiempo, aquéllos no serían creados;

9º Que evidenciada esta previsión del Constituyente, resultaría absurdo concluir que haya tenido la intención de dejar al margen de toda autoridad jurisdiccional los litigios contencioso administrativos hasta tanto no se diese cumplimiento al Art. 87; tanto más cuanto que la función judicial en todas sus posibles aplicaciones es de la esencia misma del Estado, y una de sus más poderosas razones de existir; y debe, al contrario, concluirse, que si no se llenó el vacío que algunos han creído ver a este respecto, no fue sino porque él no existía, habiéndose dejado al arbitrio del Legislador el encomendar las materias contencioso administrativas ya a los Tribunales existentes, ya a los especiales del ramo que habrían de formarse en el futuro; y existiendo una Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales que los sometía a los ordinarios;

10º Que, a mayor abundamiento, los Tribunales deben tener como norma suprema de su oficio la justicia y la equidad, que jamás consentirán la absoluta indefensión de los particulares por un defecto procesal —supuesto que lo hubiera—; y que la equidad es supletoria de la ley aún en materias de procedimiento, pues debe ser citada por las sentencias interlocutorias —a cuyo género pertenece la presente— a falta de ley aplicable a la especie, como lo ordena el Art. 171 del Código de Procedimiento Civil, concordado con el Nº 5º del Art. 170 del mismo Código;

B. *En cuanto a la excepción de falta de personería.*

1º Que se ha fundado en que don José Joaquín Ugarte Godoy, apoderado de don Francisco Javier Undurraga Fonck, habría modificado la demanda de fs. 42 sin intervención de su mandante, la que habría sido necesaria por estar enmarcado el poder en la primitiva demanda, para cuyo desarrollo se confirió;

2º Que no es necesario entrar a pronunciarse sobre la cuestión procesal planteada; pues se hace presente por el apoderado Señor Ugarte, en el primer otrosí del escrito de modificación de la demanda, que el mandante comparece firmándolo, lo que efectivamente hace al final de la presentación.

Visto, además, lo dispuesto por los Arts. 307, 308 y 147 del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE: Que no ha lugar a las excepciones dilatorias de incompetencia, ni a la de falta de personería, condenándose en costas a la parte que las interpuso.

Rija el plazo del Art. 308 del Código de Procedimiento Civil. Remplácese el papel.

Proveyó el Juez Titular del Tercer Juzgado de Letras en lo Civil de Mayor Cuantía de Santiago, don Guido Aubert Cerda.

Confirmada por la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago por fallo de 19 de julio de 1977, dictado por la tercera sala compuesta por el Sr. Ministro don Enrique Paillás Peña, y los abogados integrantes Jorge Varela y José Luis Pérez, y por sentencia de la Excma. Corte Suprema de 15 de septiembre de 1977 (primera sala, Ministros Sres. E. Ortiz, R. Retamal, E. Corra, M. Aburto, y abogado integrante Sr. L. Cousiño).

## NOTA

Conocido vastamente, aunque con mucho de mito, prejuicios y no pocos errores de fondo, es el problema que ha suscitado en Chile el Art. 87 de la CP 1925, introducido por el constituyente contra la opinión corriente y dominante que a la época existía, si se estudia en su perspectiva histórica este asunto<sup>1</sup>.

Esta perspectiva —creemos firmemente— es la única que permite abordar la interpretación exacta del problema que significa el Art. 87 citado, que en tal caso no pasa de ser en verdad que un seudo problema más aún si se lee y entiende dicha norma de modo correcto, y no

<sup>1</sup>La literatura no deja de ser numerosa; para una referencia sucinta y moderna de ella vid. nota 4 de nuestro *Amparo judicial y recurso de protección*, en esta Revista vol. 1976 (19-20) 168.

trunco, y no como estrella solitaria sino integrada en el sistema jurídico que la misma CP estructuraba, y que rige en estas materias<sup>2</sup>.

En efecto, la CP 1833 —en su cap. VIII de la Administración de Justicia— entregaba la potestad de juzgar a los tribunales establecidos por la ley, y ello de modo exclusivo, según consagraba su Art. 108 (actual Art. 80 CP 1925), agregando (Art. 114) que una ley determinaría la organización y atribuciones de todos los tribunales y juzgados que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. Sin embargo, su Art. 104 atribución 7ª expresaba que era atribución del CE el resolver las disputas que se suscitaren sobre contratos o negociaciones celebradas por el Gobierno supremo y sus agentes.

La situación real, entonces, —y hasta 1875— era la siguiente:

1. Los Tribunales de Justicia, dependientes de una magistratura suprema (Art. 113), la Corte Suprema, competente para conocer las causas civiles y criminales, en exclusividad (salvas las excepciones (si es que eran tales) que la misma CP consagraba); entiéndese por la época, causas civiles aquellas que se oponen a eclesiásticas entregadas a los tribunales eclesiásticos, e incluso a las causas sobre patronato y protección se entregaban al conocimiento del CE (Art. 104 Nº 4).

2. Consejo de Estado, que conoce de las contiendas que se suscitaren con ocasión de contratos o negociaciones celebrados por el Gobierno y sus agentes.

3. Como no se dictare sino en 1875 esa ley a que se refería el Art. 114 CP, sobre organización y atribuciones de los tribunales de la República, subsistieron hasta esa época numerosos “juzgados” (así,

<sup>2</sup>Esta postura es la que sustentamos desde hace años: vid. v. gr. *La competencia contencioso administrativo de los tribunales ordinarios de justicia*, en RCHD 1974 (3-4) 349-359, (más ampliamente en RENCs 1976 2). Para la estructuración del sistema jurídico de la CP 1925, *El Estado de Derecho en la Constitución de 1925*, en *Legalidad y arbitrariedad del poder administrador* (Edit. Jurídica de Chile, de próxima aparición).

