

“CONTROL DEL ACTO ADMINISTRATIVO.
RECURSOS ADMINISTRATIVOS.
RECURSO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO” *

PEDRO PIERRY ARRAU,
Profesor Derecho Administrativo
Universidad Católica Valparaíso
Universidad de Valparaíso

El tema sobre el que nos toca exponer lleva por título “Control del acto administrativo; Recursos administrativos; Recurso Contencioso Administrativo”. Tema que por su amplitud, impide entrar a un análisis detallado y exhaustivo del mismo dentro del ámbito de este seminario. Es por ello, que necesariamente habremos de limitarnos a enunciar los puntos y problemas más importantes y a realizar algunas reflexiones en torno a los mismos.

Nuestra exposición enfocará el tema sobre el control de los actos administrativos únicamente desde el punto de vista de la defensa de los derechos del administrado. Dejaremos de lado, por lo tanto, todas aquellas materias que, refiriéndose al control del acto administrativo, no miran tanto el interés directo del particular, sino que al interés interno de la propia Administración.

La función administrativa, como función esencialmente ejecutiva, encuentra en la ley, o mejor dicho en el Derecho, el fundamento y al mismo tiempo el límite de su acción. Su fundamento, en cuanto a que la regla de derecho le confiere a cada autoridad el título que lo habilita para actuar, dándole los medios y poderes necesarios y asignándole su competencia. Su límite, en cuanto a que la acción

* Conferencia pronunciada en el Seminario Nacional sobre Procedimientos Administrativos organizado por la Comisión Nacional para la Reforma Administrativa en la ciudad de Santiago, desde el 5 al 10 de mayo de 1980. Se han agregado notas.

administrativa no puede actuar en contra de la regla de derecho.

La actuación de la Administración debe estar sometida a las prescripciones de las normas externas a ella: Constitución y ley; y, al mismo tiempo, debe respetar el orden escalonado exigido por la jerarquía de las fuentes, sometándose los actos concretos de la autoridad a las disposiciones generales y previas dictadas por esa misma autoridad, o incluso, por autoridades inferiores, dictadas dentro del ámbito de su competencia.

Esta limitación del poder de la Administración, conforma el principio de la legalidad, cuya afirmación caracteriza al Estado de Derecho. Está además en directa relación con la libertad individual de los administrados; la que estará mejor protegida en la medida que los particulares dispongan de mejores vías para hacer controlar la observancia de la ley por la autoridad.

Por otra parte, esta limitación también es indispensable para la coherencia de la actividad administrativa, que se vería amenazada si los diversos agentes públicos actuaran sólo guiados por sus inspiraciones personales sin someterse a una regla preestablecida.

El Estado de Derecho, como señala Rafael Entrena Cuesta¹, no es sólo el sometimiento de la Administración a la Ley; implica más que ello; ya que como toda técnica, la de cometer el Estado al Derecho puede emplearse para perseguir diversas finalidades, incluso contrarias al bien común.

Señala el profesor español: "Lo que caracteriza al Estado de Derecho, será el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos y el otorgamiento a los particulares de los medios idóneos para la defensa de los mismos. Es aquí donde radica el fondo de esta forma de Estado; y este fondo va a conseguirse mediante el sometimiento del Estado a la Ley. Sólo si el término "Ley" se emplea en un sentido

¹ Rafael ENTRENA CUESTA. *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1966, pág. 33.

amplio, con mayúscula, equiparable a Derecho, como ley que responde a unos principios determinados que se edifican sobre la base del respeto de la persona humana, podrá considerarse suficiente la afirmación de que el Estado de Derecho es aquel en que se somete el Estado a la Ley. Porque sólo entonces, someter a la Administración a la ley es someterla al Derecho y, por consiguiente, servir a la defensa de la libertad”.

Los medios con que el Derecho Administrativo dota a los particulares para reaccionar contra la actividad ilegal de la administración; así como para exigir indemnizaciones por los daños que dicha actividad les ocasione, son principalmente los recursos administrativos y los recursos contenciosos administrativos. Ello no implica de ningún modo que sean los únicos con que cuenta el administrado, ya que los ordenamientos jurídicos de los distintos países contemplan otras vías más o menos eficaces; debiendo destacarse entre éstos, a vía de ejemplo, la conocida institución del Ombudsman.

Los recursos administrativos son los medios que el derecho establece para obtener que la Administración, en vía administrativa, revise un acto y lo confirme, modifique o revoque. Se dirigen a una autoridad administrativa, la que resuelve a través de un acto administrativo. Se distinguen de este modo de los recursos contencioso administrativos que se interponen ante un órgano jurisdiccional, en principio independiente de la Administración, que da lugar a la dictación de actos jurisdiccionales.

Los recursos administrativos y los recursos jurisdiccionales son por lo tanto, de naturaleza jurídica diferente y se encuentran sometidos a regímenes jurídicos distintos. Son, como señala Auby y Drago² “dos sistemas de solución de los litigios administrativos que son en principio separados e independientes el uno del otro”.

La independencia de los recursos administrativos y contencioso administrativos se manifiesta principalmente en

² J. M. AUBY; R. DRAGO, *Traité de Contentieux Administratif*, L.G.D.J., Paris 1962, tomo I N^o 27, pág. 32.

que el recurrente puede, en principio, elegir entre ambos medios e intentarlos simultánea o sucesivamente.

La independencia de ambos tipos de recursos, sin embargo, no es total. En efecto; aún cuando ellos podrían en principio ser interpuestos separadamente, en forma simultánea o sucesiva; hay algunos aspectos en que necesariamente se relacionan.

En primer término, la decisión de la autoridad administrativa, cuando precede al fallo del juez, que hace desaparecer el acto administrativo recurrido, impide a este último la dictación del fallo. Por otra parte, si el fallo del juez precede la decisión del recurso administrativo, la autoridad administrativa deberá respetar la cosa juzgada que emana de la sentencia judicial³.

La relación más importante entre ambos tipos de recursos se presenta, sin embargo, con ocasión del problema del agotamiento previo de la vía administrativa; el que deberá necesariamente ser resuelto si se legisla sobre lo Contencioso Administrativo. Este punto lo trataremos más adelante, limitándonos aquí a señalar que en todo caso la interposición de los recursos administrativos debe incidir en los plazos del recurso jurisdiccional, prorrogándolo.

