



Universidad del Desarrollo
Universidad de Excelencia

FACULTAD DE DERECHO

NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO
EN SEDE TRIBUTARIA
PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

POR: CAROLINA ELÍZABETH GÓMEZ CONTRERAS

Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo para optar al grado de Magister en Derecho de la Empresa.

PROFESOR GUÍA:
Sr. RODRIGO UGALDE PRIETO

JUNIO 2019
CONCEPCIÓN

© Se autoriza la reproducción de esta obra en modalidad acceso abierto para fines académicos o de investigación, siempre que se incluya la referencia bibliográfica.

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|--|--------------|
| INTRODUCCIÓN | PÁGINA 3 |
| CAPÍTULO I. NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO EN SEDE TRIBUTARIA. | PÁGINA 4-6 |
| 1.1 CONCEPTO DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO. | PÁGINA 4 |
| 1.2 NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO Y CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA | PÁGINA 4-6 |
| CAPÍTULO II. CAUSALES DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO . | PÁGINA 7-15 |
| 2.1 ACTOS SUSCEPTIBLES DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO TRIBUTARIO. | PÁGINA 7-8 |
| 2.2.1 AUSENCIA INVESTIDURA REGULAR | PÁGINA 8 |
| 2.2.2 COMPETENCIA DEL ÓRGANO. | PÁGINA 8-9 |
| 2.2.3 VICIOS DE FORMA Y PROCEDIMIENTO | PÁGINA 9 |
| 2.2.4 VIOLACIÓN DE LEY O LEGALIDAD. | PÁGINA 10-12 |
| 2.2.5 LA DESVIACIÓN DEL PODER. | PÁGINA 12-15 |
| CAPÍTULO III. INTERPRETACIÓN DE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO SEGÚN BERNASCHINA. | PÁGINA 16-18 |
| 3.1 NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO Y LA TEORÍA GENERAL DEL ESTADO. | PÁGINA 16 |
| 3.2 EFECTOS DE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO. | PÁGINA 16-17 |
| 3.3 IDEAS TRADICIONALES DE LA DOCTRINA CIVIL CHILENA | PÁGINA 18 |
| 3.4 CONCLUSIONES DE BERNASCHINA | PÁGINA 18 |
| CAPÍTULO IV. EFECTOS DE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO. | PÁGINA 18-21 |
| 4.1. NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO “IPSO IURE” O DE PLENO DERECHO. | PÁGINA 18-20 |
| 4.2. NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO “INSANABLE”. | PÁGINA 21 |
| 4.3. NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO “IMPRESCRIPTIBILIDAD | PÁGINA 21 |
| CAPÍTULO V. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES RELACIONADOS CON LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO. | PÁGINA 22-29 |
| 5.1. LA PRETENDIDA AUTOTUTELA INVALIDATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN. | PÁGINA 22 |
| 5.2. PROCEDIMIENTO DE INVALIDACIÓN DE LA LEY 19.880. | PÁGINA 23-26 |
| 5.3. EL CASO PARTICULAR DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN O AUDITORÍA. | PÁGINA 26-27 |
| 5.4. IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS TRIBUTARIOS. | PÁGINA 27 |
| 5.5. RECURSOS JURISDICCIONALES. | PÁGINA 28-29 |
| CAPÍTULO VI. PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. | PÁGINA 29-37 |
| 6.1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL | PÁGINA 29 |
| 6.2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. | PÁGINA 30 |
| 6.3. TESIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. | PÁGINA 30-31 |
| 6.4 RELACIÓN ENTRE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS Y LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO. | PÁGINA 31 |
| 6.5 TEORÍA DE LA AUTONOMÍA DE LAS ACCIONES. | PÁGINA 31-32 |
| 6.6 TEORÍA DE LA TRANSMUTACIÓN | PÁGINA 32-33 |
| 6.7 LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS Y LA PRESCRIPCIÓN. | PÁGINA 34-35 |
| 6.8 TRIBUNAL COMPETENTE. | PÁGINA 35-36 |
| CONCLUSIONES. | PÁGINA 38-40 |
| BIBLIOGRAFÍA. | PÁGINA 41 |
| JURISPRUDENCIA CITADA. | PÁGINA 42 |

TABLA DE ABREVIATURAS

Nulidad de Derecho Público: NDP
Constitución política: CPR
Código Civil: C.C
Código Tributario: CT.
Código de procedimiento civil: CPC
Código orgánico de Tribunales: COT.
Página: p.
Páginas: pp.

Comisión de estudios para la nueva
Constitución: CENC
Ley de Bases de los Procedimientos
Administrativos: LBPA.
Ley de Bases de la Administración del
Estado: LBAE.
Servicio de Impuestos Internos: SII.

*Con amor a mis Padres,
Amador y Ruth,
quienes me han enseñado
del amor, el respeto y el esfuerzo.*

INTRODUCCIÓN

La Nulidad de Derecho público ha sido un tema ampliamente desarrollado por Constitucionalistas y catedráticos del Derecho Administrativo. Sin embargo, en lo relativo a quienes se dedican el Derecho Tributario, podemos apreciar un cierto grado de olvido y despreocupación frente a esta materia, como si el Derecho Tributario no tuviese relación con la Nulidad de Derecho Público. Por ese motivo, el trabajo que a continuación podrán conocer se preocupa de hacer un análisis sistemático de esta institución, desde nuestra Carta fundamental, considerando siempre el Derecho Administrativo, hasta llegar a la legislación tributaria específica.

Daremos inicio al estudio de esta institución mostrándole al lector como ha evolucionado el concepto de nulidad de derecho público en nuestra constitución a lo largo de sus diversas modificaciones. Las causales establecidas actualmente en nuestra constitución y también aquellas incorporadas por la doctrina en una interpretación sistemática de las normas fundamentales. Los efectos de la Nulidad de Derecho Público, considerando las diversas posturas doctrinales que hay a su respecto, desde la doctrina clásica o tradicional, hasta la doctrina moderna. Y, para complementar estas ideas, conoceremos la posición particular de Mario Bernashina quien define, identifica y señala los efectos de este tipo de nulidad, dando especial importancia a la interpretación de las normas constitucionales.

En lo sucesivo de este trabajo, también podremos ahondar en algunos procedimientos creados por el legislador que tienen relación con la nulidad de derecho público, procedimientos de carácter puramente administrativo, tributarios específicos y recursos jurisdiccionales que contribuyen al objetivo buscado por el legislador en su afán por equilibrar el principio de conservación v/s la juridicidad y legalidad de los actos administrativos-tributarios.

Y, finalmente, como una novedad, en esta tesina vamos a analizar la relación que existe entre la nulidad de derecho público y la indemnización de perjuicios, partiendo dicho análisis en el estudio de los tipos de responsabilidades que son comúnmente reconocidas por nuestra legislación, la responsabilidad contractual y extracontractual, la tesis de responsabilidad general del Estado, así como las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la indemnización de perjuicios, lo que permitirá sostener la procedencia de la indemnización de perjuicios de forma conjunta o separada con la acción de nulidad.

CAPÍTULO I.

NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO EN EL JUICIO TRIBUTARIO

1.1 Concepto de Nulidad de Derecho Público en el Juicio Tributario

La Nulidad de Derecho Público es un mecanismo jurídico sancionador fundamental del Derecho Público, el cual consiste en la ineficacia de los actos estatales dictados en contravención al principio de juridicidad contemplado en los artículos sexto y séptimo de la constitución política de la república de Chile.

Para sumergirnos en el estudio de esta institución, necesariamente debemos partir desde el análisis de la evolución e interpretación de diversos preceptos constitucionales, los cuales se han ido desarrollando a lo largo del tiempo, y que se han gestado desde la constitución de mil ochocientos treinta y tres hasta la Constitución de mil novecientos ochenta, con sus respectivas reformas constitucionales.

A continuación, identificaremos las normas constitucionales que debemos considerar cuando hablamos de Nulidad de Derecho Publico y su evolución histórica.

1.2 La Nulidad de Derecho Público y la Constitución de la República de Chile

En nuestra carta fundamental, las normas que actualmente sirven para fundamentar la nulidad de derecho público son el artículo 6º, 7º, 35º, 38º CPR, los cuales no siempre tuvieron el tenor literal que nosotros conocemos, de hecho, si nos remontamos a Constitución de 1833, en aquella encontrábamos solamente los artículos 189º y 160º, los cuales sufrieron modificación de sus numerales con la reforma constitucional del 9 de agosto de 1888 quedándose con los numerales 150º y 151º. El texto de ambos artículos no fue modificado durante la vigencia de esa constitución, quedando de la siguiente forma: **Artículo 150º** (anteriormente el 159º). *Ninguna persona o reunión de personas puede tomar el título o representación del pueblo, arrogarse sus derechos, ni hacer peticiones a su nombre. La infracción de este artículo es sedición.*¹**Artículo 151º** (Anteriormente el artículo 160º)-. *Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún 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.*

Sin embargo, la constitución de 1925 cambió la ubicación de estos dos artículos: El artículo 150 paso a ser el artículo 3º y el verbo “puede” fue reemplazado por “pueden” agregando la preposición “en” quedando de la siguiente forma; “**Artículo 3º.** *Ninguna persona o reunión de personas pueden tomar el título o representación del pueblo, arrogarse sus derechos, ni hacer peticiones en su nombre. La infracción de este artículo es sedición*”.

¹ JARA, Schnettler. Jaime, *La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia*, Editorial Libromar, primera edición, 2004, p. 29.

Por otro lado, el artículo 151 paso a ser el artículo 4º sustituyendo el verbo “haya” fue sustituido por “hayan” quedando de la siguiente forma; “*Artículo 4º “Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes”*. Junto con el cambio de estos numerales y de algunas de sus proposiciones literales, se creó el artículo 23º, el cual expresaba que, “*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 u. ejército, de un jefe al frente de fuerza armada o de alguna de 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”*”.

Con posterioridad al pronunciamiento militar, habiéndose formado la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución de 1980. Esta comisión tomo como base el artículo 3º y 4º de la Constitución de 1925 para escribir los artículos 6º y 7º de la misma. En lo que interesa para esta investigación, también fueron creados por la CENC el inciso cuarto del artículo 7º CPR.

Artículo 6º 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 7º. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe 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 haya conferido en virtud de la Constitución o de las leyes.

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

En atención al contenido del artículo antes citado, podemos a simple vista identificar los casos en que procede ejercer la acción o excepción de Nulidad de Derecho Público, pudiendo ser ejercida dicha acción respecto de *todos los actos emanados por los órganos del Estado, que no han sido dictados previa investidura regular de sus integrantes, fuera de la competencia del órgano público y en una forma diferente a la prescrita por la ley*. Lo anterior, sin perjuicio de las circunstancias justificantes de dicha actuación. Luego, la sanción que corresponde aplicar a todos los actos que cumplen alguna de las hipótesis antes señaladas es la nulidad, sin perjuicio de generar las responsabilidades y sanciones civiles, administrativas y penales que la ley señale.

Ahora bien, el fundamento de la acción Nulidad de Derecho Público nace a partir del artículo 19N°3° de la Constitución política de la República, norma constitucional en la que se reconoce el derecho de toda persona a peticionar la acción de defensa de sus derechos y el deber de los tribunales de resolver los asuntos cometidos a su conocimiento sin poder excusarse del conocimiento y resolución de sus decisiones. En ese sentido el artículo *Artículo 75° Señalaba en ese entonces 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.”* Y el *Artículo 87° Señalaba que “Habrá Tribunales administrativo, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos y disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley”*. A estos dos artículos es necesario agregar otros dos. El artículo 38° CPR, que estableció la creación de tribunales contencioso-administrativos, el que fue derogado con la reforma constitucional de 1989.

Finalmente, el artículo 75° paso a ocupar el numerando del artículo 35°” Los reglamentos y decretos del presidente de la República deberán firmare por el ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito”. Y, el artículo 87° pasó a ser el numerando del artículo 38°, inciso 2°. “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso-administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

El problema de la existencia de tribunales contencioso-administrativos tiene su origen antes de la Constitución de 1925. Durante la vigencia de esta Constitución el artículo 87° ordenaba al legislador crearlos. Ello no ocurrió y ese artículo fue llamado “norma programática por la doctrina. Ante esta inactividad del legislador, los tribunales, en muchas ocasiones, rechazaron demandas interpuestas por particulares en contra del Estado en razón de su falta de competencia fundada en el artículo 38° Inc.2° CPR. Hubo cambio parcial de esta tendencia entre 1970 y 1973. Con el advenimiento del pronunciamiento militar los tribunales retomaron la tesis de que no podían juzgar las demandas contra el Estado, porque la Constitución reservaba esa materia a tribunales contencioso-administrativos. La reforma constitucional de mil 1939 liberó esa traba interpretativa al derogar el inciso 2° del artículo 38° CPR, de esta manera los tribunales contencioso-administrativos nunca fueron creados².

² Claudio Agüero San Juan, *Cuatro versiones de la Nulidad de Derecho Público. Primera Parte. La versión de Mario Bernaschina González*, Revista *Ius et Praxis*, Año 23, N°2, 2017, pp.251-294.

CAPÍTULO II.

Causales de Nulidad de Derecho Público

Antes de adentrarnos en cada una de las causales de nulidad, vamos a esclarecer cuales son los actos susceptibles de nulidad de Derecho Público, para que podamos tener mucha mayor claridad y precisión al enfrentarnos a actos administrativos tributarios susceptibles de este tipo de Nulidad.

2.1. Actos susceptibles de Nulidad de Derecho Público

Antes de estudiar las causales de la nulidad de derecho público en sede tributaria, es menester esclarecer cuales son los actos susceptibles de dicha declaración, sobre todo entendiendo que el enfoque de este trabajo es el derecho tributario.

