

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

## Tribunales Contencioso-Administrativos

Pedro Pierry Arrau\*

Se termina el siglo XX sin tribunales contencioso administrativos y las esperanzas, que alguna vez se tuvieron de su creación en ese siglo, se esfumaron. Se esfumó una ilusión que nació con la Constitución Política de 1925 que los dispuso en su famoso artículo 87, y que se mantuvo viva durante tres cuartas partes del siglo. Aquellos que nos hemos dedicado al derecho administrativo, como disciplina académica, hemos vivido toda nuestra vida universitaria en gran parte vinculada a este problema y, duro es decirlo, estoy llegando a estas alturas a la conclusión que finalmente no se establecerán. Al menos no en nuestro tiempo. El proyecto de su creación no se inserta dentro de ninguna de las prioridades de la acción de gobierno ni parlamentaria y, al parecer, los esfuerzos de modernización de la justicia se centrarán todos en el cambio del sistema procesal penal, que, sin duda, es de mayor importancia para el país.

Dentro de un contexto en que no existen tribunales contencioso administrativos, a diferencia de lo que ocurre en casi todos los países de América Latina y Europa, es necesario analizar cuál es el control de la Administración que realiza actualmente el juez ordinario, y a través de qué procedimientos éste lo lleva a cabo, para posteriormente señalar las ventajas de una posible organización de tribunales contencioso-administrativos.

Establezcamos en primer término una cuestión previa. Para quienes sostienen que el ideal de sistema es uno en que el juez sea único, no especializado, y con gran poder de control; citándose al efecto como ideal a seguir el sistema del "common law", que no tiene jurisdicción administrativa, hay que aclarar que ello no es así. Por el contrario, y tomando al juez inglés y de Estados Unidos de Norteamérica la situación es precisamente la inversa. Mucho más que en el sistema continental, que en Francia o en España, por ejemplo, existen innumerables instituciones, miles en Estados Unidos, que reciben el nombre y se conocen como tribunales administrativos. En realidad son agencias o servicios públicos dotados de cierta autonomía, que tienen atribuciones "cuasi judiciales". Atribuciones ejecutivas, reglamentarias y cuasi judiciales y que en su estructura interna estas instituciones funcionan con autonomía y, sobre todo, con gran especialización. De esta forma, entonces, los asuntos son resueltos en realidad por este sinfín de tribunales administrativos especializados. Ahora bien, eso sí, contra las resoluciones o fallos de estos tribunales se puede recurrir a la que podemos llamar jurisdicción ordinaria. Pero, como se comprenderá, existiendo estos tribunales especializados, los asuntos que llegan a la jurisdicción ordinaria son muy pocos y muy bien establecidos por puntos de la discusión jurídica. No hay que llamarse a engaño con la justicia del common law.

Algo similar ocurre en Chile con el Servicio de Aduanas y sus tribunales aduaneros, que fueron creados según el modelo de la "agency" norteamericana, como efecto de la denominada misión Kemmerer en la década del veinte. En menor medida ocurre también con los tribunales encargados de conocer de las causas sobre reclamos tributarios. Ambos casos, para poder ser entendidos verdaderamente, hay que enfocarlos de acuerdo al derecho comparado y a la teoría administrativa. Tomemos, por ejemplo, al Director Regional de Impuestos Internos que, según se ha insistido, tiene en Chile la calidad de juez y parte y que ello contraviene elementales normas y principios procesales.

Estrictamente en realidad, el Director Regional de Impuestos Internos, conociendo de los reclamos que se formulan en materia tributaria, no es, de acuerdo con el derecho administrativo continental, un juez. Se trata simplemente de la etapa previa del recurso administrativo, en que la propia autoridad administrativa conoce de los reclamos en contra de sus propias resoluciones o la de sus inferiores. Esto existe siempre, con o sin norma expresa, y se conoce como recursos administrativos de reposición y jerárquico, que por lo demás se encuentran establecidos en Chile en el artículo 9 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. Lo que ocurre es que el Código Tributario en el Título I del Libro Tercero denomina como tribunales a los Directores Regionales, error terminológico que proviene de aplicar la terminología anglosajona en Chile, a la que ya me he referido, siendo entonces, por su denominación, un tribunal administrativo de aquellos con funciones cuasi judiciales, internos de las agencias gubernamentales, como las del sistema del common law. El derecho continental, en cambio, a esta etapa la denomina etapa previa administrativa, siendo en algunas legislaciones necesario agotarla previamente, antes de recurrir a la justicia. El mejor ejemplo en Chile es el reclamo por ilegalidad municipal, artículo 136 de la Ley de Municipalidades, que contempla una etapa previa ante el Alcalde, antes de recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva.

En todo caso, en cualquiera de los dos sistemas, lo que verdaderamente interesa es que el particular tenga la posibilidad de llegar por la vía de recursos hasta un tribunal. Es necesario precisar, sin embargo, que por la autonomía que tienen al interior de las agencias los tribunales administrativos en el common law, los recursos ante la justicia ordinaria son porcentualmente muy pocos.

Luego, justicia especializada hay en todo el mundo y no puede ser de otra manera. Justicia especializada con tribunales contencioso administrativos independientes del Poder Judicial, como en Francia o Alemania; dentro del Poder Judicial, como en España, o al interior de los propios servicios públicos, como en el sistema anglosajón. En Chile, en cambio, ¿qué tenemos y aparentemente con qué nos quedaremos? Con el recurso de protección y con el juicio ordinario de mayor cuantía ante el juez de letras, y con unos pocos procedimientos especiales, ante diversas instancias de la organización judicial.