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Trataremos a continuación algunos aspectos que consideramos particularmente relevantes en relación con los recursos administrativos y que a juicio nuestro deben ser contemplados en una Ley de Procedimiento Administrativo.

1. EN RELACION A LA AUTORIDAD RECURRIDA

La regla general es que la resolución de los recursos administrativos corresponda al mismo órgano que dictó la resolución recurrida o a su superior jerárquico. Sin embargo, se plantea el problema de aquellos recursos deducidos

³ J. M. AUBY; R. DRAGO, *Obra citada*, N° 29, pág. 35.

contra actos singulares de aplicación de reglamentos, en que el fundamento de la ilegalidad del acto singular sea precisamente la ilegalidad de los reglamentos dictados por autoridades superiores. En esta situación, de mantenerse la regla general, podría ocurrir que autoridades inferiores pudiesen revisar actos dictados por autoridades superiores.

Debe tenerse presente que la misma situación planteada en la vía contencioso administrativa es perfectamente posible, incluso encontrándose vencidos los plazos para reclamar contra el reglamento. La diferencia estriba en que en este último caso, quien resuelve no es una autoridad inferior de quien dictó el acto, sino un juez.

La Ley de Procedimiento Administrativo española soluciona esta cuestión en su artículo 113 inciso segundo, permitiendo la interposición del recurso directamente ante el órgano que dictó la norma de carácter general.

2. CON RESPECTO A LA CALIDAD DEL RECORRENTE

El aspecto más interesante en este punto es el relativo a los requisitos que debe exigírsele a quien entable un recurso administrativo; la cuestión de la legitimación. Las alternativas que podrían presentarse son las mismas que para el recurso contencioso administrativo, esto es:

a) Permitir que cualquiera persona pudiera atacar cualquier acto administrativo. Estaríamos en este caso en presencia de "una acción popular". Esta es la situación prevista en la letra a) del artículo 5 transitorio del Decreto Ley N° 1289 Ley de Municipalidades.

b) Exigir que el actor sea titular de un derecho subjetivo violado por el acto recurrido. En este caso los recursos se restringirían considerablemente dejando sin medio de protección, por la vía de los recursos administrativos, a muchos afectados por la actividad administrativa.

c) Exigir que el recurrente tenga interés en la modificación o revocación del acto; interés directo personal y legítimo, como se señala generalmente.

Una ley de Procedimiento Administrativo debe, a nuestro juicio, señalar la calidad que se exige al reclamante; sin

perjuicio que en su preparación y estudio se tengan presente las diversas situaciones contempladas en recursos existentes actualmente en diversas leyes especiales.

3. CAUSALES DE IMPUGNACION DE LOS ACTOS RECURRIDOS

Las causales relacionadas con la ilegalidad de los actos administrativos son, en general, las mismas que podrían ser invocadas ante un juez; a saber: incompetencia, vicio de forma, desviación de poder, violación directa de la ley en cuanto a su objeto, ausencia de motivos legales e inexistencia de motivos invocados. Estas son las causales del recurso por exceso de poder del derecho francés, pero que básicamente contemplan todas las posibilidades de ilegalidades.

Lo importante a determinar, sin embargo, es si los recursos administrativos procederán sólo por causales de ilegalidad, o también por razones de oportunidad o conveniencia. El autor francés Guy Isaac⁴, señala que la posibilidad de recurrir por inoportunidad contra el acto administrativo es la gran característica del recurso administrativo, pudiendo invocarse este medio tanto en el recurso de reposición como en el recurso jerárquico. Señala que: "el recurso administrativo es muchas veces la única vía de derecho que pueden utilizar los administrados con algunas posibilidades de éxito cuando la decisión que los perjudica se refiere a una cuestión de oportunidad...".

La posibilidad de revocar o modificar un acto por razones de oportunidad se encuentra limitada en todo caso, a aquellos actos que pueden ser dejados sin efecto discrecionalmente por la autoridad administrativa.

La otra opción que se le ofrece al legislador es limitar las causales del recurso administrativo a aspectos jurídicos, como ocurre con la Ley de Procedimiento Administrativo de España, que en su artículo 115, señala que podrán fundarse en "cualquier infracción del ordenamiento jurídico".

⁴ GUY ISAAC, *La Procedure Administratif non Contentieuse*, L.G.D.J., Paris, 1968, N. 648, pág. 628.

La motivación del recurso, si bien está regulada con la máxima amplitud como señala Jesús González Pérez⁵, excluye las razones de oportunidad.

Debe tenerse particularmente presente que en Chile la no existencia de una Ley de Procedimiento Administrativo ha ido creando una práctica que se asemeja bastante a la situación francesa descrita por Guy Isaac. La adopción de un criterio como el español podría significar en cambio, una reducción de los medios otorgados a los particulares en defensa de sus derechos, allí donde precisamente se pretende ampliarlos.

4. EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO PROPIAMENTE DICHO

Varias son las cuestiones que deseamos destacar con respecto al procedimiento que debe establecerse para la tramitación de los recursos administrativos.

a) *Efectos de la interposición del recurso.* La regla más aceptada en esta materia es que la interposición del recurso, salvo los casos en que la ley diga lo contrario, no suspende la ejecución del acto impugnado. Se faculta, sin embargo, a la autoridad que debe resolver, para suspender de oficio o a petición de parte la ejecución, cuando ella pueda causar un perjuicio imposible o difícil de reparar. Esa es la solución adoptada por ejemplo en España en el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Como fundamentos para negar el efecto suspensivo de los recursos se señala la necesidad de no perjudicar a la Administración en su funcionamiento; y, desde el punto de vista jurídico, el principio de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

b) *Procedimiento contradictorio.* Estimamos, de acuerdo con Guy Isaac⁶ que la tramitación de los recursos admi-

⁵ JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de Procedimiento Administrativo*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1977, pág. 742.

