

Emilio Pfeffer Urquiaga*

La nulidad de derecho público; tendencias jurisprudenciales

I.- Introducción

Mucho se ha escrito acerca de la nulidad de derecho público en el sistema constitucional y legal chileno, en cuanto a su naturaleza jurídica y sus efectos. No obstante ello, estimamos pertinente volver sobre la materia a fin de poner de relieve el sustancial cambio observado en las tendencias jurisprudenciales más recientes, en especial en cuanto a la prescriptibilidad de los efectos patrimoniales derivados del acto nulo declarado inválido por decisión jurisdiccional.

En cuanto a la naturaleza jurídica, la discusión doctrinaria se ha centrado en determinar si en el sistema chileno la nulidad de derecho público es un caso de inexistencia jurídica, de nulidad de pleno derecho, o de anulabilidad.

Desde el punto de vista del derecho positivo tanto la Constitución de 1833, como las Constituciones de 1925 y 1980, consagran como sanción la nulidad.

En efecto, el artículo 160 de la Constitución de 1833, prescribe:

“Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo.”

Por su parte, el artículo 4 de la Constitución de 1925 establece una norma similar del siguiente tenor:

“Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo.”

* *Profesor de
Derecho
Constitucional
Universidad Diego
Portales*

Por último, la Constitución Política de 1980 dispone al respecto en los artículos 6 y 7 lo siguiente:

“Artículo 6.— Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”

“Artículo 7.— Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

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.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”

Se advierte de las normas transcritas que en el ámbito constitucional, el Constituyente siempre ha denominado la sanción a las normas prohibitivas, como nulidad.

En doctrina se debate si la sanción consiste en una nulidad de pleno derecho o de una nulidad que debe ser declarada (anulabilidad), o si el sistema jurídico chileno consagra, como regla general, que la nulidad debe ser declarada y por excepción que aquella opera de pleno derecho.

Para resolver esta discrepancia es necesario recurrir a los antecedentes históricos, a las opiniones de los autores y a la jurisprudencia tanto judicial, como administrativa.

II.— La nulidad de derecho público en la Constitución de 1833 y en el Código Civil

El artículo 160 de la Constitución de 1833, anteriormente transcrito, fue obra de don Mariano Egaña. Aparece este precepto en su “Voto particular”, presentado el 12 de mayo de 1832, como proyecto de reforma de la Constitución de 1828, a la Gran Convención, de la cual saldría la Constitución de 1833. En el artículo 17 del voto particular se decía:

“Ninguna magistratura, individuo particular o reunión de personas puede atribuirse, ni aun a pretesto de circunstancias extraordinarias, autoridad o derechos que no le estén confiados por la Constitución o la ley. Todo acto en contrario es nulo”.

En un borrador posterior aparece con la adición “de pleno derecho”, la que sería incluida en un texto posterior. No obstante, en el texto definitivamente aprobado tal adición no aparece, quedando simplemente que todo acto en contrario es nulo.

Por su parte, el artículo 158 de la Constitución de 1833, que se refiere a los actos del Presidente de la República, del Senado o la Cámara de Diputados, efectuados a requisición de un ejército, general al mando, reunión del pueblo, sí establecía la nulidad de pleno derecho.

La mayoría de los autores concluye que la nulidad del artículo 158 es diferente de la nulidad del artículo 160, y que sólo en la primera tal nulidad se produciría de pleno derecho, debiendo en el caso del artículo 160 ser declarada.

El Código Civil, vigente desde 1857, al regular el objeto ilícito estableció en el artículo 1462 que hay tal objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público chileno.

A su vez el objeto ilícito produce la nulidad absoluta del acto, la que siempre debe ser declarada.

En cuanto a la prescripción, es importante recordar que el artículo 2497 del Código Civil ha dispuesto que las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo.

Si la nulidad de derecho público por regla general, o siempre como sostienen algunos autores, se produjera de pleno derecho, el artículo 2497 sería no concordante con tal conclusión, en lo referente al Estado y a las municipalidades.

Bajo el imperio de la Constitución de 1833, la Corte Suprema declaró las nulidades de derecho público. Así en sentencia de 7 de julio de 1917 (G. 1917, 2º semestre, Nº 8, p. 18), sentó la doctrina de que son nulos los acuerdos, resoluciones o actos de funcionarios políticos, administrativos, judiciales o de otro orden, sobre asuntos que por ley no están sometidos a su jurisdicción o bajo la esfera de sus atribuciones.

Asimismo, en sentencia de 29 de diciembre de 1924 (R., t. 21, 2ª parte, sec. 1ª, p. 419), estableció que actuaba rectamente el Tribunal que declaró nulo el nombramiento de un notario, hecho por el gobierno constitucional, porque habiendo excedido el Presidente de la República los límites de su mandato, incurrió en la sanción de nulidad del artículo 151 (160).

Cabe señalar que ya en 1921 la Corte Suprema adscribió a la doctrina de que la nulidad o validez de los actos en que interviene una autoridad o poder público no se rige, en general, por las disposiciones del Derecho Privado, salvo en cuanto el legislador se refiera expresamente a ellas (sentencia de 7 de mayo de 1921, R., t. 20, sec. 1ª, p. 305).