El constituyente de 1925 nunca imaginó que la norma jurídica que creaba en el artículo 87 de la Constitución produciría precisamente el efecto contrario al buscado. Al establecer los tribunales administrativos "para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas", tuvo como propósito afianzar el estado de derecho, sometiendo la Administración a un control por tribunales especializados. Su error fue el pretender trasplantar a Chile una institución jurídica extranjera que obedecía a circunstancias muy precisas, válidas sólo para Francia y que provenían de tiempos anteriores a la Revolución Francesa. Se quiso imponer en Chile el "régime administratif" francés, cuya base es la existencia de una jurisdicción separada del Poder Judicial.

El efecto que produjo la presencia del artículo 87 de la Constitución, al no crearse en definitiva los tribunales administrativos, fue la de servir de fundamento jurídico para sostener la incompetencia o falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios para controlar a la Administración, con graves consecuencias, a la postre, para nuestra institucionalidad.

La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, invariablemente, señaló que pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de los actos del Poder Ejecutivo excedía el ámbito de la jurisdicción o competencia de los tribunales ordinarios y comportaba una invasión de las facultades de otro poder público, y que los actos de la autoridad no podían ser revocados por la justicia ordinaria. Ya con anterioridad a la Constitución de 1925, Domingo Amunátegui, por ejemplo, sostenía que, a diferencia de lo que ocurría en otros países como Francia, Italia o España, "en Chile no existen tribunales especiales para lo contencioso administrativo... en perjuicio de los intereses de los ciudadanos" y que los decretos del Jefe del Estado "no son materia de contención ante la justicia ordinaria... porque si pudieran ser llevados al Poder Judicial, éste se sustituiría al Presidente de la República, en el ejercicio de aquellas particulares facultades", por lo que, en realidad, el mencionado artículo 87 vino a ratificar una posición ya existente, siendo quizás injusto culpar exclusivamente a esa norma de la Constitución de la doctrina de la falta de jurisdicción.

Como fundamentos legales, además del artículo 87 de la Constitución, se invocaban generalmente el artículo 4 del Código Orgánico de Tribunales, que prohíbe al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos; el artículo 4 de la Constitución de 1925; la existencia del juicio político como forma de hacer efectiva la responsabilidad del Presidente de la República; el que al no haberse creado los tribunales contencioso administrativos, el legislador... "en casos especiales y con el ánimo evidente de no dejar a los particulares sin medios legales para promover la controversia jurídica a la autoridad que desconoce o vulnera sus derechos, ha entregado, excepcionalmente, al conocimiento de la justicia ordinaria, determinados asuntos contencioso administrativos que, por su naturaleza y por los principios fundamentales de derecho público que los rigen, quedarían fuera de su jurisdicción". La jurisprudencia al respecto fue abundante y prácticamente sin excepciones, pudiendo señalarse como fallo característico, el de "Sociedad Cooperativa de Compraventa de Transportes Colectivos Ltda. con Fisco", del año 1964, de donde proviene la cita anterior sobre cancelación de personalidad jurídica.

La situación descrita era la regla general, a la que se opusieron muchas situaciones de excepción. Algunos textos legales entregaron directamente al Poder Judicial el conocimiento de algunos asuntos contencioso administrativos, como la Ley de Municipalidades, el Código Sanitario y el Código Tributario. Otras leyes crearon algunos tribunales administrativos especiales para conocer de ciertas materias. Por último, se aceptaba que el juez pudiera desconocer actos administrativos ilegales, aplicando directamente la ley, lo que, sin embargo, podía ocurrir únicamente en los casos de litigios entre particulares, en que uno de ellos invocaba a favor de su pretensión un acto administrativo que el juez posteriormente desconocía. Sin embargo, como la Administración no debía recurrir a los tribunales para la ejecución de los actos administrativos, se comprende el carácter absolutamente excepcional de este medio.

Conocieron, por último, los tribunales ordinarios, de parte de la actividad administrativa, al revivir en Chile la antigua distinción entre "actos de autoridad" y "actos de gestión", aceptando ser competentes para conocer de estos últimos, y por esta vía, de algunos aspectos en materia de responsabilidad extracontractual.

No obstante lo anterior, siempre permanecía fuera del control judicial una gran parte de la actividad administrativa. Las reclamaciones contra los actos administrativos, que siempre son de autoridad, que no habían sido entregadas al conocimiento de los tribunales ordinarios en forma expresa o a tribunales especiales; y, en segundo lugar, las reclamaciones por indemnización de perjuicios proveniente de la dictación de esos mismos actos.

De acuerdo a lo expuesto entonces, los tribunales renunciaron durante décadas a ejercer un control sobre la actividad administrativa, en circunstancia que podrían haber dado una interpretación muy diversa a la falta de tribunales contencioso administrativos, como pretendió hacerlo, aunque tardíamente y sin ningún efecto dado los acontecimientos políticos posteriores, el Presidente de la Corte Suprema don Enrique Urrutia, en su discurso de apertura del año judicial 1973, en que sostuvo que el artículo 87 de la Constitución no implicaba que mientras no se crearan los tribunales contencioso administrativos los particulares afectados quedaran en la indefensión, ya que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo quinto del Código Orgánico de Tribunales, no se establece entre las excepciones de jurisdicción de los tribunales ordinarios lo contencioso administrativo, asuntos que quedarían excluidos de su competencia sólo una vez creados los que el precepto del artículo 87 señala.