Aunque no pretendemos exponer y analizar el concepto de acto administrativo a secas, nos vemos forzados a estudiarlo, siempre en el contexto de las potestades del órgano administrativo tributario y, especialmente, de los actos emanados del Servicio de Impuestos Internos³. En esta sintonía debemos esclarecer los actos susceptibles de Nulidad de Derecho Público en el Juicio Tributario **son todos los actos administrativos tributarios**, y cuando hacemos esta precisión necesariamente debemos relacionar el concepto de acto administrativo con la potestad tributaria, esto es, todos los actos que emanan del Servicio de Impuestos Internos.

La Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos lo define en el artículo 3 inciso 2º, *“Para los efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de la potestad pública”*.

Los elementos esenciales del acto administrativo tributario son la voluntad expresa o tácita, que podemos deducir del Artículo 7º CPR y del artículo 3º de la ley 19.880. En la cual debemos considerar la firma del acto administrativo, prueba de la manifestación subjetiva de ella por parte del funcionario, la que se muestra a la vida jurídica con la constancia de su identidad. Sin embargo, lo que se exige es la voluntad expresada y no la firma y timbre. La Voluntad tácita es difícil de identificar dentro de la esfera impositiva de nuestro sistema, podríamos relacionarla con las situaciones de hecho en que el servicio, deja transcurrir los plazos de prescripción o caducidad según el caso, sin ejercer actividad alguna o mejor dicho en inactividad.

La voluntad presunta, que podemos conceptualizar como aquella que se manifiesta o deduce de ciertos actos inequívocos del servicio en nuestra realidad tributaria, la vemos reconocida en la institución del Silencio Administrativo, el cual se define en el artículo 64º

³ ZURITA, Rojas. Milenko, *El acto Administrativo Tributario*, segunda edición, Editorial Libromar, año 2017. P.4.

inciso 2° y 3° de la ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. En el caso particular tributario, el silencio administrativo es aplicable a los procedimientos tributarios con la sola salvedad de que la voluntad presunta se configura, en primer lugar, según los plazos que la propia ley tributaria ha concedido en el respectivo procedimiento y; en segundo lugar, si no ha señalado plazos, según los indicados en el artículo 24 de la ley de procedimientos administrativos⁴. La forma es el modo en que se instrumentaliza y da a conocer la voluntad administrativa tributaria. La forma comprende la instrumentalización, la motivación y la publicidad o notificación. El objeto del acto administrativo tributario. Visto como el contenido mismo puede ser vasto, desde actos de autorización, actos trámites, actos de ejecución, actos de procedimiento, actos de notificación, actos de juicio⁵ etc.

2.2.1. Ausencia de investidura regular.

La ausencia de investidura regular se refiere a la ausencia del llamamiento y a la toma de posesión de los cargos y dignidades públicas, haciendo directa referencia al acto de nombramiento o designación de los funcionarios de la administración del Estado, acto que envuelve una serie de requisitos de forma y fondo que lo habilitan para representar al Estado. El art. 7° CPR, citado anteriormente, incorpora un factor temporal en cuanto estas formalidades deben ser anteriores a la dictación del Acto, y debe ser una investidura Regular, que detente todas las calidades propias del cargo cuyo nombramiento o designación establecen.

Es de relevancia considerar que la Investidura previa y regular de un funcionario público, necesariamente emana de la constitución y las leyes, producto del ejercicio del poder tributario que es una manifestación de la soberanía nacional consagrada en el artículo 5 de la Constitución Política de la República.

En sede tributaria, la investidura regular de los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos está determinada por el código orgánico de Tribunales, el Código Tributario, y las leyes especiales llamadas a regular esta materia, así como otras leyes que regulan la ley y crean a los Tribunales Tributarios y Aduaneros.

2.2.2. Incompetencia del Órgano

Para comprender la incompetencia es necesario conocer el concepto de “competencia”, la competencia es la esfera de atribuciones en la que el órgano puede actuar según la ley. Los factores de atribución de competencia son la materia, el territorio, el tiempo y la jerarquía o grado. La competencia del Servicio de impuestos internos en cuanto a su materia esta determinada por el artículo 1° del DFL 7 de Hacienda de 1980 y el artículo 1ª del Código Orgánico de Tribunales en materias de Tributación interna; acerca de la competencia territorial la legislación tributaria creó unidades territorialmente desconcentradas llamadas Direcciones Regionales, y en cuanto a la jerarquía orgánica, pero internamente reconoce

⁴ *Ibidem*, P.17.

⁵ *Ibidem*, p.19.

estamentos cuya relación jerárquica o de mera supervigilancia la cual debe ser analizada en cada caso, finalmente, con relación al grado no existen normas que delimiten la competencia según este criterio⁶

Un órgano es incompetente cuando actúa fuera del campo de las atribuciones que la constitución le ha conferido, de tal manera que “todos los órganos de la administración del Estado deben siempre actuar dentro de su competencia”, puesto que de lo contrario esos actos son inválidos, puesto que ningún órgano puede atribuirse aun por circunstancias especiales o a pretexto de cualquier persona, tener otras atribuciones que las que la ley o la constitución les confiere expresamente.

En esta causal se han incorporado por la doctrina francesa aquellos que presentan la modalidad de -exceso de poder. El órgano del estado de extralimita en su competencia arrojándose atribuciones que no le confiere el ordenamiento, pero sin invadir la competencia atribuida a otro órgano. Y, - abuso de poder, se da si un órgano se excede en su competencia y además pasa a actuar en la esfera o ámbito de otro órgano o poder público. se trata de un acto que invade la competencia ajena⁷.

2.2.3. Vicios de forma y procedimiento

Tomando en consideración la definición del artículo 18° de la LBPA “el procedimiento administrativo es una sucesión de actos de trámite vinculados entre si, emanados de la administración y en su caso, de particulares interesados, que tienen por finalidad producir un acto terminal”. De manera tal que frente a cualquier vicio que afecte el procedimiento habría que distinguir si son vicios a relacionados con diligencias esenciales dentro del procedimiento o no, pudiendo ser susceptibles de subsanación, con el objeto de dar aplicación al principio de Conservación de los Actos administrativos.

Por ejemplo, una diligencia esencial dentro del procedimiento administrativo tributario en atención al artículo 18 de la ley 19.880 sería la formación de un expediente electrónico por parte del SII, el cual a partir de la modificación incorporada por la ley 20.780 incorpora tres incisos al artículo 21 del código tributario para regular lo que se denomina “expediente electrónico” y que es un requisito esencial de todo procedimiento tributario llevado a cabo por el Servicio de Impuestos Internos. De manera tal que, si por a,b,c motivo el servicio no cumple la formación de dicho expediente en forma y tiempo, y se lleva a cabo un procedimiento cualquier de fiscalización por parte del SII, dicho acto es susceptible de nulidad.

⁶ *Ibidem*, pp. 25 y s.

⁷ JARA, Schnettler. Jaime, *La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia*, Editorial Libromar, primera edición, 2004, pp. 230 y ss.

2.2.4. Violación a la Ley o ilegalidad

Se refiere a la legalidad interna del acto administrativo y queda configurada en todos los casos en que la decisión administrativa es contraria a Derecho, esto es, cuando vulnera el ordenamiento jurídico en sentido amplio. La denominación no es completamente afortunada. Por que en sentido extensivo puede estimarse comprensiva de la incompetencia, del vicio formal o aun de la desviación del fin que vienen a ser en última instancia también modalidades de vulneración de las disposiciones normativas. Por ello aquí se considera este vicio en sentido estricto o propio, como el vicio que afecta al contenido del acto administrativo. Por ello y al margen de las causales ya examinadas, un acto invalidado por violación de la ley es aquel cuyo objeto o contenido esta en contradicción con las normas jurídicas a las cuales debía. Conformarse.

La violación del poder alude en general a las restantes ilegalidades no comprendidas en los vicios de incompetencia, investidura y forma. Queda confirmada por la idea de la vulneración simple del ordenamiento jurídico.

Esta causal no se encuentra contenida en el artículo 7° de la CPR. Por el contrario, se haya reconocida mas bien en la obligación que el constituyente impone a los órganos del Estado de Someter su acción a la constitución y a las normas dictadas en su conformidad (artículo 6 inciso 1. CPR.), precepto cuya infracción genera las sanciones y responsabilidades que fija el legislador, entre las cuales estará la ineficacia o nulidad de la norma irregular”⁸

La violación de ley o ilegalidad en sentido general puede referirse, entre otras situaciones (1) al objeto del acto administrativo respectivo, es decir a la concreta declaración obligatoria en que el acto consiste; o bien (2) al motivo del acto, es decir al conjunto de circunstancias de hecho y de derecho que lo justifican. En este segundo caso, la ilegalidad se justificará en una errada o falsa aplicación de la norma jurídica, ya sea imputable a error en el sentido o alcance de la norma (error de hecho) o bien al error en la naturaleza, existencia o calificación jurídica de los elementos fácticos que motivaron la decisión administrativa (error de hecho).

Al desarrollar que es la violación de ley, se hace forzoso recordar que el acto administrativo tributario goza como característica principal de una **presunción de legalidad**, principio recogido del artículo 3° de la ley 19.880, presunción legal que admite prueba en contrario. Y que recae sobre hechos que no se conocen al momento de su dictación, favoreciendo la calidad de ministro de fe de que están investidos algunos funcionarios del SII, los cuales dan fe de los hechos que perciben sin que por ello sea inamovibles si se prueba lo contrario. Artículo 3° de la ley 19.880. *“Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de vigencia y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa”* (...) Si ahondamos en el principio de legalidad debemos señalar que los pilares fundamentales de la legalidad y la juridicidad de los actos de la administración en Chile se encuentran consagrados, en primer lugar, en la constitución política en el artículo 24

⁸ Ídem

relativo al gobierno y administración y su sometimiento a la constitución y las leyes; el artículo 6 que recoge el principio de juridicidad y el artículo 7° sobre legalidad administrativa.

En materia de impuestos la legalidad tiene dos vertientes, la primera ligada a la legalidad de las actuaciones de los órganos administrativos tributarios cuyo fundamento se encuentra en los artículos 6° y 7° de la CPR, LBAE y la LBPA. De tal manera que, estaríamos frente a este caso, cuando lo que se está discutiendo no es la faz externa del acto emanado por el órgano administrativo, como podemos apreciar en las demás causales de Nulidad de Derecho Público, sino que cuando la Nulidad de Derecho Público tiene por causal una aplicación errónea del derecho o infracción de contenido. A juicio personal, considero que estaríamos en sede de casación de fondo, lo cual quedaría fuera de la esfera propia de la nulidad de Derecho Público según se viene planteando.

De hecho, en nuestra jurisprudencia existe un caso en que la empresa Portuaria Andes de San Antonio S.A o PASAS, dedujo acción de “Nulidad de Derecho Público e indemnización de perjuicios, acciones subsidiarias de indemnización de perjuicios por falta de servicio, por riesgo y responsabilidad extracontractual” en contra de la Empresa Portuaria San Antonio o EPSA. Los actos ejecutados cuya nulidad se solicitaron fueron; 1. La entrega del terminal Molo Sur a la empresa STI mediante concesión de 20 años a contar de enero de 2000 bajo sistema mono-operado y aprobado por directorio el 10 noviembre de 1999. Empero, la empresa no dota de infraestructura adecuada al terminal espigón que funciona bajo el sistema multi-operado que permita considerarlo como un frente capaz de competir con el sistema mono operado de la manera que lo exigió el dictamen N11045 por la comisión preventiva central. 2. La aceptación de EPSA de la transacción acordada con fecha 14 de agosto de 2002 con la empresa STI, en juicio arbitral de competencia desleal que tuvo por objeto restringir los servicios de Espigón respecto de inversiones, prioridades y tarifas, cuya inoponibilidad pide se declare (...) 3. Postergación indefinidamente las labores de dragado de los sitios 4 y 5 del terminal de espigón adoptada en el directorio de EPSA de fecha 8 de abril de 2002, luego de la recomendación de SEP y mientras no se resolviera por el consejo del MOPTT un a política portuaria sobre el particular y tarifas de nuevas inversiones (...) Señalando que los actos impugnados violan los artículos 6,5,22,23 y 31 de la ley N°19.542. Aduciendo que los actos ilegales generaron daños derivados de la disminución en ventas y mayores costos de atención a sus clientes por traslados de naves desde terminal espigón al molo sur por falta de profundidad de agua y carencia de un sitio con prioridad.

En la contestación, la empresa demandada señaló que existen 30 empresas de muellajes en el terminal de espigón las cuales pagan los servicios requeridos. No existiendo obligación legal de dotar al terminal de espigón de determinadas condiciones estructurales que se asemejen en forma alguna al terminal Molo Sur, siendo EPSA quien determina las prioridades según las naves según los criterios técnicos que estime procedentes.

El tribunal de primera instancia, señaló que lo esencial consiste en determinar si la empresa demandada se excedió en las facultades otorgadas por la ley N°19.542 y ejecutó actos nulos de derecho público generando perjuicios económicos, luego determino que, no

existe obligación legal de que las empresas portuarios cuenten con infraestructura portuaria para las empresas de muellaje, la empresa de muellaje tiene la facultad de modificar su reglamento, estableciendo sus normas reglamentarias y por último, la labor de dragado es facultativa para la demandada no estableciendo la ley plazo o condición para ello. En conclusión, habiéndose establecido la validez de los actos, no existe obligación indemnizatoria por parte de la demandada.

