

# LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA CONSTITUCION POLITICA DE 1980. COMPE- TENCIA DEL PODER JUDICIAL HASTA LA DICTACION DE LA LEY

PEDRO PIERRY ARRAU

Profesor de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho - Universidad Católica de Valparaíso

## SUMARIO

I. Paralelo entre el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política de 1980 y el artículo 87 de la Constitución Política de 1925. 1. En lo que respecta a la ubicación del precepto dentro de la Constitución. 2. Competencia de los tribunales administrativos. 3. Requisitos del actor. 4. Responsabilidad. II. Competencia de los tribunales ordinarios para conocer actualmente de la actividad administrativa. 5. Asuntos administrativos de que conocen los tribunales ordinarios en virtud de texto expreso. 6. Asuntos administrativos entregados al conocimiento de tribunales especiales. 7. Asuntos administrativos conocidos tradicionalmente por los tribunales ordinarios sin texto expreso. 8. Nuevo criterio jurisprudencial. III. Referencia al recurso de protección: 9. Contra actos administrativos. 10. En relación a la actividad de ejecución sin acto administrativo previo. 11. En relación a la actividad de ejecución de actos administrativos legales. 12. Omisiones ilegales.

La Constitución Política de 1980, al igual que la de 1925, contempla la existencia de los tribunales contencioso administrativos y, al igual que la anterior, señala que éstos serán determinados por la ley. En atención a que necesariamente habrá de transcurrir cierto tiempo entre la fecha de entrada en vigencia de la Constitución Política y la de la dictación de la mencionada ley —tiempo que esperamos sea breve—, se hace necesario determinar cuál será la situación de lo contencioso administrativo durante ese

período. En particular interesa establecer si la situación será diversa de aquella producida durante la vigencia de la Constitución Política de 1925 y en el caso que no lo sea o que sólo se trate de diferencias secundarias, cuál es precisamente esa situación.

## I. PARALELO ENTRE EL ARTÍCULO 38 INCISO SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1980 Y EL ARTÍCULO 87 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1925

### 1. *En lo que respecta a la ubicación del precepto dentro de la Constitución*

El precepto que contempla la existencia de los tribunales administrativos está ubicado en un capítulo diferente en la Constitución Política de 1980. Este se encuentra actualmente en el capítulo correspondiente a las Bases Generales de la Administración del Estado y no en el capítulo referente al Poder Judicial como ocurría anteriormente. A nuestro juicio esta diferente ubicación no implica una diferencia de importancia, ya que no por el solo hecho de contemplarse los tribunales contencioso administrativos en un capítulo diferente al del Poder Judicial, significa que ellos serán independientes de ese Poder del Estado, vinculados sólo a través de la superintendencia directiva, correccional y económica.

El legislador podrá optar libremente dentro de la vasta gama de posibilidades que le ofrece el derecho comparado y la doctrina al organizar los tribunales contencioso administrativos. La única limitación que tendrá será que no podrá ser juez contencioso administrativo el juez común en primera instancia; limitación que existía también en la Constitución de 1925, que al igual que la de 1980 expresamente señala que habría tribunales contencioso administrativos.

La ley podrá elegir entre diversas alternativas, las que básicamente pueden dividirse entre aquellas que contemplan la existencia de una jurisdicción administrativa independiente —sin perjuicio de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema— o las que vinculan los tribunales contencioso administrativos al Poder Judicial. Entre las primeras y sólo

a título de ejemplo, tenemos las de un tribunal administrativo único contemplada en el proyecto Koch del año 1929; la de un tribunal único, pero con uno de sus miembros como tribunal unipersonal de primera instancia, contemplada en el proyecto Juliet de 1954; la variante de la primera propuesta en el informe de la Tercera Comisión del Congreso Nacional de Abogados Chilenos de 1965; tribunales de primera instancia en ciertas materias y tribunal superior en segunda y única instancia, de acuerdo al proyecto del Gobierno presentado en 1958, o al sistema francés, utilizado con variantes en varias partes del mundo.