Es curioso que no se advierta entre nuestros juristas que las instituciones no nacen por generación espontánea ni por la sola invocación mágica de un constituyente o legislador a través de una norma. Sólo un positivismo aberrante o una abulia intelectual negligentemente culpable puede conducir a tales excesos. Si se hubiera examinado la historia jurídica chilena —que aún espera cultivadores— y el entronque del sistema sugerido por la CP 1925 con el vigente bajo la CP 1833, muy distinto habría sido el debate.

entre comillas), que conocían de lo que hoy llamaríamos —con ciertas cautelas— contencioso administrativo, esto es, conflictos que oponían a la Administración (Fisco, servicios dependientes, municipalidades, etc.) y los particulares, y en que se reclamaba de la ilegalidad de un acto o una actuación administrativa<sup>3</sup>.

4. No se crea, sin embargo, que por la existencia de estas “jurisdicciones especiales”, los tribunales (ordinarios) no conocían de materias igualmente administrativas; jurisprudencia hay, y no poca, que prueba clarísimamente este aserto<sup>4</sup>.

Esta situación se fue clarificando, tornándose el sistema más homogéneo a raíz de ciertos juristas que iniciaron una campaña a fin de evitar la “justicia administrativa”, signo de iniquidad<sup>5</sup>, es decir, aquel

<sup>3</sup>Vid. CP 1833 Art. 3º trans. “Interin no se dicte la lei de organización de tribunales i juzgados, subsistirá el actual orden de administración de justicia”. Respecto a los tribunales, jurisdicciones o jueces que conocían de lo que hoy llamaríamos contencioso administrativo vid. entre otros, J. V. Lastarria, *La Constitución Política de la República de Chile comentada*, en Obras completas vol. I. (Estudios políticos y constitucionales, 2ª parte). Imprenta Barcelona. Santiago de Chile, 1906, 412-421; también R. Briceño, *Memoria histórico-crítica del derecho público chileno*. Impr. Belin, Santiago de Chile, 1849, 253-258; S. Prado, *Principios elementales de derecho administrativo chileno* (adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional). Imprenta Nacional. Santiago de Chile, 1859, 309-318 (esta obra ha sido atribuida a Prado, pues aparece sin autor en la edición cit.).

<sup>4</sup>Al respecto es de interés primordial *Los orígenes del contencioso administrativo en Chile*, J. J. Correa, R. Espinoza, W. Diesel, S. Cartes, V. de la Fuente, memoria de prueba que tengo el honor de dirigir, y que concierne precisamente a la jurisprudencia en materia c/a de los tribunales de justicia durante el período 1840-1925, (de próxima aparición).

<sup>5</sup>Véase las encendidas críticas que J. Huneeus hace al sistema contencioso administrativo, en *La Constitución ante el Congreso* (2 vol.) 2ª ed. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1890-91, vol. II 221-263; vid. también *Estudios sobre derecho comparado*. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1891, cap. VII 139-141. Las críticas incidían, además, en un hecho curioso: la CP 1833 Art. 108 prohibía al PR de modo expreso y tajante el ejercer en caso alguno funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos; pero en su Art. 3º trans. —y mientras se dictaba la ley de organización de tribunales y administración de justicia, prevista su dictación en el Art. 2º trans. Nº 3— dejaba subsistente “el actual orden de administración de justicia”, orden que veía entregar a autoridades administrativas provinciales, departamentales, de distrito y de subdelegación, facultades judiciales, lo cual significaba que mientras el PR no podía ejercer

sistema en que la Administración es juez y parte en su propia causa. Fue así como poco a poco fueron suprimiéndose esas sedicentes jurisdicciones<sup>6</sup>, a lo cual se agregaron dos hechos de importancia fundamental: la supresión de la competencia del CE en materia de contratos de la Administración, y la dictación de la ley de organización y atribuciones de los tribunales<sup>7</sup>.

Con la supresión de la referida competencia del CE todo ese contencioso pasó al conocimiento de los Tribunales de la República; con la dictación de la citada LOAT, de 1875<sup>8</sup>, se entregó —en virtud de su Art. 5º— a los tribunales de la República el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, con las solas excepciones que el mismo Art. 5 disponía<sup>9</sup>.

En otros términos, a partir de 1876 —y la jurisprudencia lo prueba de modo palmario— los tribunales de la República conocen de todas las causas civiles y criminales que se promovieran dentro del orden

---

función judicial alguna, sus propios subordinados sí la ejercían; de allí que con la dictación de la LOAT (1875) se pusiera término a esta anomalía. Véase igualmente la posición de Ambrosio Montt, que fuera célebre Fiscal de la Corte Suprema, (Dictámenes del Fiscal de la Corte Suprema de Justicia (2 vol.) Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1894-95) en v. gr. casos Larrosa, Allendes, Isla Santa Inés, etc. (vid. nota 10 infra).

<sup>6</sup>V. gr. ley de 8-11-1854 (Organización y atribuciones de las municipalidades) Art. 117, que deja sin efecto “jurisdicción” del gobernador en materia de cumplimiento de contratos entre empresarios y actores (atribuida a éste por Art. 2º de ley de 24-7-1834). Valga recordar que la ley de régimen interior de 22-12-1885, concordante con el régimen de la LOAT de 1875, disponía (Art. 17) la prohibición de que los gobernadores ejercieran funciones judiciales o resolver asuntos contenciosos, e incluso promovida una cuestión de competencia entre el gobernador y un tribunal de justicia el gobernador debía suspender la ejecución “del decreto materia de la contienda” (Art. 18), contienda la cual era decidida por el CE (Art. 104 Nº 5).