⁶ GUY ISAAC, *Obra citada*, N^o 665, pág. 642.

nistrativos debe contemplar el trámite de audiencia; tanto al propio recurrente, hayan o no de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos que no se tuvieron presentes para la dictación del acto recurrido, como a terceras personas interesadas.

Se señala en sentido contrario, que el recurrente ya ha tenido la posibilidad de exponer sus puntos de vista con anterioridad. Incluso legislaciones como la española excluyen el trámite de audiencia, a excepción de los casos de intervención de terceros o de hechos o documentos nuevos. Sin embargo, la gravedad e importancia que puede derivar para los administrados de la revocación o modificación de los actos administrativos hacen aconsejable la condictoriedad del procedimiento.

c) *Obligación de resolver el recurso.* La Administración, frente a la interposición de un recurso contra uno de sus actos, puede resolver formalmente o guardar silencio, rehusándose a actuar, sin dar razón para ello. En este último caso se entenderían aplicables las normas que contemple la Ley de Procedimiento sobre el silencio administrativo.

Para que el recurso administrativo sea una verdadera garantía para los administrados, parece conveniente que se imponga formalmente la obligación de resolver para la autoridad que deba conocer de éste. Esto es particularmente válido cuando el acto recurrido es ilegal, en que la jurisprudencia chilena ha señalado adecuadamente que en esa circunstancia, la invalidación no es facultad de la Administración, sino que una obligación.

Lo anterior debe complementarse con la existencia de plazos para fallar y con las adecuadas sanciones en caso de omisión.

d) *Obligación de motivar.* La obligación de motivar las decisiones que recaigan en los recursos administrativos es un corolario de la obligación de resolver el recurso, señalado en la letra anterior y su fundamento es el mismo aplicable a la dictación de los actos administrativos en general. Se impone además, por la naturaleza de todo recurso

y por el rol del recurso administrativo en todo el Procedimiento Administrativo⁷.

e) *La reformatio in pejus*. El problema planteado es el de determinar si el recurrente puede ver agravada su situación, como consecuencia de la interposición de un recurso que precisamente tenía por objeto mejorarla, con respecto al acto recurrido.

La respuesta requiere de algunas distinciones. En presencia de un acto ilegal, la autoridad que conoce del recurso estaría obligada a revocarla, aun cuando ello sea por causales distintas de las señaladas en el recurso.

Con respecto a los actos de carácter discrecional, se puede distinguir entre aquellos que han creado derechos, los cuales no pueden ser modificados en perjuicio del recurrente; y aquellos que no han creado derechos, que sí pueden ser modificados por la autoridad.

5. CON RESPECTO A LOS RECURSOS EN PARTICULAR

a) La principal clasificación de los recursos administrativos distingue entre recursos ordinarios, extraordinarios y especiales⁸.

Los recursos ordinarios son aquellos que proceden contra cualquier clase de actos, salvo exclusión legal expresa y pueden fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico. Los principales son el recurso de reposición y el de alzada.

Los recursos extraordinarios proceden sólo en los supuestos expresamente previstos por el legislador y sólo por las causales señaladas por la ley.

Por último, los recursos especiales pueden fundarse, al igual que los ordinarios, en cualquier infracción del ordenamiento jurídico; pero sólo proceden en los casos previstos por la ley que los regula, que normalmente establece

⁷ GUY ISAAC, *Obra citada*, N° 666, pág. 643.

⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1977, Tomo II, pág. 421.

para ellos una tramitación especial. A estos pertenecen, en el derecho español, los recursos de súplica y las llamadas reclamaciones económico administrativas.

A nuestro juicio es necesario que al procederse al estudio de una Ley de Procedimiento Administrativo, se realice un estudio detallado de los recursos regulados en Chile por la legislación positiva, para los efectos de decidir su inclusión o no en los recursos ordinarios cuya tramitación se regulará en esa ley; o, su mantención con carácter de recurso especial o extraordinario.

En todo caso parece aconsejable uniformar las denominaciones con que las leyes se refieren a los recursos. Al respecto baste con citar el Título Primero del Libro Tercero del Código Tributario, y en particular, el art. 115, que da el carácter de Tribunal al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos⁹.

b) *Situación particular del recurso de tutela.* El recurso de tutela es aquel que procede contra los actos de organismos autónomos o de sus autoridades superiores; que es resuelto por la llamada autoridad de tutela.

Como es sabido una de las características de la descentralización es que el control a que los entes descentralizados están sujetos, llamado control de tutela, no es de carácter general, ni se presume; existe sólo en aquellos aspectos y por aquellas causales, establecidas expresamente por la ley. La regla general es entonces la ausencia de control, siendo la actividad sujeta a control, la excepción.

En Chile ha sido tradicional desde hace varias décadas, que los distintos servicios públicos que se han ido creando, lo han sido en su gran mayoría con el carácter de descentralizados o autónomos, según las propias expresiones del legislador. Si embargo, éste no ha señalado, por lo general y salvo excepciones como la Ley de Municipalidades, cuáles

⁹ Por lo general, el legislador le da al recurso jerárquico el carácter de apelación, lo que evidentemente es una impropiedad. Por ejemplo: artículo 12 de la Ley General del Urbanismo y Construcciones, transcrito más adelante en este artículo.

son las materias sometidas a control de tutela. Esta particular situación no ha tenido consecuencias prácticas ya que también, en la casi totalidad de los casos, esos mismos servicios públicos creados como autónomos han sido dotados de autoridades superiores de la confianza exclusiva del Presidente de la República.

A nuestro juicio, para Chile, debe quizás establecerse en la Ley de Procedimiento Administrativo, que contra los actos de autoridades superiores de entes autónomos, es posible el recurso de alzada ante el correspondiente Ministro de Estado, en todos aquellos casos en que la autoridad superior del servicio sea de la confianza exclusiva del Presidente de la República. Sería algo así como un recurso de alzada impropio a que se hace referencia en el derecho español; pero en todo caso de carácter ordinario y no especial. En los casos en que las autoridades superiores del ente autónomo no sean de la confianza del Jefe de Estado, el recurso sería de tutela, y formaría parte de los recursos especiales a que se hizo referencia en la letra anterior.

c. *Multiplicidad de instancias.* Por la vía jerárquica, al no existir una Ley de Procedimiento Administrativo, se puede llegar a la cúspide de la Administración, lo que en definitiva puede ser positivo para los particulares; sobre todo si se estimare que no es requisito para el recurso contencioso administrativo el agotamiento previo de la vía administrativa.