III.— La situación bajo la Constitución de 1925

La Constitución de 1925 se refirió a la nulidad de derecho público en los artículos 4, ya transcrito, y en los artículos 23 y 75. El artículo 23, igual que el artículo 158 de la Constitución Política de 1833, establecía lo siguiente:

“Toda resolución que acordare el Presidente de la República, la Cámara de Diputados, el Senado o los Tribunales de Justicia, a presencia o requisición de un ejército, de un jefe al frente de fuerza armada o de alguna reunión del pueblo que, ya sea con armas o sin ellas, desobedeciere a las autoridades, es nula de derecho y no puede producir efecto alguno.”

Por su parte, el artículo 75, similar al artículo 86 de la misma Constitución, ordenaba que:

“Todas las órdenes del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro del departamento respectivo, y no serán obedecidas sin este esencial requisito.”

En torno a los artículos transcritos se desarrolla la controversia doctrinaria que nos ocupa.

El profesor Mario Bernaschina González, tanto en la Cátedra como en la Contraloría General de la República de la que era abogado, propició la tesis de que la nulidad de derecho público era distinta de la nulidad civil, y que tenía un carácter especial.

Sostenía que este carácter especial se concretaba en que por ningún motivo se podía ratificar el acto nulo, que no se sancaba por el transcurso del tiempo, y que no podía producir efecto alguno como acto jurídico estatal desde el momento en que no podía ser imputado al Estado, como ordenamiento jurídico, porque ha sido dictado fuera de ese ordenamiento con infracción de las normas jurídicas. Tal nulidad no era necesario que fuera declarada por la autoridad, salvo las excepciones expresas establecidas por la ley, de manera que antes y después de su declaración, si es que procede y se hace, no puede producir efecto alguno. (Mario Bernaschina G. Bases jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas. Boletín de la Contraloría General de la República. Año 1950. tomo 2, págs. 401 y siguientes). En esa época el Profesor Bernaschina era tributario de la teoría pura del derecho y del Estado de Kelsen.

La jurisprudencia de la Contraloría General de la República siguió en esos años las tesis del profesor Bernaschina.

Así, declaró en el Oficio 13.915, de 1948, que el efecto de la ilegalidad de un contrato municipal celebrado con infracción de disposiciones expresas, es la nulidad, que opera por el solo ministerio de la ley, sin que se requiera la declaración de tribunal ni autoridad alguna. La municipalidad, por esta razón, no está obligada a cumplir el contrato. En el mismo sentido dictámenes contenidos en los Oficios 45.915, de 1949 y 11.770, de 1950.

Los Profesores Enrique Silva Cimma, Patricio Aylwin Azócar, Arturo Aylwin Azócar, Jorge Reyes Riveros, Domingo Hernández Emparanza, Pedro Pierry Arrau, entre otros, han discrepado de que la teoría de la nulidad de derecho público de pleno derecho en el sistema constitucional y legal chileno sea la regla general, derivada del artículo 4 de la Constitución de 1925.

Entre los diversos argumentos que se mencionan están los siguientes: si como corresponde la Constitución debe interpretarse armónica y concordantemente, sólo en el artículo 23 se establece la nulidad de pleno derecho; la tesis contraria conduciría a desconocer el carácter orgánico y formalista del derecho público chileno, el principio de la presunción de validez de los actos de derecho público, la ejecutividad de esos actos, el principio de jerarquía del ordenamiento del Estado, etc. (Enrique Silva Cimma, Tratado de Derecho Administrativo chileno y comparado, tomo sobre actos, contratos y bienes, págs. 143 y siguientes; Jorge Reyes Riveros, Reflexiones y Bases acerca de la nulidad de derecho público, págs. 12 y siguientes).

Bajo la vigencia de la Constitución de 1925 una importante sentencia sobre la materia fue dictada por la Corte Suprema el 24 de septiembre de 1943 (R. T. 41, 2ª parte, sec. 1ª, p. 228). En ella se estableció que en materia administrativa la nulidad de un acto declarado ilegal no opera con efecto retroactivo como en el derecho civil. En el orden administrativo la declaración de ilegalidad de un acto no acarrea la nulidad de los efectos producidos durante el tiempo anterior a la declaración de ilegalidad, pues durante ese tiempo el acto público administrativo se reputa válido y debe cumplirse como tal dentro del principio de la ejecutoriedad de los actos del poder público. La misma doctrina aplica la Contraloría General de la República, bajo la dirección de don Enrique Silva Cimma, a contar de 1959.

IV.- La nulidad de derecho público en la Constitución de 1980

Como hemos expresado anteriormente, la Constitución de 1980 regula en el capítulo de las Bases de la Institucionalidad los principios fundamentales del derecho público chileno, especialmente, aunque no exclusivamente, en los artículos 6 y 7, ya transcritos.

La historia fidedigna del establecimiento de estos artículos, a juicio de algunos autores es contradictoria y no da muchas luces. (Sesiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, números 51, 53, 402 y 411).