<sup>7</sup>Vid. leyes de 24-10-1874 para el primer caso, rigiendo a contar desde 1876, y de 13-10-1875 para el segundo, comenzando a regir el 1-3-1876.

<sup>8</sup>La propia CE 1833 disponía en su Art. 2º trans. que para hacer efectiva esta Constitución se dictarían con preferencia las siguientes leyes: “3ª. La de organización de tribunales i administración de justicia”.

<sup>9</sup>No es el caso entrar aquí a discutir la debida interpretación de las pretendidas excepciones y dilucidar si son verdaderamente excepciones.

temporal (opuesto al orden eclesiástico) dentro del territorio, sin más limitaciones (si es que en cuanto tales lo son) que las que señala la referida LOAT. Es decir, cualquiera sea la parte en conflicto, sea la mismísima Administración; y esto se prueba no solamente con los textos del derecho positivo sino con sentencias de esos propios tribunales que no sólo conocían de los litigios en que la Administración era parte, sino que dejaba sin efectos sus actos si eran ilegales, e incluso la condenaba al pago de indemnización de perjuicios, si producían, además, daño<sup>10</sup>.

<sup>10</sup>Que conocía de los asuntos en que la Administración era parte lo prueban los variados y numerosos fallos que aparecen en la Gaceta de los Tribunales de aquella época (vid. nota 4 supra), y con posterioridad a la ley de 1885 (de régimen interior, vid. nota 6 infra) las diversas contiendas de competencia decididas por el CE en virtud de sus atribuciones, señalando la competencia de los tribunales de justicia (entre dichos fallos del CE —que hacía las veces de tribunal de conflictos— vid. v. gr. Diario Oficial 18-6-1880, p. 873, que decide la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de una impugnación de decisión municipal en orden a cerrar un expendio de abastos).

En cuanto a dejar sin efecto decisiones administrativas vid. entre otras, el caso *Thalaba*, cr 1871. 361 (sentencia de la CS 13-1-1871), y el caso *Párroco de San Pedro*, cr 1888-1400 (sentencia de la CS 22-8-1888). En lo referente a la responsabilidad de la Administración (Fisco, en aquella época) remitimos a D. Ruiz-Tagle A., *La responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema* (de próxima aparición), donde se reúne toda la jurisprudencia. Por lo demás, en esta materia las propias leyes reconocían expresamente esta responsabilidad (vid. v. gr. las ordenanzas de aduanas, de 31-10-1864 tít. VI Arts. 53-63, y la posterior, ley de 24-12-1872, tít. X Arts. 72-82).

En cuanto a la doctrina de dicha época, además de Huneeus, si se atiende a la obra más importante en la materia cual es el *Resumen de Derecho Administrativo*, de Domingo Amunátegui Rivera (Imprenta La Razón, Montevideo, 1900; editada en 1907 por Imprenta Barcelona, Santiago de Chile, en versión actualizada, como *Tratado Jeneral de Derecho Administrativo*) podrá advertirse que no trata esta materia del contencioso administrativo, lo que no deja de ser curioso si se recuerda que las obras de la época de 1860 (Lastarria, Briceño y en especial Prado) sí trataban de ello. La razón la expresa muy bien el prologuista de la obra de Amunátegui, el prof. La Peña, catedrático de Derecho Administrativo de la Univ. de Montevideo: al referirse a la materia advierte La Peña que Amunátegui no la trata, y señala que no lo hace porque simplemente “no ha sido (lo contencioso administrativo) instituido en Chile, y no entra por esto en el plan de estudios del autor” (34), y luego de advertir que el CE posee ciertas atribuciones jurisdiccionales (recursos de protección, etc.) y la LOAT deter-

Y tal era la situación en 1925 cuando se nombra una Comisión para estudiar modificaciones a la CP 1833.

minó otras que entregaba a fueros especiales (Art. 5º) agrega "Fuera de estos casos, los Tribunales ordinarios resuelven todos los litijios; no hay pues jurisdicción especial extraordinaria para los reclamos contra el Estado, o contra la Hacienda; no hay por qué estudiar los diferentes sistemas de contencioso administrativo" (id. 34).