Probablemente, sin embargo, al dictarse la Ley de Procedimiento se optará por la solución dada por el art. 122 de la Ley española que señala que la resolución del recurso de alzada pone fin a la vía administrativa; limitando a una el número de alzadas.

d) *Plazos para los recursos de reposición y alzada.* Otro aspecto en que una Ley de Procedimiento probablemente reducirá las garantías de que actualmente gozan los particulares; aún cuando ello signifique un ordenamiento del sistema imperante en la actualidad, es el de los plazos. Puede decirse que en la actualidad no hay plazos establecidos para interponer los recursos de reposición y de alzada. Al no

existir recursos contencioso administrativo, no le son aplicables los plazos para deducir estos últimos, que en otros países limitan la interposición de los recursos administrativos. Una Ley de Procedimiento necesariamente habrá de establecer plazos para la interposición de los recursos, que vendrán a modificar los hábitos existentes sobre esta materia.

6. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN RELACION CON LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

El recurso administrativo que contemple una futura Ley será interpuesto con posterioridad a la toma de razón por la Contraloría General de la República. Ello, de mantenerse sin variaciones el sistema actual de toma de razón. Esto presenta algunos aspectos que será importante dilucidar.

a) ¿Podrá revocarse el acto como resultado de un recurso administrativo, por una causal de ilegalidad en cuanto al objeto, que implique un punto de vista distinto sobre la legalidad o ilegalidad del acto, del que tenga el órgano contralor? O, por el contrario, ¿la toma de razón por la Contraloría impide a la autoridad que conozca del recurso revocarlo por causa de ilegalidad en cuanto al objeto, pudiendo hacerlo sólo en base a antecedentes de hecho que no formaron parte del control de la Contraloría?

La segunda alternativa limitaría considerablemente el alcance del recurso administrativo. La primera, por su parte parece poco conveniente. Este es un punto que estimamos debe resolver una Ley de Procedimiento Administrativo.

7. EL AGOTAMIENTO PREVIO DE LA VIA ADMINISTRATIVA

Si bien esta materia pertenece indistintamente al procedimiento administrativo y a lo contencioso administrativo, lo hemos tratado aquí, para que sirva como nexo entre ambos temas sobre los que nos ha tocado relatar.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández son categóricos al señalar que el sistema español de los recursos administrativos en vigor, debe ser revisado de

raíz¹⁰ en cuanto a que, salvo algunas excepciones muy precisas, la vía administrativa debe ser opcional para los afectados por el acto administrativo; correspondiéndoles a ellos valorar la conveniencia o no de agotarla antes de acudir a la vía contenciosa administrativa.

A diferencia del derecho francés en que los recursos administrativos constituyen una alternativa para el particular, señalan estos autores, en el derecho español la vía administrativa está "configurada tradicionalmente con carácter obligatorio para poder acceder a la garantía judicial, que es la única objetiva".

No obstante lo anterior el derecho francés conoce muchos casos en que las leyes han establecido recursos administrativos previos a la vía jurisdiccional, con carácter obligatorio. Como opinión contraria a la de los autores españoles se puede citar la de Guy Isaac¹¹ que en su obra "El Procedimiento Administrativo no Contencioso" señala que la vía administrativa previa, con carácter obligatorio sería criticable sólo si los administrados no beneficiaran en ella de ninguna garantía seria; señalando en cambio muchas ventajas.

El derecho municipal chileno, nos ofrece dos ejemplos distintos sobre esta materia. Por una parte el art. 5º transitorio señala una vía administrativa previa para interponer el reclamo de ilegalidad. Se trata de un recurso interpuesto ante el Alcalde contra sus resoluciones u omisiones o las de sus funcionarios. Recurso de reposición o alzada según el caso.

No puede hablarse de agotamiento de la vía administrativa, ya que no es necesario interponer recursos ante instancias superiores. Se trata sí, de una vía administrativa previa razonable y con un plazo breve para su resolución.

El otro caso del derecho municipal es el del art. 12 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones; Decreto Supremo N° 458 de 18 de diciembre de 1975 que dispone

¹⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Obra citada*, pág. 420.

¹¹ GUY ISAAC, *Obra citada*, N° 691, pág. 668.

que "la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo podrá resolver, en segunda instancia, las reclamaciones interpuestas en contra de las resoluciones dictadas por los Directores de obras. El reclamo deberá ser interpuesto en el plazo de 30 días, contados desde la notificación administrativa del reclamante".

Aparte de la impropiedad del término "segunda instancia" bastante común para designar en nuestra legislación a los recursos administrativos, cabe preguntarse como se relaciona con el art. 5º transitorio de la Ley de Municipalidades, en el sentido de saber si el recurso ante el Secretario Regional es previo o no al reclamo de ilegalidad o si son excluyentes el uno con el otro.

Nosotros estimamos, y existe jurisprudencia en tal sentido de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que se trata de dos vías paralelas que pueden ser exploradas por el particular simultáneamente. Si obtiene resultado favorable de una de ellas, antes de la resolución de la otra, optará por desistirse de aquella en que aún no se haya dictado resolución.

Si bien en este caso nada se dice al respecto, parece evidente que de no ser previa la vía administrativa con carácter obligatorio, la interposición de los recursos administrativos debe prorrogar los plazos para la interposición de los recursos contencioso administrativos. Esto lo mencionaremos en todo caso más adelante.

LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El problema suscitado en Chile por la inexistencia de tribunales dotados de competencia general para conocer de las materias contencioso administrativas, puede sintetizarse en los siguientes puntos:

1. La existencia en la Constitución Política de la disposición programática que establece los Tribunales Administrativos privó tradicionalmente a los Tribunales Ordinarios de conocer de aquellos asuntos que implicaban la revisión de

la legalidad de los actos administrativos así como de aquellos asuntos que significaban una responsabilidad pecuniaria para el Estado como consecuencia del perjuicio ocasionado a los particulares por sus actos ilegales y, en general, cuando se encontraba comprometida la responsabilidad extracontractual del Estado.