Las alternativas de organizar un contencioso administrativo vinculado al Poder Judicial también son múltiples; por ej., salas especializadas de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, como en España; salas especializadas en las Cortes de Apelaciones como tribunal de primera instancia y Corte Suprema como tribunal de segunda instancia; juez unipersonal especializado en primera instancia y salas especializadas en las Cortes de Apelaciones; juez de primera instancia especializado y Cortes Contencioso Administrativas en segunda instancia, pero sometidos a la Corte Suprema a través del recurso de casación. Quizás la solución más simple sea la de establecer dentro del Poder Judicial, Juzgados Contencioso Administrativos en primera instancia en la forma utilizada para los Juzgados de Menores, entregando la segunda instancia a las Cortes de Apelaciones<sup>1</sup>.

## 2. Competencia de los tribunales administrativos

Al crearse los tribunales contencioso administrativos que señala la Constitución, será imposible excluir de la competencia de los tribunales ordinarios el conocimiento de algunos asuntos administrativos, a pesar de no haberse limitado específicamente la competencia de los tribunales contencioso administrativos. Las materias de carácter administrativo están tan entremezcladas con aquellas que no lo son; es tan tenue la línea que separa la actividad de la Administración regida por el derecho público de aquella regida

<sup>1</sup> Sobre la materia: Pedro Pierry Arrau, *Control jurisdiccional de la Administración*, en Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas 24 (1974).

por el derecho privado, es tan difícil distinguir entre actividad privada y actividad administrativa en ciertos casos, que la doctrina moderna del derecho administrativo no ha podido precisar con claridad ambos conceptos. Basta con mencionar que la competencia del juez administrativo está íntimamente ligada a la actividad de los servicios públicos, concepto que es muy difícil de precisar; especialmente por la considerable actividad del Estado en que se utilizan procedimientos de derecho común. ¿Qué juez será competente, por ejemplo, para conocer de los litigios a que diera lugar la actividad del Canal de Televisión de la Universidad Católica de Valparaíso, que es una corporación de derecho público, de acuerdo con la ley?

Por otra parte, la justificación misma de los tribunales contencioso administrativos está en razones de carácter práctico muy precisas y no en argumentos históricos o doctrinarios como la separación de los poderes del Estado. La existencia de una jurisdicción administrativa se justifica en la posibilidad de aplicar a ciertas actividades un derecho distinto de aquel que regula la actividad de los particulares, aplicado por jueces especializados en administración pública y derecho administrativo, que tendrán el criterio y conocimiento suficientes para desarrollar las normas de control de la Administración, conjugando dos intereses aparentemente contrapuestos, cuales son los derechos de los particulares y el interés público que preside toda la actividad administrativa.

La competencia de los tribunales contencioso administrativos está en directa relación con los recursos que se establezcan para interponer ante éstos. En líneas generales y siguiendo a Auby y Drago<sup>2</sup>, éstos pueden clasificarse en la siguiente forma:

A. El contencioso de la legalidad o contencioso objetivo en el que el juez debe apreciar un acto jurídico o material en relación con una regla de derecho o una norma. Lo ordinario será el estudio de la conformidad del acto con la norma, pero también puede referirse a su sentido y alcance.

Dentro de este contencioso y, ahora, según los poderes del juez, pueden distinguirse:

<sup>2</sup> J. M. Auby - R. Drago, *Traité de Contentieux Administratif* (3 vol.) L.G.D.J. París. 1962. Tomo II, N° 939.

a) Poderes limitados a una simple declaración sobre la legalidad de un acto administrativo, su significación o alcance.

b) Facultad de pronunciar la anulación del acto. Se trata aquí del recurso de nulidad.

c) Posibilidad de pronunciar la anulación y substituir su decisión a aquella anulada.

d) La posibilidad de aplicar sanciones con ocasión de la constatación de la desconformidad de determinados actos a la regla de derecho. Es el contencioso de la represión.

