

LA NULIDAD DE DERECHO PUBLICO, LA NULIDAD CIVIL Y LA PRESCRIPCIÓN.

Jose Miguel Lecaros Sánchez ¹

ESQUEMA: Resumen. I.- Introducción. II.- La adquisición del dominio por parte del Estado. III.- La nulidad de derecho público y la prescripción ante la doctrina. IV.- La nulidad de derecho público en el sistema chileno. Los decretos confiscatorios como nulidad de derecho público.-

RESUMEN

El presente trabajo es resultado de una exposición hecha por su autor en un seminario realizado en Santiago en 1996 dirigido a Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago y Magistrados. Aborda la nulidad de derecho público a propósito de la situación jurídica de las confiscaciones realizadas en los meses y años inmediatamente posteriores al 11 de septiembre de 1973. Tras analizar algunos contrastes entre la “nulidad textual” del derecho civil y la “nulidad de derecho público”, plantea que aún en el evento que se estimaran nulos los decretos confiscatorios, el Fisco habría llegado a adquirir el dominio de los bienes confiscados por prescripción adquisitiva. El autor sostiene que la nulidad de la confiscación -y de la inscripción conservatoria respectiva- no obsta a que proceda la alegación de prescripción, toda vez que esta última se sustenta en una realidad posesoria y no en la exigencia de validez de una posesión inscrita.

I.-INTRODUCCION.

La nulidad de derecho público es uno de los tópicos más atractivos del derecho administrativo y al mismo tiempo uno de los mas polémicos. La ausencia de una reglamentación específica en el tema ha dejado un amplio campo de interpretación a la jurisprudencia, notable por lo diversa y hasta lo contradictoria. La iniciativa de realizar este seminario sobre la nulidad de derecho público partió de la inquietud de algunos magistrados, juristas y colegas en general en relación a ciertas demandas que se han estado presentando de un tiempo a esta parte. Las demandas dicen relación con la petición de declaración de nulidad de ciertos decretos exentos o decretos supremos dictados fundamentalmente en las semanas posteriores al 11 de septiembre de 1973; mediante los cuales se declaraba en estudio la situación patrimonial de ciertas personas u organizaciones para, eventualmente, hacer pasar ciertos bienes a propiedad del Estado.

En concreto, esta clase de operaciones se fundaba en el Decreto Ley N° 77 publicado en el Diario Oficial del 13 de octubre de 1973 y su decreto reglamentario,

¹ José Miguel Lecaros Sánchez es abogado, de la Universidad de Chile y profesor de la cátedra de derecho civil en la Universidad de las Américas, entre otras Universidades. Autor del libro “La prenda civil y las prendas especiales” (Editorial Metropolitana, Santiago, 1995) y de la obra “Liberalidades y Donaciones entre vivos” (en prensa). Es autor de numerosos trabajos en revistas especializadas nacionales, y ha participado en Seminarios, Congresos y Jornadas relacionadas con su especialidad. Se desempeña como asesor legal de variadas empresas en materias civiles, comerciales y tributarias. Su dirección profesional es Moneda N° 920, oficina 507, Santiago, teléfono 6715906 y fax 6961507.

el Decreto Supremo N° 1726 de 3 de diciembre de 1973, publicado en el Diario Oficial de 2 de enero de 1974.

El Decreto Ley N° 77, tras varios considerandos relativos a la significación de la doctrina marxista como amenaza al proceso de reconstrucción nacional, en el último de ellos se refería a que “sobre el nuevo Gobierno recae la misión de extirpar de Chile el marxismo, de reconstruir moral y materialmente el país hacia el desarrollo económico y la justicia social y de dar vida a nuevas formas institucionales que permitan restablecer una democracia moderna y depurada de los vicios que favorecieron la acción de sus enemigos”. Conforme a los considerandos, el artículo 1° prohibía -considerándolos asociaciones ilícitas- determinados partidos que se enumeraba y las agrupaciones, facciones, entidades o movimientos “que sustenten la doctrina marxista o que por sus fines o por la conducta de sus adherentes sean substancialmente coincidentes con los principios y objetivos de dicha doctrina...” Agregaba el inciso 2° de dicho artículo, que se cancela, en su caso, la personalidad jurídica de los partidos políticos y demás entidades mencionados en los incisos precedentes. Sus bienes pasarán al dominio del Estado y la Junta de Gobierno los destinará a los fines que estime convenientes”.

En otro aspecto, el D.L. N° 77 establecía que por el sólo hecho de organizarse, promoverse o inducirse a su organización las entidades referidas, se incurría en el delito de asociación ilícita, que se penaba pormenorizadamente estableciéndose que su investigación y sanción se sometería a las normas de la ley N° 12.927.

Con posterioridad, el Decreto N° 1726, reglamentó, según él mismo expresaba, la aplicación de los incisos 2° y 3° del artículo 1° del D.L. N° 77. En lo sustancial se establecía primero la dictación de un decreto supremo fundado por parte del Ministerio del Interior, “Por Orden de la Junta”, que debía ser publicado en extracto, una etapa posterior de descargos y luego, eventualmente, la dictación de un decreto supremo fundado, por parte de la Junta de Gobierno, declarando disuelta la asociación o entidad cuestionada. Según expresaba el artículo 4°, el mismo decreto “dispondrá expresamente la confiscación de los bienes de que sea dueña la entidad afectada o que se encuentren a nombre de un tercero, respecto de los cuales este último no hubiere podido probar su legítima adquisición. La individualización de los bienes se hará en forma más completa y precisa posible”. Finalmente se establecía que si los bienes de cuya existencia se tuviere conocimiento con posterioridad se encuentran a nombre de una tercera persona, natural o jurídica, para proceder a su confiscación será necesario seguir previamente el procedimiento indicado en los artículos que anteceden en lo que respecta a dicho tercero”.