Nuestra doctrina se apegó totalmente a la doctrina francesa, de ahí la norma del art. 87, sin que hubiera podido salir de ella a pesar de no haberse concretado la creación de la jurisdicción administrativa. Quizás sin dicho artículo hubiere evolucionado por otros cauces y llegado a soluciones modernas y originales sobre la materia.

2. Para paliar los efectos de la inexistencia de Tribunales Administrativos, la ley fue creando paulatinamente algunos tribunales y algunos recursos administrativos, pudiendo los primeros ser calificados de Tribunales Administrativos Especiales. Por otra parte la misma ley entregó el conocimiento de ciertos asuntos contencioso administrativos a los Tribunales Ordinarios. Todo esto fue hecho en forma desarticulada e inorgánica.

3. La jurisprudencia de los Tribunales superiores, utilizando fórmulas indirectas permitió a la jurisdicción ordinaria entrar a conocer de la legalidad de ciertos actos administrativos, especialmente por la vía de la excepción. Manteniendo el criterio diferenciador, ya dejado de lado por la doctrina, entre actos de autoridad y actos de gestión, se pudo compensar a los particulares en ciertos casos de los perjuicios ocasionados por la Administración. En los últimos años se ha venido notando una cierta evolución de la jurisprudencia en el sentido de ir conociendo de la legalidad de la actividad administrativa para reconocer a los particulares derechos subjetivos frente a la Administración.

No obstante lo señalado en los párrafos anteriores, queda siempre excluida de la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios, la anulación de los actos administrativos ilegales; salvo cuando leyes especiales así lo contemplan.

Como señala el profesor Soto Kloss¹² "es justamente la existencia de una Administración Pública controlada por el juez —a fin de comprobar si su actividad se adecua a Derecho— lo que de modo primordial permite afirmar de un Estado el que está regido por el Derecho, que en él se dé el imperio de la ley, que sea un Estado de Derecho".

Por grande que sea la importancia para la protección de los administrados, contar con una ley de procedimiento administrativo y con recursos administrativos, la regulación de un procedimiento contencioso administrativo sigue siendo indispensable para el Estado de Derecho.

Al referirnos al control contencioso que pueda establecerse en un futuro próximo en Chile, y para no comenzar de la nada, tomaremos como base principal para la exposición, el proyecto elaborado por la Sub Comisión de lo Contencioso Administrativo, de la Comisión de Estudios de la Constitución Política, la que presentó a la Comisión en mayo de 1977 el fruto de su trabajo de varios años. Estimamos que este esfuerzo no puede caer en el vacío y que todo futuro intento que se haga para solucionar el problema de lo contencioso administrativo, debiera partir precisamente del análisis de ese proyecto.

Dada la participación que nos cupo en su redacción; nos hemos permitido utilizar algunos párrafos de la presentación del proyecto al Presidente de la Comisión de Estudios, transcribiéndolos literalmente.

1. ALTERNATIVAS DE ORGANIZACION DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Las alternativas de organización de la jurisdicción contencioso administrativas, pueden ser muchísimas; pero principalmente pueden dividirse en dos grandes grupos, a saber: Aquellas que contemplan la existencia de una jurisdicción administrativa totalmente independiente del Poder Judicial y aquellas que lo vinculan estrechamente a dicho poder.

¹² Eduardo SOTO KLOSS, *El control jurisdiccional sobre la administración inglesa*. Revista de Derecho Público. Universidad de Chile, julio-diciembre 1975, pág. 109.

La idea de entregar a la jurisdicción ordinaria la protección de los particulares frente a las actuaciones de la Administración es la primera que aparece históricamente en atención a que, a primera vista, nadie mejor que ella por su carácter de independiente frente al Poder Ejecutivo puede ofrecer mayores garantías de seguridad para los administrados. El caso francés en que con posterioridad a la Revolución de 1789 se excluyó de la competencia del Poder Judicial todo aquello concerniente a la Administración, basándose en la teoría de la separación de los poderes del Estado, constituye un caso único, motivado por razones esencialmente históricas y válidas para Francia.

El primer problema que plantea la idea de la unidad de jurisdicción es el de conjugar dos intereses aparentemente contrapuestos, el de los particulares y el del interés general personificado por el Estado, lo que lleva consigo que, o bien el Estado tiende a reducir las materias por las cuales puede ser llevado ante los Tribunales, o bien, el propio Poder Judicial tiende espontáneamente a limitar su poder. Este último caso es particularmente notorio en los Estados Unidos donde, por ejemplo, la Corte Suprema se ha negado a aceptar por la vía jurisprudencial la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado por riesgo, aduciendo la falta de normas legales al respecto¹³.

El crecimiento de la actividad Administrativa, particularmente de control de la actividad privada, aumenta considerablemente la posibilidad que se cometan arbitrariedades que afecten a los administrados y la jurisdicción ordinaria aparece como mal adaptada para resolver litigios entre la autoridad y los ciudadanos.

Un segundo aspecto no menos importante que el primero aboga por la existencia de jueces diversos de los ordinarios para conocer de los litigios concernientes a la Administración, fundándose en la especialización cada vez más creciente que implica el conocimiento de las materias admi-

¹³ Al respecto consultar: "La Responsabilidad Extracontractual del Estado". Pedro PIERRY ARRAU, *Anuario de Derecho Administrativo*, Universidad de Chile, Santiago.

nistrativas, que va desde el conocimiento mismo del funcionamiento de la Administración Pública hasta la posibilidad de aplicar a la solución de los litigios en que la Administración es parte, un derecho distinto del derecho privado. Esto último es sólo concebible si el magistrado que resuelve estos asuntos es otro que aquel que resuelve las contiendas entre particulares.

El juez administrativo debe ser un juez competente en materias de derecho administrativo capaz de apreciar y valorar los derechos de los particulares, pero consciente también de la necesidad de dejar a la Administración medios eficaces para el cumplimiento de su función de interés público.