En este caso se ejerce la acción ordinaria de nulidad mediante la demanda de Nulidad de Derecho Público, bajo el fundamento de la haber ejecutado actos con infracción de ley, considerando que a juicio de la parte demandante, a la empresa de muellaje para cumplir sus funciones en 1997 se dictó la ley N°19.542, con objeto de modernizar e incrementar la capacidad de los puertos estatales, fomentar la competencia interior y exterior, propendiendo a un uso no discriminatorio de estos y toda la estructura portuaria, garantizando la libre elección de los usuarios respecto de los servicios que presten en los frentes de atraque y la autonomía de los particulares que ejercen funciones dentro del mismo, limitándose las empresas del Estado a lo indispensable para su funcionamiento. Cuestión que en los hechos se vulnera por los actos ya individualizados al exponer el resumen del caso. En consecuencia, a juicio del tribunal de primera instancia, la corte de apelaciones y la corte suprema en la correspondiente casación deducida. No existe infracción a esta norma constitucional, y en consecuencia a esta ley, puesto que no existe el deber legal impuesto a la empresa de muellaje en los términos que esgrime la parte demandante. Análisis que a juicio de esta autora es correcto⁹.

2.2.5. La desviación del poder

La desviación de poder es la actuación del órgano administrativo que, realizando un acto de su competencia y respetando las formas legales, ejerce su potestad en casos, por motivos y para fines distintos de aquellos para los cuales le ha sido conferida por el ordenamiento. Según la doctrina especializada, lo que caracteriza a la desviación del poder es que la administración se aparta voluntariamente del fin establecido por la ley para servir otros, cualquiera que estos sean.

La idea de desviación de poder tiene sentido en cuanto podemos apreciar que se encuentra contenida en el Inciso 3° del artículo 7° de nuestra carta fundamental; *“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias*

⁹ Causa Rol N°21.589 del Juzgado de Letras de San Antonio, caratulado “Portuaria Andes de San Antonio con Empresa Portuaria de San Antonio”, la sentencia de fecha 5 de marzo de 2019 rechazó la demanda de “Nulidad de Derecho Público e indemnización de perjuicios, acciones subsidiarias de indemnización de perjuicios por falta de servicio, por riesgo y responsabilidad extracontractual”, siendo confirmada en segunda instancia por la corte de apelaciones de Valparaíso y en último término rechazado el Recurso de casación en el fondo por la Corte Suprema causa Rol N°6.511-2009, tercera sala corte suprema. 23 de octubre de 2012.

extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la constitución o las leyes”.

En una primera instancia es claro que los órganos del Estado no pueden ejercer facultades o atribuciones que no les han sido otorgadas. Sin embargo, es lógico que puede existir en el ejercicio de las facultades y atribuciones de que gozan, un uso inadecuado y un uso excesivo de esa atribución o facultad, y es en estos casos en que existiría desviación del poder.

Desde el punto de vista de su concepto, cabe hacer dos puntualizaciones. Primeramente, que la desviación no se configura ante la pura presencia de un “acto inadecuado a su fin” por el contrario, exige la comprobación fehaciente del ejercicio “torcido” de dicha potestad. Lo anterior impone demostrar por quien alega el vicio la intencionalidad, el propósito consciente y deliberado en la administración denunciada de apartarse, de desviarse del fin de la potestad. En otros términos, la necesidad de acreditar el móvil torticero o desviado del órgano administrativo. No se incurre en desviación de poder por mero error.

En segundo lugar, la desviación de poder si bien regularmente se configura en el ámbito del derecho administrativo discrecional, no es exclusiva de este tipo de potestades. En efecto, el que originalmente así haya sido y que esa sea la regla general no impide su aplicación también al ejercicio de potestades regladas. Sin embargo, cuando el acto administrativo tiende a producirse mediante formas, requisitos y condiciones debidamente descritos en la potestad habilitante, la finalidad del acto tiende a cumplirse ineludiblemente, de manera automática u obligada si aquellos elementos se respetan. En tales casos de existir un vicio, este se hallará mas bien confundido con el contenido mismo del acto configurándose una simple ilegalidad.

Los órganos administrativos del Estado pueden desviarse a una variedad de fines. Primeramente y el caso más paradigmático será la desviación hacia los fines ajenos al interés público, como cuando la actuación se dirige a una finalidad privada particular. En segundo lugar, podrá la administración desviarse hacia fines públicos pero distintos de aquel que concretamente fija el ordenamiento jurídico.¹⁰

A continuación, en Sentencia causa rol N°5225-2009 sobre juicio ordinario de nulidad de derecho público, por Darío Ovalle Lecaros interpuso recurso en contra de la sentencia de la corte de apelaciones de Santiago que confirmó el fallo de primera instancia que acogió la excepción de prescripción opuesta por el SERVIU y omitió pronunciamiento de fondo.

En el Recurso de Apelación, se reitera la infracción de los artículos 6° y 7° de la constitución política, normas de la ley N°16.640, artículos 3° del D.L N°1283 de 1975 y 1° del D.L N°16.640, artículos 3° del D.L N°11283 y 1° del D.L. N°754 DE 1974, en lo relativo a las exigencias legales para la procedencia del acto expropiatorio de un bien raíz y la

¹⁰ *Ibidem*, pp. 233 SS.

incorrecta aplicación de las normas de prescripción en cuanto se aplicó la disposición prevista en el artículo 3° del D.L. N°. 1283 de 1975.

En términos simples se solicitó la nulidad del acuerdo expropiatorio N°42 del 16 de enero de 1976 que reconsidero el acuerdo de N°2614 de 16 de noviembre de 1971 por el que se expropió el inmueble agrícola de su propiedad denominado “lote maria angélica de la hijuela la esquila de la ex hacienda Polpáico. El acuerdo normativo aplicado, fija fecha límite parara las reclamaciones 10 de noviembre de 1975 en circunstancias que el acto no había sido dictado en esa fecha, no considerando que el pago de la indemnización no había sido realizado en esa época y obligándose por la comisión arbitral agraria provincial al expropiado a renunciar al pago de la indemnización a cambio de reconocerle una hijuela diversa a la expropiada.

La sentencia de primera instancia confirmada sin modificaciones por el fallo de segundo grado-estableció las siguientes circunstancias fácticas: 1.) La expropiación realizada al actor de verifico durante el año 1972, durante el cual se hizo la entrega material del inmueble, recibiendo el párrafo inicial de la indemnización acordado y los bonos. 2.) Por acuerdos posteriores a que arribara el actor con la comisión agraria provincial de Santiago, este renunció al pago de indemnizaciones y a las acciones, lo cual fue efectuado en forma libre y espontanea, pura y imlemente, sin ninguna condición, plazo o modalidad. Como sea el reconocimiento de la parte expropiante de la exclusión o reserva en su favor. 3.) La acción de que disponía el actor para solicitar la nulidad o inexistencia del acto expropiatorio no fue ejercida por este al 10 de noviembre de 1975.

En atención al considerando sexto, el fallo razona que al no haberse interpuesto la mencionada acción antes del 10 de noviembre de 1975 feneció el derecho del actor para ejercer la acción y la expropiación se perfeccionó por el solo ministerio de la ley, concluye que la presente acción se encuentra prescrita, teniendo además presente que el artículo 56 de la Ley N°16.640 en relación a los predios rústicos adquiridos a cualquier título por la Corporación de Reforma Agraria se entienden saneados y no resultan por causa alguna.

En este caso la acción de nulidad de derecho público se ejerce ante los Tribunales Ordinarios de justicia a través del procedimiento general del juicio ordinario de mayor cuantía. El argumento utilizado por la demandante fue no se pagó íntegramente la indemnización correspondiente al procedimiento expropiatorio. Lo que, a juicio de esta autora, puede constituir un vicio de procedimiento o forma, o bien puede constituir un vicio de Derecho, que afecta el fondo de la institución de la expropiación, eso desde un punto de vista. Ahora bien, a criterio del tribunal al producirse el reemplazo de la indemnización por una hijuela de terreno, no existiría vicio alguno, opinión que compartimos, por que la expropiación si se logró perfeccionar con el consentimiento de la parte expropiada y, según la naturaleza de la acción deducida por la demandante, en realidad la acción que intenta hacer es una acción de carácter patrimonial. Esto concuerda con el considerando Décimo, en el que se concluye que *“Por sus características y efectos la acción formulada tiene el carácter de patrimonial. Siendo así, es plenamente aplicable la prescripción por disponerlo el artículo 2.497 del código civil y por que lo contrario significaría introducir incertidumbre sobre el*

patrimonio y derechos de las personas como sucesores en el dominio”. Se solicitó la Nulidad de derecho público mediante juicio ordinario de mayor cuantía, según los artículos 1699, 17000 y 1702 del código civil a través del procedimiento del DL N°2.695, del ministerio de tierras y colonización. Don Michael Hitsler, solicita en primera instancia la Nulidad de Derecho Público de la resolución administrativa que concede la regularización de una propiedad raíz, resolución N°0395, del ministerio de bienes nacionales, debido a que en ella se incurrió en un error garrafal en que se incorporó una fracción de terreno del que ya era dueño. Acción que fue desestimada por el tribunal de primera Instancia debido a la existencia de una acción especial contenciosa administrativa de nulidad de derecho público fijada en la ley se aplica ésta y con el procedimiento allí regulado, y no otra.

Luego, al deducir recurso de casación se alega que el acto cuya nulidad se solicita por la vía de casación es la no atribución del valor probatorio atribuido por la ley a la prueba instrumental, la cual no fue objetada. En circunstancias que ella demostraba que la regularización hecho por la autoridad lesionó sus derechos y, en otro acápite de su acción sostiene quebrantamiento los artículos 6° y 7° de la constitución, 1° inciso °, y 2 numero 1 y 4 inciso 1 del código civil, incurriendo en error de derecho al desestimar la acción de nulidad de derecho publico. Finalmente alega nulidad sustancial, por transgresión del artículo 924 del código civil, que los falladores dejan de aplicar, por que reconocen la validez de un acto administrativo que regulariza la posesión de un sitio, pese a que el solicitante no tenía la posesión material del bien y de haber sido demostrado que los deslindes de la. Finca del actor, permanecen en idénticas condiciones por lo que resulta evidente que el saneamiento incluyó un retazo de sueño de su propiedad.

En el negocio sub lite lo que se impetra, conjuntamente con la anulación del acto administrativo emitido por la administración, se solicita la cancelación de inscripciones en el Conservador de Bienes Raíces, y consecuentemente la mantención de las anteriores, lo que habilita a colegir que se esta en presencia de un juicio declarativo de derechos, en cualquiera de ambas hipótesis, el procedimiento de reclamo es el contemplado en el Decreto Ley N°2.695 y no a través de un juicio ordinario. A juicio de esta autora, la parte demandante si bien es cierto no utilizó el recurso idóneo establecido por la ley en sede administrativa el reclamo contenido en el Decreto Ley N°2.695 y no la acción de nulidad de derecho público. Sin embargo, a juicio de esta parte la existencia de un procedimiento de reclamo en sede administrativa en una materia específica nunca obsta a que el actor pueda hacer ejercicio de su acción constitucional, la cual siempre puede ser ejercida, tal como él lo hizo¹¹.

¹¹ Sentencia causa rol N°5225-2009 sobre juicio ordinario de nulidad de derecho público, por Darío Ovalle Lecaros interpuso recurso en contra de la sentencia de la corte de apelaciones de Santiago que confirmó el fallo de primera instancia que acogió la excepción de prescripción opuesta por el SERVIU y omitió pronunciamiento de fondo.

CAPÍTULO III.

Modo de interpretar la Nulidad de Derecho Público según Mario Bernaschina.

3.1 Nulidad de Derecho Público y Teoría General del Estado.

Este autor parte su análisis dando énfasis en la ausencia de precisión del concepto de nulidades de derecho público o nulidades administrativas en relación con la teoría General del Estado. Estableciendo que su objeto es distinguir el concepto de nulidad propio del derecho público con el concepto de nulidad del derecho privado. Para hacer esta distinción expresa que, los órganos del Estado tienen una competencia limitada, regulada por el propio ordenamiento jurídico, impidiendo que los titulares de estos órganos puedan actuar más allá de las atribuciones propias del órgano del Estado, puesto que sus actos lo que generan son verdaderas normas estatales. De manera tal que, tal como señala el artículo 4° de la Constitución, en la actualidad artículo 6° de la misma.

Si los órganos del Estado exceden su competencia no pueden vincular al Estado y se generan dos situaciones distintas: a.) los funcionarios titulares que han actuado fuera de su competencia se hacen responsable de las penas y sanciones que el ordenamiento jurídico fija. Y b.) el acto es nulo, no puede considerarse como un acto estatal.

3.2 Efectos de la Nulidad de Derecho Público

Para este autor el efecto principal de cualquier nulidad declarada por los tribunales es la restitución de las partes al estado anterior a la realización del acto nulo. Sin perjuicio e que el acto deba ser cumplido mientras no exista declaración, no existiendo diferencias sustanciales entre la nulidad relativa y absoluta. Siguiendo esta última idea cita el artículo 1683 del código civil en cuanto la nulidad absoluta debe ser declarada de oficio. Para Bernaschina *“El hecho de que los jueces estén facultados para declarar de oficio la nulidad absoluta ha permitido la aplicación de esta especie de nulidad a las infracciones a las leyes de Derecho Público. Por otra parte, el artículo 1462 del código civil prescribe que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público chileno”*. Para el autor, *“Los actos emanados de un órgano que actúa fuera de su competencia pueden considerarse incluidos en esta causal de nulidad absoluta en relación artículo 4° de la constitución¹²”*

La diferenciación de la nulidad de derecho público con las nulidades de derecho privado radica en dos rasgos: las partes no pueden ratificar el vicio y este no se sana por el transcurso del tiempo. La principal técnica de interpretación usada por el autor para establecer una concordancia entre los artículos 4° y 23° de la Constitución es la literal. Así el autor interpreta la última frase del artículo 4° y la última frase del artículo 23° como aludiendo a la misma noción de nulidad.