B. El contencioso de los derechos, que equivale al contencioso subjetivo.

En éste el juez resuelve acerca de la existencia, el contenido o los efectos de derechos subjetivos, o si se les ha lesionado. Se trata aquí, fundamentalmente, del contencioso de los contratos y del de la responsabilidad.

En relación con los recursos mencionados anteriormente, el legislador tiene también muchas opciones, pudiendo, incluso, entregar sólo el contencioso de la legalidad al conocimiento de los tribunales contencioso administrativos y dejar el contencioso de los derechos dentro de la competencia de los tribunales ordinarios.

Existe sí una limitación para la ley, que proviene del texto del artículo 38 de la Constitución y consiste en que aquello que constituye precisamente lo característico de lo contencioso administrativo, el recurso de nulidad, encaminado a obtener un pronunciamiento que implique la anulación del acto impugnado y también la substitución de la decisión anulada por la del juez, sólo puede entregarse a los tribunales especiales que se contemplan. Esto es lo único específicamente contencioso administrativo y que en ningún caso puede tener el carácter de causa civil.

Como se señalaba, en todos los países donde existen tribunales administrativos, el Poder Judicial conserva competencia para conocer de algunas materias administrativas. Esta competencia varía de país a país, siendo en algunos más amplia y en otros más restringida. Sin embargo, en todos ellos el recurso de nulidad de los actos administrativos o recurso por exceso de poder, como se le denomina en Francia, es en principio privativo de la jurisdicción administrativa.

A nuestro juicio la Constitución Política de 1980, al igual que la de 1925, contempla la misma situación, que deja fuera de la

competencia de los tribunales ordinarios solamente el recurso de nulidad, ya que es el único que, necesariamente, habrá de quedar dentro de la competencia de los tribunales contencioso administrativos que se creen. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de que la ley pueda ampliar la competencia de estos tribunales.

Este punto es de gran importancia para establecer cuál es la competencia actual de los tribunales ordinarios, mientras no se creen los tribunales contencioso administrativos, como se explicará más adelante.

### 3. *Requisitos del actor*<sup>3</sup>

Es en esta materia, quizás la única, donde se aprecia una diferencia entre la nueva disposición constitucional y la de 1925; diferencia que en todo caso no afecta para nada la situación transitoria mientras no se dicte la correspondiente ley.

Teóricamente pueden concebirse en el recurso de nulidad tres posibilidades acerca de los requisitos del actor, como señala André de Laubadère.

A. Podría aceptarse que cualquiera persona pudiera atacar cualquier acto administrativo; todo ciudadano sería apto para defender la legalidad. En este caso estaríamos en presencia de una "acción popular".

Aun cuando se señala que el recurso de nulidad es un recurso objetivo, un proceso seguido a un acto, no importando, por lo tanto, verdaderamente, la persona del actor, ésta no ha sido la solución adoptada como regla general por los diversos países donde este recurso existe. Se ha tratado de evitar, como señalan varios autores, que la proliferación de acciones de nulidad ante los tribunales paralicen al juez administrativo y transformen en ilusorio el control que puede ejercer sobre la Administración.

B. Una segunda posibilidad sería la de exigir un interés por parte del recurrente en obtener la anulación del acto. Esto significa que el acto atacado debe tener incidencia en alguna forma en su

<sup>3</sup> Sobre la materia: Pierry Arrau, *El recurso de nulidad*, en lo Contencioso Administrativo. EDUVAL. Valparaíso. 1976.

situación personal, la que se encontraría mejorada si el acto desapareciera. Esta noción de interés, sin embargo, puede admitir diversas graduaciones, las que, generalmente, han sido precisadas por la jurisprudencia.

C. Exigir que el reclamante —para utilizar el término de la Constitución Política— invoque un derecho subjetivo violado por el acto administrativo ilegal, acercando de este modo el recurso de nulidad al contencioso subjetivo.