La idea de la creación de los Tribunales Independientes del Poder Judicial en nuestro país ha ido perdiendo terreno. Aún cuando dicha idea parece haber sido la intención original del Constituyente de 1925, hay que reconocer que el sistema francés, inspirador del art. 87 de la Constitución Política de 1925, obedece a razones históricas válidas sólo en ese país y que las dificultades que presenta son inmensas, bastando con citar al respecto el problema de los conflictos de competencia.

Una ley de lo contencioso administrativo probablemente vinculará el control jurisdiccional de la Administración al Poder Judicial. Sin embargo, aquí también hay muchas alternativas, las que pasamos a mencionar:

a) Una sala de la Corte Suprema, dedicada exclusivamente a asuntos contencioso administrativos. Esta fórmula parte del supuesto que la Corte Suprema sea modificada en su actual estructura. La Sala Administrativa podría estar integrada por miembros nombrados en distinta forma que aquellos que integran las otras salas. La Corte Suprema podría estar organizada en base a varias salas, cada una de ellas dedicada al conocimiento de asuntos contenciosos de diversa índole, como en España o Costa de Marfil.

La Sala de la Corte Suprema en este caso, conocería en única instancia de las materias administrativas.

b) Igual organización que en la letra anterior, pero el tribunal de primera instancia competente lo sería el Juez de Letras, siendo la Corte Suprema a través de su Sala Administrativa el Tribunal de Casación.

Este sistema utilizado en algunos países como Yugoslavia, por ejemplo, tiene el inconveniente que la sala administrativa de la Corte Suprema conocería de asuntos ya tratados por tribunales inferiores, los que por ser de jurisdicción común no aplicarían los criterios de especialización mencionados anteriormente y que sirven de fundamento doctrinario a la jurisdicción administrativa.

c) Existencia de una jurisdicción contencioso administrativa ya sea de Tribunales Administrativos inferiores y Cortes Administrativas, o sólo de éstas últimas; pero sometidos a la Corte Suprema a través del recurso de casación, o solamente a su jurisdicción disciplinaria, que incluye el recurso de queja. Este es el caso de Italia, donde existe una jurisdicción administrativa con Tribunales Administrativos y Consejo de Estado, pero sometido a la Corte de Casación como Supremo Tribunal.

d) Existencia a nivel de Cortes de Apelaciones, de salas especializadas en materia contencioso administrativas, y en la Corte Suprema una Sala Administrativa. En primera instancia conocerían las Salas Administrativas de las Cortes de Apelaciones y, en segunda o única instancia, según la materia, la Sala Administrativa de la Corte Suprema.

Los miembros de las Salas Administrativas tanto de las Cortes de Apelaciones como de la Corte Suprema tendrían formas de nombramiento y requisitos para el cargo diversos de los otros miembros. Este sistema que obviamente significa una reestructuración del Poder Judicial, es el utilizado en España. Es el que a nuestro juicio ofrece las mayores ventajas desde todo punto de vista.

e) El proyecto de ley sobre contencioso administrativo a que aludíamos anteriormente, consideró que era imprescindible la existencia de tribunales especializados, dentro del Poder Judicial, para permitir un adecuado conocimiento de

las materias administrativas. Sin embargo, en un esfuerzo por adaptarse a la realidad de la situación chilena contempla como Tribunal competente de primera instancia, al juez de Mayor Cuantía asiento de Corte de Apelaciones; pero consulta, sí, en Santiago, Valparaíso y Concepción, la existencia de Jueces Administrativos, o mejor dicho, de Jueces Administrativos de Mayor Cuantía de asiento de Corte con una particular forma de ingreso a la carrera judicial, permitiéndose la posibilidad de crear nuevos juzgados administrativos por Decreto Supremo, en la medida que el movimiento de las causas lo requiera, y a petición de la Corte Suprema.

Estos Tribunales conocerán de todos los asuntos judiciales, contenciosos o voluntarios, en que el Fisco de Chile o las instituciones de la Administración Pública, centralizadas o descentralizadas, aparezcan como demandantes, demandados o peticionarios.

El proyecto previene, en forma especial, que conocerá de la acción contencioso administrativa, como tribunal de primera instancia, un Ministro de Corte de Apelaciones cuando se trate de la impugnación de actos u omisiones del Presidente de la República o de los Ministros de Estado actuando "por orden del Presidente".

Las Cortes de Apelaciones respectivas serán Tribunales de segunda instancia y la Corte Suprema el tribunal de casación, que tendrá, además, la superintendencia directiva, correccional y económica, de acuerdo a las reglas generales.

El Tribunal competente será aquel que corresponda al territorio donde el acto administrativo impugnado debiera llevarse a cabo, y en caso de una omisión, tendrá competencia el tribunal del lugar donde el acto omitido debiera haberse llevado a cabo.

Respecto de aquellos actos de aplicación general para todo el país, será competente el tribunal que corresponda al territorio de la Corte de Apelaciones de Santiago, y, por último, de las demandas que tengan por fundamento la actividad material de la Administración conocerá el Tribunal donde ocurrió dicha actividad.

La subcomisión que elaboró el proyecto prevé que paulatinamente, como ha ocurrido con los juzgados de menores, se irán creando juzgados administrativos en todas las ciudades asiento de Corte; y, que, con el tiempo, por el avance de la carrera judicial, habrá Ministros de Corte especializados en derecho administrativo. De este modo, sin una gran reestructuración del Poder Judicial, se puede organizar en Chile la jurisdicción contencioso administrativa.

2. ALTERNATIVAS DE COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

Cualquiera sea la forma de organización que la jurisdicción administrativa adopte, será su competencia en materia contenciosa lo que en definitiva le dé su verdadero alcance e importancia como contralora de la actividad administrativa.

En líneas generales, el administrado puede teóricamente interpretar ante los Tribunales Administrativos varios recursos, siendo los más importantes el recurso de nulidad, llamado también recurso por exceso de poder; el recurso de plena jurisdicción; y en un segundo plano, el recurso de interpretación.

En relación con los dos principales recursos pueden darse muchas variantes; ya sea por ejemplo que se admitan ambos recursos o solamente el recurso de nulidad; que se admitan ambos recursos, pero en forma restringida, o bien; que se acepte sólo el recurso de nulidad, también en forma limitada, etc.