Durante los años posteriores a 1925, se presentaron muchos proyectos de creación de los tribunales administrativos, los que nunca llegaron a concretarse. Entre los más conocidos se encuentran el de don Osvaldo Koch, de 1929; el del diputado Raúl Julliet, de 1954; el del Poder Ejecutivo, de 1958; el del diputado Gustavo Lorca, de 1958; del Congreso Nacional de Abogados Chilenos, de 1965; del senador José Foncea, del año 1969. El más importante y completo corresponde al que se envió a la Cámara de Diputados por mensaje del Presidente de la República de 6 de mayo de 1992 y que corresponde al elaborado originalmente el año 1976 por una subcomisión de la comisión de estudio de la Constitución Política, complementado por otra comisión de la Secretaría de la Presidencia que funcionó los años 1991 y 1992.

La promulgación de la Constitución Política de 1980 no modificó sustancialmente la situación. Lo señalado en el artículo 87 se trasladó al inciso segundo del artículo 38 en el capítulo sobre Administración del Estado, mencionándose también en el artículo 79 del capítulo del Poder Judicial, en relación con la superintendencia de la Corte Suprema. Quizás la única diferencia visible con la norma anterior es que el artículo 38 parece ser un poco más restrictivo, al señalar que el particular que reclame debe tener un derecho lesionado. El artículo 87, en cambio, establecía una posibilidad más amplia que podía incluir a acciones populares.

El gran acuerdo político logrado el año 1988, para reformar la Constitución y permitir la transición hacia la democracia, alcanzó a lo contencioso administrativo, al modificarse los artículos 38 y 79 de la Constitución y borrarse toda referencia a lo contencioso administrativo, en una reforma que resulta un tanto inexplicable, dado el propósito general que tuvo la reforma del año 1989 y que los especialistas concuerdan en que se debió a la reiteración por parte de los tribunales de su falta de jurisdicción para conocer de lo contencioso administrativo, mientras no se establecieran los tribunales especiales, planteada particularmente en el fallo "Parra Acuña Carlos con Ilustre Municipalidad de Temuco", dictado con fecha 6 de marzo de 1989; que disgustó a los académicos de distintos sectores, que formaban parte de los equipos técnicos que dieron la redacción a las reformas constitucionales. En dicho fallo ni siquiera se aceptó un cierto grado de evolución en materia de competencia de los tribunales ordinarios que ya se había vislumbrado en la sentencia de la Corte Suprema de fecha 14 de julio de 1975 dictada en la causa "Tomás Tafra Marusic con Fisco", en que se distinguía entre acciones destinadas a anular actos administrativos, inatacables ante los tribunales ordinarios, y aquellas destinadas a declarar derechos de particulares frente al Estado en que se admitía su competencia.

Suprimida la mención de lo contencioso administrativo en la Constitución, se abrieron las puertas para que los tribunales sostuvieran su jurisdicción para conocer de estas materias, siendo la principal de ellas la correspondiente a los juicios entablados en relación con la aplicación a particulares del Decreto Ley 77 de 1973, sobre confiscación de los bienes de los partidos políticos, en que los tribunales, casi sin excepción, han anulado los decretos correspondientes y ordenado la devolución de los bienes o el pago de las correspondientes indemnizaciones. Para hacerlo, y debido al tiempo transcurrido, se ha sostenido que las acciones de nulidad de derecho público son imprescriptibles, con toda la gravedad que ello encierra, y que las normas del Código Civil, particularmente su artículo 2497, no son aplicables en el derecho público.

Durante los últimos años se han presentado otras demandas solicitando la declaración de nulidad de actos administrativos y, en general, la declaración de derechos de particulares en contra del Estado, vinculadas al pronunciamiento acerca de la legalidad de su actividad. La jurisprudencia es todavía incipiente.

El cambio más importante en materia de control jurisdiccional ha provenido, sin embargo, del recurso de protección, creación del Acta Constitucional Nº 3 de 1976 y establecido en el artículo 20 de la Constitución. Este recurso ha sustituido en la práctica al contencioso administrativo, interponiéndose contra todo acto de las autoridades políticas y administrativas. A través de este recurso, los tribunales ordinarios han ampliado el ámbito del control jurisdiccional a límites insospechados, llegando incluso al control de la actividad discrecional de la Administración.

Mayoritariamente se utiliza contra actos de la Administración, siendo excepcionales aquellos en que particulares recurren contra otros particulares o contra resoluciones judiciales. Es en realidad la vía chilena de control del juez sobre el Poder Ejecutivo. Mediante un procedimiento inadecuado que se ideó como resguardo de las garantías constitucionales, pero que con la amplitud que se ha dado al derecho de propiedad, no hay ningún acto administrativo imaginable que no pueda en definitiva afectar el derecho de propiedad, siendo la enunciación de la garantía afectada una mera fórmula en la presentación del libelo; que no ofrece garantías procesales ni a la autoridad recurrida, ni a los terceros interesados en la mantención del acto; donde no hay criterios estables o permanentes en materia de jurisprudencia, los Tribunales de Justicia

proceden a dejar sin efecto actos del Poder Ejecutivo, a dar órdenes a la Administración y en general a realizar por esta vía el control jurisdiccional de la misma. Asuntos de gran cuantía y de enorme importancia para el interés general se discuten a través de este recurso, en que los fallos pueden incluso dictarse por la Corte Suprema, sin alegatos, en cuenta y sin que exista propiamente tal una instancia de discusión adecuada de la materia. Pensemos en lo que ha ocurrido con la orden de no innovar dictada en relación con las tarifas eléctricas. Orden de no innovar y discusión de un asunto de enorme complejidad técnica en un procedimiento de urgencia.

Los recursos de protección son resueltos no por un tribunal permanente que vaya sentando jurisprudencia, sino que por las diversas salas de las Cortes de Apelaciones, con una integración siempre cambiante, en que el criterio adoptado en la resolución no es seguido en el recurso siguiente por jueces diversos.