Finalmente quiero agregar como antecedente que el D.L. N° 1697, de 1977, declaró disueltas todas las demás agrupaciones políticas y en cuanto a los bienes, dispuso que seguirían el destino que hubieran establecido los estatutos y, en silencio de ellos, debían pasar a propiedad del Estado conforme al artículo 561 del Código Civil debiendo el Presidente de la República señalar su empleo en los fines de bien público y social que determinare. Algo similar ocurrió más tarde respecto a las organizaciones sindicales por medio de los decretos leyes N° 12 y 133, de 1973, y 2346, de 1978.

He querido detallar aunque sea en parte estas normas, sobre las que existen en general ideas aproximadas y poco conocimiento exacto, para a partir de ellas plantear algunas reflexiones sobre la nulidad de derecho público y la prescripción.

II.- LA ADQUISICION DEL DOMINIO POR PARTE DEL ESTADO.

Dejando de lado la cuestión de la necesidad y/o conveniencia de estas normativas en su momento histórico, deseo como cuestión preliminar aclarar algunos aspectos. Primero que nada, no veo ninguna contradicción entre el D.L. N° 77 y el D.L. N° 1, que contiene el acta de constitución de la Junta de Gobierno, el que declara que la Junta, en el ejercicio de su misión, “garantizará la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial y respetará la Constitución y las leyes de la República, **en la medida en que la actual situación del país lo permitan para el mejor cumplimiento de los postulados que ella se propone**”.

Es evidente, como se desprende de la sola lectura del texto citado, que el referido D.L. N° 1 se dictó en ejercicio del poder constituyente; razón por la cual no resulta procedente plantear alguna suerte de inconstitucionalidad de dicho Decreto Ley. Pues bien, si se estimara que el D.L. N° 77 se apartó en ciertos aspectos de las garantías establecidas en la Constitución de 1925 -básicamente artículos 18 y 80-; ello habría ocurrido en todo caso, en nuestro concepto, dentro de los márgenes que le daba el propio D.L. N° 1.

Pero de hecho, en nuestro concepto no fue así. Los bienes pasaron a poder del Estado en virtud de un Decreto Ley sirviendo esta norma como título y modo de adquirir. No se trató de una confiscación como parte o en el marco de una sanción penal que debía ser aplicada por los Tribunales de Justicia (1). Así se desprende del análisis del D.L. N° 77, que establece muy diferenciadamente, por una parte, el aspecto organizacional y patrimonial de las asociaciones ilícitas, esto es, la pérdida de personalidad jurídica y el traspaso de sus bienes a patrimonio del Estado (artículo 1°) de, por la otra, el aspecto penal (artículos 2° a 6°).

A su vez, el Decreto N° 1726, en nuestro concepto, no innovó más allá del D.L. N° 77 sino que sólo lo reglamentó estableciendo un procedimiento con oportunidad de descargos, y la debida publicidad en protección de los terceros. El procedimiento que contempló no significó una injerencia en atribuciones privativas del Poder Judicial pues la entidad administrativa, en la labor que debía cumplir conforme al citado decreto, no ejercía funciones jurisdiccionales sino sólo de identificación de los bienes que ya habían pasado al Estado. Tanto es así que como lo establece expresamente el Decreto N° 1726, éste reglamenta los incisos 2° y 3° del artículo 1° del D.L. N° 77, pero no se refiere al aspecto procesal penal a que alude el D.L. N° 77 en sus artículos 2° a 6°.

De modo tal que a nuestro juicio es irredarguible que los bienes que el Estado adquirió por confiscación en virtud del D.L. N° 77 pasaron legítimamente a poder del Estado. No lo hicieron por los decretos confiscatorios que se dictaban como medida de mera publicidad; sino en virtud del D.L. N° 77 que hizo a este respecto de título y modo de adquirir.

Lo propio reconoció el Gobierno pasado, cuando en 1991 envió un mensaje a la Cámara de Diputados con un proyecto que textualmente se titula: ”DISPONE LA RESTITUCIÓN O INDEMNIZACIÓN POR BIENES CONFISCADOS Y ADQUIRIDOS POR EL ESTADO A TRAVÉS DE LOS DECRETOS LEYES Nos 77, DE 1973 Y 1697, DE 1977; 12 Y 133, DE 1973 Y 2346, DE 1978.”

En suma, esos bienes pasaron a ser de propiedad del Estado, en virtud de una ley y como en derecho las cosas se deshacen como se hacen, sólo en virtud de una ley podrían volver a sus anteriores propietarios, lo que justifica la necesidad de una ley como la proyectada si se desea tal resultado.

Curiosamente, hasta donde tengo conocimiento, las demandas que se han planteado motivadas por los “decretos confiscatorios”, apuntan a una supuesta nulidad de estos; pero no objetan la legalidad del Decreto N° 1726 ni la constitucionalidad del D.L. N° 77. Si bien, como nos lo ha recordado el profesor Soto Kloss días atrás en este mismo lugar, no sería necesario demandar la nulidad de dichos actos administrativos si se demanda la nulidad del acto terminal.