No obstante, el Comisionado señor Bertelsen, en la sesión 411, opina que "toda norma jurídica goza de una presunción de validez mientras no haya sido declarada inaplicable o inconstitucional, lo cual, en todo caso, no está a cargo de la autoridad administrativa".

La Comisión acordó mantener la disposición en los términos propuestos (se refiere al artículo 6), pero dejando constancia de la interpretación dada por el señor Bertelsen.

Así, la Comisión acogió, en nuestra opinión, la doctrina de que la nulidad de derecho público, por regla general, debe ser declarada.

El profesor de Derecho Administrativo Eduardo Soto Kloss ha revivido la tesis de la nulidad de pleno derecho (Derecho Administrativo, Tomo II, Págs. 163 y siguientes).

Se funda especialmente en el tenor literal del artículo 7 de la Constitución.

La interpretación gramatical conduciría a afirmar que toda actuación de cualquier órgano del Estado no es válida, sino nula, cuando las personas naturales que actúan en las entidades estatales no poseen la investidura regular correspondiente, o cuando perfeccionan actos al margen de su competencia, o bien cuando no respetan las formas legales.

Sin distinción alguna la contravención es sancionada con la nulidad, lo que importaría que la nulidad lo sería por sí sin necesidad de mayor declaración.

Se trataría, entonces, de una “nulidad ipso jure”, nulidad de derecho público porque el acto de un órgano del Estado ha sido realizado, emitido, dictado contra *constitutionem*, vulnerando, infringiendo, lo que está expresamente prohibido y execrado por la Carta Fundamental, la cual ha impuesto esta nulidad ipso jure en virtud de una *rationne publicae utilitatis*”.

El profesor Jorge Reyes Riveros ha rebatido esta tesis en su monografía citada anteriormente (págs. 18 y siguientes), basado en la interpretación armónica de los preceptos constitucionales, que obliga tener presente, además del artículo 7 de la Constitución, los artículos 6, 12, 21, 35, 80, 83 inciso 2º, y particularmente el artículo 35, todos los cuales conducen a concluir que la nulidad debe ser declarada y que por excepción opera de pleno derecho.

Rebate, asimismo, el argumento histórico fundado en el “Voto particular” de don Mariano Egaña, en la forma expuesta anteriormente.

En suma, sostiene que el solo empleo de la expresión “es nulo”, que emplea el artículo 7, no significa que la nulidad opere de pleno derecho. Cita al ex Contralor General de la República, don Arturo Aylwin Azócar: “Si se entendiese que el acto no nace a la vida del Derecho, nadie tendría derechos sólidos”.

Añade que el desconocimiento de los efectos del acto, legislativo, judicial o administrativo por cualquiera, inclusive por los propios órganos del Estado, produciría una situación caótica y anárquica. Se destruiría una de las bases de un Estado de derecho, cual es el principio de certeza o de seguridad jurídica.

En diversos dictámenes la Contraloría General de la República ha declarado que constituye un deber de la Administración invalidar sus actos irregulares a fin de restaurar la legalidad quebrantada.

Con todo, tal prerrogativa, ha dicho el Órgano de Control, está limitada por la necesidad de mantener la estabilidad de las situaciones jurídicas constituidas y consolidadas al amparo de dichos actos.

Aún más, ha puntualizado que si ha transcurrido un tiempo suficiente para la consolidación de las situaciones jurídicas creadas a partir de los decretos que se pretende invalidar, el Estado está en la obligación de alegar la prescripción adquisitiva en su

favor, estándole vedado renunciar a ella, a menos que un precepto legal lo autorice expresamente al efecto. (Dictámenes de 31 agosto 1994, R.G.J. N° 170, pág. 176 y 5 julio 1995, R.G.J. N° 181, pág. 206).

Por su parte la Corte Suprema ha reiterado el principio de que se proscribe la autotutela administrativa cuando con ella se vulneran los derechos fundamentales de los particulares, toda vez que el acto administrativo se encuentra revestido de presunción de legitimidad por mientras en sede jurisdiccional, de lato conocimiento, no se demuestre lo contrario. (C. Suprema, 12 agosto 1993, R.G.J. N° 158, pág. 63).

También nuestros tribunales han reconocido explícitamente el principio de que la nulidad de derecho público debe ser declarada judicialmente, especialmente atendido lo dispuesto en el N° 3, del artículo 19 de la Constitución, a fin de otorgarle al afectado las garantías del debido proceso. (C. Suprema, 25 marzo 1995, R.G.J. N° 177, pág. 50. C. Santiago, 2 mayo 1996, R.G.J. N° 191, pág. 79).

Con todo, cabe señalar que en algún momento nuestros tribunales han resuelto que tratándose de vicios incurridos en actos de carácter administrativo la sanción de nulidad está regida por el Derecho Público y no por el Código Civil, y que dicha nulidad se produce ipso iure, sin necesidad de declaración judicial, siendo además imprescriptible e irrenunciable. (Corte de Valparaíso, sentencia de 1 de abril de 1993, en R.G.J. N° 159, pág. 180).