Lo impredecible de los recursos de protección hace aumentar la litigiosidad, pues se fomenta la tendencia a interponerlos, ya que siempre existe la posibilidad de que, en un procedimiento tan incierto, un buen alegato o una ingeniosa presentación resulte en alguna resolución, transitoria o definitiva, que obligue a la Administración a otorgar al recurrente una prestación a la que en principio no tenía derecho. Cabe señalar, por lo demás, que por lo general no es el simple particular, salvo los casos vinculados a funcionarios públicos, el que es el asiduo recurrente. No es la viejecita que tiene el quiosco en la esquina y que la autoridad quiere caducarle el permiso. Es, por lo general, la gran empresa eléctrica, la empresa pesquera, el concesionario de telefonía, etc. La contrapartida de todo esto es, como se ha señalado con preocupación por representantes del propio sector empresarial, que la ausencia de reglas claras, o sea, la incertidumbre en estas materias, desalienta al actor económico y al propio inversionista. Pero, por sobre todo, se perjudican los intereses públicos.

El recurso de protección ha tenido un gravísimo efecto en el rol de la Contraloría General de la República. Ha transformado sus dictámenes, resoluciones sancionatorias y acciones en general, en un mero trámite administrativo del que siempre puede recurrirse ante la respectiva Corte de Apelaciones. El rol de este órgano habrá de ser redefinido. Hasta hace poco tenía la última palabra en muchos aspectos concernientes a la Administración del Estado y sus funcionarios. Resulta irónico que, teniendo en la Constitución Política un rango constitucional destacado, haya visto limitada en forma tan considerable su esfera de acción. Es necesario señalar que, aun cuando el Senado en tres conflictos de competencia planteados por la Contraloría General de la República con el Poder Judicial en relación con la toma de razón, determinó claramente que no correspondía que se invadiera esa atribución por parte del Poder Judicial, ello ha seguido ocurriendo, por cuanto las Cortes de Apelaciones han estimado que aquella resolución del Senado sólo tenía efecto particular en ese asunto.

El hecho que hoy se pueda recurrir de protección frente a cualquier acto de la Contraloría General de la República, incluso contra actos sancionatorios en sumarios administrativos de los que se debe tomar razón, destruye uno de los aspectos más importantes de la función de la Contraloría, cual es su labor como creadora de la jurisprudencia administrativa, tanto en lo que respecta a la interpretación del Estatuto Administrativo como en general de las normas aplicables a la Administración del Estado. Esta jurisprudencia, elaborada principalmente a través de dictámenes cimentados unos sobre otros, relacionados y congruentes entre sí, ha permitido a la Administración y a los particulares que se relacionan con ella contar con normas precisas y claras para su actuación.

Al recurrirse de protección en materias relacionadas con la función pública y el Estatuto Administrativo, sin ninguna limitación, son finalmente los tribunales los que deben decidir sobre sanciones disciplinarias, calificaciones, ascensos, despidos y derechos en general de los funcionarios públicos.

No puede pretenderse que no exista control jurisdiccional de los actos de la Contraloría. El control jurisdiccional es irremplazable como garantía para los individuos. Pero el control actual a través del recurso de protección, en que una Sala de Corte de Apelaciones, no especializada, en un procedimiento de urgencia, echa por tierra todo lo que significa años de jurisprudencia y de estudio de un órgano como la Contraloría, resulta en un evidente retroceso jurídico.

En el futuro se deberá reestudiar el rol de la Contraloría y los recursos jurisdiccionales que procedan contra sus actos. Lo lógico hubiera sido en la Ley de Procedimiento Administrativo y en una sobre lo Contencioso Administrativo. Al no existir éstas, a lo menos habrá que esperar alguna legislación complementaria del recurso de protección que establezca algún tipo de especialización al interior de las Cortes de Apelaciones. Si lo que resuelve la Contraloría puede ser discutido ante los Tribunales, al menos que los miembros de éstos sean versados en los temas que controlan y, por sobre todo, que sean los mismos siempre, estableciéndose una sala permanente en cada Corte de Apelaciones, de tal modo que estén en condiciones de ir creando jurisprudencia con sus resoluciones, lo que en todo caso sería difícil, ya que los recursos de protección se presentan ante cualquier Corte de Apelaciones del país, y así un reclamo de un funcionario en cualquier Región puede destruir la jurisprudencia de la Contraloría General de la República.

El contencioso administrativo entregado al recurso de protección y al juicio ordinario de mayor cuantía está creando una jurisprudencia en una materia que puede revestir la mayor gravedad, por la incertidumbre de los derechos y de las resoluciones administrativas. Materia cuya sola mención ocasiona de inmediato polémica entre los profesores de derecho administrativo. Me refiero al problema de nulidad en el derecho administrativo. No es el caso entrar al análisis de este tema, sobre el cual ya varios especialistas hemos hecho publicaciones, pero sin duda la discusión deberá solucionarse y uniformarse un criterio por la vía

jurisprudencial o legislativa.