Se ha sostenido que el Decreto N° 1726 es ilegal, por haber sido dictado por la Junta de Gobierno sin previa delegación por parte del poder legislador -que también era ejercido por la Junta de Gobierno-. La distinción no es bizantina, toda vez que conforme al artículo 3° y 4° del D.L. N° 128, de 1973, el poder legislativo se ejercía mediante decretos leyes y el poder ejecutivo mediante decretos supremos y resoluciones, conforme al D.L. N° 9. Sin embargo, el Decreto N° 1726 no requería en nuestro concepto de una facultad delegatoria toda vez que no consagraba materias propias de ley sino sólo un procedimiento de individualización de bienes. Con la misma finalidad, el Decreto N° 189 de 1974 procuró la individualización de los bienes de dominio del Estado.

III.- LA NULIDAD DE DERECHO PUBLICO Y LA PRESCRIPCION ANTE LA DOCTRINA.

Utilizando como excusa la problemática que recién he planteado, es mi interés abordar ciertas perspectivas de análisis de la nulidad de derecho público, en especial en sus incidencias civiles vinculadas al tema de la posesión y la prescripción.

Deseo comenzar estas reflexiones intentando primero que nada dar respuesta a un problema medular y a mi juicio fundante en esta materia: ¿en qué forma y medida puede aplicarse a la nulidad de derecho público (o si se quiere de los “actos administrativos”) las normas o principios de la nulidad del derecho civil?

Es sabido que en un Estado de Derecho todas las actuaciones -de gobernantes y gobernados- están previstas en el ordenamiento jurídico, aunque de distintas formas. En el ámbito del derecho público sólo se puede hacer aquello para lo que se está especialmente facultado; en tanto que en el derecho privado se puede hacer todo aquello que no esté prohibido. Es decir, el campo de acción en el derecho publico está limitado positivamente; en tanto que en el derecho privado está limitado negativamente (2). Esta diferencia se fundamenta en que el derecho público pretende realizar un fin extrínseco al administrador, cual es el bien común, -de ahí que el derecho publico sea el ámbito de las “potestades” y que el principio inspirador sea la “servicialidad del Estado” (“al servicio de la persona humana”) - en tanto que el derecho privado se funda en la realización de la autonomía de los sujetos privados - es, por ende, el ámbito de los derechos y las facultades-.

Se trata, pues, de dos filosofías diferentes. La filosofía de la autoridad y la de la libertad.

Para explicarme, quiero hacer una analogía entre el abuso del derecho y la desviación de poder, conceptos esencialmente privatistas y publicistas respectivamente. Lo que hay en estas expresiones es el ejercicio de un derecho o de un poder -respectivamente- con un fin contrario a la intención del legislador. Pues bien, el abuso del derecho está sancionado con la responsabilidad, en tanto que la desviación de poder con la ilegalidad. ¿Por qué? Porque dada su propia naturaleza, en el acto administrativo el fin se encuentra explícita o implícitamente en la ley (3), en tanto en el derecho privado el fin del acto jurídico se encuentra dentro de la esfera de la autonomía que no reconoce otra limitación que el derecho ajeno.

El tema de la nulidad del derecho privado está fundado pues, en otra inspiración que la nulidad en el derecho público. Un administrativista italiano ha podido decir provocativamente que “un sistema de invalidez construido en un derecho que encuentra su centro en el problema de la autonomía de los sujetos privados mal se presta a ser aplicado a un Derecho que encuentra su centro en el problema de la dialéctica autoridad-libertad”(4).

De esta diferencia de inspiración se desprenden diferencias importantes entre la nulidad de derecho público y las de derecho privado. Así por ejemplo, la inhabilidad privatista de alegar la nulidad absoluta por quien celebró el acto sabiendo o debiendo saber del vicio que lo invalidaba, no podría aplicarse en el derecho administrativo. Lo impide el “interés público”, finalidad esencial a satisfacer por la Administración Pública con su actividad (5). Y tal vez una de las diferencias más importantes: la regla del derecho privado de que no hay nulidad sin texto expreso - nulidades textuales- es inaplicable en el derecho público, donde más bien predominan las nulidades virtuales (6). En derecho público podría haber un vicio sin que llegara a afectar de nulidad al acto (7). Tal es el caso de vicios irrelevantes en un acto preparatorio y que no inciden en la validez del acto terminal. O bien una sanción de nulidad sin que exista un precepto legal específico, como veremos, porque la legalidad del acto administrativo se funda en exigencias tan diferentes como son la competencia, la causa, la voluntad, la forma o el contenido. Sin olvidar por otra parte los “vicios de mérito”, que pueden surgir de una falta de moralidad, eficacia, conveniencia o de una inequidad.

En otras palabras, el sentido finalista del acto administrativo ha permitido encontrar frecuentemente en los distintos países sentencias de nulidad sin que exista directamente infringido algún precepto legal. En resumen, en el ámbito del derecho público es patentemente insuficiente la regla de que es nulo todo acto prohibido por la ley (artículo 10 y 1466 del Código Civil).

Con todo, si no las normas, en todo caso las reglas de la nulidad del derecho civil, bien pueden aplicarse en el derecho administrativo en forma supletoria con ciertas limitaciones. O, como ha expresado la Corte Suprema argentina, “con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la substancia de esta última disciplina” y en cuanto tales reglas sean compatibles con la índole del derecho público (8).

En el campo del derecho público puede el particular enfrentarse a actos de la administración afectados por un vicio que atente contra su validez. Y en este orden de ideas hay que tener presente que en el derecho administrativo comparado se tiende a aplicar -a pesar de toda clase de reservas y advertencias- ciertas categorías del derecho civil. Así, se distingue entre los “actos nulos” o de “nulidad absoluta” como diferentes de los “actos anulables” o de “nulidad relativa”.