La Constitución Política de 1980 ha optado por esta última solución al disponer que podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos, “cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades”. De acuerdo al nuevo precepto, a diferencia de lo que ocurría en el antiguo artículo 87, la ley no podrá adoptar cualquier criterio frente a este punto ya que el recurso de nulidad deberá quedar reservado necesariamente para quienes invoquen un derecho subjetivo violado. Si se hubiera dictado la ley de lo contencioso administrativo bajo la vigencia de la Constitución Política anterior, podría haberse adoptado idéntico criterio. La diferencia está en que ahora lo señala la propia Constitución.

#### 4. *Responsabilidad*

Por último debemos señalar que la referencia que hace la parte final del artículo 38 a la responsabilidad que pudiese afectar a los funcionarios, no tiene directa incidencia en lo que estamos planteando y no constituye ninguna innovación con respecto a lo contencioso administrativo. Tan sólo significa que no queda excluida la posibilidad de que el funcionario público deba responder en ciertos casos, cuando cometa daño; principio elemental del derecho administrativo que no limita para nada a la futura ley sobre la materia que nos ocupa.

## II. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS PARA CONOCER ACTUALMENTE DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

No existiendo diferencias substanciales entre los preceptos de la Constitución de 1980 y la de 1925, la competencia del Poder Judicial mientras no se dicte la ley de lo contencioso administrativo continuará siendo la misma que se le reconoce en la actualidad.

### 5. *Asuntos administrativos de que conocen los tribunales ordinarios en virtud de texto expreso*

Los asuntos de que conoce el Poder Judicial en virtud de texto expreso son aquellos que la ley entrega directamente a su conocimiento.

Entre éstos tenemos el caso del N° 24, del artículo 19 de la Constitución Política de 1980 que entrega a los tribunales ordinarios el conocimiento del recurso de nulidad contra el acto expropiatorio. Cabe hacer notar que la expresión que usa el constituyente es la de "reclamar de la legalidad del acto" que es similar a la del artículo 38.

Otro ejemplo lo constituye el artículo 5° transitorio del Decreto Ley 1.289, Ley Orgánica de Municipalidades, que entrega competencia a las Cortes de Apelaciones para conocer de las reclamaciones que se interpongan contra las resoluciones u omisiones ilegales de los alcaldes. Dicho artículo transitorio consagra una especie de acción popular para entablar los reclamos de ilegalidad. Cabría preguntarse si esa parte no se habrá derogado tácitamente en atención a que el artículo 38, como ya se señaló, requiere un derecho lesionado para reclamar contra los actos de las municipalidades, descartando, por lo tanto, la acción popular.

### 6. *Asuntos administrativos entregados al conocimiento de tribunales especiales*

En este punto se encuentran todos los asuntos que la ley entrega a los numerosos tribunales especiales que ha creado, muchos de los cuales son discutibles como tales, como el Director Regional de Impuestos Internos, por ejemplo.

Entre los tribunales especiales hay muchos que se encuentran sometidos expresamente por la ley al control por el Poder Judicial, por la vía del recurso de queja; o a través de recursos ordinarios contra sus resoluciones. En otros casos ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema la que ha señalado la procedencia del recurso de queja sin que se encuentre establecido en la ley, por la aplicación del precepto constitucional correspondiente<sup>4</sup>.

#### 7. *Asuntos administrativos conocidos tradicionalmente por los tribunales ordinarios sin texto expreso*

La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, así como la doctrina, han entregado tradicionalmente al Poder Judicial el conocimiento de ciertas materias administrativas.

A. De la actividad administrativa llamada “de gestión”, que es aquella ejercida por el Estado, no por medio de órdenes, prohibiciones o reglamentaciones unilaterales; o sea, haciendo uso de sus facultades de imperio; sino en la misma forma que lo “podría hacer un particular con su patrimonio”.