Nos parece fundamental recordar el pensamiento de A. Montt, expresado en sus innumerables dictámenes o vistas en el ejercicio de su cargo de Fiscal de la CS; entre otros, vista (5-7-1892) en caso *Larrosa*, II 101-108, ("...pero nadie habrá de recurrir al gobierno... en protección de derechos desconocidos o denegados que son la materia de un juicio y requieren la sentencia de un tribunal. Ni el Ejecutivo posee esta competencia, tan poco en armonía con la naturaleza de sus funciones, ni sería tampoco, supuesta la existencia en Chile de lo que en otros países se apellida "jurisdicción contencioso-administrativa", la autoridad llamada por la ley, la equidad y la lógica a juzgar en apelación los abusos de sus subordinados inmediatos. Choca en efecto a toda noción de justicia que el jefe supremo de los intendentes y gobernadores, meros agentes de sus órdenes e inspiraciones, pueda conocer de los litijios emanados de sus actos hostiles al interés o garantías de los ciudadanos, i se halle en aptitud de decidir sobre la eficacia del derecho i el vigor en conflicto de las leyes i de los decretos del gobierno". (105). Notable coincidencia presentan estos términos de 1892 con las consideraciones de Lord Justice Scott en *Wilkinson v. Barking Corporation* 1948. I KB 721 (vid. nuestro *El control jurisdiccional sobre la administración inglesa*, en esta Revista 18 (1975) cita en 120). Con igual énfasis, vista (16-4-1889) en caso *Allendes-Carrasco*, II 261-275 ("En nuestro sistema político i judicial no existe lo que en otros países señaladamente en Francia i en España, se llama lo contencioso-administrativo, esto es, el poder de conocer i decidir en juicio más o menos regular, por autoridades extrañas a la judicatura propiamente dicha, a veces dependientes del Ejecutivo, las controversias que suscitan algunos actos o contratos de la administración del Estado, la vijencia o caducidad de gracias, favores o concesiones de Gobierno, u otros de índole análoga o parecida... En Chile, por fortuna, no hemos imitado esta perniciosa institución". Y más adelante, "...en Chile no existen autoridades ejecutivas con poderes de jurisdicción llamada contencioso-administrativa, irregular y perniciosa en alto grado, carece de raíces y fundamento en nuestra organización i aun pugnaría con la índole de nuestro Gobierno. En el régimen actual... toda contención de bienes i de derechos, sea que se ajite entre particulares, sea que se suscite entre el fisco i los ciudadanos, es de necesidad un asunto judicial, peculiar i privativo de los tribunales i jamás i en ningún caso de la competencia del Presidente de la República, de las autoridades administrativas i aún del propio Congreso Nacional"). En igual sentido, v. gr. vistas (1-6-1894) en caso *Isla Santa Inés-río Imperial*, II 162-177, espec. 166-168; de 9-7-1889, en caso *Cádiz*, II 215-231, espec. 221 y 226; etc.

Conocida es la vicisitud que esta materia sufriera en dicha Comisión, y las perniciosas consecuencias que trajo la introducción de un cuerpo extraño (Art. 87) en el régimen constitucional<sup>11</sup>, no tanto tal vez, en sí mismo, sino en cuanto al desastre interpretativo que sufrieran los tribunales y no pocos juristas ante dicha disposición<sup>12</sup>. En otra ocasión ya nos hemos referido —si bien suscitadamente en sus detalles— a lo absurdo e irracional de la interpretación que se diera por algunos al Art. 87, entendiéndolo que mientras no se crearan los TA<sup>13</sup> lo contencioso-administrativo quedaba sin tribunal que de él

<sup>11</sup>Vid. *Actas oficiales*, 368, 518 s; también R. Pantoja, *El autor del artículo 87 de la Constitución Política de 1925*, en esta Revista 1 (1963) 15-18; *Alcance de la expresión "Tribunales Administrativos" empleada por el Art. 87 de la Carta Política*, en id. 2 (1964) 49-55; *La justicia contencioso-administrativa en Chile (Antecedentes y tendencias)*, en ADA I (1975-76) 363-422; nuestro *La competencia...* 352-355.

<sup>12</sup>Baste indicar las variadas soluciones que la misma jurisprudencia ha dado respecto a este problema: así, mientras hay fallos que niegan la jurisdicción de los tribunales ordinarios, otros aceptan tranquilamente la competencia, sin perjuicio de que otros —dentro de esta última postura— la acepten haciendo distinciones, conjunto de fallos que permiten llegar —con un pequeño esfuerzo— a una sistematización de la jurisprudencia respecto al régimen del control jurisdiccional de los actos de la Administración (que expondremos más adelante).

Comenzando por los fallos que han negado a los TO el conocimiento de lo c/a, y que son los menos, pueden citarse principalmente: Olavarría RDJ 33.2.1.190 (13-1-1936); Montero, 45.2.1.248 (14-10-1947); Soc. Coop. de Compraventa de Transportes Colectivos Ltda. 61.2.1.7 (9-1-1964); Imcoda, 65.2.1.132 (19-3-1968); Del Canto 65.2.1.217 (1-7-1968). Entre los que aceptan la competencia pueden citarse, entre otros: Pacific Steam Navigation Co. 28.2.1.506 (1-4-1931); Arenas 35.2.1.37 (10-9-1937); Jaramillo cr 1940.61.291 (18-5-1940); Cía de Seguros La Tucapel 50.2.1.261 (3-8-1953); Alvarado 51.2.1.4 (5-1-1954); Barbosa 51.2.1.387 (22-7-1954); Camus 58.2.1.144 (25-5-1961); Herrera 61.2.1.358 (16-6-1964); Juez de letras de Melipilla 64.2.1.109 (3-5-1967), etc.

En cuanto a la doctrina, podría decirse que se ha entretenido sobre todo en el juego de la historia fidedigna del Art. 87, sin ni siquiera revisar debidamente la jurisprudencia anterior a 1925 y su evolución y la posterior en sus diversas fases, olvidando que el Derecho es en último término lo que dicen los jueces, al aplicarlo (esto es, su interpretación) en la concreta relación procesal que llega a su conocimiento decidiendo las pretensiones interpuestas ante él (vid. sobre esto nuestros *Amparo judicial* cit. y *Algunas consideraciones sobre la posición de los juristas...*, en esta Revista 20 (1976) 379-384).

<sup>13</sup>De orden general, pues que de tipo especial (esto es, para determinadas materias) se fueron creando algunos paulatinamente.

conociera, posición en verdad insostenible: imposible encontrar una denegación de justicia más típica<sup>13a</sup>.