Esta distinción es muy importante en el análisis del tema que tratamos pues en el derecho comparado se suele establecer la imprescriptibilidad para la acción de nulidad absoluta -que, declarada, produciría efectos *ex tunc*- y en cambio se establece la prescriptibilidad para la acción de nulidad relativa -que, declarada, sólo produciría (a partir de la invalidación o anulación) el término de la validez provisional (9). Se ha dicho también que en el caso de la “nulidad absoluta” “los actos así viciados no pueden nunca producir efectos jurídicos, cualquiera que sea el momento en que efectivamente se haga uso de la acción de nulidad ante los Tribunales. Por su parte, éstos se limitarían a “declararla”, pues el acto es nulo no por consecuencia de la sentencia que se ha dictado, sino porque en su propio origen está viciado de nulidad” (10). En el caso de invalidez absoluta, no habría plazo para la impugnación del acto; el sólo transcurso del tiempo no subsana la irregularidad y por ende puede siempre ser invocada. Sin embargo, se ha sostenido que tratándose de actos que producen y agotan sus efectos en un momento dado, la administración podría invocar la prescripción extintiva para detener la reclamación que plantea el interesado fundándose en la irregularidad (11).

Por otra parte, para efectos de la prescripción, cabría analogar a la anulación (hecha por el órgano jurisdiccional) la invalidación (practicada por el propio órgano administrativo que dictó el acto). Pues en muchas legislaciones, la potestad de invalidación está limitada en el tiempo precisamente por los plazos que existen para recurrir de anulación al órgano jurisdiccional (12). Por ejemplo, en el derecho argentino, hay una norma legal -tomada del derecho español- que establece que “las facultades de anulación y revocación no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias, su ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes” (13).

En el mismo orden de ideas, se ha planteado que “a veces, en razón del tiempo transcurrido desde el acto irregular, su ejecución pacífica durante un largo período de tiempo y las consecuencias injustas que aparejarían su invalidez, se considera subsanado el vicio y que el acto produce todos sus efectos (14). Esta solución se fundaría en las mismas razones que en derecho privado justifican el instituto de la prescripción y que nosotros podríamos identificar como necesidad de estabilidad jurídica, protección de los terceros de buena fe, legitimación de la apariencia, presunción de confirmación.

En relación a este último concepto, deseo plantear como reflexión lo sostenido por un fallo de la Corte Suprema argentina, en orden a que “hay entre la confirmación de los actos jurídicos y a prescriptibilidad de la acción de nulidad una correlación estrecha, ya que la confirmación y la prescripción extintiva de la acción dependen de la voluntad expresa o tácita de la parte damnificada. Quien deja correr el tiempo sin iniciar la acción de nulidad de un acto, se presume que tiene la voluntad de sanearlo. De ahí se deduce que los actos confirmables son los prescriptibles”. De este razonamiento se deduce claramente que, aplicando las categorías civiles a la nulidad de un acto administrativo, hay que llegar a la conclusión que la acción de nulidad sólo prescribirá en el evento de estar frente a un acto “anulable” o nulo de nulidad relativa.

En cambio, y tal como también lo ha sostenido una jurisprudencia transandina, “las nulidades absolutas no son susceptibles de prescripción. Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de

formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original”(15).

Pero la imprescriptibilidad del vicio y de la acción de nulidad hay que analizarla conjuntamente - a fin de llegar a una solución coherente- con la posibilidad de que la prescripción haga intangibles los derechos adquiridos por terceros y que encuentran directa o indirectamente su raíz en el acto nulo. En efecto, un acto nulo, como se ha sostenido, no es, en rigor, acto jurídico. Es -en el campo del derecho público- una “vía de hecho”. Un *hecho material* pero que puede producir efectos en el Derecho, pero en cuanto *hecho*, no en cuanto *acto*.

En doctrina, se ha hecho claramente la distinción entre la anulación o invalidación del acto y el alcance a quienes tras cierto plazo y de buena fe han incorporado ciertos derechos a sus patrimonios:”...el acto ilegítimo podrá ser invalidado, indudablemente, pero los derechos que se derivaron de él, entran al patrimonio de la persona y son intangibles. Así, por ejemplo, si un empleado ha sido nombrado ilegalmente, transcurrido cierto plazo, dicha invalidación sólo tendrá efectos *ex nunc* y no consecuencias *ex tunc*”(16). Esto es, consecuencias hacia futuro pero sin efecto retroactivo. En cambio, si no ha habido buena fe y/o no ha transcurrido un determinado plazo, los efectos de la anulación o invalidación serían retroactivos: habría un desconocimiento de las consecuencias *de hecho* producidas con ocasión del acto inválido: efectos *ex tunc*.

Sin embargo, aún así, los efectos retroactivos de la invalidación o anulación tienen límites en los que la doctrina está en general de acuerdo. Desde luego, la retroactividad cede frente a la realidad innegable de que el acto tuvo la posibilidad de estar en contacto con otras situaciones jurídicas y pudo dar lugar al desarrollo de otras relaciones de derecho (17). Un autor italiano resume en tres aspectos los límites a la retroactividad de la invalidación. En primer lugar, se salvan de ella todos los efectos materiales insuperables del acto invalidado, ya que es evidente que no siempre es posible una reintegración al estado de cosas anterior al acto inválido. Deben respetarse en segundo lugar aquellos efectos que derivan del acto invalidado, que habían adquirido constancia judicial, en base a un título distinto y son intangibles en consideración a este último. Así, plantea el supuesto de un acto administrativo que puede haber tenido como objeto la constitución de derechos a favor de determinados sujetos, y la invalidación tiene lugar cuando los titulares de los derechos que nacieron del acto pueden oponer la prescripción. Esta podrá producir efectos retroactivos con respecto a las consecuencias de acto, pero no podrá eliminar los efectos que encuentren su fundamento en la prescripción adquisitiva. En tercer lugar, la invalidación de un acto administrativo no afecta siempre o necesariamente la existencia de los actos administrativos posteriores, que tengan con los primeros relaciones de consecución. Habrá que examinar si el acto inválido es un presupuesto necesario de los otros o si estos últimos están ligados a los primeros sólo de manera ocasional. En este último caso, la invalidación del acto que está en el vértice de la pirámide de los actos relacionados, no implica la de todos los otros. Los actos que derivan del invalidado deben considerarse también inválidos, pero es necesario señalar que hasta tanto no se invaliden, continuarán produciendo sus

efectos. Por último, la retroactividad de la invalidación puede en ciertos supuestos expresamente ser derogada por la ley (18).