Esta distinción, ampliamente superada por la doctrina, se refiere en la jurisprudencia nacional casi exclusivamente a la indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado; debiendo distinguirse entre la actividad jurídica de la Administración, la que, excepto en materia contractual, será casi siempre considerada como “de autoridad”, y la actividad material o de ejecución, donde la jurisprudencia ha hecho, principalmente, operar la distinción<sup>5</sup>.

B. De la legalidad o ilegalidad de actos administrativos, a través de la excepción de ilegalidad o, en general, del desconocimiento del mismo, cuando se trata de la aplicación en un litigio para el cual es competente un tribunal ordinario, de un acto o decisión

<sup>4</sup> Ver Revista Fallos del Mes, enero 1972, p. 239. Corte Suprema, Recurso de queja. 4 enero 1972, recaído en la causa “S. A. Yarur Manufacturera Chilena de Algodón contra el Tribunal de Comercio”.

<sup>5</sup> Ver Pierry Arrau, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, en Anuario de Derecho Administrativo I (1975-1976). Ediciones Revista de Derecho Público. Universidad de Chile, Santiago, Chile.

de la autoridad. La jurisprudencia ha reconocido tradicionalmente a los tribunales la facultad para desconocer el acto administrativo ilegal y aplicar la norma de derecho superior. Este desconocimiento del acto administrativo ilegal, si bien no significa una declaración formal de ilegalidad, implica abocarse al conocimiento del mismo.

Es necesario precisar en este aspecto que los casos de aplicación se limitan a aquellos en que la acción deducida en juicio no tiene por objeto directo el dejar sin efecto el acto administrativo. Procede cuando la acción deducida tiene su fundamento en un acto administrativo ilegal, del cual se prescinde, rechazándole, o en que la excepción opuesta por el demandado se funda en un acto administrativo ilegal, del cual se prescinde, acogiendo la demanda <sup>6</sup>.

### 8. *Nuevo criterio jurisprudencial*

La situación tradicional mencionada en el número anterior a nuestro juicio ha sido ya superada en Chile por la propia jurisprudencia.

Como se ha establecido antes en estas líneas la competencia específica que necesariamente habrá de reservarse a los tribunales contencioso administrativos de acuerdo al texto constitucional, será la facultad de anular los actos administrativos, hacerlos desaparecer de la vida jurídica, a través de la interposición de un recurso de nulidad, sin perjuicio de que la ley extienda esta competencia. De ello se sigue que, por su parte, y mientras no se dicte la ley correspondiente, la competencia de los tribunales ordinarios debe entenderse extendida automáticamente a todo aquello que no signifique precisamente conocer de dicho recurso de nulidad.

Esto significa, especialmente, la posibilidad de que un particular, frente a un derecho lesionado, ya sea por un acto administrativo ilegal o por actividad material de la Administración, pueda soli-

<sup>6</sup> "Cerde con Rotger". Corte de Apelaciones de Santiago. Apelación de sentencia definitiva. 16 de mayo 1966, en Revista de Derecho y Jurisprudencia LXIII, sección 2ª, pág. 48; "Nemesio Vicuña y otros". Corte Suprema. Recurso de queja, 24 marzo 1965, en R.D.J LXII, sección 1ª, pág. 22.

citar el reconocimiento de ese derecho, la indemnización de perjuicios que corresponda, o cualquiera otra declaración conducente al ejercicio de ese derecho lesionado.

El tribunal podrá apreciar la legalidad o ilegalidad de la actividad administrativa y de acuerdo con ello condenará o no a la Administración y reconocerá el derecho al particular titular del mismo, pero sin que esto implique la anulación misma del acto.

Esta posición respecto a la competencia de los tribunales ordinarios se habría visto confirmada. En efecto, consecuente con la evolución permanente de la jurisprudencia en el sentido de ir ampliando cada vez más la esfera del control de la Administración por el juez, la Corte Suprema aceptó implícitamente en el fallo recaído en la causa "Tomás Tafra Marusic con Fisco", rol N° 1.974, del Primer Juzgado de Letras de Mayor Cuantía de Punta Arenas, que el Poder Judicial era competente para conocer de la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos, siempre que no se tratara de un pronunciamiento destinado a anular el acto<sup>7</sup>.