Con todo, poco a poco —y simultáneamente— fue apareciendo una jurisprudencia que, mitigando tal drástica interpretación, fue creando (quien sabe si inconscientemente) un verdadero sistema, que si bien distaba de ser homogéneo y muy racional, no significaba una denegación de justicia, al menos para todo aquel que se diera el trabajo de comprenderlo, aunque forzoso es decirlo, resultaba no poco difícil tal esfuerzo, dada la heterogeneidad de las vías que entregaba al particular el ordenamiento jurídico chileno (según esa interpretación) para tutelar sus derechos frente a la arbitrariedad de la Administración.

Dicho sistema —que la tesis de la incompetencia natural para lo contencioso administrativo de los tribunales ordinarios vino a traer como consecuencia— significó en la práctica un régimen jurídico para obtener tutela jurisdiccional frente a los agravios producidos por actos administrativos, que podría esquematizarse como sigue:

—una vía directa —propriadamente contencioso administrativa— a través del cual el administrado puede recurrir ante el juez ordinario pidiendo la nulidad de un acto administrativo, caso en que —se dice— el juez puede conocer y decidir porque le ha sido atribuida una competencia expresa por la ley<sup>14</sup>, para tal objeto; y

—una vía indirecta —para estos efectos— a través de lo que denominaría la competencia general, esto es, aquella que el juez ordinario

<sup>13a</sup>Nos parece útil recordar lo que en 1892, un notable jurista chileno ya decía, y de un modo por de más vivo: "En nuestro régimen, también en el de todo país regularmente constituido, no ha de faltar juez a litigio alguno, ni protección al derecho; no siendo admisible la hipótesis, repugnante a las más elementales nociones de justicia, de que pueda existir un derecho en condiciones pasivas i sin medios i arbitrios de conocimiento, de eficacia i de goce. El derecho es por su naturaleza activo, i pierde este carácter si el que lo invoca a justo título carece de amparo o no hai autoridad pública que oiga su demanda i la haga respetar, hallándola justa i merecedora de acojimiento". (A. Montt, *ob. cit.*, 103-104).

<sup>14</sup>Como se advierte, es la reversión total de lo que el constituyente de 1925 y el legislador de 1875 y actual establecieron (LOAT 1875, con 1943); el legislador se vió forzado a crear estas "habilitaciones expresas" dada la reluctancia que el juez ordinario mostró con posterioridad a 1925 (en términos generales) para conocer de lo c/a, sobre la base de una interpretación que obviamente no lo ha honrado de modo alguno.

posee para conocer de las acciones que el ordenamiento constitucional y el ordenamiento privado común reconoce o confiere en amparo de los derechos de los ciudadanos frente al poder estatal, y frente a las demás personas y sujetos de derecho; vía indirecta —para estos efectos— ya que no se pide la nulidad del acto administrativo ilícito o irregular, sino amparo (a través de acciones que protegen v. gr. el dominio de un derecho, o la posesión, o la libertad misma)<sup>15</sup>, al juez frente a la ilegalidad o inconstitucionalidad de un acto administrativo.

Así, mientras en el primer caso —vía directa— el tribunal ordinario puede declarar la nulidad del acto administrativo (v. gr. contencioso administrativo sanitario, municipal, tributario, etc.), en el segundo caso —vía indirecta— no declarará tal nulidad (si estima el acto administrativo, origen de la ilicitud jurídica, del agravio, contrario a Derecho) sino que en tal caso apartará dicho acto, no tomándolo en cuenta, es decir, estimándolo no aplicable al caso concreto, aun sin declarar esto expresamente, decidiendo, en consecuencia, el litigio de acuerdo a la Constitución y leyes aplicables: es lo que he denominado —en otra ocasión— la “inaplicabilidad tácita”, haciendo analogía con la inaplicabilidad expresa del caso del “precepto legal” inconstitucional a que se refiere el Art. 86 inc. 2º CP<sup>16</sup>.

<sup>15</sup>De este tipo es nada menos el hoy famoso recurso de protección que el AC 3 Art. 2º ha consagrado. Esta idea de los tribunales como órganos encargados del amparo de los derechos de los ciudadanos ha caracterizado el régimen chileno desde sus inicios: vid. entre otros CP 1823 arts. 116, 138, 146 Nº 1, 156; la misma idea en LOAT (1875) Arts. 1, 5, 9 inc. 2º en COR (1943) art. 3º (facultades conservadoras), además de los Arts. 1, 5 y 10 inc. 2º. Igualmente en AC 3 Art. 2 y sus antecedentes MOPNER parág. 10 (en Acat 15) y IEO parág. Poder Judicial (en Acat 37).

<sup>16</sup>En otras palabras, así como frente a una ley (también DEL, y DL) que el juez supremo considere inconstitucional (Art. 86 inc. 2º CP) no la declara nula sino que inaplicable al caso concreto, aplicando en su lugar la CP y las leyes que vengan al caso, así también frente a un acto administrativo inconstitucional, ilegal, no lo declara (en esta vía) nulo sino que lo aparta tácitamente de su aplicación al caso concreto y aplica la CP y las leyes que sean pertinentes: procede pues en este caso el juez (y cualquier juez no sólo el supremo) como si tal acto administrativo no existiese. Particular importancia ha tenido esta vía indirecta —que propiamente es una vía de amparo— en los ámbitos de la libertad personal y del dominio, y que ha sido extendida hoy a los principales derechos individuales con el recurso de protección (AC 3 Art. 2º). Muestra ejemplar de esta jurisprudencia nos parece que es el fallo de la CS recaído en contienda de competencia pro-

Ello sin perjuicio de la natural procedencia de las acciones tendientes a la reparación de los daños y perjuicios originados por actos y actuaciones administrativas, que son de conocimiento de los tribunales ordinarios, y de la procedencia de las acciones que recayeren en materia de contratos celebrados por la Administración (cuya competencia fue traspasada a los tribunales ordinarios desde 1876, con motivo de la supresión de dicho contencioso como atribución del CE); como asimismo, de las materias penales en que estuviere comprometida la actuación de funcionarios administrativos por actos dictados en el ejercicio de sus funciones administrativas<sup>17</sup>.