IV.- LA NULIDAD DE DERECHO PUBLICO EN EL SISTEMA CHILENO. LOS DECRETOS CONFISCATORIOS COMO NULIDAD DE DERECHO PUBLICO.-

Se podría estimar que los decretos “confiscatorios” fueron nulos por haberse apartado del Decreto 1726, o que fueron nulos pese a haberse dictado conforme a este Decreto Supremo, por ser éste nulo por sobrepasar el contenido del D.L. N° 77. O que el D.L. N° 77 sería nulo por exceder del marco constitucional consagrado por el D.L. N° 1. Ya he expresado someramente la razón o razones por las que creo que no hay nulidad, pero trabajaremos como hipótesis de trabajo sobre la base de que esos decretos eran y son nulos. También para efectos de hipótesis de trabajo y por ser la expresión difundida, les llamaremos “decretos confiscatorios”, aclarando desde ya que en nuestro concepto no hubo propiamente hablando una confiscación.

En cualquiera de estas hipótesis estaríamos, sin duda frente a una nulidad *de derecho público*, planteable a través de lo que la doctrina ha llamado el recurso de anulación (19). Luego, la nulidad de derecho público puede surgir a partir de diversas situaciones, Cualquiera de estas “causales” podría ser invocada, debiendo siempre constatar si hubo o no nulidad, el respectivo órgano jurisdiccional. El artículo 7° de la Constitución Política establece el principio de la legalidad del derecho público: los órganos del Estado deben actuar previa investidura regular de sus integrantes, dentro de la órbita de sus competencias y en la forma prescrita por la ley. “Todo acto en contrario es nulo”. En presente. Es nulo desde el instate mismo en que pretende haber nacido. Jamás ha llegado a formar parte del mundo del derecho.

Sobre la base de lo anterior podemos concluir que no sólo hay nulidad de derecho público cuando una norma legal ha previsto la sanción de nulidad para un determinado caso (“nulidad textual”) sino también cuando ello resulta de la recta interpretación de la ley (“nulidad virtual”) (20).

Así, entonces, tenemos que la propia Constitución ha declarado nulo todo acto de un órgano de Estado no investido legalmente de las facultades que pretende, o que actúa fuera de la órbita de su competencia o sin las formas prescritas por la ley. No es el órgano jurisdiccional sino el propio texto constitucional el que ha declarado tal nulidad. Sin embargo, en virtud del principio de la revisión judicial de los actos de la administración, de razones de seguridad/certeza jurídica y de la necesidad de evitar la autotutela, es inconcluso que corresponde al órgano jurisdiccional constatar esa nulidad, en caso de haberla. Para lo cual deberá acudir a las herramientas procesales que correspondan al caso, como un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, un recurso de protección, o simplemente una demanda ordinaria de mera certeza que constate la pretendida nulidad. Pero insistimos en que el acto nulo lo es por la existencia del vicio. Y no requerirá incluso de ningún pronunciamiento especial si no se ha producido - a consecuencia del acto nulo-, ninguna alteración de hecho (21).

Lo que hará el juez será constatar esa nulidad que no la declara la sentencia sino que la propia norma legal (o en última instancia constitucional). Pues se trata de una nulidad autónoma de un eventual perjuicio. Cabe a este respecto recordar lo que

establece el artículo 11 del Código Civil: “Cuando la ley declara nulo algún acto con el fin expreso o tácito de precaver un fraude o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley”. ¿Qué significa esto? Que en ciertas nulidades civiles, ha de haber un interés (perjuicio); en tales casos la nulidad nace de la sentencia . En otras, no es necesario el interés/perjuicio: la nulidad tiene su origen en la ley. Y la legitimidad activa para demandar la constatación está dada por cualquier agravio, pudiendo considerarse tal incluso, como algunos han sugerido, el sólo hecho de haberse vulnerado el ordenamiento jurídico. Pero si en definitiva el Tribunal constata el vicio, aunque no haya perjuicio del actor, debe hacerlo presente. De lo contrario estaría actuando al margen de la Constitución.

Pues bien. En el caso de la nulidad de derecho público es la propia Constitución (“Ley” fundamental del Estado) la que ha declarado nulos ciertos actos de la administración. En tales casos, **la ausencia de perjuicios** en nada podría cambiar las cosas, toda vez que el acto no será nulo a causa de la sentencia que lo declare (norma particular) previa constatación de algún perjuicio, sino que es nulo por disposición constitucional en razón de no haber actuado el órgano del Estado en la forma prescrita por la Constitución. El Tribunal sólo se limita a constatar y declarar el vicio. Vicio del acto y de la actuación. Ni hubo dictación del acto ni el acto es tal. Se trata de un hecho material producto de una vía de hecho.