Con ocasión de la aplicación a particulares del Decreto Ley Nº 77 de 1973, que confiscó los bienes de los partidos políticos, se han iniciado muchos procesos en que directamente se ha demandado la declaración de nulidad de derecho público de la resolución confiscatoria dictada hace más de veinte años, y los tribunales en varios casos han acogido la demanda, señalando que la nulidad de derecho público opera ipso jure, es insanable e imprescriptible. Al respecto en fallo de 1 de junio de 1995 recaído en causa caratulada "Pérsico con Fisco", rol 2469-94 del 28 Juzgado Civil de Santiago, confirmada en todas sus partes con fecha 2 de noviembre de 1995, se señaló en su considerando séptimo lo siguiente: "...acto nulo que adolece nulidad de pleno derecho, no le cabe a este juez otra actuación que su constatación y declaración, sin que sea óbice para ello el largo tiempo transcurrido, por cuanto la nulidad que afecta al acto lo privó ad inicio y perpetuamente de todo valor jurídico, pudiendo invocarse en cualquier momento, sin que sea procedente la convalidación". Más adelante, considerando noveno: "La nulidad de derecho público opera ipso jure, es insanable e imprescriptible".

Ahora, en relación a la prescripción adquisitiva del Fisco, por haberse tenido inscrita la propiedad por más de veinte años, considerando décimo, después de señalar que el dominio sólo se pierde por la prescripción adquisitiva que otro pudiera hacer: "...aun cuando de todos modos el Fisco no ha podido adquirir bien alguno a través de un acto que se mira como no ejecutado, tal es así, que respecto del bien confiscado sólo puede mirársele como mero tenedor de un bien ajeno que, pese al transcurso del tiempo, nunca ha salido del patrimonio de su titular. En consecuencia deberá ordenarse la cancelación de la inscripción a favor del Fisco".

Reconociendo que la situación toca una situación muy particular, como es la de la confiscación de bienes particulares por aplicación del Decreto Ley 77, esta jurisprudencia, que se ha aplicado en varios casos, es de la mayor gravedad por las consecuencias que puede tener. Imaginemos, por ejemplo, que alguien reclame la nulidad de actos del período de la revolución de 1891, o que descendientes de la familia Carrera reclamen nulidades de actos de confiscación, o, para complicar más las cosas, que descendientes de los mapuches a quienes el Fisco les quitó las tierras y después las subastó reclamen al menos la devolución de calles y plazas de las ciudades fundadas durante la denominada pacificación de la Araucanía. Porque si el acto nulo no prescribe en veinte años tampoco lo hará en doscientos.

Hay, sin embargo, en relación con la prescripción, fallos en sentido contrario. Así tenemos que, en la causa caratulada "Morales con Fisco", la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 4 de Julio de 1994, confirmada por la Corte Suprema, señaló que se aplicaba en materia de nulidad de derecho público el artículo 2497 del Código Civil, que establece que las reglas de la prescripción se aplican a favor y en contra del Estado, haciendo aplicación del artículo 2515 del mismo código que establece la prescripción de cinco años.

Será necesario buscar una solución a la nulidad de derecho público. Al hacerlo, sin embargo, no debemos dejar de lado que lo razonable y lógico, como establecen otros ordenamientos jurídicos, es que se distinga entre diversos tipos de nulidad y que la regla general sea, en último término, por razones de sentido común, la prescriptibilidad, o la caducidad de las acciones, existiendo incluso nulidades de menor importancia, que no facultan para demandarla. Por último, debemos tener presente que incluso nuestra legislación contempla recursos especiales como, por ejemplo, el de ilegalidad de actos municipales, en que el plazo para ejercer las acciones es brevísimo, treinta días, con el objeto, como corresponde a la doctrina, de asegurar la estabilidad y certeza de los actos administrativos. El problema, sin embargo, se ve acentuado por la posición sostenida por distinguidos profesores de derecho administrativo en el sentido que la nulidad de derecho público en Chile es insanable e imprescriptible y puede en cualquier tiempo ser constatada por el juez, posición que, si bien es estimulante como ejercicio académico, puede ser de gravísimas consecuencias llevada a la práctica.

La nulidad de derecho público está íntimamente vinculada al problema de la invalidación del acto administrativo o de la auto-tutela como algunos denominan. ¿Puede la Administración, en cuanto constata que existe un acto que adolece de nulidad en cualquier tiempo, dejarlo sin efecto? Tradicionalmente la Contraloría General de la República sostuvo que no sólo podía, sino que debía la Administración invalidar sus propios actos. Ha hecho, sin embargo, la excepción de los derechos adquiridos de algunas personas de buena fe, en ciertos casos. Sin embargo, hoy la jurisprudencia de los tribunales se está inclinando resueltamente por excluir toda posibilidad de invalidación, sosteniendo que debe recurrirse a los tribunales por la propia Administración.

Este problema no está definitivamente resuelto en Chile y fácilmente se comprenderá lo grave que puede resultar excluir toda posibilidad de invalidación por parte de la Administración, particularmente si se considera que un acto administrativo favorable a un particular, dictado por un funcionario venal o mediante engaño, puede perjudicar gravemente el interés público si para impedir sus efectos hay que recurrir al juicio ordinario de mayor cuantía. Al respecto es útil recordar la situación producida en materia de jubilaciones obtenidas con montos alterados fraudulentamente con documentos falsos, por cientos de personas, en que se rechazó la posibilidad que el Instituto de Normalización Previsional, al descubrir el engaño, invalidara los actos administrativos de fijación de las pensiones.

No obstante que la mayoría de la jurisprudencia no entra a hacer distinciones de ninguna especie, conviene resaltar que la materia es difícil de abordar y que existen también sentencias que admiten la invalidación en ciertos casos. Así, en fallo de la Corte Suprema de 9 de julio de 1993 recaído en recurso de protección

interpuesto por la empresa Pesca Chile en contra del Subsecretario de Pesca, se estableció que el acto administrativo puede ser invalidado cuando se afecte a terceros en sus derechos adquiridos, señalando que la recurrente no es un tercero como podría serlo el que compró el producto de la pesca, de esta pesca mal hecha, o la persona que lo faenó, que sí sería un tercero, y, por lo tanto, la invalidación por la autoridad puede afectar a la persona en cuyo beneficio se realizó, o sea, el beneficiario del acto. La persona a quien va dirigido el acto no es un tercero y ahí procede la invalidación. Y va más allá el fallo: sostiene que procede la invalidación particularmente, porque además la Contraloría, que es el organismo encargado de controlar la actividad de la Administración, consideró al tomar razón del acto invalidatorio que el acto era correcto y que el acto anterior era ilegal, lo cual le da una presunción a la actividad de la Administración.