Se indicarán a continuación a grandes rasgos las alternativas principales que pueden presentarse en relación con los recursos ya mencionados, y que juegan ya sea que el órgano contencioso administrativo sea competente para conocer solamente del primero de ellos o de ambos.

Recurso de anulación, llamado también por la doctrina francesa, recurso por exceso de poder. Por medio de él se impugna la legalidad de un acto administrativo: o sea, se reclama por la violación realizada por el acto de una regla de derecho general e impersonal. Este recurso se denomina

también recurso objetivo por tener como objeto la anulación de un acto y no la reparación de un perjuicio producido a un particular.

En el recurso de anulación, que evidentemente va siempre a formar parte de la competencia de los Tribunales Administrativos, cualquiera que sea la forma que para ellos se adopte, es necesario hacer una serie de distinciones en relación con nuevas variantes que pueden darse y que en definitiva van a ampliar o restringir considerablemente su extensión y por lo tanto en general, la competencia de los tribunales encargados de conocer de él. Algunas de ellas son:

1. El recurso de anulación procederá sólo para los actos de carácter individual, como ocurre en Yugoslavia e Italia, o bien para toda clase de actos administrativos ya sean individuales o de carácter general o reglamentario. En ambos casos puede además establecerse que el recurso podrá interponerse sólo contra determinados actos taxativamente señalados por la ley. Se parte de la base en este punto, que la anulación de los actos de la autoridad produce efectos generales y no sólo en los asuntos sometidos al conocimiento del Tribunal.

2. La interposición del recurso de anulación requerirá de interés por parte del reclamante, o bien existirá la acción popular a nombre de toda la sociedad. En el primer caso habrá de determinarse qué tipo de interés será necesario. En el segundo, cuáles serán las limitaciones para ejercer la acción popular. Pueden coexistir ambas posibilidades, requiriéndose de interés en ciertos casos y permitiéndose la acción popular en otros.

Recurso de plena jurisdicción. Por medio de este recurso el administrado puede demandar a la Administración para hacer efectiva su responsabilidad resultante de la dictación de un acto ilegal, obtener el cumplimiento de un contrato o de una obligación cuasi contractual, o perseguir la responsabilidad por un hecho de la Administración.

El recurso de plena jurisdicción, llamado también recurso subjetivo, se refiere a una situación jurídica individual

subjetiva, por el cual el administrado pretende tener derecho a algo de la Administración. Por su intermedio se ejerce no solamente el poder de anulación, sino que el de pronunciar condenas pecuniarias por los perjuicios causados. Su decisión es declaratoria de derechos; se condena a restitución o pago. Anula el acto para el caso planteado y otorga reparación de un derecho subjetivo.

La aplicación de este recurso se refiere en síntesis a lo contencioso relativo a los contratos, responsabilidad por acto o hecho de la Administración y por operaciones creadoras de derechos u obligaciones, como impuestos, reclutamiento militar, etc. En estos asuntos, que por lo general son de orden pecuniario, es siempre necesario invocar la violación de un derecho.

Con relación al recurso de plena jurisdicción se puede también hacer algunas distinciones:

1. Puede aceptarse la competencia de los Tribunales Administrativos para todos los casos en que este recurso opera en teoría o bien, sólo para perseguir la responsabilidad proveniente de actos administrativos ilegales, excluyendo de este modo la responsabilidad extracontractual por hechos de la administración y lo contencioso de los contratos administrativos. Puede también excluirse sólo lo relativo a lo contencioso contractual.

2. El recurso subjetivo o de plena jurisdicción puede ser conocido por la jurisdicción administrativa sólo en los casos expresamente contemplados en la ley.

3. Distinción entre lo contencioso subjetivo de derecho público y de derecho privado. Esta distinción, aplicada en Alemania, se fundó primeramente en la Teoría del Fisco, del desdoblamiento de la personalidad jurídica del Estado y posteriormente en la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión.

En esta distinción se entrega a la competencia de la jurisdicción administrativo sólo el contencioso subjetivo de derecho público, o sea aquello referente a los actos de autoridad, quedando el contencioso subjetivo de derecho pri-

vado en manos del poder judicial, como por ejemplo lo sería el reclamo de un funcionario relativo a sus derechos pecuniarios, las demandas tendientes a hacer efectiva la responsabilidad directa del Estado por actos de sus agentes, la discusión sobre el monto de las indemnizaciones en caso de expropiaciones. En otras palabras, las causas civiles contra el Estado.

4. Entregar a la jurisdicción ordinaria el denominado contencioso subjetivo, o sea, la defensa de los derechos subjetivos de los administrados, como ocurre en Bélgica e Italia.

Como ya se ha señalado el proyecto de ley elaborado por la subcomisión de lo contencioso administrativo no crea una jurisdicción separada del Poder Judicial y establece en forma excepcional los Juzgados Administrativos para la primera instancia. Lo que propone es una acción contencioso administrativa y un procedimiento para su tramitación.

Esta acción permite, en primer término, reclamar contra los actos administrativos de carácter particular o general para obtener que ellos sean anulados.

En segundo lugar, se puede reclamar en contra de actos u omisiones, no ya para obtener la anulación, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, como por ejemplo, el reconocimiento de un derecho; para impugnar un acto u omisión de las autoridades políticas o administrativas, o para obtener cualquiera otra declaración conducente al pleno ejercicio del derecho lesionado.

Asimismo, mediante dicha acción se puede reclamar la indemnización de los perjuicios que provengan de la actividad material de la Administración.

Por último, cabe señalar que la acción comprende todo lo referente a la interpretación o el cumplimiento de los contratos administrativos.

Como puede apreciarse el recurso contencioso administrativo del proyecto cubre tanto el recurso de nulidad, como el de plena jurisdicción a que hacíamos referencia anteriormente.

3. OTROS ASPECTOS DE LA ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

a) *Sujeto activo de la acción.* Tratándose de la anulación de los actos administrativos, pueden interponer la acción todas aquellas personas que tengan interés en la anulación, y podrá ser ejercida por toda persona natural o jurídica que haya sido afectada por dicho acto.