Y todo esto, teniendo presente la superintendencia que la Corte Suprema ejerce sobre todos los tribunales de la Nación, en lo directivo, correccional y económico, según lo establecido por el Art. 86 inc. 1º CP<sup>18</sup>.

Tal sistema —que incluso no era siempre enseñado en las cátedras universitarias— involucra, qué duda cabe, una interpretación no sólo restringida del Art. 87, sino en abierta oposición al texto mismo si bien se lo lee, y un desconocimiento basto de nuestra historia jurídica decimonónica y de la jurisprudencia de aquella época. Parecería que hubiese sucedido un corte en nuestra evolución jurídica, y un injertar soluciones foráneas que desviaron la atención hacia sistemas diversos, que incluso habían sido rechazados por nuestros propios legisladores y nuestros propios jueces supremos<sup>19</sup>.

Con todo, 1973 es una fecha para recordar; cita obligada es en este asunto el discurso de inauguración del año judicial del Presidente

---

movida por el Presidente de la República en contra del juez de Melipilla, en RDJ 64.2.1.109 (3-5-1967) cons. 7 espec. Un precedente bien antiguo de esta postura en Thalaba, cit. (13-1-1871).

<sup>17</sup>Para un tratamiento más amplio vid. nuestra Introducción a *Procedimientos contencioso-administrativos* (E. Soto Kloss-G. Fiamina. Edit. Jurídica de Chile, en preparación).

<sup>18</sup>A este esquema debe agregarse el originado por la creación de “tribunales administrativos” creados por ley para entender de lo c/a —nulidad de actos administrativos— en materias específicas (v. gr. de comercio, de calificación cinematográfica, de avalúos, del petróleo, etc.) que fueron naciendo también como paliativo a la postura jurisprudencial de algunos períodos en orden a sostener la incompetencia natural de los tribunales ordinarios para conocer de lo c/a.

<sup>19</sup>Ver notas 5 y 10.

de la Corte Suprema de aquel entonces, quien retomando el exacto sentido del Art. 87 —no sólo su letra, que conduce por lo demás obviamente a esta misma solución, si se lee completo— y su integración dentro del contexto de la propia CP 1925, vino a despejar el campo para seguir le senda correcta<sup>20</sup>.

En efecto, el Art. 87 cit. no dijo ni explícita ni implícitamente que todo el contencioso administrativo recaería en los TA que se crearían; ni tampoco señaló que mientras no se crearan esos tribunales las particulares afectados con los actos o disposiciones arbitroios de las autoridades políticas o administrativas quedaban en la más absoluta indefensión. Por otra parte, el cor expresamente determina en sus Arts. 1 y 5 la plenitud jurisdiccional del Poder Judicial, con las excepciones que este último artículo preve, entre las cuales excepciones no se encuentran los asuntos contenciosos-administrativos. Por último —agregaba— esto es indudable si, además, se considera que dicho Art. 87 se encuentra dentro del cap. viii de la CP 1925 (vigente aún) relativo al Poder Judicial, lo que demuestra que tales asuntos podrían quedar excluidos de los tribunales ordinarios, pero sólo una vez creados aquellos TA, pero sin haberse ellos creados, los tribunales ordinarios conservan en plenitud dicha competencia.

Sin embargo, sea por abulia, sea por la inercia, sea en fin porque no se participa derechamente de tal postura interpretativa (cualquiera sea la causa de ello) no han faltado fallos posteriores a esa fecha que han vuelto a la postura que sostiene que los tribunales ordinarios no poseerian de suyo competencia para conocer de lo contencioso administrativo.

Este fallo que comentamos en estas breves notas es una excepción a esa regresión interpretativa que señalábamos hace un instante. Y no sólo excepción, es una pieza yo diría magistral en orden a entender debidamente el problema. Y es más, está dentro de toda la tradición constitucional, con un exacto sentido de su evolución y una acabada fundamentación de la tesis que sostenemos desde hace años<sup>21</sup>.

<sup>20</sup>Vid. El Mercurio (Santiago) 2-3-73, 1 col. 8 y 12 cols. 1-2. En esta misma posición, v. gr. entre otros variados fallos, Alvarado-Fisco (1954), y Camus-Dirección General de Pavimentación (1961) citados.

<sup>21</sup>Se inserta, pues, dentro de la tradición jurisprudencial, cuyos hitos más señeros parecen ser, entre otros, Thalaba (1871), Párroco de San Pedro (1888), para el s. 19; y a partir de 1925 los casos Pacific Steam (1931),

En efecto, luego de sentar con precisión qué se entiende por una causa contencioso administrativa (señalando que es tal aquella que tiene por objeto perseguir la declaración de nulidad de un acto administrativo), entra de lleno al problema planteado por la demandada (CORA), esto es la excepción de incompetencia: el tribunal ordinario carecería de competencia para conocer del conflicto en cuestión, a saber la nulidad de un acuerdo de expropiación adoptado por la CORA y que afectaba a los actores, pues el Art. 87 de la Constitución entregaría el conocimiento de este tipo de conflictos a los tribunales administrativos.