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 2 de mayo de 1996, de oficio decretó la nulidad de derecho público del D.S. N° 1.726, reglamentario de los incisos 2° y 3° del artículo 1° del D.L. 77, de 1973, en cuanto autoriza a confiscar bienes de personas naturales, en circunstancias que la norma legal sólo se refería a grupos. (Véase, R.G.J. N° 190, pág. 64).

En otras sentencias se ha dicho que la nulidad de derecho público se sujeta a los principios y normas de la Constitución y no es calificable por tanto de absoluta o relativa, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1681 y siguientes del Código Civil.

También han sentenciado que la acción de nulidad de derecho público está afectada al plazo de prescripción extintiva que señala el artículo 2515 del Código Civil. (Véase, R.G.J. N° 169, pág. 68).

En cuanto a los efectos de la nulidad la Corte Suprema en sentencia de 9 de julio de 1993 ha declarado que se ajusta a derecho invalidar los actos que no se ajustan al ordenamiento vigente a la fecha de su emisión, con la limitante en favor de los terceros, respecto de sus derechos adquiridos, cuando dichos actos han producido efectos en el tiempo intermedio. (Véase, R.G.J. N° 159, pág. 180; en igual sentido sentencia de la C. Suprema, 8 mayo 1995, R.G.J. N° 179, pág. 56).

V.- La nulidad debe ser declarada

Si bien es cierto que en la década de los cuarenta y cincuenta sostener que la nulidad de derecho público se producía siempre de pleno derecho, lo que era concordante con la doctrina de la imputabilidad al Estado de Kelsen, el propio Kelsen, posteriormente, hubo de reconocer que, tanto en la cúspide del ordenamiento jurídico, la aprobación de la Constitución (voluntad del Constituyente como norma primordial), cuanto en la base de ese ordenamiento, acto jurídico, acto legislativo, sentencia, acto administrativo, hay una expresión del ser, de voluntad y, por lo tanto, habiendo tal declaración de voluntad, ésta puede estar afectada por vicios del consentimiento, lo que obliga a una instancia jurisdiccional a establecer la existencia de tal vicio, por lo que esa nulidad debe ser declarada.

Del mismo modo, también Hermann Heller, en su Teoría del Estado, llamó la atención de que la Constitución del Estado, no es sólo la normada jurídicamente, sino también comprendía la Constitución la normalidad, es decir el ser, y lo extrajurídicamente normado por la costumbre la moral, etc. La normalidad de un acto estatal expresa que el acto estatal es válido, a menos que sea declarado nulo, pues sólo así se puede cumplir el principio de la certeza o seguridad jurídica.

De otro lado, no habría costumbre constitucional si la nulidad fuera por regla general de pleno derecho.

Sólo así también se justifica la delegación de facultades legislativas en Chile antes de la reforma constitucional de 1970, estando vigente el artículo 4 de la Constitución de 1925.

En nuestra opinión, bajo el imperio de la Constitución Política de 1980, la nulidad de derecho público debe por regla general ser declarada. Sólo se produce de pleno derecho en los casos en que la Constitución o la ley así lo establecen expresamente.

Para algunos el único caso en que la Constitución contemplaría la nulidad de pleno derecho sería el del artículo 35, que dispone:

“Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito.

Los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley.”

Cabe observar que en este caso la sanción que la Constitución ha previsto es la liberación de responsabilidad por faltar al deber de obediencia, transformándolo en la obligación contraria, es decir, no obedecer.

A diferencia entonces del artículo 23 de la Constitución Política de 1925, no se dice expresamente que el acto es nulo de derecho y no produce efecto alguno.

Si la Constitución Política de 1925 hubo de señalar expresamente en este caso que el acto era nulo de derecho y no producía efectos, era lógica y racionalmente, porque la regla general del artículo 4, hoy 7 de la Constitución de 1980, requería declaración y producía plenos efectos mientras no se efectuare tal declaración. Incluso en el caso del artículo 35, la firma del Ministro puede convalidar el acto, lo que no sería posible si es que se estima que fuere nulo de derecho.

Es lícito preguntarse el porqué la Constitución de 1980 no contempló un artículo similar al artículo 23 de la Constitución Política de 1925.

En nuestra opinión no es porque el Constituyente aceptara que toda nulidad de derecho público se produce ipso jure y el artículo estaba demás, sino que por razones políticas y jurídicas ya no era necesario, habida cuenta la proximidad del pronunciamiento militar, y las atribuciones otorgadas al Consejo de Seguridad Nacional, de representar, hoy hacer presente, los actos que, a su juicio, atenten gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o puedan comprometer la seguridad nacional.

Como lo ha expresado el ex Senador don Sergio Diez, en Conferencia dada en la Academia Diplomática, la intervención del Consejo de Seguridad Nacional es una instancia que permite evitar o reparar tales actos. Si no existiera la facultad de invalidación, por ser el acto nulo de derecho, no tendría sentido jurídico tal "hacer presente" del Consejo de Seguridad Nacional.