La nulidad de derecho público, en su actual consagración constitucional, es expresión directa del principio de la juridicidad y como tal opera como sanción en el mismo instante en que se produce la contravención, **ipso iure, de modo insanable e imprescriptible**, al margen de la existencia o no existencia de algún afectado. Pues en efecto, la acción constitucional de nulidad -que puede expresarse, como se ha dicho, a través de diferentes recursos procesales- es una acción de mera certeza respecto de la inexistencia de un pretendido acto. La acción constitucional de nulidad no significa una demanda hecha a los Tribunales para que pongan fin a los efectos provisorios de un acto que se estima viciado. El órgano jurisdiccional no anula el acto en el sentido de poner término a sus efectos (caso en el cual la sentencia tendría un carácter constitutivo), sino que constata su nulidad que ha sido establecida por el propio texto de la Carta Fundamental.

La nulidad de derecho público opera de *pleno derecho* (22), lo que no es contradictorio con sostener que para esa operatividad debe ser declarada. Escapa, pues, totalmente, a las normas de prescripción que establece el Código Civil para la nulidad absoluta.

La “nulidad absoluta” de nuestro Código Civil se refiere a la anulación del acto por ausencia de requisitos legales. Y si bien es cierto el propio Código Civil dice que las normas sobre prescripción se aplican a favor y en contra del Estado, dicha norma sólo está significando que el Estado, en su rol de sujeto particular que celebra un acto jurídico, está sometido a las mismas reglas de prescripción que un particular cualquiera. No podría significar sin embargo, que un acto administrativo nulo pudiera llegar a tener validez por el paso del tiempo.

Si el Estado celebra (como particular) un contrato de compraventa y esa compraventa adolece de ilicitud en el objeto o es nula por haber sido celebrada con un incapaz, el acto será provisoriamente válido y producirá efectos jurídicos; y sólo quedará nulo si dentro de los plazos de prescripción un Tribunal lo declara nulo. En

esa compraventa habrá existido una nulidad “civil”, saneable, relacionada con una acción prescriptible y que requería declaración judicial. La sola circunstancia de que uno de los contratantes era el Estado no cambia en nada las cosas ni podremos por ese sólo hecho hablar de una nulidad “de derecho público”. En tal evento no habrá habido una actuación de un órgano del Estado al margen de la Constitución. En esa compraventa no está en juego ni el principio de la juridicidad ni el principio de la supremacía constitucional, pilares ambos de la *nulidad de derecho público*.

Si en cambio una autoridad administrativa emite un decreto fuera de la órbita de sus atribuciones, ese “acto” en rigor no es un acto jurídico sino que es tan sólo una *vía de hecho*, un simple acto material que no produce efecto jurídico alguno y que si puede haber generado un cambio de hecho en la realidad, ese cambio no fue efecto causado por el acto -que insistimos, no puede haber causado efecto alguno- sino *con ocasión* del acto (23). Esa ineficacia el Juez sólo la constata; no la genera.

En el caso de la nulidad absoluta, el juez que la declara habrá emitido una regla particular (sentencia judicial) que habrá sancionado la ausencia de un requisito legal del acto con su ineficacia. En el caso de una nulidad de derecho público, más que una *sanción* la nulidad será un *efecto*.

Hay sin duda un mundo de diferencias entre el derecho público y el derecho privado. En el derecho público, toda vez que sólo puede hacerse aquellos que está expresamente permitido, el acto que no se ha enmarcado en las exigencias legales y constitucionales no es eficaz, es una *tentativa de acto* o, si se quiere, un acto *incompleto*. Más allá de que el artículo 7º de la Constitución emplee el vocablo “nulidad”, lo cierto es que se trata más bien de un caso de inexistencia del acto administrativo. Como dice Soto Kloss, “no se trata de algo imperfecto como acto, sino en puridad de algo “inexistente”. Y lo que no es, carece de ser”(24).

Pero pese a la inexistencia del acto, hay un efecto en el mundo circundante, que produce el acto supuestamente existente. Efectos fácticos -“autárquicos”- que pueden ser erróneamente atribuibles al acto inexistente (nulo); pero que no son efectos del acto sino alteraciones fácticas producidas con ocasión de la aparente ejecución del acto, o si se quiere del aparente cumplimiento de los aparentes efectos del acto, también aparente (25). Esos efectos pueden consistir en la generación de una apariencia de derecho (posesión) en un tercero o en la responsabilidad -del Estado y/o del funcionario.

Eduardo Soto Kloss ha explicado los alcances de lo que venimos diciendo, al reconocer en cierta medida que en el derecho público el acto nulo es la ausencia de acto: “Lo que el juez hace es “reconocer” una situación ya producida en el pasado, o sea, “reconoce” la existencia de un vicio que afecta v.gr. la validez de un acto administrativo dado y que, en consecuencia, no habiéndose conformado al imperativo de la Constitución es nulo *ab initio*, es decir, desde el mismo instante de su dictación”...”De allí que se dice que los efectos de este reconocimiento o comprobación que hace el juez se retrotraen al momento de la dictación de ese acto viciado de nulidad como si esta dictación (acto de dictar y acto dictado) nunca hubiera existido, porque en el ordenamiento jurídico simplemente no entró como acto jurídico, ya que siendo nulo, por expresa sanción constitucional, es la nada (nullus: ausencia de ser / inexistente)”. Dejado sin efecto un acto administrativo por el órgano jurisdiccional -explica Soto Kloss-, “no se requiere de actividad alguna de órgano administrativo alguno, salvo el dejar constancia en el libro pertinente de la Oficina de Partes del servicio respectivo y en la línea pertinente al Decreto o

Resolución de que se trata, que ha sido dejado sin efecto (“anulado”) por sentencia del tribunal correspondiente, de tal fecha, rol tanto” (26). En otras palabras, declarada la nulidad de un acto administrativo, no es necesaria dictación de otro acto administrativo alguno.