Se ha descartado para la anulación de los actos el requisito de invocar un derecho subjetivo violado, y se ha preferido ampliar al máximo la posibilidad de recurrir, dejándose, sin embargo, a la jurisprudencia la misión de ir determinando el grado de individualización del interés personal que se requiere para cada caso¹⁴.

Expresamente se ha establecido que las acciones que tengan por objeto la anulación de actos o en que se reclama contra omisiones administrativas, podrán ser interpuestas por instituciones o corporaciones que posean la representación o defensa de intereses generales, corporativos o gremiales, siempre que el acto que se impugna afecte a dichos intereses.

Lo anterior se ha incluido teniendo en vista la posible existencia de instituciones que tengan por objeto luchar por intereses generales en determinadas áreas, como podría ser, por ejemplo, la defensa del consumidor, del medio ambiente ecológico, etc., lo que les permitirá precisamente disponer de acciones procesales para llevar a cabo sus fines.

En cambio, tratándose del reconocimiento de situaciones subjetivas o de indemnizaciones de perjuicios, se requiere que el acto, omisión o actividad lesione un derecho, y será el titular de ese derecho el que podrá interponer la acción contencioso administrativo.

b) *Sujeto pasivo de la acción.* La acción contenciosa administrativa se ejerce contra la Administración o institución

¹⁴ Sobre este punto consultar "*Lo contencioso administrativo*", Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, "*El recurso de nulidad*", Pedro PIERRY ARRAU, pág. 29.

de la cual proviene el acto o disposición impugnado o se le impute la omisión correspondiente. En cuanto a las demandas basadas en la actividad material de la Administración, la persona demandada será la Administración o institución a la cual se impute la realización de la actividad material de la que deriva el perjuicio cuya indemnización se demanda.

La demanda se dirigirá contra la persona jurídica respectiva, si el Servicio la posee y, en su defecto, contra el Estado de Chile.

Los actos administrativos u omisiones que motivan la acción contencioso administrativa deben ser, en principio, actos provenientes de órganos de la Administración del Estado. Sin embargo, el proyecto contempla la posibilidad de reclamar en contra de Corporaciones de Derecho Público o Privado no pertenecientes a la Administración, cuando ejercen funciones públicas encomendadas por la ley, o sea, cuando dicten actos administrativos, como, por ejemplo, los colegios profesionales.

c) *La acción contencioso administrativa y los recursos administrativos.* El proyecto de ley no contempla la exigencia del agotamiento previo de la vía administrativa para entablar la acción contencioso administrativa. Ella puede ser interpuesta sin que el particular recurra previamente a la Administración.

Sin embargo, en caso que el acto que motiva la acción haya sido objeto de algún recurso administrativo, debe esperarse la resolución de éste antes de la interposición de la acción, contándose el plazo para hacerlo desde la resolución del recurso administrativo. Hace excepción a esta obligación el recurso de reposición ante la misma autoridad que dictó el acto, en cuyo caso, no es necesario esperar la resolución para recurrir a la vía contenciosa.

d) *Plazos.* La acción contencioso administrativa en el proyecto, contempla un plazo de seis meses como regla general, contados desde la fecha de publicación, notificación o conocimiento del acto impugnado.

Cuando la acción se dirige a obtener la indemnización de los perjuicios que provengan de la actividad material de la Administración, el plazo se aumenta a dos años.

Por último, se contempla un plazo de un año para todo aquello que diga relación con los contratos administrativos.

Una importante prevención cuando la acción contencioso administrativa se dirija contra un acto o disposición dictados en conformidad a un precepto anterior, se podrá discutir la legalidad de este último, aún cuando se encuentre prescrita la acción para reclamar directamente en su contra.

e) *De la sanción administrativa.* Mención especial merece la disposición que declara expresamente que el procedimiento contencioso administrativo se aplica a todos los actos que impongan sanciones administrativas a los particulares, quedando facultado el Tribunal para regular el monto y condiciones de la aplicación de la respectiva sanción.

El crecimiento en el derecho moderno de las sanciones administrativas justifica, en resguardo de los particulares afectados, que expresamente queden bajo el control del Poder Judicial, aún cuando pudiera ello desprenderse del contexto general del articulado del proyecto.

f) *Ejecución de las sentencias.* Sabido es que, en último término, la eficacia de la acción del juez que controla a la Administración supone la buena fe de los gobernantes.

Puede ocurrir hipotéticamente que la Administración rehúse inclinarse ante la cosa juzgada, lo que viene a poner de relieve la paradoja de la justicia administrativa en que el juez no condena a un simple particular en contra del cual la fuerza pública puede ser utilizada, sino que al detentor mismo de la fuerza pública. Los medios de coacción están en poder, no del organismo de control, sino que del controlado, lo que, sin embargo, en un Estado de Derecho no debiera obstar la eficacia de la justicia administrativa, ya que la autoridad se someterá siempre a la cosa juzgada.

En lo que respecta a este punto, el proyecto contempla que las sentencias que anulen actos administrativos se cumplen mediante su publicación en el Diario Oficial, y desde ese momento el acto desaparece de la vía jurídica.

La ejecución de las sentencias, salvo la de anulación, corresponderá a la Institución que hubiere dictado el acto. Ahora bien, si ella no procede a darle cumplimiento dentro de un determinado plazo, los funcionarios públicos o empleados que aparezcan como responsables de dicha omisión serán civilmente responsables de la misma y, además, el incumplimiento será constitutivo de delito.

El proyecto de informe consulta, también, la posibilidad de suspensión o inejecución total o parcial de una sentencia, lo que procederá sólo por decreto supremo firmado por todos los ministros en ciertos casos específicamente señalados, debiendo, de todos modos, el Servicio que hubiera debido cumplirla, proponer una forma de cumplimiento por equivalencia, la que deberá ser aprobada por la correspondiente Corte de Apelaciones.

Queremos terminar esta exposición afirmando una vez más que la dictación de las leyes de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo constituirían un significativo impulso del derecho público chileno. Se insertaría entre las realizaciones importantes en resguardo de los derechos de los individuos contemplados en el ordenamiento jurídico y por lo tanto del perfeccionamiento del principio de la legalidad.