El caso fue el siguiente: Don Tomás Tafra Marusic, arrendatario de tierras del Fisco en Magallanes, basándose en el art. 6° de la Ley 13.908, que faculta a los arrendatarios de tierras fiscales que reúnan ciertos requisitos para obtener la venta por parte del Fisco, solicitó dicha venta al Presidente de la República. Este último, por Decreto Supremo 547, de 1° de julio de 1969, del Ministerio de Tierras y Colonización, no dio lugar a la solicitud de compra, invocando como motivo la ausencia de los requisitos legales por parte del solicitante.

El interesado inició su demanda para obtener que la justicia declarara que "se condene al Fisco a cumplir con la obligación que tiene para venderle el lote... y, además, a indemnizarle los perjuicios ocasionados por su incumplimiento".

De acuerdo al estado de la jurisprudencia hasta ese entonces, la demanda tendría que haber sido rechazada, por tratarse del conocimiento de un acto de autoridad. Tampoco podría haberse acogido, "prescindiendo de la aplicación del acto ilegal" y aplicando directamente la ley, ya que la declaración del derecho en favor del demandante implicaba necesariamente pronunciarse sobre

<sup>7</sup> Revista Fallos del Mes 201 (agosto 1975), p. 136.

la legalidad o ilegalidad del decreto. En otros términos, no podía “prescindirse del Decreto Supremo”.

En la contestación de la demanda —en la parte que interesa en este artículo— el Fisco sostuvo la falta de jurisdicción y de competencia de la justicia ordinaria para conocer del pleito, en virtud de lo dispuesto en los artículos cuarto del Código Orgánico de Tribunales y cuarto de la Constitución Política, según los cuales el Poder Judicial no podría interferir en las atribuciones del Poder Ejecutivo, sin violar dichos preceptos.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda interpuesta, siendo revocada por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, sólo en cuanto no dio lugar a la demanda de su petición principal; acogiéndola en esa parte y condenando al Fisco a cumplir con la obligación de transferir el lote en venta directa al demandante. Con respecto a la excepción de falta de jurisdicción, el fallo de segunda instancia la rechaza, dando como fundamento —a nuestro juicio, totalmente errado— que “la Administración, al resolver en la materia, no actúa en su carácter de Poder Público, sino como una persona jurídica de derecho privado”... , “que envuelve un acto de gestión”.

La Corte Suprema, desechando los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos por el Fisco, señaló en el considerando quinto de su fallo: “que las responsabilidades políticas del Presidente de la República por los actos de autoridad que ejecuta, a que se refiere el motivo c) del recurso, no excluyen tampoco, en ciertos casos, la intervención del Poder Judicial en las consecuencias patrimoniales derivadas de tales actos si el particular a quien afectan enjuicia al Fisco por quien actuó el Presidente, en demanda de la aplicación de la ley que dice infringida, porque en tales casos no es la responsabilidad política relacionada con el cargo la que es objeto del pleito, sino la solución de un asunto de carácter civil que no entraña pronunciamiento destinado a anular el acto de autoridad constitucionalmente inatacable por la vía judicial, aunque en el caso particular promovido ante la justicia pudiera tal acto no producir efectos por estimarse ilegal: no ocurre otra cosa cuando la autoridad presidencial se ejerce dictando un reglamento para la aplicación de la ley y la justicia prescinde de él —aunque no lo deroga— por ser contrario a la norma legal; de todo lo cual resulta que, aun supuesto que el

decreto del Presidente de la República denegatorio de la petición de venta de un lote magallánico de propiedad fiscal fuere un acto genuino de autoridad, aun así, estimado ilegal el decreto por el actor, pudo éste recurrir a la justicia para exigir su venta del Fisco, propietario del lote, conforme a la ley”.