Además de los antecedentes históricos, ya expuestos, la opinión de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que deja constancia interpretativa de la afirmación del Comisionado señor Bertelsen, en el sentido de que los actos se presumen válidos, es menester tener presente que la Constitución o la ley han previsto los procedimientos para la declaración de nulidad o validez de los actos estatales. Si la nulidad se produjera de pleno derecho el alcance de tal declaración se limitaría a comprobar la existencia de la nulidad y los efectos de ella no serían especialísimos, sino similares a los de la nulidad absoluta del Derecho Civil.

Así, por ejemplo, en la reclamación que el artículo 12 de la Constitución de 1980 consagra contra el acto administrativo que priva o desconozca la nacionalidad chilena, si la interposición del recurso suspende los efectos del acto o resolución impugnada, es porque tal acto ha producido y sigue produciendo efectos válidos, ha existido y es eficaz.

De otra parte, en el artículo 21, recurso de amparo, se permite que la Corte de Apelaciones ordene reparar los defectos legales de la detención, es decir, corrija el vicio, convalide el acto.

Mientras que en el artículo 80, sobre inaplicabilidad de la ley por inconstitucionalidad, la sentencia produce sólo efectos relativos, para el caso, y mantiene la ley impugnada su validez general.

Finalmente, en relación con los actos administrativos la Constitución en su artículo 38 permite impugnar los actos de los funcionarios a las personas lesionadas, y la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado establece los recursos de reposición y el recurso jerárquico, a través de los cuales se puede invalidar el acto por la propia administración.

De todo ello se sigue que si la nulidad se produjere de pleno derecho serían ineficaces estos recursos.

La Constitución, el Código Orgánico de Tribunales, los Códigos y leyes de procedimiento permiten corregir actuaciones nulas dentro del propio procedimiento, si la nulidad del acto procesal fuera de pleno derecho, tal convalidación o corrección no sería posible.

Debemos concluir entonces, que los actos legislativos, judiciales y administrativos afectos a algún vicio no están sujetos a la nulidad de pleno derecho, sino que aquella debe ser declarada.

De allí pues que la nulidad ipso jure sólo se produce cuando la Constitución o la ley la establecen expresamente, como en el caso del artículo 83, inciso 2º, en que el Constituyente ha señalado que el decreto supremo impugnado por inconstitucionalidad quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal Constitucional que acoja el reclamo.

VI.— Efectos de la nulidad de derecho público.

En nuestra opinión, en el caso de que la nulidad opera por disposición de la Constitución o de la ley de pleno derecho, los efectos de tal nulidad se producen desde su realización y todos los actos posteriores son también nulos. No obstante, aun en este caso, los efectos de la nulidad no pueden afectar a los terceros de buena fe. El Estado, en tal caso, deberá indemnizar perjuicios, si los hubiere, en tanto no sea procedente la prescripción.

Asimismo, estimamos que si la nulidad debe ser declarada, regla general, el acto es nulo a partir de la sentencia que lo declare. Los actos intermedios entre la realización del acto y la sentencia son válidos y producen plenos efectos, a menos que haya fuerza o dolo del gobernado o administrado directamente afectado por el acto.

Para arribar a tal conclusión nos fundamos en la presunción de validez del acto estatal, por ser un acto organizado y formal, en el principio de la ejecutividad de esos actos, en la organización jerárquica del Estado, en la buena fe con que el Estado debe actuar en relación con los gobernados o administrados, en que la seguridad jurídica es un elemento del bien común que el Estado persigue, en el respeto a los derechos adquiridos, según los casos.

Se sigue de lo expuesto que jamás la declaración de nulidad del acto puede afectar a terceros de buena fe.

VII. Tendencias jurisprudenciales

En cuanto a la normativa que rige la nulidad de derecho público, la Corte Suprema ha sostenido que, tratándose de vicios incurridos en actos de carácter administrativo, la sanción de nulidad está regulada por el Derecho Público y no por el Código Civil, tanto por el origen del vicio, como por el bien jurídico que cautela. De modo que las reglas de derecho común no pueden tener aplicación sino cuando las normas del derecho público se remiten a ellas, o cuando la naturaleza de la institución admita que el derecho público se integre con normas comunes. (C. Suprema, 27 octubre 1998, R.G.J., N° 220, pág. 70. R.D.J., t. 95, sec. 1ª, pág. 175; C. Suprema, 5 diciembre 2000, R.D.J., t. 97, sec. 1a., pág. 226).

Asimismo, que según la recta doctrina establecida por la Contraloría General de la República, se ajusta a derecho invalidar los actos que no se ajustan al ordenamiento vigente a la fecha de su emisión, con la limitante en favor de los terceros, respecto de sus derechos adquiridos cuando dichos actos han producido efectos en el tiempo intermedio.

Igualmente que la nulidad se produce ipso iure, pero que requiere, sin embargo, de declaración judicial. En una primera época, además, se ha reconocido la imprescriptibilidad de la acción para reclamar la correlativa indemnización de los daños producidos por el acto nulo. (C. Suprema, 9 julio 1993, R.G.J., N° 159, pág. 180).