Esta distinción es muy importante, porque el destinatario del acto no es un tercero y puede invalidarse, sin perjuicio, dice, que los derechos que emanan para esta persona podrán ser objeto de una acción ordinaria declarativa de derechos.

Recientemente la Corte Suprema, modificando radicalmente el criterio sostenido en varios fallos que negaban la posibilidad de la "autotutela administrativa", la ha aceptado en fallo de 20 de octubre de 1999 en el recurso de protección presentado por doña Vjeruska Salinas Lolic, señalando que la potestad invalidatoria es un asunto comprendido en la actividad administrativa del Estado.

Otro grave problema que se ha planteado por el conocimiento de asuntos contencioso administrativos por un juez ordinario, no especializado, y con el procedimiento del juicio ordinario, es en materia de responsabilidad extracontractual del Estado.

Durante años en Chile, el tratamiento de la responsabilidad extracontractual del Estado por la jurisprudencia fue muy deficiente. A partir del fallo "Mario Granja con Fisco" en el año 1938, en que se declaró la irresponsabilidad del Estado, se fue desarrollando paulatinamente una responsabilidad a partir de la distinción del derecho francés de fines del siglo XIX entre actos de autoridad y actos de gestión, aplicándose a estos últimos el artículo 2320 del Código Civil.

El año 1986, con la dictación de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, se estableció un sistema de responsabilidad, en su artículo 44, basado en la institución también francesa, de la falta de servicio. Ella ya había sido adoptada con anterioridad, aunque no en términos explícitos, por la Ley de Municipalidades de 1976, en el artículo 62 del decreto ley 1.289.

No es el caso entrar aquí a explicar cómo ha evolucionado el tema a partir de la dictación de la ley. Referiremos únicamente que la interpretación de los artículos 4 y 44 de la Ley de Bases, en relación con el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política, particularmente en sentencias recaídas en la acción civil interpuesta en procesos penales, ha producido una lamentable confusión acerca de si la responsabilidad del Estado es objetiva o no. Esta confusión nace a partir del hecho que en la falta de servicio no hay que probar dolo o culpa de funcionarios determinados, lo que llevó inicialmente a la jurisprudencia en el fallo "Tirado con Municipalidad de La Reina", del año 1981, a hablar de responsabilidad objetiva. Dicha jurisprudencia influyó en fallos posteriores en que correspondió aplicar la Ley de Bases dictada cinco años después. Lo anterior en circunstancias que el artículo 44 de la ley establece un sistema que no es objetivo, sino que basado en la falta de servicio, como su nombre lo indica; o sea, como señalan los hermanos Mazeaud y Tunc, en la "culpa del servicio".

La doctrina partidaria de la responsabilidad objetiva ha logrado no sólo dejar en la práctica sin aplicación la institución de la falta de servicio, incorporada formalmente al derecho chileno, sino que se aplique derechamente la teoría de la responsabilidad objetiva. La diferencia de criterios de la doctrina es tajante, sosteniéndose incluso que el artículo 44 de la Ley de Bases es inconstitucional en relación al artículo 38 inciso segundo de la Constitución; o por otros, como yo, que dicho artículo 38 no se refiere a la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que a la competencia de los tribunales ordinarios.

En todo caso, lo que me interesa plantear aquí es que el problema o discusión suscitada habrá de ser dilucidado en los próximos años en forma coherente, ya sea por los tribunales o por el legislador. ¿Habrá de responder siempre el Estado cuando exista un daño y una relación de causalidad entre la acción u omisión del Estado y dicho daño? Un bache en un camino, un semáforo descompuesto recientemente, una piedra que cae del cerro sobre un automóvil que transita, ¿darán lugar a responsabilidad estatal? ¿O será necesario que esa acción u omisión sea, en alguna forma, contraria a derecho? ¿Habrá una regla general de falta de servicio y excepciones de responsabilidad objetiva contempladas en la ley o siempre la responsabilidad deberá ser objetiva? O, por el contrario, ¿la responsabilidad será únicamente por falta? Por último, ¿podrá avanzarse a través de la jurisprudencia a la solución de este asunto por la vía de la institución de la presunción de falta, como yo he propuesto?

Dudo mucho que la jurisprudencia de los tribunales pueda lograr avances en materia de establecer un régimen adecuado de responsabilidad extracontractual del Estado, particularmente cuando, como ya he dicho, es el juez del crimen quien resuelve al final de un dilatado fallo sobre aspectos penales, en unos pocos considerandos, sobre la acción civil, siendo siempre ésta un apéndice de lo penal. Además, se requeriría de un tratamiento especializado para determinar los múltiples matices que la institución de la falta de servicio tiene, así como la relación que existe entre ésta y la falta personal.

El problema de la prescripción no solamente afecta al tema de la nulidad de derecho público, sino que en general a todas las acciones contencioso administrativas, y en particular a la responsabilidad extracontractual del Estado, ya muchos jueces, con ocasión de demandas interpuestas contra el Estado en materia de indemnización por muertes ocurridas durante el gobierno militar, han estimado que las normas del Código Civil, concretamente los artículos 2497, 2515 y 2332, no se aplican al derecho público, siendo por lo tanto dichas acciones imprescriptibles. Con esto, además de contravenir formalmente una norma expresa que se dictó cuando el Código Civil era el derecho general y, por supuesto, de aplicación en el derecho público, introduce un elemento de incertidumbre total en la actividad administrativa.