Luego, para este autor existe un uso indistinto entre el concepto de nulidad de derecho público y nulidades administrativas. Para aclarar el panorama señala que las primeras son un género y las segundas la especie. Descartada la aplicación de la nulidad de Derecho público a las decisiones judiciales (recurribles de nulidad procesal) y a los actos del legislador

¹² Claudio Agüero San Juan, *Cuatro versiones de la Nulidad de Derecho Público. Primera Parte. La versión de Mario Bernaschina González*, Revista Ius et Praxis, Año 23, N°2, 2017, p.267-288.

(recurribles por inconstitucionalidad o inaplicabilidad). La principal característica de las nulidades de derecho público es su relatividad por que solamente pueden aplicarse a actos administrativos y por ello, su nombre se convierte, de atención a ciertas normas positivas en una teoría de las nulidades administrativas.

La nulidad administrativa opera de pleno derecho. Esta es la segunda cualidad de esta teoría de nulidades administrativa. Bernaschina señala que *“no se necesita pedir su declaración ante autoridad alguna; basta con que el particular afectado o el órgano que deba cumplirlo desconozca sus efectos”*. Sin embargo, mas abajo el autor señala que se trata de una conclusión meramente doctrinaria. La razón la expresa diciendo que, *“el hecho la autoridad administrativa tratará de hacer valer el acto contrario a la ley por medio de coacción, desde el momento que tiene a su disposición la fuerza pública que es esencialmente obediente y no puede negarse a cumplir un acto aun cuando su nulidad aparezca de manifiesto”*. *Conceptos teóricos explícitos son producción de efectos y obligatoriedad, mientras que los implícitos son de competencia, nulidad y validez. Busca utilizar una interpretación correctora de las normas jurídicas. Las técnicas de interpretación textual usadas por el autor son aquellas directivas que permiten justificar la triple concordancia entre los artículos 4º, 23 y 75 de la Constitución de 1925 como fundamento constitucional de la NDP. Las directivas primarias son DP-5. A las disposiciones se les debe atribuir el significado que resulte del uso especializado de las palabras y de las reglas gramaticales de la lengua natural en la que está formulada, en el momento de la aplicación de la disposición”*. DP-15. *“A una disposición se le debe atribuir el significado correspondiente a los usos lingüísticos del legislador”*.

Aludiendo ambas directivas a la justificación de que la nulidad de la que hablan los artículos 4º (actualmente 6º), 23º y 75º, se refieren. Asimilándose al concepto de inexistencia que en sede civil entendemos. De manera que todo acto y contrato que la ley prohíbe es nulo, de nulidad absoluta. En cuanto contraviene una ley prohibitiva (artículo 10 Código Civil), cuando en él hay objeto ilícito contraviniendo el derecho público (artículo 1466 parte final) y, por último, todo acto que padece objeto ilícito es sancionado con nulidad absoluta (artículo 1682 Código Civil).

3.3. Ideas tradicionales de la doctrina Civil Chilena.

Es importante resaltar que es tradicional en la doctrina civil chilena sostener no menos de cinco ideas complementarias: a) La interpretación del artículo 1444 del código civil como una distinción de requisitos de existencia y validez del acto jurídico; b) la discusión doctrinaria entre inexistencia y nulidad; c) la conceptualización de la nulidad como una sanción y, entonces, la idea que sostiene que la acción de nulidad solo tiene sentido cuando han ocurrido consecuencias fácticas del acto nulo que pueden ser revertidas, por que no hay una acción meramente declarativa de nulidad; d) Toda acción de nulidad conlleva los efectos descritos en los artículos 1687 y siguientes del código civil y e) la discusión sobre la naturaleza del plazo para alegar nulidad absoluta como un plazo de saneamiento del vicio o un plazo de caducidad de la acción.

3.4 Conclusiones de Bernaschina.

El texto constitucional fija una nulidad genérica en relación con la nulidad administrativa, que afecta al acto ab initio. Esta nulidad tiene rasgos semejantes a la inexistencia civil. El texto constitucional es interpretado fijando no menos de tres normas:

- a) Una regla prohibitiva al modo de derecho civil, cuya infracción está sancionada con nulidad.
- b) Una regla constitutiva que el acto valido es imputable al Estado.
- c) Una regla permisiva que da derecho al ciudadano a resistir el acto nulo. El texto de la constitución, aunque fija la nulidad, no es directamente aplicable (no consagra una acción constitucional).¹³

CAPÍTULO IV.

Efectos de la Nulidad de Derecho Público

Para la teoría clásica o tradicional de la Nulidad de Derecho Público existen una serie de efectos propios de esta Nulidad, los cuales gozan de absoluta independencia de las normas generales de Nulidad del Derecho Civil. Estos efectos encuentran su origen en la gestación misma del artículo 6° y 7° de nuestra Carta Fundamental, el cual pudimos apreciar en el título la nulidad de derecho público y la Constitución Política de la República, para otro sector de la doctrina los efectos de la nulidad son totalmente antagonistas.

5.1. Nulidad de Derecho Público “Ipsa iure” o de pleno Derecho.

Que la nulidad de derecho público tenga carácter de ipsa iure significa que la nulidad opera por el sólo ministerio de la ley, sin necesidad de que sea declarada judicialmente, puesto que por el sólo hecho de adolecer de un vicio de nulidad que afecta el principio de juridicidad, no nace la vida del derecho, constituyendo un acto de hecho, por ende, no produce efecto alguno.

En cuanto a la declaración judicial de nulidad, siguiendo la teoría tradicional, en estricto rigor no sería necesaria la declaración judicial de nulidad cuya competencia se encuentra entregada a los tribunales ordinarios de justicia en virtud del artículo 73 de la Constitución política de la República, tramitándose en juicio ordinario de mayor cuantía.

No obstante, existe crítica respecto a este carácter ipsa iure que tendría la Nulidad, en este sentido el profesor Jorge Riveros, señala su desacuerdo con las nulidades de pleno derecho por la falta de certeza y su impracticabilidad, dejando constancia de la necesidad de que los tribunales la declaren.

¹³ *Ídem.*

Para la teoría moderna el carácter de ipso iure de la nulidad de derecho público es un “mito jurídico”, la existencia de nulidades de pleno derecho constituye un punto de partida equivocado para la construcción adecuada del fenómeno de la invalidez y de la ineficacia en el Derecho Público¹⁴

Estos mitos jurídicos, se reconocen fácilmente puesto que tratan de instituciones que carecen de justificación objetiva, salvo que se mantienen vivas en la consciencia jurídica debido a la carga histórica en que pretendidamente se sustentan, argumentación, a su vez habitualmente originada en los propios errores de esa interpretación histórica.¹⁵ Santamaría Pastor, en esta línea, demostró como una errónea interpretación de los textos romanos fue consolidando una teoría general de las nulidades cada vez mas alejada de su significado originario.¹⁶ En nuestra legislación existió una confusión entre dos técnicas distintas que posibilitan la ineficacia, la inaplicación tácita y la nulidad propiamente tal. Para entender lo anterior debemos profundizar en la teoría de Jorge Hunneus, ya que la historia doctrinal de la pretendida eficacia ipso iure de la nulidad tiene su inicio en una opinión vertida por éste autor, quien comentando el artículo 160 de la constitución de 1833 sostuvo en una difundida pero escueta opinión, que la nulidad consagrada en aquella regla constitucional no requería para su operatividad de declaración de autoridad pública¹⁷ ahora bien, a criterio de Schnettler este autor aludía a la *inaplicación tácita*.

La inaplicación tácita consiste en `prescindir de la misma para la resolución de un supuesto en el que tiene vocación. De ser aplicada. Se resuelve sin observar la norma en cuestión. (Kloss, Año 2012, pág. 526). Es evidente que la inaplicación tácita de normas nada tiene que ver con la sanción jurídica de nulidad de derecho público, pero este tipo de figura jurídica a la que se refiere Hunneus. La nulidad de derecho pública en este sentido representa la sanción ante incumplimiento o infracción al principio de juridicidad y legalidad y la inaplicabilidad tácita representa una consecuencia del principio del principio de jerarquía normativa.

De la lectura del artículo 7º de la carta fundamental, podemos advertir que la declaración de la nulidad de todo acto que contraviene lo señalado en el inciso 1 y 2 del artículo antes mencionado, no es entregada de forma expresa al Juez para su declaración, y por tanto, en una primera instancia podríamos sostener que la declaración de nulidad de los actos que contravienen este precepto constitucional es ipso iure, esto es quiere decir que el acto es nulo por el solo hecho de la contravención a la constitución y a lo que ella ordena. Esta interpretación ha sido la forma en que tradicionalmente se ha entendido la nulidad de derecho público, interpretación a la cual a adherido el autor Eduardo Soto Kloss, así como la jurisprudencia nacional de los tribunales superiores de justicia. Ahora bien, en palabras del mismo autor, que la nulidad sea ipso iure significa que producida la infracción de la disposición constitucional referida por el órgano estatal en atención a que actúa vulnerando

¹⁴ JARA, Schnettler. Jaime, *Op.Cit.* p 47.

¹⁵ ROJO Beladiez. Margarita, *La nulidad y la anulabilidad su alcance y significación*, Editorial, p.186.

¹⁶ *Ibidem*, p.157.

¹⁷ HUNNEUS. Jorge, *La constitución ante el congreso*, T.II. Imprenta de Los Tiempos, 1879, Santiago, P.406.

sus preceptos, el acto que emita o dicte o celebre es nulo. Y esto por expresa declaración del constituyente, quien ha dispuesto que dicho acto (terminal o trámite) carece íntegramente de validez jurídica, y ello ab initio, de suyo, sin que se admita provisoriedad alguna.¹⁸ Lo que también implica que la nulidad es insanable por vía de convalidación o transcurso de tiempo, por tanto, es perpetua e imprescriptible.

Teniendo presente lo anterior, en la realidad de los hechos se genera un problema de índole práctico que es si la nulidad opera ipso iure ¿es necesaria su declaración judicial?, tal como acontece en sede civil según los artículos 1683 y siguientes del código del ramo. En la nulidad de derecho público, es la propia Constitución la que declara nulo todo acto dictado en contravención; y nulo significa que no es, vale decir que todo acto que vulnera o viola su artículo 7º no es acto, no entra como tal al ordenamiento jurídico... De allí que al no ser acto, se diga que es inexistente, por que lo que no es, no tiene existencia, y por ello que la nulidad de derecho público es verdaderamente inexistencia.¹⁹

Luego de estudiar a diversos autores, es manifiesta la referencia a dos conceptos relacionados con el acto jurídico, el concepto de invalidez y el concepto de inexistencia. La inexistencia se produce por que el acto adolece de vicios de tal magnitud que impiden que el acto nazca a la vida del Derecho, siendo estos elementos la voluntad (consentimiento), objeto, causa y capacidad. De manera tal que el acto no alcanzó a nacer. Y, la consecuencia de esta es categórica en cuanto es imposible atribuirle efectos jurídicos a un acto que jamás nació en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante, su realidad social o moral. Por tanto, opera ipso iure, de pleno derecho, en el acto mismo de su generación este sucumbe ante el vicio que impide su nacimiento.

La nulidad de derecho público puede ser ejercida como acción o excepción. La competencia para conocerla corresponde a los Tribunales Ordinarios de justicia, justificándose por la ley N°18.825 de 1989, la nulidad de un acto de la administración puede ser declarada por los tribunales ordinarios de justicia, que han asumido la plenitud de competencia en esta materia. Es evidente que, tratándose de un acto de la administración del Estado, servicio de impuestos internos o tesorería general de la república, la acción siempre será dirigida contra ese servicio y solidaria o subsidiariamente contra el fisco de Chile. Los legitimados para su ejercicio son todos aquellos que tienen un interés actual en ella.

Para José Cea Egaña, la sanción a que alude el artículo 7º de la constitución constituye una nulidad y no una inexistencia (...) Argumenta que esa distinción tampoco en sí misma tiene un mayor valor como quiera que en la práctica siempre se necesitará su constatación o pronunciamiento por una autoridad o magistratura.²⁰

¹⁸ SOTO Kloss. Eduardo, *Derecho Administrativo Temas Fundamentales*, Editorial AbeledoPerrot Legal Publishing, Segunda edición, Año 2012, pp.121 s.

¹⁹ *Ibidem*, p. 526.

²⁰ CEA Egaña. José Luís, *El Sistema Constitucional de Chile*. Síntesis Crítica, primera edición, Universidad Austral de Chile, 1999, Valdivia, p.198 y ss

Luego, en cuanto a la legitimación activa para su ejercicio es evidente que en la inexistencia aun no habiendo una acción popular puede ser ejercida por cualquier persona, cuestión que no ocurre en la nulidad que sólo puede ser accionada por quien haya sufrido un perjuicio consecuencia de aquel acto viciado. Luego, el acto inexistente por sí mismo no genera efecto alguno, sería contraproducente reconocer la generación de efectos jurídicos en él, más en la nulidad si se producen efectos los cuales no pueden retrotraerse por sí mismos, sino hasta que exista pronunciamiento judicial. Y, en fin, una serie de consecuencias propias de cada una de ellas. En este sentido, podemos sostener que la teoría tradicional de la nulidad de derecho público, asimila sin mayor celo la equivalencia absoluta entre Nulidad de Derecho público e inexistencia.