Específicamente, en cuanto al carácter ipso iure de ella, se ha sostenido que la nulidad de derecho público opera de pleno derecho y que al juez sólo le cabe constatar su existencia, por lo cual nada obsta a que pueda ser declarada unilateralmente por la Administración, de modo tal que las resoluciones administrativas viciadas, aun parcialmente, no tienen la virtud de generar un derecho subjetivo que efectivamente se incorpore en el patrimonio del administrado. (C. Santiago, 17 junio 1999, R.G.J., N° 228, pág. 68; C. Santiago, 11 junio 1999, R.G.J., N° 228, pág. 65; C. Santiago, 31 enero 2001, R.G.J., N° 248, pág. 205).

De otra parte, tal especie de nulidad no puede ser saneada de manera alguna ni menos convalidarse por el mero transcurso del tiempo. De lo que se sigue que la acción para impetrarla es imprescriptible, ya que nunca podría el solo transcurso de los años devenir fuente de un derecho que *ab initio* no lo fue, lo que excluye la procedencia de la prescripción extintiva de la potestad anulatoria. (C. Santiago, 31 enero 2001, R.G.J., N° 248, pág. 205).

Sin perjuicio de lo anterior, fundándose en consideraciones de debido proceso, se ha asentado la tesis de que debe ella ser declarada por los tribunales ordinarios, de lo que

se sigue que ella debe ser alegada ante los tribunales de justicia. (C. Suprema, 25 marzo 1995, R.G.J., N° 177, pág. 50; C. Santiago, 2 mayo 1996, R.G.J., N° 191, pág. 79. R.D.J., t. 93, sec. 5a, pág. 186).

Para tales fines la judicatura ordinaria dispone de plena jurisdicción para pronunciarse sobre la nulidad de un acto administrativo, así como respecto de las consecuencias, patrimoniales y otras, que se desprendan de tal nulidad. Tal conclusión ha sido reconocida no sólo por la doctrina y jurisprudencia, sino que emana además de la intención o espíritu con que fue reformada la Constitución en 1989. (C. Santiago, 4 julio 1994, R.G.J., N° 169, pág. 68).

Es por lo anterior que se ha desestimado la excepción de falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios para conocer de causas contencioso-administrativas, fundada en el artículo 38 de la Constitución Política, atendido lo dispuesto en el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales que les otorga competencia para conocer de todos los asuntos jurisdiccionales del orden temporal que se promuevan dentro del territorio de la República. (C. Santiago, 11 junio 1999, R.G.J., N° 228, pág. 65).

Tan claro es lo anterior, que reiteradamente se ha desestimado la excepción de incompetencia absoluta, reconociéndose que los tribunales de justicia son los competentes para conocer y resolver sobre acciones de nulidad de derecho público deducidas contra decisiones de autoridades administrativas, por lo que no cabe acoger como dilatoria la excepción de incompetencia absoluta promovida, en cuanto lo sostenido como fundamento de ella apunta a una materia de fondo como lo es la falta de jurisdicción, que debe resolverse en la sentencia definitiva. (C. Santiago, 17 octubre 2001, R.G.J., N° 256, pág. 86).

A partir de 1989, se puede afirmar, es punto pacífico que la nulidad de un acto administrativo puede ser declarada por los tribunales ordinarios, que han asumido el conocimiento de las materias contencioso-administrativas y en tal virtud pueden declarar la ilicitud de dichos actos y disponer las medidas reparatorias pertinentes. (C. Suprema, 11 noviembre 1998, R.G.J., N° 221, pág. 84).

Tal acción de nulidad debe ventilarse ante el juzgado de letras correspondiente al domicilio del demandado y en un juicio de lato conocimiento. (C. Suprema, 5 octubre 1999, R.G.J., N° 232, pág. 94. R.D.J., t. 93, sec. 5a, pág. 172).

En este sentido reiterados fallos han declarado que el tribunal establecido por la ley para el juzgamiento de la acción de nulidad de derecho público, es el de letras en lo civil territorialmente apto. Así se infiere de la correlación armónica entre los artículos 73, 74 y 38, inciso 2° de la Constitución, en relación con los artículos 2° y 8° de la ley N° 18.575 y 5°, inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales. (C. Santiago, 7 agosto 2000, R.G.J., N° 242, pág. 88).

En tal sentido, por ejemplo, son varios los casos en que se ha acogido la impugnación de decretos supremos conculcatorios del dominio, sosteniéndose que ellos represen-

tan virtualmente una sentencia confiscatoria, emanada de un órgano absolutamente incompetente, de manera que en tales casos se ha configurado una asunción ilegal de funciones, lo que ha resultado suficiente para calificar de nulos los referidos actos administrativos.

Son particularmente evidentes los casos en que se ha decretado de oficio la nulidad de derecho público del D.S. N° 1.726, reglamentario de los incisos 2° y 3° del artículo 1° del D.L. 77, de 1973, en cuanto autoriza a confiscar bienes de personas naturales, en circunstancias que la norma legal sólo se refería a grupos. (C. Santiago, 2 mayo 1996, R.G.J., N° 190, pág. 64. R.D.J., t. 93, sec. 5ª, pág. 186).