Apliquemos lo anterior a las “confiscaciones” a que hemos estado haciendo referencia. Frente a vehículos motorizados inscritos en el Registro de Vehículos Motorizados o bienes raíces en el Conservador de Bienes Raíces, a nombre del Estado, no correspondería practicar una nueva inscripción, sino sólo una anotación marginal que dejara constancia de que la inscripción del centro es nula y que por ende jamás ha producido efecto alguno. Ese sólo hecho significaría que nunca produjo efecto; que el Estado nunca adquirió derecho alguno sobre el bien en cuestión; que el acto en cuya virtud se pretendió haber adquirido por parte del Estado el dominio no fue eficaz (no fue acto jurídico) por no haber cumplido los requisitos constitucionales y legales para que lo fuera y por ende más que de un acto administrativo nulo o de un decreto nulo o de una inscripción nula, podremos con más propiedad hablar de una tentativa de acto una tentativa de inscripción.

Se habría tratado de un *acto tentado*. De un acto *incompleto*, que generó una condición de hecho más no un efecto jurídico. Insisto en este punto: se trató de una situación de hecho. Pero esa condición de hecho pudo generar a su vez otras condiciones de hecho. Si un tercero ha adquirido el vehículo y lo ha poseído el tiempo necesario -prescripción ordinaria o extraordinaria según los casos- por muy nulo que sea declarado el acto “confiscatorio” el tercero no podrá verse afectado. La nulidad dará acción de dominio contra el Fisco en su calidad de poseedor que ha dejado de poseer (artículo 898 y 900 del Código Civil) pero contra el tercero que adquirió por prescripción adquisitiva no habrá lugar a acción personal alguna.

Ahora bien. No hay que olvidar que la declaración de nulidad genera una obligación restitutoria como exigencia de coherencia del efecto de la sentencia - volver las cosas al estado anterior a la celebración del acto declarado nulo-. Sin embargo, esa obligación dice relación al que es parte de acto nulo (artículo 1687 de Código Civil). Siguiendo con el ejemplo, el Estado.

El tercero, en cambio, sólo puede ser objeto de una acción reivindicatoria ejercida en forma simultánea o sucesiva a la acción de nulidad. Es importante destacar que la obligación restitutoria del que fue parte del acto nulo no se hace efectiva como consecuencia de ejercicio de una acción reivindicatoria -que el legislador sólo ha previsto contra los terceros (artículo 1689 del Código Civil)-, sino como parte del cumplimiento de la sentencia de nulidad -que por sí sola “da a las *partes* derecho para ser restituidas” (artículo 1687 del Código Civil).

Contra el tercero, la acción reivindicatoria se “extinguirá” en la medida en que el tercero haya ganado por prescripción adquisitiva (artículo 2517 del Código Civil). Contra el Estado, en cambio, que fue parte del acto, más que por una acción reivindicatoria se recuperaría el bien como ejecución de la sentencia que ha constatado el vicio de nulidad. De una nulidad imprescriptible, lo que significaría que los efectos de esa sentencia no podrían quedar limitados por prescripción alguna... Es decir, el Estado no podría adquirir por prescripción adquisitiva por la sencilla razón que la sentencia que le ordena restituir es el fruto de una acción imprescriptible. Y una elemental coherencia lleva a pensar que no podría haber una acción imprescriptible para que el demandado -en la etapa de cumplimiento- terminara alegando prescripción.

Pero, ¿es efectivamente así?

Nos parece que no. Creemos que si un acto es declarado nulo, la obligación restitutoria que consagra el citado artículo 1687 incide precisamente en un poseedor que, por ende, podría ganar por prescripción. El Código Civil establece que la acción reivindicatoria que ampara un derecho real se extingue por la prescripción adquisitiva del respectivo derecho real. Pero eso no excluye a mi juicio que la prescripción adquisitiva pueda frustrar de igual modo la restitución que debiera ordenar la sentencia que declara la nulidad. Y digo debiera ordenar porque me parece que no podría ordenarla si ha intervenido la prescripción adquisitiva.

Llevado al caso en análisis, la anotación de nulidad de la inscripción sólo significaría que el Estado no adquirió el dominio en la forma en que se pretendía. Que sólo los poseyó (reitero, no a causa del acto administrativo nulo sino con ocasión de él). Y en la medida en que el Fisco hubiere poseído esos bienes -y no sólo los hubiere inscrito, en tal caso se trataría de una “inscripción de papel”- sin violencia ni clandestinidad (27), y alegara oportunamente la prescripción (28), querría decir que es actualmente dueño de los bienes. Pues el Estado, como sujeto poseedor y capaz de adquirir por prescripción, se sujetaría a las reglas generales de prescripción adquisitiva -ordinaria o extraordinaria, según los casos- sea que su posesión fuera regular, irregular, con título justo, título injusto o sin título alguno.

Y sin consideración a si el acto nulo es una nulidad de derecho público o una nulidad civil, pues lo que está en juego no es la validez o nulidad del acto o si quieren ustedes para ser más severo, lo que está en juego no es si hubo o no acto sino la posesión que a nuestro juicio no puede vincularse a la suerte del acto nulo, o a la ausencia de acto, toda vez que esa posesión no es a causa del acto nulo sino sólo con ocasión de él.

Es una apariencia generada -en el caso de una nulidad de derecho público- por una “vía de hecho”: la ausencia total de título. Y, ¿será acaso necesario recordar -una vez más- que es posible poseer sin título alguno? El Estado sólo no podría ganar por prescripción si su posesión fuera viciosa: violenta o clandestina. O si no hubiera habido realmente posesión sino una “inscripción de papel” no representativa de alguna posesión real y efectiva.