5.2. Nulidad de Derecho Público “Insanable”.

Esto quiere decir que no es susceptible de validarse o existir el acto generado con estos vicios, a través de los mecanismos de convalidación, ratificación o inclusive por el transcurso del tiempo, como lo veremos a continuación respecto a la prescripción.

5.3. Nulidad de Derecho Público “Imprescriptibilidad”.

Para la teoría tradicional una característica central de la Nulidad de Derecho Público es su imprescriptibilidad y así lo han sostenido hasta hoy, Ahora bien, ¿Por que se ha sostenido su imprescriptibilidad? básicamente por invocarse la finalidad que persigue la “Nulidad de Derecho Público” en aras de asegurar la supremacía constitucional. Principio que esta en pugna con el principio de seguridad jurídica.

La supremacía constitucional en este contexto debe entenderse como la serie de intereses y bienes permanentes que garantizan que los derechos y deberes que asegura la constitución no puedan ser burlados. Siguiendo esta idea, es efectiva la carencia de plazo de prescripción para la acción de nulidad de derecho público, situación extensiva en la constitución para otro tipo de acciones invalidatorias como la nulidad general de los actos estatales artículo 7°, la nulidad del acto expropiatorio artículo 19 N°24 y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad artículo 80°.

Quienes siguen la Doctrina moderna de la Nulidad de Derecho Público, sostienen que esta nulidad es susceptible de prescribir siendo posible aplicar las normas del código civil particularmente si invocamos el artículo 2497° del código civil *“Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado”*. Para reafirmar la aplicación de las normas del derecho civil, el primer criterio doctrinal es el de **unidad del derecho aplicable**, ello significa que los órganos de la administración se encuentran vinculados por la totalidad de las normas que integran el orden jurídico. Además, tenemos el criterio doctrinal de totalidad o plenitud aplicativa del ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO V.

Procedimientos Administrativos y Judiciales

relacionados con la Nulidad de Derecho Público

A continuación, analizaremos sucintamente una serie de procedimientos administrativos y tributarios que guardan relación con la Nulidad de Derecho Público, así como procedimientos jurisdiccionales cuyo objetivo es la anulabilidad de los actos que infringen el principio de juridicidad y legalidad de los actos administrativos.

5.1 La pretendida autotutela invalidatoria de la administración

La doctrina tradicional de la nulidad de derecho público asume que la facultad para declararla pertenece exclusivamente al conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia a través de la interposición de la acción jurisdiccional pertinente. La afirmación tradicional merece ser reexaminada a la luz de nuestra tradición legal, de la doctrina reciente y por último, en relación a los nuevos principios y mecanismos revisores introducidos recientemente por la ley N°19.880 sobre bases de los procedimientos administrativos.²¹

En primer lugar, en función de la propia evidencia histórico-comparada. La nulidad de derecho público nace en la Constitución Francesa de 1791 como una técnica de (auto) control de legalidad, de naturaleza “para-judicial”, asociada a la salvaguarda del principio jerárquico y radicándose su ejercicio en los propios funcionarios del orden administrativo.²²

El principio jerárquico o Jerarquía, es la relación que se da entre dos o más sujetos en cuya virtud uno o algunos están supra-ordenados respecto de otro u otros que le están subordinados; esto implica, pues supra-ordenación por un lado y subordinación por el otro, “poder jerárquico” en unos, “deber de obediencia” en otros²³. Relativo al poder jerárquico, este se define como el conjunto de poderes jurídicos que la ley atribuye o confiere a determinado órgano de la administración del Estado con la finalidad de ejercer las funciones de dirección de un ente, organismo o servicio integrante de ella. Existe una serie de emanaciones de este poder y formas de denominarlo, entre ellas el poder de nominación, poder normativo, poder de control, etc. Para los objetos de este estudio nos detendremos en el *poder jerárquico de control*. El cual a priori corresponde según el mandato constitucional a los jefes de los servicios, por ejemplo, el director Nacional del Servicio de Impuestos Internos, el cual se ejerce respecto de todos los funcionarios y respecto de todos los actos de la administración, para que estas y aquellos cumplan con los requisitos legales en el ejercicio de sus funciones, sin los cuales, carecen de nulidad de derecho público, sin perjuicio del análisis realizaremos en el desarrollo del trabajo. Esto quiere decir que los organismos de la

²¹ Jaime Jara Schmettler, *Op.Cit.*, p 93.

²² GARCIA DE ENTERRÍA. Eduardo, *La lengua de los Derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, 2001, pp.139 s.

²³ SOTO Kloss. Eduardo, *Op. Cit.*, pp. 189 s.

administración del estado, para la concepción moderna, bien ejercer dentro de la esfera de sus facultades la potestad de invalidación, como variante de la nulidad de derecho público en sede administrativa.

La invalidación como tal, se produce cuando el mismo órgano administrativo que dictó el acto nulo, emite un nuevo acto para dejar sin efecto otro anterior, retirándolo del mundo jurídico, por estar viciado, mediante una decisión del mismo órgano administrativo de su superior jerárquico.²⁴

5.2. Procedimiento de invalidación en la Ley 19.880

La ley de Bases de los Procedimientos Administración ha autorizado ampliamente la invalidación como forma de revisión de los actos administrativos en su artículo 53. Salvo en algunas materias que se rigen por procedimientos especiales dentro de ésta tales como el reclamo de ilegalidad de los actos municipales que puede determinar la invalidación administrativa (Municipal) o la anulación judicial del acto, el mecanismo de revisión introducido por la ley N°19.260 en materia de beneficios previsionales, las disposiciones de la ley N°19.880 contienen una normativa más amplia sobre el retiro de los actos administrativos irregulares desde 1833 a la fecha.²⁵

El artículo 53.-Invalidación. La autoridad administrativa podrá de oficio, o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de dos años contados desde la notificación o publicación del acto.

La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada.

El acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los tribunales de justicia, en procedimiento breve y sumario.

Esta potestad de la administración es de ejercicio obligatorio, derivado del artículo 6° de nuestra Constitución, la cual consagra que “*es deber de todo órgano del Estado someter su acción a la constitución y las normas dictadas conforme a ella*”. Siendo tal como expresamente lo indica el artículo obligatorio para los órganos del Estado dicha sumisión. Pudiendo ser ejercida esta acción a iniciativa propia de la administración o a iniciativa de parte según lo preceptuado en el artículo 30 de la LBPA.

En lo concerniente a los plazos, hay que distinguir el plazo de duración del procedimiento invalidatorio y el plazo de caducidad de la acción invalidatoria. A juicio de Schnettler, el plazo de duración del procedimiento invalidatorio que debe aplicarse en el primer caso lo encontramos en el artículo 27 de la LBPA, que señala textual; “*Salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final*”. Y, el plazo de prescripción

²⁴ JARA Schnettler. Jaime, *Op. Cit.*, p. 96.

²⁵ JARA Schnettler. Jaime, *Op. Cit.*, p. 99.

para la acción invalidatoria, parafraseando al mismo autor, se trataría de un plazo de caducidad en el cual se extingue la posibilidad de accionar en sede administrativo, sin perjuicio de poder ejercer la acción en sede jurisdiccional, aplicándose por tanto un plazo de caducidad de 2 años desde la notificación o publicación del acto, en virtud del artículo 53 de la LBPA.²⁶

Es importante tener claridad de que es un plazo de prescripción y que es un plazo de caducidad en materia tributaria. En este sentido, el análisis que realiza el profesor Rodrigo Ugalde Prieto en su libro *La prescripción en materia Tributaria*, primera edición, editorial LegalPublishing, 2009, presenta gran utilidad, pues antes de abordar el tema de prescripción tributaria en sentido estricto, nos hace un recordatorio de la prescripción extintiva en materia civil y las reglas comunes a toda prescripción que dispone el Título XLII del Libro IV de nuestro código civil, para luego explicar que es la caducidad.

La caducidad es una institución distinta a la prescripción, por cuanto opera de pleno derecho. Se define como: “la extinción ipso iure de la facultad de ejercer un derecho, celebrar un acto por no haberse ejercido ese derecho o no haberse celebrado dicho acto, dentro de un plazo de carácter fatal que la ley establece”²⁷

Luego, podemos anotar las siguientes diferencias:

1. La Caducidad opera de pleno Derecho, el juez solo la constata. La prescripción debe ser alegada y declarada por sentencia judicial.
2. En cuanto al fundamento, la caducidad tiene por objeto evitar que se realicen actos fuera de plazo, procurar que determinados derechos se ejerzan en un plazo breve y fatal. La prescripción tiene un fin ordenador, evitar que por largo tiempo se dejen de ejercitar las acciones.
3. La caducidad no puede suspenderse ni interrumpirse. La prescripción si.
4. La prescripción afecta a los derechos no patrimoniales, por ejemplo, las acciones de estado civil.
5. La prescripción sólo puede ser establecida por la ley. La caducidad puede tener origen legal o convencional.
6. La prescripción extingue sólo la acción y no el derecho, ya que la obligación subsiste como natural. La caducidad extingue el derecho mismo²⁸.

Considerando las diferencias detectadas por el profesor Ugalde Prieto, resulta lógico relacionar las características que se desprenden de las diferencias que la caducidad con la prescripción, con la tesis clásica o tradicional de derecho nulidad de público en cuanto a sus

²⁶ *Ibidem*, pp.103 s.

²⁷ ALESSANDRI, Rodríguez. Arturo, *Curso de Derecho Civil, tomo III, De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1941, p.457.

²⁸ UGALDE, Prieto. Rodrigo, *La Prescripción en Materia Tributaria*, editorial Legalpublishing, primera edición 2009, pp.3 s.

efectos, puesto que gozaría de la misma naturaleza y caracteres que la caducidad, y por ende, no podría hablarse de prescripción sino de caducidad.

Resulta evidente que en el procedimiento administrativo debe existir el *Trámite de la audiencia Previa*, trámite obligatorio, expresión de la regla universal de que “nadie puede ser condenado sin ser oído”, acogido por la nueva ley como principio básico de contradictoriedad (artículo 10, ley 19.880).

El artículo 53 de la ley de bases de los procedimientos administrativos exige que las alegaciones y argumentaciones se aporten solemnemente por el interesado en una única oportunidad, rompiendo la regla general de que las alegaciones pueden efectuarse en cualquier momento del procedimiento (artículo 10 inciso 1; artículo 17, letra f).²⁹ Siendo evidente que la omisión de este trámite conlleva la nulidad de las actuaciones y el efecto de retrotraer el procedimiento antes del acto que acarree dicha sanción. Esto sin perjuicio de que existen autores como Juan Carlos Lillo, quien justifica que el acto de anular constituiría una potestad de estricta reserva jurisdiccional; los órganos administrativos no podrían invalidar con incidencia hacia el pasado; sólo con eficacia ex nunc, hacia el futuro.

En este ámbito hay que determinar que sucede con las situaciones jurídicas consolidadas (derechos adquiridos frente a la invalidación) y al efecto temporal de los actos invalidatorios. En este sentido, el profesor Jaime Jara Schettler, no comparte esa idea. Por que la afirmación contraria tampoco es efectiva: los tribunales de justicia no están obligados a declarar la nulidad del acto o disposición administrativa siempre con eficacia retroactiva, ex tunc.

Para el profesor Schettler tampoco hay inconveniente, en que un órgano de la administración del Estado pueda declarar la nulidad de derecho público del artículo 7° de la constitución política y proceder al retiro del acto ilegítimo mediante otro posterior.³⁰ Ahora bien, los órganos de la administración si bien gozan de potestad para invalidar los actos que adolezcan vicios de que trata el artículo 7 de nuestra constitución, poseen la potestad de conocer y juzgar respecto de ellos, más no existe la facultar de hacer ejecutar lo juzgado. Por tanto, los efectos de la invalidación, mas allá de ser o no retroactivos, son imposibles de hacer ejecutar. En principio y como regla general el acto de invalidación solo esta dotado de ejecutoriedad impropia y en consecuencia excluye a priori la posibilidad del órgano administrativo de recurrir directamente a medios coactivos para su cumplimiento. Ello es así por que la potestad de invalidación no es mas que un reflejo de la autotutela declarativa o decisoria.³¹

La causal es que el acto dictado por la autoridad administrativa sea contrario a Derecho. Lo que significa que cualquiera infracción al ordenamiento jurídico en que incurra el acto puede hacerse valer en el procedimiento invalidatorio. Citando el artículo 7° de nuestra

²⁹ JARA, Schnettler. Jaime, *Op. Cit.*, p.17

³⁰ *Ibidem*, pp.115 ss.

³¹ *Ibidem*, pp.117 ss.

carta fundamental, podría invocarse ante la ausencia de investidura regular del órgano emisor del acto administrativo, la incompetencia por vicio de exceso de poder, abuso o desviación y vicio de forma del procedimiento. Habida consideración del artículo 13 de la ley N°19.880. “*El vicio de procedimiento o de forma solo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado*”.³²

Cuando estudiamos el procedimiento administrativo, es necesario traer a colación el principio de Conservación, en virtud del cual la administración no está obligada a la invalidación de un acto administrativo, si puede desplegar su amplia potestad subsanación, siempre que no perjudique a su turno los intereses de terceros (Artículo 13 de la LBPA).