Así, se ha sentenciado que el traspaso de dos automóviles al Estado, por aplicación del D.L. N° 77/73, es constitutivo de una confiscación y no de expropiación, única excepción al derecho de propiedad, que conlleva la obligación de indemnizar. (C. Santiago, 30 diciembre 1999, R.G.J., N° 234, pág. 67. R.D.J., t. 97, sec. 5ª, pág. 185; C. Santiago, 27 abril 1998, R.G.J., N° 214, pág. 78).

Con ocasión de tales sentencias, los tribunales ordinarios han planteado que tratándose de una nulidad de Derecho Público, en la que se implican no sólo el interés privado del actor, sino también el de la sociedad, no cabe aplicar las normas de Derecho Privado en materia de prescripción, declarando, por tanto, que la acción de nulidad de derecho público carecería de significado y eficacia para los particulares si éstos no conservaran su derecho a reivindicar el bien que les pertenece y a ser indemnizados. (C. Suprema, 21 julio 1998, R.G.J., N° 217, pág. 77).

Tal tendencia jurisprudencial, sin embargo, ha sido revertida por sentencias más recientes en las cuales se acoge la prescripción de la pretensión indemnizatoria de los efectos o daños patrimoniales derivados del acto nulo, como luego se explicará.

Cabe en todo caso prevenir, en cuanto al ámbito de las actuaciones estatales que son susceptibles de anular en ejercicio de esta acción de nulidad de derecho público, que invariablemente se ha estimado improcedente su ejercicio en el ámbito jurisdiccional. El criterio en esta materia ha sido que en estas situaciones sólo pueden tener cabida las nulidades procesales, lo que se conforma con la naturaleza propia de la función judicial y las características de las actuaciones que se llevan a cabo en su ejercicio y que hacen que la institución de las nulidades procesales tenga una fisonomía propia y singular en el amplio campo de la teoría de nulidad de las actuaciones de los órganos estatales, que sanciona la infracción de las normas constitucionales conducentes al cabal cumplimiento del principio de legalidad que deben observar dichos organismos. (C. Suprema, 10 julio 2001, R.G.J., N° 253, pág. 74. R.D.J., t. 98, sec. 5ª, pág. 177; C. Suprema, 29 agosto 2000, R.D.J., t. 97, sec. 1ª, pág. 157).

Específicamente en lo que atañe a la aplicación de la normativa de prescripción prevista para el derecho común, tal como se señaló, la tendencia jurisprudencial en esta materia ha variado radicalmente.

En una primera época el criterio uniforme de nuestros tribunales se inclinaba por la imprescriptibilidad, tanto de la acción de nulidad de derecho público como de la pretensión indemnizatoria que iba envuelta en su ejercicio. Para ello se consideraba, por encontrarse implicado no sólo el interés privado del actor, sino también el de la sociedad, en cuanto las actuaciones de los poderes públicos no pueden transgredir el Estado de derecho, forzoso era admitir que las reglas del derecho común no podrían tener aplicación supletoria en esta materia, la que indudablemente no correspondía invocar cuando de lo que se trata con ella es de sancionar la posible omisión en que habría incurrido el actor al demorar el inicio del juicio, porque para alcanzar semejante efecto se requeriría de una norma expresa que impidiera ejercerla, tal como el artículo 1683 priva, por saneamiento, de la acción de nulidad común; en consecuencia, al no existir una norma que declarase prescriptible esta acción no era procedente extender analógicamente el alcance de los artículos 2497, 2514, 2515 y 2520 del Código Civil a un caso en que la naturaleza de los hechos guarda cierta semejanza con aquéllos previstos en las normas citadas, pues ello importaría que los jueces hubiesen creado la norma por la cual se sancionaría al actor. (C. Suprema, 20 noviembre 1997, R.G.J., N° 209, pág. 67. R.D.J., t. 94, sec. 1ª, pág. 126; C. Santiago, 18 julio 2000, R.G.J., N° 241, pág. 83).¹

En este mismo sentido otra sentencia asentaba el principio de que la nulidad de derecho público no puede sanearse ni siquiera por el transcurso del tiempo, atendida la incompatibilidad entre los parámetros que la informan y los que subyacen en la prescriptibilidad que se hace valer, inmersa en el ámbito del derecho privado. (C. Santiago, 7 agosto 2000, R.G.J., N° 242, pág. 88; C. Santiago, 17 junio 1999, R.G.J., N° 228, pág. 68).

Justificando el criterio anotado, se insiste por nuestros tribunales que la nulidad de derecho público difiere de la nulidad de derecho privado, ya que esta última rige situaciones producidas entre particulares o entre éstos y el Estado, cuando el Estado actúa como Fisco, dentro del ámbito del derecho privado. Agregándose que la nulidad de derecho público no puede sanearse, pues no hay forma de hacer desaparecer el vicio que afecta el acto nulo, y de ello se deriva que la acción para pedir su declaración sea imprescriptible. (C. Suprema, 5 julio 1999, R.G.J., N° 229, pág. 72. R.D.J., t. 97, sec. 5ª, pág. 83).