Podría estimarse a primera vista que en este considerando quinto la Corte Suprema no hace sino reafirmar uno de los aspectos en que la jurisprudencia tradicionalmente ha reconocido competencia a los tribunales para conocer de la actividad administrativa, cual es la del desconocimiento del acto ilegal y la aplicación de la ley. Sin embargo, la amplitud que el considerando le da a este medio, modifica su naturaleza creando una nueva acción contencioso administrativa.

Como ya hemos señalado, la jurisprudencia sobre esta materia se ha aplicado a casos en que particulares que litigan entre sí pretenden ampararse en actos administrativos para sostener sus acciones o excepciones, que son rechazadas, basándose directamente en la ley, con prescindencia de los actos; o bien, en aquellos pocos casos en que la Administración debe recurrir a los tribunales para la ejecución de los actos administrativos, el juez rechaza la demanda desconociendo el acto.

En “Tafra Marusic con Fisco”, sin embargo, lo que la Corte Suprema ha hecho es mucho más, ya que la pretensión que se acoge por el fallo reconoce un derecho a favor del particular, privando de sus efectos al acto administrativo, provocando su decaimiento y consecuente extinción. No se trata de desconocer el acto y aplicar la ley, ya que de no mediar la existencia del Decreto Supremo 547, el señor Tafra Marusic no hubiera podido demandar al Fisco para que se le condenare a vender el lote de terreno que arrendaba, ya que los arts. 6º y 7º de la ley 13.908 establecen que el arrendatario debía solicitar al Presidente de la República la compra. Luego, la ley presupone la existencia de un decreto supremo que acepte o rechace la solicitud, o un acto tácito de rechazo, que equivale a lo mismo.

La acción deducida por el demandante emana precisamente de un acto administrativo que desconoce su derecho, no directamente de la ley. Esta última le da un derecho a exigir una actividad de la Administración, y es esa actividad realizada en des-

acuerdo al precepto legal la que le daría una acción ante los tribunales.

En otras palabras, aquí no se está prescindiendo del decreto, ya que ello también habría significado el rechazo de la demanda. Se está directamente iniciando una acción contencioso administrativa tendiente a reconocer un derecho subjetivo de un particular frente a la Administración.

La posibilidad de que los tribunales ordinarios chilenos reconozcan derechos subjetivos de los particulares en relación con la legalidad o ilegalidad de actos administrativos, unida a la limitación única de no poder pronunciar su anulación, implica necesariamente que el Poder Judicial puede declarar todos los derechos lesionados en favor de los particulares y, por lo tanto, también obtener indemnización por los perjuicios sufridos por la dictación de actos ilegales.

Como ya señalamos anteriormente, en la teoría del derecho administrativo, al clasificar los recursos contencioso administrativos se formula una clara distinción entre el contencioso de la anulación, y el contencioso de los derechos o contencioso subjetivo, en el que el juez resuelve acerca de la existencia, el contenido o los efectos de derechos subjetivos, o si se les ha lesionado.

La clasificación anterior, de origen francés, ha sido también adoptada en España, donde los artículos 41 y 42 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa señalan que el demandante puede pretender "la anulación de los actos o disposiciones susceptibles de impugnación", y podrá pretender "además de lo previsto en el artículo anterior, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios cuando proceda".

La interpretación que debe darse al fallo "Tafra Marusic con Fisco" es precisamente esta que hemos venido señalando. En Chile, los tribunales no pueden conocer del contencioso de anulación, pero sí pueden hacerlo del contencioso de los derechos o contencioso subjetivo. Será, pues, competente el juez ordinario cada vez que la acción deducida se encamine a reconocer un derecho en favor del demandante, aun cuando ello signifique privar de efectos a un acto administrativo. No lo será, en cambio, para

conocer de acciones encaminadas directamente a pronunciar la anulación de un acto administrativo.