Para adentrarnos al estudio de estos conceptos, es importante entender el tópico de nulidad de los actos administrativos y la relación con la validez de la actuación estatal nos sitúa frente al ancestral conflicto entre el bien común y los derechos individuales. Parafraseando a Schnettler, hay que adaptar estas instituciones que siempre han sido estudiadas desde el punto de vista del derecho común al derecho público. El tema es determinar el criterio adecuado para su adaptación, siendo el factor diferencial solo uno y esencial: la índole especial y privilegiado de la actividad a que esa nulidad se encuentra referida. El dilema entre legalidad y eficacia; ajustarse a la ley, en cuyo caso no se alcanzarán los fines públicos, o bien saltar por encima de la juridicidad para alcanzar dichos objetivos.³³

El principio de conservación tiene diversas manifestaciones en sede administrativa que han sido cobijadas en la ley 19.880. En primer orden tenemos las *potestades de la administración*, tales como la potestad de subsanación del artículo 13 inc. 3°, la Potestad correctiva de los vicios formales del procedimiento del artículo 10 Inciso 2 y 4 y la Potestad de Revisión de los actos administrativos del Capítulo IV. Artículo 56 y sgts. En segundo término, *Las irregularidades no invalidantes* en la que se supone existen ciertos vicios o irregularidades cuya concurrencia no conlleva la invalidez del acto o del procedimiento con cuya ocasión se han cometido. A modo de ejemplo podemos mencionar el Principio de abstención del artículo 12, Vicios de forma o procedimiento del artículo 13. Y en tercer orden, la *Invalidez Parcial* del artículo 53 inc.2. LBPA.

5.3.El caso particular del Procedimiento de Revisión o Auditoría

El más común de los procedimientos en sede tributaria es el procedimiento de revisión o fiscalización, el cual inicia en la mayoría de los casos con el acto trámite del “*requerimiento*”, no obstante poder iniciar de otras maneras. El requerimiento lo encontramos en el artículo 59 del código tributario y su objetivo es la solicitud de todos los antecedentes tributarios necesarios. Según esta disposición legal “*el requerimiento es un acto administrativo, mediante el cual la administración manifiesta, a un contribuyente determinado, su decisión de ejercer sus facultades fiscalizadoras en un procedimiento*

³² JARA, Schnettler. Jaime, *Op. Cit.*, p. 111.

³³ *Ibidem*, p 126 ss.

administrativo de revisión y que produce efectos legales para la administración y el contribuyente”.

Parafraseando a Milenko Zurita, los requisitos de fondo y forma del requerimiento, como acto administrativo debe aplicarse a las materias de tributación fiscal interna, realizado por el director regional del servicio de impuestos internos del domicilio del contribuyente, dentro de todo el territorio jurisdiccional de la Dirección Regional a la que pertenezca. Además, debe individualizar al contribuyente indicando su domicilio, indicar los periodos tributarios a revisar y los impuestos a revisar. Este requerimiento debe realizarse por el Director Nacional, Director Regional y Fiscalizadores, indicando el motivo del requerimiento (8 su justificación). Y ser debidamente notificado como requisito de eficacia del acto³⁴. Cualquier acto que infrinja estas normas de fondo y forma pueden generar la Nulidad de Derecho Público en sede tributaria, de manera tal que hay que prestar atención a su regulación.

5.4. Impugnación de los actos Administrativos Tributarios

Los actos de impugnación en materia administrativa tributaria buscan la ineficacia del acto ante el mismo órgano que lo dictó, y los recursos jurisdiccionales buscan alcanzar este efecto ante los Tribunales de justicia competentes.

Dentro del abanico de actos de impugnación tenemos el recurso de reposición administrativa de los artículos 123 Bis DL. 830 de 1974.

Artículo 123 Bis Para presentar el reclamo a que se refiere el artículo 124, en contra de actuaciones señaladas en dicho artículo, el contribuyente, previamente deberá solicitar la reconsideración administrativa de aquellas.

Este recurso deberá presentarse en el plazo de treinta días, contado desde la notificación del acto que se pretende impugnar.

El director Regional resolverá la solicitud de reconsideración, sin forma de juicio, en el término de cuarenta y cinco días.

Si transcurriere dicho plazo, sin que se hubiere resuelto la solicitud, esta se entenderá rechazada en todas sus partes. El servicio deberá notificar al interesado de la ocurrencia de cualquier hecho.

El procedimiento aplicable no se señala. Por tanto, al no contener norma especial debe aplicarse el contemplado en la ley 19.880, interponiéndose ante el mismo órgano que dicta el acto (artículo 59 de la ley 19.880) así como considerar que el titular del recurso son todos aquellos interesados³⁵ según el artículo 21 de la ley 19.880. Estos actos son la liquidación, el giro, el pago, la resolución que incida en el pago de un impuesto, la resolución que incida en los elementos que sirvan de base para determinar el impuesto, la tasación y las resoluciones del artículo 126 del código tributario.

Existe otro tipo de Revisión administrativa, la del artículo 6° B) N°5 primera parte del DL 830 de 1974. En el cual se le otorga al director Regional del Servicio de impuestos internos la facultad de resolver administrativamente todos los asuntos tributarios que se

³⁴ ZURITA, Rojas. Milenko, *Op. Cit.*, pp. 229ss.

³⁵ *Ibidem*, pp. 393 ss.

promuevan, esto quiere decir que debe resolver “todos” los asuntos tributarios que promueva cualquier contribuyente.

Otro mecanismo de impugnación es la corrección de vicios y errores manifiestos a que se refiere el artículo 6ºB) N°5 Segunda parte DL 830 de 1974. En el cual se le otorga al director Regional del servicio de impuestos internos la facultad de corregir los vicios y errores manifiestos en que se haya incurrido en las liquidaciones o giros de impuestos.

Por último, hacer referencia al recurso superior jerárquico de la ley 18.575 y Recurso extraordinario de revisión del artículo 60 de la ley 19.880, excede el objeto de este trabajo, en cuanto el SII no posee superior jerárquico, ello sin perjuicio de depender del ministerio de Hacienda y encontrarse bajo fiscalización general del órgano Contraloría General de la República.

5.5. Recursos Jurisdiccionales

Recurso de Reclamación General ante Tribunal Tributario y Aduanero creados por la ley 20.322. Se puede emplear este procedimiento respecto de la totalidad o de alguna de las partidas o elementos de una liquidación, giro, pago, liquidación que incide en el pago de un impuesto, resolución que incide en los elementos que sirvan de base para determinar el impuesto, tasación, entramiento, declaración de información sustancial y pertinente, reclamo contra la metodología, resultado o técnicas de auditoría del artículo 60 quarter del código tributario, reclamo contra la resolución que declara el término de giro presunto del artículo 69 inciso final del código tributario. La partida es el registro, anotación, línea o renglón donde consta el registro contable o declaración y se funda en un concepto llamado hecho gravado, exento, no afecto, franquicia, crédito u otro. Y, el elemento es el antecedente en que se sustenta el registro contable o línea de una declaración³⁶.

La sentencia dictada por un Tribunal Tributario y aduanero es declarativa y no dispositiva. En efecto si se miran detenidamente los actos reclamables se advertirá que todos ellos se basan en la existencia de un “hecho gravado”...De ello se sigue que la labor del juez se centrará en apreciar la prueba de los supuestos del hecho gravado para luego concluir si existe o no la obligación tributaria, según el sistema se sana crítica...El carácter dispositivo del proceso queda descartado para este tipo de juicios ya que el principio de legalidad es el sustento del derecho tributario quedando proscrita la autonomía de la voluntad y, por consiguiente el juez no puede crear ni integrar el derecho en materia tributaria³⁷

Situación del artículo 21 del Código Tributario. Existe un caso particular referente a las denegaciones de devolución de impuestos por parte del SII fundado en la falta de acreditación por parte de los contribuyentes durante el requerimiento o citación, no pudiendo revocarse dichas denegaciones si los fundamentos y motivaciones existían a la fecha de su dictación, lo que implica que al momento de la dictación de la resolución no existió vicio.

Frente a ello nace la incertidumbre de, ¿cual es la vía para resolver acorde a la equidad tributaria? En el supuesto que el contribuyente efectivamente tenga como acreditar contablemente los montos cuya devolución se le ha denegado, afectando la carga tributaria según el artículo 19N°20 CPR. O lisa y llanamente tendrá que soportar la denegación, aunque

³⁶ ZURITA, Rojas. Milenko, *Op.Cit*, pp. 426s.

³⁷ *Ibidem*, p.433.

esto le genere un perjuicio. En este caso la vía jurisdiccional tributaria, puesto que estaría impedido de aportar en juicio la prueba de los supuestos de fondo de la resolución, que no son efectivos por lo dispuesto en el Artículo 21° del Código Tributario.

Otros recursos jurisdiccionales son el recurso de Nulidad de Derecho Público, el Recurso de protección y el Recurso de Amparo Económico, respecto de los cuales solo seguiremos, en atención al objeto de este trabajo, desarrollando el recurso de nulidad de derecho público.

Podemos señalar que en la actualidad no solamente existe el Recurso de Nulidad de Derecho Público para lograr la invalidación de un acto administrativo que ha sido dictado con ausencia de alguno de los requisitos esenciales de todo acto tributario administrativo, sino que la legislación administrativa, también ha incorporado algunos recursos legales o procedimientos especiales con el objetivo de subsanar estos actos administrativo tributarios viciados, buscando armonizar el principio de conservación de los actos administrativos tributarios por una parte y el principio de legalidad y juridicidad por otra.

CAPÍTULO VI.

Procedencia de la Indemnización de perjuicios

6.1. Cuestiones Previas: Responsabilidad contractual y Extracontractual.

La responsabilidad, en un sentido amplio, es aquella particular posición o situación jurídica en que se encuentra una persona (deudor) respecto de otra (acreedor) en cuya virtud asume el riesgo potencial de sufrir un menoscabo en su patrimonio o en sus facultades económicas individuales en el evento que no ocurra el hecho o suceso constitutivo de la prestación debida.

En la responsabilidad contractual existe un vínculo jurídico obligatorio preexistente y ella se encuentra regulada en el título XII del libro IV, “Efecto de las obligaciones”, art. 1545 y ss., tanto que en la responsabilidad extracontractual no hay obligación previa de las partes, sino que es justamente el hecho ilícito el que genera la obligación de resarcir y se encuentra regulada en el título XXXV. Del libro IV, art. 2.314 y ss. “De los delitos y cuasidelitos”.

Aunque en nuestro país se distingue y reconoce la diferenciación de ambas, existe la teoría monista que sostiene que la responsabilidad contractual y extracontractual actúan bajo mismos principios y genera idénticos efectos. En Francia, Planiol sostiene que la diferencia no se justifica, y que ambas responsabilidades se identifican, básicamente por dos razones. 1° Por que no es efectivo que no existe en la responsabilidad extracontractual una obligación anterior; esta existe en la responsabilidad extracontractual una obligación anterior; esta existe y consiste en el deber de no lesionar o perjudicar ilícitamente a otro, y 2° por que en la responsabilidad contractual también se crea una nueva obligación, que sustituye a la anterior

de cumplir el contrato.³⁸ No obstante lo anterior, es la teoría clásica la que se ha impuesto diferenciando ambos tipos de responsabilidad en cuanto a su nexo causal, el rol de la antijuridicidad, su relación causal o nexo causal, la extensión de daños que abarcan, su prueba, el contenido de la conducta debida, la eventual compensación de culpas, la graduación de la diligencia etc³⁹.

6.2. Responsabilidad General del Estado.

El régimen de responsabilidad aplicable a los órganos del Estado cuando causan daño o perjuicio en el ejercicio de sus funciones es un tema discutido. Resulta unánime que el Estado debe responder por los daños que causen sus funcionarios o agentes al desarrollar indebidamente sus funciones administrativas. Aunque ya está superado que la competencia de su conocimiento quedará a los tribunales ordinarios de justicia. Asalta la duda si es posible que sean conocidos por los TTA. La primera respuesta al régimen de responsabilidad general de la administración es la aplicabilidad del derecho común en esta materia, representada por la regulación del Código Civil. Intentando entender que el Estado actúa como una persona jurídica, las normas de los artículos 2320 y 2322 CC. Estiman aplicables al Estado o a sus órganos en cuanto éstos están al cuidado de sus funcionarios y agentes. Una segunda explicación estima que el régimen general de responsabilidad del Estado debe desmarcarse del derecho privado para configurarse como un sistema autónomo propio del derecho público, al igual que en materia de nulidad, cuyas fuentes normativas serían exclusivamente preceptos constitucionales. Y la tercera respuesta sería entender la responsabilidad del Estado como una responsabilidad especial, cuyo fundamento puede ser constitucional, pero cuyo régimen se configura con disposiciones especiales y, en lo no previsto rige el derecho común del título XXXIII. Del código civil.⁴⁰

6.3. La Tesis de la Responsabilidad de Derecho Público.

La responsabilidad de derecho público se fundamenta en una serie de preceptos constitucionales que ya hemos estudiados en el capítulo 1.2 de este trabajo. Los artículos 6° y 7°, 19N°24, 19N°20, 38° y 45N°2 todos de la CPR. En virtud de los cuales podemos construir un régimen de responsabilidad del Estado que impone el deber de reparación de todos los daños ocasionados por los órganos del Estado, especialmente por el SII, siempre que pueda considerarse antijurídico, entendiendo que la víctima, en este caso “el contribuyente” no está obligado a soportar el menoscabo pecuniario a que puede verse enfrentado consecuencia de la ejecución de un acto susceptible de Nulidad de Derecho

³⁸ Planiol, Marcel, *Traité Elementaire de Droit Civil, Paris*, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 7ª edición, París, 1917, t.II, N°876, p.284.

³⁹ ALCALDE Rodríguez. Enrique, *La Responsabilidad Contractual*, Causa y efecto de los contratos y sus obligaciones, Ediciones UC, primera edición, 2018, pp. 328 ss.

⁴⁰ CORRAL Talciani. Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Thomson Reuters, Segunda edición, 2013, pp. 317 s.