En otra sentencia se sostuvo que es el Estado quien privó del dominio de un bien a la demandante y es el mismo Estado quien, habiéndose declarado nulos los actos administrativos, que dispusieron tal privación, debe proceder a la reparación, sin que pueda aplicarse, a esa obligación de reparar, las normas sobre prescripción extintiva, pues emana de una nulidad de derecho público y no de una de derecho privado. (C. Suprema, 19 abril 2000, R.G.J., N° 238, pág. 56. R.D.J., t. 97, sec. 5ª, pág. 83).

¹ En un voto de minoría se señalaba que la acción de nulidad de derecho público está afecta al plazo de prescripción extintiva que señala el artículo 2515 del C. Civil. (C. Santiago, 4 julio 1994, R.G.J. N° 169, pág. 68.)

Se insistía, en esta primera época, que la acción de nulidad de derecho público protege tanto los intereses de la actora en relación con la juridicidad de los actos administrativos, cuando el de la sociedad, por lo que le es aplicable el derecho público, que no consulta su prescripción ni posibilidad de saneamiento por el transcurso del tiempo. (C. Santiago, 11 junio 1999, R.G.J., N° 228, pág. 65; C. Suprema, 12 agosto 1999, R.G.J., N° 230, pág. 57).

La tendencia jurisprudencial referida, en cuanto estima imprescriptible el derecho a ejercer la acción de nulidad de derecho público, cambiará radicalmente, como se observa de las sentencias que luego se compulsan, las cuales formulan una clara distinción entre la acción –cuyo ejercicio sigue siendo imprescriptible– y la pretensión indemnizatoria que, sin embargo, sí se extingue por el transcurso del tiempo.

En tal sentido se afirma que la acción de indemnización de perjuicios derivada del acto nulo, en cuanto tiene su fundamento en el inciso 2° del artículo 38 de la Constitución, es prescriptible. (C. Suprema, 5 julio 1999, R.G.J., N° 229, pág. 72).

En otro fallo se señala que la acción dirigida a obtener la restitución del valor de bienes muebles confiscados tiene un carácter patrimonial y privado, por lo que prescribe conforme a los artículos 2515 y 2517 del Código Civil. Tal es así porque la acción para obtener indemnización de perjuicios, a consecuencia de un decreto supremo nulo, incide en un derecho subjetivo privado y, por tanto, se rige por la norma sobre prescripción del artículo 2332 del Código Civil. En otras palabras, los derechos de carácter patrimonial y privado están sujetos a extinción por el simple transcurso del tiempo, aun cuando su fuente se encuentre en una nulidad de derecho público. (C. Santiago, 2 diciembre 1999, R.G.J., N° 234, pág. 71).

Invocando consideraciones de seguridad jurídica se sostiene también la prescriptibilidad de los efectos patrimoniales del acto nulo. En efecto, se ha dicho que la prescripción, atendida la seguridad jurídica que es su fundamento y objetivo, debe aplicarse también en el ámbito del derecho público, a menos que exista una disposición en contrario, por lo que la infracción que se pretendía sancionar se encuentra prescrita. (C. Santiago, 11 agosto 2000, R.G.J., N° 242, pág. 97. R.D.J., t. 97, sec. 7ª, pág. 173. En el mismo sentido, C. Suprema, 11 noviembre 1998, R.G.J., N° 221, pág. 84).

En otros fallos se recurre a la tesis de ausencia de una sistemática jurídica que regule alguna suerte de imprescriptibilidad adquisitiva, por lo que entrar a consagrarla conllevaría a forzar los textos jurídicos y conduciría a un germen de degradación de la sistemática imperante.

Tal es así porque la norma del artículo 7° de la Constitución, en que se hace descansar la presunta imprescriptibilidad adquisitiva es similar a la del artículo 10 del Código Civil, y establecen idéntico tratamiento para los actos que contravengan las prohibiciones legales.

La afirmación de que no cabe aplicar en materia de derecho público normas de derecho privado, a falta de un texto legal específico, resulta carente de toda sustentación en la sistemática jurídica nacional. (C. Santiago, 18 enero 1999, R.G.J., N° 223, pág. 97. C. Santiago, 5 julio 2001, R.G.J., N° 253, pág. 94. R.D.J., t. 98, sec. 2ª, pág. 77. C. Suprema, 7 noviembre 2000, R.G.J., N° 245, pág. 17).

En síntesis, nuestros tribunales se han uniformado en el criterio de que la acción de nulidad de derecho público es imprescriptible, por no poder aplicársele las normas generales de derecho privado sobre prescripción de las acciones al no existir disposición alguna que consagre lo contrario. Pero no ocurre lo mismo con las acciones reivindicatorias, restitutorias o de indemnización de perjuicios que se hacen derivar de la acción de nulidad de derecho público, por cuanto dicen relación con aspectos materiales y patrimoniales, que caen en el campo del derecho privado y, por lo tanto, deben regirse por los artículos 2514 y 2515 del Código Civil.