En último término, sin embargo, se trata de una grave decisión acerca de una materia muy importante en relación con el compromiso de los recursos del Estado con una creciente cantidad de demandas entabladas contra los órganos de la Administración y contra el Estado mismo, que se han multiplicado en los últimos años en progresión geométrica no sólo en cantidad, sino en el monto de lo demandado, incluyendo también cantidades cada vez mayores por lo que se ha dado en llamar daño moral y que en otros países corresponde a alteraciones en las condiciones de existencia, y que es otro aspecto en que la doctrina nacional y la jurisprudencia se encuentran en estado incipiente. Yo pienso, como señalan algunos autores, que transformar a la Administración en una aseguradora universal no es un ideal absoluto, reconociendo que pueden existir casos en que el particular no deba soportar el daño, no obstante que la actividad administrativa sea lícita. A lo mejor surgirán fórmulas nuevas, que puedan incluso llegar a soluciones pragmáticas, como ocurre, por ejemplo, con el artículo 144 del Código Aeronáutico que establece una responsabilidad objetiva hasta un determinado monto, que el transportista está obligado a indemnizar y que, según su artículo 172, se puede demandar una indemnización superior a los límites, si se prueba culpa del transportador, explotador o dependiente, cuando actúen durante el ejercicio de sus funciones.

Por último, recientemente ha comenzado a proliferar lo que se ha denominado "acciones de certeza", tendientes a obtener de parte de los tribunales ordinarios declaraciones respecto a la forma de interpretar la ley administrativa, con el propósito de modificar los criterios de la Contraloría General de la República y otros órganos fiscalizadores, como la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Se ha utilizado incluso para evitar por parte de algunas empresas del Estado la labor fiscalizadora de la Cámara de Diputados.

En materia contencioso administrativa daría la impresión que, después de décadas de ausencia casi total de control jurisdiccional de la Administración, se ha saltado a un control indiscriminado, sin respetar ámbito alguno de discrecionalidad; sin límite a los poderes del juez, sin plazo de caducidad de acciones.

Dejando de lado el problema del recurso de protección, que ya se ha indicado, el juicio ordinario, utilizado cada vez con más frecuencia en materia de declaración de derechos a favor de particulares y en materia de nulidad de derecho público, es un pésimo procedimiento para lo contencioso administrativo. No alcanzo sino que a mencionar lo que significa el juicio ordinario de mayor cuantía en relación al contencioso administrativo. Efecto relativo de las sentencias, pasividad del juez, problema de las medidas prejudiciales. Son muchos los aspectos en que se demuestra que el procedimiento no es el adecuado. Al respecto, basta con citar un caso hace unos pocos años en que un particular que tenía un terreno colindante con otro, donde se instalaría una central hidroeléctrica en Aconcagua, reclamó la nulidad del decreto de concesión para la construcción de la central. En lo principal solicitó la nulidad y en el otrosí la suspensión de la obra. El juez proveyó, a lo principal, traslado, al otrosí, como se pide, suspendiendo la obra. A los quince días se tuvo que transigir.

A lo anterior debe agregarse que actualmente en Chile existen decenas de procedimientos contencioso administrativos especiales, de los cuales conocen los más diversos tribunales, con distintos procedimientos, como Juez de Letras, Corte de Apelaciones, un Ministro de Corte de Apelaciones, un Ministro de Corte Suprema, una sala de la Corte, etc. Así tenemos, por ejemplo, el Código Sanitario; el Código de Aguas; reclamo contra la Comisión Resolutiva, del decreto ley 211; ley 19.011 de transporte de pasajeros; D.F.L. Nº 3, año 97, de Superintendencia de Bancos; ley 18.755 del Servicio Agrícola y Ganadero; ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente; Ley 18.902, de Superintendencia de Servicios Sanitarios; Ley 18.840, del Banco Central; Ley 19.068 que modifica el D.F.L. 591, año 1982, sobre contrato de obra pública; Decreto Ley 2.757 sobre asociaciones gremiales; y decenas más, todas con procedimientos de reclamación contra resoluciones administrativas.

También puede mencionarse el tema de la sanción administrativa. El legislador no ha sido partidario en el último tiempo de entregar a la Administración facultades sancionatorias y por lo general entrega a los tribunales el conocimiento de las infracciones a las normas administrativas. Cualquiera sea la opinión que el problema merezca, en relación con la importancia de la sanción administrativa, adecuadamente garantizada con los recursos jurisdiccionales correspondientes, el juez ordinario no ha resultado eficaz para conocer de estas materias. Uno de los ejemplos más dramáticos lo encontramos en la Ley de Pesca, en que, tratándose de infracciones no constitutivas de delitos y ante la imposibilidad de otorgar competencia a la propia Administración, se optó por entregar el conocimiento de ellas al juez común. En la práctica ello no ha resultado, ya que este magistrado, por lo general civil, no ha podido administrar un procedimiento sancionatorio. El juez contencioso administrativo es evidentemente el tribunal más adecuado para conocer de todo el contencioso de la represión no penal.