Llama ciertamente la atención del estudioso la postura de la demandada, que pretende quedar inmune a la jurisdicción, como si pudiera un sujeto de derecho —en Chile— pretender tal privilegio<sup>22</sup>, y actuar libremente sin posibilidad de control jurídico: curiosa inconsecuencia la de un órgano estatal, que debe lo que es y lo que actúa, al Derecho mismo, quien lo ha creado y lo ha dotado de atribuciones para obrar en la vida del Derecho<sup>23</sup>.

Pero lo que aún llama más la atención en esta sentencia es la perspicacia y sagacidad del juez para ir derechamente al asunto, sin engolosinarse en preciosismos: estudia el Art. 87 y, lo lee con exactitud, sentando la conclusión sensata y lúcida de que el Art. 87 no entrega el contencioso administrativo a los tribunales administrativos, sino que en la medida que sean creados (“Habrá tribunales administrativos...”) conocerán de las materias de este sector *en cuanto* no estén encomendadas por las leyes a otros tribunales (“... y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes”): será, en consecuencia, la suya una competencia residual.

---

Jaramillo (1940), Cía. de Seguros La Tucapele (1953), Alvarado (1954), Camus (1961), Juez de Melipilla (1967), Yarur (1972); vid. últimamente Fernández-Cora (1977) (sentencia del Juzgado de Victoria, 31-5-1977 cons. 6 y 7).

<sup>22</sup>Vid. nuestros planteamientos en *La competencia...* cit; y ahora en *La responsabilidad extracontractual del Estado, principio general del derecho chileno*, en esta Revista 21 (1977).

<sup>23</sup>Pudiera ser útil recordar aquí el principio de la legalidad administrativa consagrada constitucionalmente en Chile ya desde la CP 1833, y que perfeccionarían las reformas de 1925, principio que se mantiene también vigente en el actual ordenamiento constitucional; vid. nuestro *La toma de razón y el poder normativo de Contraloría General de la República*, en LHCGR 165-189, espec. 178-180.

Y es que no podía olvidar el constituyente que la justicia ordinaria, ya desde la ley de 1875, conocía de todos los negocios judiciales que promovieran en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que fuese el litigante, con las solas excepciones que ella misma indicaba (Art. 5º) 24.

<sup>24</sup>Debe advertirse que los Arts. 1º y 5 de la LOAT 1875 (y que hoy conservan su numeración en el actual COJ) están en íntima conexión, pues el Art. 5 no es sino desarrollo del propio Art. 1; el disociar ambos es la causa de interpretar de modo equivocado la frase con que comienza el Art. 1 ("La facultad de conocer de las causas civiles y criminales..."), y concluir que lo c/a no queda incluido en lo de causa civil, lo que obviamente es un error. Por lo demás, el Art. 1º (en conexión con el Art. 5º) no es sino repetición textual del comienzo del Art. 108 CP 1833 (actual Art. 80 CP 1925), y como lo señalaba Ballesteros (*ob. cit.* t. 11) dicho Art. 108 inc. 1 "fué considerado por la Comisión Revisora como la base fundamental de la presente lei" (de 1875), no siendo necesario agregar su inc. 2 (hoy frase segunda del Art. 80 cit.) por no ser "sino un corolario de la primera, que no era necesario insertar en esta lei" (*id.*). Igual idea señala A. Montt (*Dictámenes*, cit. II, 171s) en 1894 ("No fue preciso que la lei de 15 de octubre de 1875 viniese a revocar un orden de cosas que no existía i no era posible en Chile, ni que el artículo 5º de aquel estatuto orgánico, corrijiendo o mejorando lo establecido en la rejión central de la República, devolviese a los tribunales el conocimiento de todos los asuntos judiciales. El artículo 5º no hace más que reproducir el artículo 99 [108] de la constitución, siempre en vigor, base judiciaria que no pudo desconocer lei alguna secundaria, fuese dictada para todo el territorio, o bien hubiese de rejir en algunas partes del antiguo Arauco.") en el litijio sobre la isla Doña Inés sita en el río Imperial. En el orden temporal, opuesto a aquellas que incidían en materia u orden espiritual, regidas por el derecho eclesiástico o canónico; ésto es confirmado por el propio inc. final del Art. 5 COJ, al hablar de jurisdicción espiritual en oposición a orden temporal, y como lo señalaba expresamente el Mensaje que el PR (F. Errázuriz Z.) acompañaba al CN (3-6-1874) el proyecto de LOAT: al referirse a las excepciones que plantea el actual Art. 5 COJ señala "ya en la naturaleza espiritual de negocios que no caen bajo la jurisdicción de la potestad civil" (*vid.* en igual sentido Ballesteros. *ob. cit.*, t. 1).

Causas civiles y criminales decía el Art. 108 CP 1833, civiles opuestas a criminales; estas últimas incidían en sanciones penales, aquéllas, en sanciones que no inciden en penas, tales la nulidad, la caducidad, la extinción de un derecho, la indemnización de perjuicios, etc. Por otra parte, no se divisa cómo podría —después del 1-3-1876—, decirse que lo c/a no entraba en lo de "causas civiles", si el propio Art. 108 cit. prohibía expresamente al PR (y, por ende, a todos sus agentes) ejercer funciones judiciales, las que en exclusividad eran entregadas a los tribunales de la República.