Público. Según esta concepción, sostenida principalmente por Soto Kloss, esta responsabilidad tendría las siguientes características; a) Sería un régimen de responsabilidad constitucional, no civil. b) Correspondería a una persona jurídica, no a una persona natural. c) Es responsabilidad objetiva; debiendo repararse integralmente.

Al margen de la tesis predominante, la doctrina civil y administrativa ha coincidido en ciertos aspectos de interpretación y sus órganos moderadores de excesos. Para estos si bien esta responsabilidad nace de los preceptos constitucionales, otra cosa muy diferente es el régimen legal aplicable, esto, en atención a la serie de normativas especiales sobre todo en materia administrativa, tal como la LBAE, que establece una responsabilidad directa fundada en un factor denominado “falta de servicio”. En lo que no existan normas especiales regirán las normas del derecho común, 2314° y siguientes con especial mención del artículo 2332° sobre prescripción, integrándose las normas generales y especiales.⁴¹

6.4.Responsabilidad del Estado e Indemnización de Perjuicios.

La responsabilidad General del Estado constituye uno de los principios jurídicos básicos de nuestro estado de derecho, encontrándose constitucionalmente en los artículos 6° y 7° de la CPR. Refiriéndose particularmente a la responsabilidad patrimonial⁴².

Según lo dispone el artículo 6° inc.3° CPR. “La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”. Y el artículo 7° inc.3° CPR “Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”. Artículos en los cuales el legislador consigna constitucionalmente no solo la nulidad de derecho público sino también hace mención a la responsabilidad patrimonial del Estado, la cual generará las reparaciones e indemnizaciones pertinentes a cada caso concreto.

El Servicio de Impuestos Internos y Tesorería General de la República, órganos del Estado fundamentales en materia tributaria, que día a día dictan una serie de actos administrativos tributarios potencialmente susceptibles de ser objeto de nulidad de derecho público y de otros recursos y acciones que busquen la anulabilidad, subsanación, conservación de los mismos, también pueden ser objeto de responsabilidad, y por ende, puede recaer sobre ellos la obligación de indemnizar los perjuicios derivados de los efectos de los actos objeto de nulidad. Todo lo anterior, al margen de los estatutos específicos de responsabilidad por mal estado de vías públicas o por falta de servicio del Estado, temas que escapan a nuestro estudio.

⁴¹ CORRAL Talciani. Hernán, *Op. Cit.*, pp. 318 ss.

⁴² DANZINGER Celis. Gabriel, *La Responsabilidad del Estado en sus Tres Dimensiones*, Editorial Hammurabi, primera edición, 2018, p 17.

6.5. Relación entre la Indemnización de perjuicios y la Nulidad de Derecho Público en el Juicio Tributario.

El motivo por el cual es necesario estudiar la indemnización de perjuicios con ocasión de la Nulidad de Derecho público, nace a raíz de las consecuencias o efectos propios e impropios que genera la declaración de Nulidad de un acto administrativo-Tributario, sea que este se declare en sede jurisdiccional ordinaria por intermedio del Recurso de Nulidad de Derecho Público o en sede administrativa utilizando los procedimientos y recursos previstos en el capítulo anterior. Debido a que la infracción al principio de legalidad, juridicidad versus el principio de conservación demuestran el daño teórico de que fue víctima nuestro sistema jurídico, pero en el plano de la realidad de los hechos, esa infracción se traduce en un daño, un perjuicio, un menoscabo que resiente a quien ha sido víctima del acto viciado, y que acarrea generalmente en sede tributaria menoscabo económico al patrimonio del contribuyente.

Entonces, no solamente debemos avocarnos a estudiar las teorías referentes a la naturaleza de ambas instituciones, que parece ser clara de antemano según la idiosincrasia jurídica de la doctrina y jurisprudencia nacional. Sino debemos preguntarnos también, cual es el tribunal competente para conocer de estas acciones, si es posible su interposición conjunta, subsidiaria o separada de plano, y si inclusive sin ejercerse derechamente la acción de nulidad de derecho público con la indemnización de perjuicios, el juzgador pudiere otorgar concesiones de carácter indemnizatorio como consecuencia incito de la declaración de nulidad. Por que hace un tiempo estas preguntas parecían ser claras, siguiendo una apego exegético a los textos, sin embargo, a nivel de derecho comparado ha existido una evolución tendiente a unificar el derecho, con un criterio mucha mas finalista.

6.6.Tesis de la Autonomía de las Acciones

Para determinar la extensión del efecto anulatorio de la nulidad de derecho público y la procedencia insito o no de la indemnización de los perjuicios producto de la ejecución de actos administrativos- Tributarios viciados, hay que estarse al caracter “revisor” y “Objetivo” que cumple la tutela anulatoria en el contencioso administrativo. Para algunos autorres ella vendría a configurar un remedio objetivo(...)limitada siempre a la sola anulación.⁴³ De manera tal que ambas acciones por su naturaleza jurídica serían autónomas e independientes, debido a que persiguen finalidades completamente diferentes. Por otro lado, la ley no ha establecido expresamente para la procedencia de la indemnización de perjuicios como requisito previo para el ejercicio de la acción ordinaria de nulidad, ni mucho menos del ejercicio der la autotulela invalidatoria de los órganos de la administración del Estado. Por lo tanto ambas instituciones gozarían de independenciam total, sin perjuicio del derecho a opción que tiene el actor de deducir la acción principal de Nulidad de Derecho público en juicio ordinario y a su misma vez en otro si la acción de Demanda civil de Indemnización de perjuicios por Responsabilidad del Estado por falta de servicio, haciendo

⁴³ JARA Schnettler. Jaime, *Op. Cit.*, p 168 ss.

uso de la legislación que para esos efectos se ha entregada en la Constitución y la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos.

Complementando lo anterior, es de plena libertad del actor deducir ambas acciones de manera coetanea, bajo la condición de que, acreditada la nulidad del acto administrativo tributario y generado el perjuicio, todo el daño le sea reparado de forma integral por el Estado. En este sentido, podríamos hablar de cierto régimen de responsabilidad objetiva del Estado frente a actos ejecutados con vicios de nulidad de derecho público, los cuales fueron desarrollados al inicio de este trabajo. Sin embargo, en caso de no acreditarse la Nulidad del acto susceptible de anulación, tendríamos que distinguir si aquel vicio al no ser suficientemente grave, susceptible de ser subsanado por la administración o por la sentencia judicial, igualmente genera perjuicio que debe ser reparado. En mi opinión, la acción de indemnización de perjuicios igualmente puede ser ejercida, háyase o no declarado la nulidad del acto ejecutado por la administración. Esto, sin perjuicio que para fines probatorios sería mucho mas facil partir desde la base de la declaración.

Para determinar si lo sostenido anteriormente es efectivo, se hace forzoso estudiar alguna de las teorías mas importantes sobre el tema en cuestión.

6.7. Tesis de la Transmutación de la Nulidad en Indemnización de Perjuicios.

El profesor Hugo Caldera Delgado, a propósito de la nulidad del acto expropiado⁴⁴. Señala que el acto expropiatorio irregular plantea un aparente conflicto entre el principio de juridicidad (artículo 7º CPR) que pide la nulidad del acto y garantía constitucional del derecho de propiedad 19 N°24 CPR, que exige la conservación de ciertos efectos derivados del acto írrito. Dicho imperativo de conservación se produce por un hecho posterior (transferencia) a la emanación del acto a causa de la consolidación posesoria del bien expropiado en poder de un tercero de buena fé. De manera tal, que el efecto en esta situación no será el efecto normal de anulación, sino el efecto indemnizatorio. De manera tal que la nulidad de desplaza o transmuta en un efecto indemnizatorio, posibilitando al agraviado solo la persecución de los perjuicios patrimoniales y morales que le generó el acto expropiatorio ilegítimo, teniendo presente la imposibilidad de turbar el derecho de propiedad legítimamente radicado en el tercero de buena fe.

Para el profesor Eduardo Soto Kloss, quien apoya esta tesis, la nulidad de Derecho Público implica de modo automático efectos restitutorios e indemnizatorios, consecuencia que el juez no puede soslayar ni eludir al emitir pronunciamientos invalidatorios (Kloss, Año 2012, pág. 173).

Opinión contraria es la del profesor Jaime Jara Schnettler, quien expresa textual: *“En mi opinión las consecuencias invalidatorias de la actividad jurídica (ilegal) de los órganos públicos no*

⁴⁴ Hugo Caldera Delgado. “La nulidad del acto expropiatorio”, en revista de derecho y jurisprudencia, T. IXXXV (1988), PAG 9ss, actualmente reproducido en su tratado de derecho administrativo, t, II, ediciones Parlamento, Santiago 2001, pág. 428 ss.

puede ser explicada como mera derivación l resultado de la nulidad de las actuaciones. No es efectivo, por tanto, ni que la nulidad “mude” o “transmute” su eficacia forjando una nueva secuela de efectos resarcitorios equivalentes a la nulidad; ni tampoco resulta satisfactorio subordinar ese “efecto indemnizatorios” a una mera sucesión causal derivada de la “nulidad” declarada (...) La acción de nulidad es un mecanismo de tutela de legalidad objetiva. Me centro sólo en un aspecto fundamental planteado tanto en el Derecho Chileno como en el ámbito comparado, y que permitiría justificar una adecuada relación entre los mecanismos jurídicos analizados; el principio de independencia o autonomía entre la responsabilidad por actos administrativos ilegales y la nulidad de los mismos. La regla de autonomía formal implica que el proceso anulatorio no es condición previa ni necesaria parra demandar la responsabilidad del Estado por sus actos ilegales. Este aspecto se justifica en la inexistencia de preceptos que obliguen al afectado por un acto administrativo a instar un previo proceso de anulación, general o especial, como requisito o presupuesto para demandar los perjuicios que dicha medida pudiera haberle generado. (...)⁴⁵

La acción interpuesta, a despecho de intentar de modo principal la anulación de un acto administrativo, en realidad perseguía propiamente la declaración de derechos de alcance patrimonial gobernadas por el régimen de propiedad (acción de dominio) y de daños (acción de indemnizatoria), contenidas y fundamentadas por la propia actora en disposiciones del Código Civil, según relata el propio fallo en sus considerandos.

Los Tribunales Chilenos suelen confundir entre la acción de nulidad y la de “plena jurisdicción”, Esta última corresponde al contencioso “declarativo de los derechos en general”, en que destaca la acción de responsabilidad extracontractual. En el caso de la “acción de plena jurisdicción su caracter peculiar radica en que la nulidad que se pronuncia alcanza sólo efectos relativos para el juicio en concreto en que se pronuncia.

En la acción “plena” declarativa de responsabilidad el fundamento es la “falta de servicio” necesaria para enganchar la responsabilidad del acto al Estado, es la ilegalidad o invalidez de la medida de confiscación que se reclamaba

La acción impetrada bajo el amparo de ser una nulidad de derecho público, no era tal sino sólo un medio para eludir los efectos de las normas de prescripción extintiva de la responsabilidad patrimonial del fisco. Por que al margen del nombre con que la actora decide denominar su acción, en ésta debe primar en el fondo su naturaleza esencial, que en el caso examinado no perseguía sino la declaración de la responsabilidad patrimonial de la administración, teniendo como fundamento el acto confiscatorio denunciado (Schnettler, 2004, pág. 253 ss).

El término transmutación, en el caso particular de la expropiación por causa de utilidad pública es fácticamente aplicable, y si bien es cierto, la fórmula jurídica no es de lo mas pulcra, si logra otorgar una solución realista, sobre todo habida consideración de la finalidad y espíritu de la legislación. Ahora bien, respecto de la Nulidad de Derecho público aplicable al resto de actos administrativos-tributarios, el término se vuelve en demasía temerario para nuestra realidad jurídica nacional. En nuestra realidad catedrática y jurisprudencial se ha hecho gran énfasis en las diferencias existentes entre la institución de la Nulidad y la Indemnización de Perjuicios, sobre todo cuando hablamos de Nulidad de

⁴⁵ JARA, Schnettler. Jaime, *Op. Cit.*, pp. 177 y ss.

Derecho Público. Por este motivo, no podemos hablar de transmutación, sin embargo, podríamos denominarle “efecto impropio de la Nulidad de Derecho Público” o dicho de otra forma de “la extensión de los efectos normales de la nulidad de derecho público a la esfera indemnizatoria”. Sin embargo, al tratarse de una acción declarativa es evidente que no podría darse esta situación frente a una acción ejercida ante la administración, por que adolecería de incompetencia, sino que sólo podría ser ejercida ante los tribunales ordinarios de justicia.

6.8. Tribunal Competente.

El tema se ha discutido. ¿Qué tribunal será competente para conocer la indemnización de perjuicios que nace como consecuencia de la declaración de nulidad de derecho público por actos administrativos dictados en contravención a la constitución? Para responder ello, existen varias alternativas, ser resuelta en la misma causa por el tribunal que se encuentra conociendo del juicio de nulidad de derecho público, que será el tribunal civil de domicilio del demandado según las reglas de competencia relativa o ser conocida por el tribunal Tributario y Aduanero al cual se le otorgó la competencia de conocer las causas de nulidad en virtud de la ley que perfecciona la justicia Tributaria y Aduanera⁴⁶, que agrega en el artículo 1º de la ley 20.322 el N°8 que dice textual; *“Conocer y declarar, a petición de parte, la nulidad de los actos administrativos que sean materia de una reclamación tributaria o aduanera. Para estos efectos, el vicio deberá hacerse presente o alegarse en la reclamación respectiva”*. Los vicios de procedimiento o de forma sólo afectarán la validez del acto administrativo cuando recaigan en algún requisito esencial del mismo. Y, en los casos en que la acción fuere deducida valiéndose de otros recursos administrativos susceptibles de producir la anulación, la subsanación o responsabilidad administrativa, existiría la posibilidad de intentar obtener la indemnización al mismo órgano administrativo o bien, a la justicia ordinaria, dependiendo si somos de aquel sector que entiende que el control jerárquico administración, no alcanza la esfera indemnizatoria, sino sólo el efecto propio de la nulidad.