La existencia de un juez especializado no es una cuestión puramente teórica o académica, sino que de enorme importancia práctica. Basta con el enunciado de algunas materias de derecho administrativo en que

las soluciones son originales, para vislumbrar la enorme diferencia que puede resultar de la intervención de un especialista. La actividad discrecional de la Administración y su control, el que jamás el juez ordinario ha podido ejercer adecuadamente, absteniéndose de controlar, o substituyendo a la Administración y transformándose en administrador; la actividad del juez en el proceso y sus facultades, que es absolutamente distinto a como es en el proceso ordinario, siendo en alguna forma un proceso inquisitivo en que el juez tiene un rol distinto; las medidas precautorias, que en el derecho administrativo son excepcionales y rodeadas de una serie de garantías para no paralizar la actividad pública y que en Chile el juez ordinario concede sin siquiera dar traslado al Estado, paralizando obras y proyectos de envergadura causando al interés público un daño irreparable; la presunción de legalidad de los actos administrativos, que altera la carga de la prueba y que exige que quien reclama la ilegalidad de un acto administrativo debe probarla, lo que tampoco ocurre en muchos casos, en que el juez ha acogido demandas por estimar que la Administración no ha probado la legalidad de sus actos; la responsabilidad extracontractual del Estado y la fijación del daño, en que no obstante que la Ley de Bases de la Administración del Estado contempla como derecho positivo a la institución de la "falta de servicio", que la doctrina del derecho administrativo ha desarrollado enormemente, la jurisprudencia nacional se resiste de aplicar adecuadamente, permitiendo que se sostenga la tesis de la "responsabilidad objetiva" del Estado, llegando incluso a condenarlo por daños causados por actos lícitos.

Todos los ejemplos señalados tienen importancia, ya que los principios y normas que se debieran aplicar a situaciones en que el Estado debe actuar ante los tribunales tienden a conciliar adecuadamente los derechos de los particulares y el interés general.

La creación de tribunales contencioso administrativos, que no significa en absoluto un paralelismo de recursos, ubicaría al recurso de protección en su exacta naturaleza, utilizándose en la misma forma que el recurso de amparo en relación al procedimiento penal. Al respecto es interesante señalar que el proyecto de 1992 contemplaba una norma que permitía que las Cortes de Apelaciones, conociendo de algún recurso de protección en que estimaren que debía someterse a un procedimiento de conocimiento más dilatado, pudieran remitir el asunto al juez contencioso administrativo para que continuara el juicio. Una norma como esa podría permitir terminar con la permanente incertidumbre de que los reglamentos y decisiones, en materia de regulación económica, por ejemplo, sean cuestionadas en un procedimiento de urgencia no idóneo, en que el resultado es siempre incierto.

Si se decide por incluir en la justicia contencioso administrativa a las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, se solucionaría el verdadero problema existente en materia de procedimiento tributario, que es en realidad la falta de especialización de los tribunales superiores para conocer de los reclamos que se interponen en contra de las resoluciones de las autoridades administrativas, que forma parte de lo contencioso administrativo.

Dejando de lado el costo que pudiera tener un proyecto de tribunales contencioso administrativos, el que en todo caso se vería disminuido si se adoptara el criterio de secretarías comunes o si se decidiera que al establecerse fueran sustituyendo a juzgados ordinarios actuales, no llenándose los cargos que quedaran vacantes, habría que decidir previamente algunos aspectos fundamentales con respecto a la organización y competencia.

Sin entrar por ahora a plantear los aspectos sobre los que habría que tomar decisiones en materia de competencia, y de procedimiento mismo, las alternativas de organización son a grandes rasgos las siguientes: 1.- Estructura diversa al Poder Judicial, de primera y segunda instancia especializada, vinculado a la Corte Suprema únicamente a través de la superintendencia que establece el artículo 79 de la Constitución Política. 2.- Jueces especializados en primera instancia; salas especializadas en Cortes de Apelaciones y Corte Suprema. 3.- Jueces especializados en primera instancia y salas especializadas en Cortes de Apelaciones, manteniendo la situación actual en la Corte Suprema. 4.- Justicia especializada de única instancia en salas especializadas a nivel de Cortes de Apelaciones. 5.- La idea contenida en el proyecto que se encuentra en la Cámara de Diputados, de más modestas proporciones, que contempla únicamente justicia especializada a nivel de primera instancia, con la creación de juzgados contencioso administrativos, con un sistema similar al que existe en la actualidad en materia del trabajo o de menores.

Las posibilidades mencionadas en los números anteriores, con la excepción de la última, plantea el problema de la especialización a nivel de Cortes de Apelaciones, en aquellas regiones en que, por el número de probables causas de que conocerían, no se justifica la existencia de una sala o tribunal de segunda instancia separado. Tampoco es conveniente contemplar especialización únicamente en Santiago, San Miguel, Valparaíso, Concepción y Temuco, por ejemplo, y justicia común en las otras doce Cortes de Apelaciones. La solución estaría en considerar jurisdicción territorial distintas de las actuales Cortes de Apelaciones para la segunda instancia contencioso administrativa, pero ello sólo sería posible en la alternativa 1, que también es la única que permitiría tener de inmediato especialistas en la segunda instancia, al no requerirse seguir las normas sobre carrera judicial.

La existencia de tribunales contencioso administrativos se inserta dentro de la modernización del Estado, ya que sujeta la actividad administrativa a normas claras y principios modernos, aplicando doctrina actual y especializada. Representa además un enorme ahorro de recursos fiscales al solucionarse los problemas descritos en los puntos anteriores y contribuye a la certeza jurídica en la actuación del Estado, absolutamente indispensable para el desarrollo económico nacional y para fomentar la inversión.



\* Pedro Pierry Arrau es Abogado Consejero del Consejo de Defensa del Estado y Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso y Universidad de Chile.

Revista de Derecho, Año 1 - Nº 2 (diciembre 2000)

---