Y si la competencia de esos TA por crearse es residual —en la medida de que el conocimiento de las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas no esté entregado a otros tribunales, sea por la propia Constitución o sea por las leyes— resulta que en la medida que dichos TA no se crean, los tribunales ordinarios conservan en plenitud la competencia que de suyo poseen, esto es que desde 1875 les fue conferida, y desde 1876 concretada prácticamente, y que aún conservan, al retomar el actual con las mismas disposiciones de la ley de aquella fecha: no otra cosa es lo que afirma con sensatez el considerando 6º de esta sentencia.

Reafirma todavía este criterio —agrega su cons. 7º— el hecho de que si se hubiera entendido que lo contencioso administrativo escapaba a los tribunales de la República, se habría traducido tal postura en el con, que es en 18 años posterior (1943) a la propia CP (1925), y se habría agregado a su Art. 5º la correspondiente excepción, lo cual obviamente no se hizo, porque, en verdad, tal disposición (Art. 5º) era perfectamente compatible con el texto constitucional del Art. 87.

Por otro lado, sería totalmente absurdo que el propio constituyente hubiese querido dejar inmune de control jurisdiccional la actividad administrativa, pues además de irracional significaría que el propio Estado se marginaba del Derecho en una actividad tan importante como es la que desarrolla la Administración, y en circunstancias que el propio constituyente consagraba la vinculación positiva al Derecho del actuar del mismísimo Presidente de la República (Arts. 60, 71, 72 y 4), y de la Administración, de la cual es jerarca máximo (Art. 44 Nº 5), esto es el principio de la juridicidad administrativa.

Y agrega lúcidamente este fallo algo que no siempre se recalca debidamente: y que al formular el constituyente el Art. 87 la previsión del "Habrá tribunales administrativos..." dejó entregado al legislador el determinar las materias que serían entregadas a su conocimiento, sustrayéndolas del conocimiento natural que de ellas tienen

---

Valga recordar el Art. 3º del proyecto de LOAT de Vargas Fontecilla, que se estimó, incluso, por algunos repetitivo, y fue desechado por innecesario, ya que estaba de más, dado el claro tenor de los Arts. 1 y 5 (Vid. Ballesteros, M. E., *La ley de organización i atribuciones de los tribunales de Chile*. (2 vol.). Imprenta Nacional. Santiago de Chile, 1890, 1 19-23).

los tribunales ordinarios. Pero el hecho de la no creación de los TA<sup>25</sup> no puede significar vacío alguno, ni ha significado tal vacío, pues le corresponde por su naturaleza propia a los tribunales ordinarios, tal como desde 1875 sucede.

Y aun en el supuesto que se pretendiera la existencia de un vacío semejante —que como tal no existe— vacío que estaría constituido por un defecto procesal, el mismo derecho chileno ha previsto que en tal caso al juez no le cabe excusarse de fallar el asunto sometido a su conocimiento, pues igualmente debe conocer y decidir (con Art. 10 inc. 2º) aplicando la equidad, aún en materias de procedimiento (cpc 171 y 170 Nº 5).

Para mucho más da esta luminosa sentencia que hemos tenido el agrado de reseñar, pero excedería largamente la brevedad de una nota de jurisprudencia. Baste concluir señalando una reflexión: qué distinta hubiera sido la historia jurídica chilena, e incluso la historia misma de las instituciones políticas nuestras si hubiera primado en forma mayoritaria desde 1925 adelante la postura que consagra este fallo y la judicatura hubiera comprendido exactamente en toda su propiedad el papel esencial que en un Estado desempeña el juez. Se hubieran evitado, tal vez, tantos males de la práctica parlamentaria, de la práctica administrativa, y esa sensación de indefensión que el administrado fue sintiendo cada vez más frente al actuar omnipotente de la Administración. Pero si hay tiempo para llorar —parafraseando al autor bíblico— también hay tiempo para exultar de alegría y regocijo; y es que también podría decirse entre nosotros —al leer este fallo que hemos recordado, y que esperamos constituya la jurisprudencia constante en el futuro, sin tímideces ni obsecuencias— lo que el humilde molinero Arnold —según cuenta la leyenda<sup>26</sup>— dijera cierta vez a su rey, “sí, pero hay tribunales en Berlín...”.

EDUARDO SOTO KLOSS\*

<sup>25</sup>Del orden general, repetimos, pues de tipo especial los hay y no pocos.

<sup>26</sup>Para quienes la desconozcan, vid. G. Reiriz, *Responsabilidad del Estado*. Eudeba. Buenos Aires. 1969. xv-xviii; en sentido diverso, O. Mayer, *Le droit administratif allemand* (7 vol.). Giard-Brière. Paris, 1903, t 44 nota 4 (45).

\*Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

*Abreviaturas usadas*

AC Acta Constitucional. ACAT Actas Constitucionales. Antecedentes y textos. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1977. CE Consejo de Estado. CN Congreso Nacional. CP Constitución Política. CS Corte Suprema. COT Código Orgánico de Tribunales. DEL Decreto con fuerza de ley. DL Decreto-ley. GT Gaceta de los Tribunales. KB...King's Bench Division. IEO Informe del Presidente de la Comisión de Reforma Constitucional al cumplir un año de trabajo. LOAT Ley de organización y atribuciones de los tribunales. MOFNCP Metas u objetivos fundamentales para la nueva Constitución de la República. PR Presidente de la República. RCHD Revista chilena de derecho. RDJ Revista de derecho y jurisprudencia. RFDCS Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). TA Tribunales Administrativos. TO Tribunales Ordinarios.