6.9. Prescripción de la Responsabilidad extracontractual del Estado

Resulta evidente que existen diversas materias del derecho administrativo tales como la actividad sancionatoria, invalidación de los actos administrativos, responsabilidad objetiva y prescripción que causan diferentes puntos de vista y abren lugar al debate entre expertos de derecho administrativo, derecho Constitucional y Civilistas. Una de las materias que deseamos abordar a continuación es la acción de responsabilidad extracontractual del Estado con ocasión de la Nulidad de Derecho Público en el juicio Tributario.

En esta materia específica, la prescripción de la responsabilidad extracontractual del estado resulta importantísima, entendiendo que esta responsabilidad emana de la actividad material de la administración y en general toda aquella que no proviene como efecto

⁴⁶ Ley 21.039 de fecha publicación 02.10.2017, por Ministerio de Hacienda que “Perfecciona la Justicia Tributaria y Aduanera.

de la declaración de nulidad de un acto administrativo. La Jurisprudencia en este caso ha sido clara y contundente. La responsabilidad del Estado prescribe de acuerdo con las normas del código civil. Además, como punto importante, la responsabilidad extracontractual del Estado no es objetiva.

Si la ilegalidad de un acto compromete la responsabilidad del Estado, ello ocurre por constituir una falta de servicio, por lo que debiera seguirse la regla general en materia de prescripción. Sin embargo, en nuestro país el tema se ha vinculado no tanto a la responsabilidad del Estado, sino más bien a la nulidad de Derecho Público, término chileno para denominar lo que en doctrina se conoce como ilegalidad de los actos administrativos. Este tema de la nulidad de derecho público ha estado dominado por la polémica acerca de si esta se produce de pleno derecho o no y acerca de cuales son sus efectos y consecuencias, particularmente acerca de si la denominada acción de nulidad es o no prescriptible. Es por ello, entonces, que lo resuelto sobre prescripción de la nulidad de derecho público, influye decisivamente en materia de responsabilidad.⁴⁷

Sentencia causa rol N°5225-2009 sobre juicio ordinario de nulidad de derecho público, por Darío Ovalle Lecaros interpuso recurso en contra de la sentencia de la corte de apelaciones de Santiago que confirmó el fallo de primera instancia que acogió la excepción de prescripción opuesta por el SERVIU y omitió pronunciamiento de fondo.

En el Recurso de Apelación, se reitera la infracción de los artículos 6 y 7 de la constitución política, normas de la ley N°16.640, artículos 3° del D.L N°1283 de 1975 y 1° del D.L N°16.640, artículos 3° del D.L N°11283 y 1° del D.L. N°754 DE 1974, en lo relativo a las exigencias legales para la procedencia del acto expropiatorio de un bien raíz y la incorrecta aplicación de las normas de prescripción en cuanto se aplicó la disposición prevista en el artículo 3 del D.L. N°. 1283 de 1975.

En términos simples se solicitó la nulidad del acuerdo expropiatorio N°42 del 16 de enero de 1976 que reconsidero el acuerdo de N°2614 de 16 de noviembre de 1971 por el que se expropió el inmueble agrícola de su propiedad denominado “lote María angélica de la hijuela la esquila de la ex hacienda Polpaico. El acuerdo normativo aplicado, fija fecha límite parara las reclamaciones 10 de noviembre de 1975 en circunstancias que el acto no había sido dictado en esa fecha, no considerando que el pago de la indemnización no había sido realizado en esa época y obligándose por la comisión arbitral agraria provincial al expropiado a renunciar al pago de la indemnización a cambio de reconocerle una hijuela diversa a la expropiada.

La sentencia de primera instancia confirmada sin modificaciones por el fallo de segundo grado-estableció las siguientes circunstancias fácticas: 1.) La expropiación realizada al actor de verifico durante el año 1972, durante el cual se hizo la entrega material del inmueble, recibiendo el párrafo inicial de la indemnización acordado y los bonos. 2.) Por acuerdos posteriores a que arribara el actor con la comisión agraria provincial de Santiago,

⁴⁷ Pedro Pierry Arrau “Prescripción de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Situación de la Jurisprudencia de la Corte Suprema”, *Revista de Derecho N°10 Editorial, Diciembre 2003*.

este renunció al pago de indemnizaciones y a las acciones, lo cual fue efectuado en forma libre y espontánea, pura y implemente, sin ninguna condición, plazo o modalidad. Como sea el reconocimiento de la parte expropiante de la exclusión o reserva en su favor. 3.) La acción de que disponía el actor para solicitar la nulidad o inexistencia del acto expropiatorio no fue ejercida por este al 10 de noviembre de 1975.

En atención al considerando sexto, el fallo razona que al no haberse interpuesto la mencionada acción antes del 10 de noviembre de 1975 feneció el derecho del actor para ejercer la acción y la expropiación se perfeccionó por el solo ministerio de la ley, concluye que la presente acción se encuentra prescrita, teniendo además presente que el artículo 56 de la Ley N°16.640 en relación a los predios rústicos adquiridos a cualquier título por la Corporación de Reforma Agraria se entienden saneados y no resultan por causa alguna.

En este caso la acción de nulidad de derecho público se ejerce ante los Tribunales Ordinarios de justicia a través del procedimiento general del juicio ordinario de mayor cuantía. El argumento utilizado por la demandante fue no se pagó íntegramente la indemnización correspondiente al procedimiento expropiatorio. Lo que, a juicio de esta autora, puede constituir un vicio de procedimiento o forma, o bien puede constituir un vicio de Derecho, que afecta el fondo de la institución de la expropiación, eso desde un punto de vista.

Ahora bien, a criterio del tribunal al producirse el reemplazo de la indemnización por una hijuela de terreno, no existiría vicio alguno, opinión que compartimos, por que la expropiación si se logró perfeccionar con el consentimiento de la parte expropiada y, según la naturaleza de la acción deducida por la demandante, en realidad la acción que intenta hacer es una acción de carácter patrimonial. Esto concuerda con el considerando Décimo, en el que se concluye que *“Por sus características y efectos la acción formulada tiene el carácter de patrimonial. Siendo así, es plenamente aplicable la prescripción por disponerlo el artículo 2.497 del código civil y por que lo contrario significaría introducir incertidumbre sobre el patrimonio y derechos de las personas como sucesores en el dominio”*.

CONCLUSIONES

1. La evolución que han tenido las normas que sirven para fundamentar la Nulidad de Derecho Público, reflejadas en los artículos 6º, 7º, 35º, 38º CPR a lo largo del tiempo han sufrido diversos cambios, no solamente respecto de su numeración dentro de la carta fundamental, sino de su contenido. Modificaciones que han sido acertadas a juicio de esta autora en cuanto han sabido darle sustento a la Nulidad de Derecho Público y a la Responsabilidad del Estado en términos genéricos. Sin embargo, la derogación del artículo 38 Inc. 2º CPR. No ha sido del todo feliz, ya que, al suprimir los tribunales contencioso-administrativos, se ha generado la excesiva creación de tribunales para cada materia que tenga relación con la administración del Estado, en vez de simplificar el sistema a través de un tribunal contencioso administrativo como en otras legislaciones.
2. Las causales de nulidad de derecho público se encuentran claramente establecidas en las normas constitucionales revisadas en esta tesina, y por el gran desarrollo que han tenido en sede Constitucional y Administrativa, no presentan mayores problemas a la hora de ser reconocidas. Junto con ellas, también nos encontramos con una causal creada por la doctrina, la “desviación del poder”, la cual se preocupa de aquellos casos en que la autoridad administrativa -tributaria ejerce su potestad en casos, por motivos y para fines distintos de aquellos para los cuales le ha sido conferida por el ordenamiento. De manera tal que, con ella se logra abarcar aquellos casos que no calzan en las otras causales legales, pero que, en atención a la faz subjetiva o móvil del sujeto, igualmente han generado que el acto sea susceptible a Nulidad.
3. Los efectos de la Nulidad de Derecho Público evidentemente van a depender si adherimos la Teoría Clásica/Tradicional, o bien la Teoría Moderna/Contemporánea, según mi propia terminología. En ese sentido, y sintiéndome parte de la doctrina que adhiere una teoría más bien moderna o contemporánea, los efectos de la nulidad de derecho publico en sede tributaria, no pueden quedar limitados por instituciones que han quedado fruto de errores de interpretación de los textos primeros que hablaron de nulidad, particularmente en su carácter ipso iure o de pleno derecho. Para la teoría moderna el carácter de ipso iure de la nulidad de derecho público es un “mito jurídico”⁴⁸. Santamaría Pastor, en esta línea, demostró como una errónea interpretación de los textos romanos fue consolidando una teoría general de las nulidades cada vez mas alejada de su significado originario.⁴⁹

⁴⁸ ROJO Beladiez. Margarita, *La nulidad y la anulabilidad su alcance y significación*, Editorial, p.186.

⁴⁹ *Ibíd*em, p.157.

4. En la actualidad no solamente existe el Recurso de Nulidad de Derecho Público para lograr la invalidación de un acto administrativo que ha sido dictado con ausencia de alguno de los requisitos esenciales de todo acto tributario administrativo, sino que la legislación administrativa, también ha incorporado algunos recursos legales o procedimientos especiales con el objetivo de subsanar estos actos administrativo tributarios viciados, buscando armonizar el principio de conservación de los actos administrativos tributarios por una parte y el principio de legalidad y juridicidad por otra.
5. La nulidad de derecho público propiamente tal, o cualquier otro recurso que el legislador haya regulado con el objeto de anular un acto de la administración tributaria, necesariamente al haber sido dictado con infracción al principio de juridicidad, legalidad, y no obstante existir esta suerte de continuo equilibrio con el principio de conservación en materia administrativa. Trae aparejado una responsabilidad general del Estado, que tiene por objeto que todos los daños ocasionados producidos por éste deban ser reparados íntegramente. Lo que en la mayoría de los casos lo será por intermedio de la indemnización de perjuicios. De tal manera que, la indemnización de perjuicios a juicio de esta autora, si seguimos una tesis de responsabilidad objetiva del estado que por el solo hecho de la infracción genera la obligación de indemnizar, lisa y llanamente podría solicitarse en conjunto con la acción de nulidad de derecho público en el petitorio, ello sin perjuicio de poder llevarla acabo en cuerda separada. Respalda esta postura la teoría de la transmutación, la cual, sin perjuicio de haberse creado a propósito de la expropiación, asimila en una inspiración finalista, que el tribunal que conoce de la nulidad también puede como efecto impropio de la nulidad otorgar la indemnización de perjuicios a los contribuyentes afectados por un acto de la administración tributaria.

BIBLIOGRAFÍA

- (R. I. Praxis, Ed.) Cuatro versiones de la Nulidad de Derecho Público. Primera Parte. La versión de Mario Bernaschina González,.
- Rojas, M. Z. (2017). *El acto Administrativo Tributario* (Vol. segunda edición). (E. Libromar, Ed.)
- Kloss, E. S. (Año 2012). *Derecho Administrativo Temas Fundamentales* (Vol. Segunda edición). AbeledoPerrot Legal Publishings.
- Egaña, J. L. (1999). *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica*. Valdivia , Valdivia , Chile: Universidad Austral de Chile.
- Rodriguez, A. A. (1941). *Curso de Derecho Civil, de las obligaciones*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile .
- Rojo, B. M. (Año 2008) *La nulidad y la anulabilidad su alcance y significación*, España: Editorial.
- Prieto, R. U. (2009). *La Prescripción en Materia Tributaria*. Santiago : Legalpublishing.
- Schnettler, J. J. (2004). *La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia*. SANTIAGO: Editorial Libromar.
- Arrau, P. P. (2003). *Prescripción de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Situación de la Jurisprudencia de la Corte Suprema*. . Revista de Derecho Nº10 Editorial.
- Delgado, H. C. (2001). La Nulidad del Acto Expropiatorio. *Revista de Derecho y Jurisprudencia , T.IXXXV*.
- Celis, G. D. (2018). La Responsabilidad del Estado en sus Tres Dimensiones. *primera edición*.
- Rodríguez, R. A. (2018). *La Responsabilidad Contractual*. Editorial UC.
- Talciani, H. C. (2013). *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (Vol. Segunda Edición).
- Planiol, M. (1917). *Traité Elementaire de Droit Civil* (Vol. 7ª edición). Paris: Librairie Generale de Droit et Jurisprudence.

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia de fecha 5 de marzo de 2019 Causa Rol N°21.589 del Juzgado de Letras de San Antonio, caratulado “Portuaria Andes de San Antonio con Empresa Portuaria de San Antonio”.

Sentencia de fecha 23 de octubre de 2012 Causa Rol N°6.511-2009 de la Tercera Sala de la Corte Suprema, caratulado “Portuaria Andes de San Antonio con Empresa Portuaria de San Antonio”

Sentencia de fecha 01 de junio de 2012, Causa Rol N°5.225-2009, de la Tercera Sala de la Corte de Suprema caratulado “Darío Ovalle Lecaros con SERVIU”.

Sentencia de fecha 07 de mayo de 2009, Causa Rol N°1.611-2007, de la Séptima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. “Darío Ovalle Lecaros con SERVIU”.