Por la existencia de lo primero, los efectos de esta limitación se ven considerablemente reducidos, ya que los particulares afectados por actos ilegales pueden hacer reconocer sus derechos y obtener la indemnización correspondiente por los daños ocasionados por esos actos.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso habría dado al fallo "Tafra Marusic con Fisco" la interpretación que hemos venido señalando. Su considerando quinto ha sido citado in extenso en un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 30 de noviembre de 1977, recaído en un recurso de protección<sup>8</sup>.

### III. REFERENCIA AL RECURSO DE PROTECCIÓN

Una importante excepción a la incompetencia del juez ordinario para anular decisiones administrativas lo constituye el recurso de protección contemplado en el artículo 20 de la Constitución Política de 1980. Dicho recurso procede contra actos u omisiones que emanan de las autoridades del Estado —y en la práctica la inmensa mayoría de los que se han interpuesto se han dirigido contra ellos— y la Corte de Apelaciones respectiva al acogerlo, puede —entre otras medidas— anular el acto u omisión arbitrarios.

Contrariamente a la opinión de algunos, nosotros hemos sostenido, en trabajo presentado a las Octavas Jornadas Chilenas de

<sup>8</sup> Recurso de protección. Rol 94-77 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso interpuesto por don Arturo Samit Guzmán contra una resolución de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile que, acatando una decisión de la Contraloría General de la República, le negó el derecho a percibir el sobresueldo que establece el art. 4º de la Ley 17.700 en relación con el D.F.L. 2 de 1968 reglamentado por D.S. 1.268 de 30 de agosto de 1972, del Ministerio del Interior. El recurso de protección fue rechazado por la Corte de Apelaciones pero después de señalar directamente que "el recurrente debe accionar ante el tribunal que de acuerdo con la ley, sea competente para pronunciarse sobre su pretensión, la cual deberá hacer valer en un juicio declarativo".

Derecho Público, que este recurso no cubre todo el contencioso administrativo; que es un recurso excepcional y que su extensión es limitada<sup>9</sup>. No repetiremos aquí lo expresado en esa oportunidad limitándonos a enunciar los casos en que estimamos es procedente el recurso de protección.

### 9. *Contra actos administrativos*

A. Procede contra aquellos actos que no son susceptibles de ligarse a la aplicación de un texto legislativo o reglamentario. Son los casos de vía de hecho del derecho francés.

B. Contra actos administrativos dictados por órganos o autoridades manifiestamente incompetentes.

### 10. *En relación a la actividad de ejecución sin acto administrativo previo*

A. Cuando se trate de la ejecución de un acto administrativo que se ha extinguido o desaparecido, ya sea por anulación, incumplimiento del plazo, retiro, etc.

B. Ejecución basada en un acto cuyo objeto es diferente de aquel de la ejecución.

C. Actividad material sin que exista ningún acto administrativo previo.

### 11. *En relación a la actividad de ejecución de actos administrativos legales*

A. Utilización de un procedimiento de ejecución no contemplado por la ley.

B. Vicio grave en el procedimiento de ejecución contemplado en la ley, como por ejemplo: falta de emplazamiento.

<sup>9</sup> *El recurso de protección y lo contencioso administrativo*, en Revista de Derecho (Universidad de Concepción) 1977, y Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, N° 1 (1977).

## 12. *Omisiones ilegales*

A. Cuando la ley ha fijado un plazo para la administración para actuar y dicho plazo se encuentra vencido.

B. Cuando se trate del incumplimiento por parte de la administración de resoluciones judiciales.

C. Cuando se trate del incumplimiento de dictámenes de la Contraloría General de la República, que de acuerdo a su Ley Orgánica son obligatorios para los servicios públicos.

D. En el caso de incumplimiento de órdenes o actos administrativos emanados de autoridades superiores.

No se nos escapa que en el futuro inmediato, como ya está ocurriendo, la vía del recurso de protección se utilizará frecuentemente como sustituto de lo contencioso administrativo. Nosotros estimamos que este recurso es excepcional y que procede sólo en los casos que hemos señalado.