Quiero tomar las reflexiones de Daniel Peñailillo, de la Universidad de Concepción, en relación a si el Fisco podría alegar haber adquirido por prescripción lo que no adquirió por expropiación. Estimo válida la analogía pues más allá de las diferencias entre una confiscación y una expropiación, frente a la nulidad de una u otra, la prescripción adquisitiva del Estado se rige a nuestro juicio por unas mismas reglas: se tratará de un bien “nunca confiscado” o “nunca expropiado”.

En relación a si la entidad expropiadora podría ganar por prescripción lo que no ganó por expropiación, el profesor Peñailillo se inclina primero por la afirmativa, pero agregando: “Esta tesis parte de supuesto que es controvertible: que en la expropiación, el título de la adquisición por parte del expropiante es, precisamente, “la expropiación” y el modo de adquirir es la ley. Pero (y justamente debido a esta última afirmación) también puede sostenerse otra conclusión: que en la expropiación la ley es al mismo tiempo el título y el modo de adquirir o, aun mejor para el objetivo que sigue, que cuando el modo de adquirir es la ley, al igual que cuando opera cualquiera de los otros modos que no sea la tradición, no se requiere título; a lo dicho podrían agregarse dos proposiciones: que es el modo de adquirir el que confiere la posesión de la cosa al adquirente, y que el efecto natural de la nulidad es eliminar lo

existente, es decir, volver al estado anterior “como si no se hubiere celebrado el acto nulo”; y, con ello, que declarada nula la expropiación, debe entenderse que el expropiante nunca logró algo, ni siquiera entró en posesión, y al no tener posesión nunca puede llegar a ganar por prescripción”(29).

Rechazamos por nuestra parte esta última conclusión. El Código Civil establece claramente que se puede poseer sin título alguno. En las “confiscaciones”, la ley respectiva conforme a la cual se dictaban era título y modo de adquirir. Este último, en caso de no atribuir el dominio (no generar plenamente sus efectos naturales) actúa como título. ¿Y que pasará si es declarado nulo ese modo de adquirir que en definitiva no obró como tal sino como título posesorio? Se entenderá que nunca hubo tal título posesorio. Pero, ¿es que acaso por ello que dejará de haber posesión? ¿Podrá una sentencia de nulidad eliminar una situación de hecho cual es la posesión? Nos parece que eso sería llegar demasiado lejos, sería desconocer por virtud de una ficción legal una realidad posesoria y desconocer así lo que es la esencia de la posesión y el rol esencial de la prescripción: factores estabilizadores de las situaciones jurídicas en el tiempo. Estamos entonces aquí en el centro de la antigua polémica jurisprudencial sobre si acaso la inscripción conservatoria es garantía de una posesión real o es ficción de una realidad posesoria que bien puede no existir. Y quiero recordar que -tal como aparece claramente de la lectura de esa obra utilísima de don Emilio Rioseco llamada “La posesión inscrita frente a la jurisprudencia”, la tendencia de nuestros tribunales en las últimas décadas se inclina por la interpretación de la “inscripción garantía”.

El título posesorio representa, simboliza la apariencia de titularidad de un derecho. Pero no puede desvincularse esa representación de esa apariencia de titularidad que es la posesión, es decir, la realidad posesoria. Si hay una inscripción y no hay realidad posesoria, estamos -como decía Leopoldo Urrutia en su trabajo sobre la “vulgarización” de la posesión en el derecho chileno- frente a una inscripción de papel. Lo decisivo no es la inscripción sino la realidad posesoria.

Puede ser declarado nulo el acto y la inscripción, considerarse que la posesión no ha tenido título alguno. Pero ese sólo hecho no puede hacer desaparecer retroactivamente esa apariencia, esa realidad posesoria ni la posibilidad de adquirir por prescripción. Como se lee en el Digesto, “la causa de la posesión es distinta de la de la usucapión” (30). Podremos hablar de que la posesión no tuvo título, pero eso no significa que no haya habido posesión y por ende prescripción. Pues por su naturaleza, las situaciones de hecho, las apariencias, no pueden ser eliminadas retroactivamente. Es más. Hay que recordar que como sostiene el Código Civil no sólo es posible poseer sin título alguno (2510) sino que además el Código ha previsto calificar como títulos (aunque injustos) ciertas situaciones en que verdaderamente no hay título posesorio.

¿Por qué no aceptar la posesión generada con ocasión de una *vía de hecho* para usar la expresión administrativista? Recordemos, en efecto, que el artículo 704 del Código Civil establece una enumeración clásica de “títulos injustos”. Pero de ellos, en rigor, sólo el que adolece de un vicio de nulidad es título; título nulo pero título al fin y al cabo. En cambio, el título falsificado, el conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo o el meramente putativo, no son títulos injustos; en rigor son inexistentes, es decir, *no son títulos*.. En esos casos en realidad no hay título (31). Ello no tendría nada de particular desde que el artículo 2510 permite prescribir extraordinariamente no sólo con un título

injusto sino también sin título alguno (en la medida en que no haya violencia ni clandestinidad). Sin embargo, el artículo 704 los califica de títulos injustos y han de ser considerados títulos injustos por ser putativos. Si el legislador los califica de títulos injustos fue para eximir de la necesidad de probar el ánimo al prescribiente, en razón de que se trataba de actos aparentemente válidos y esa apariencia era calificada por la ley (32).

En el caso de los decretos “confiscatorios”, en el supuesto que fueran nulos, generaron de todos modos -si bien equivocadamente y no como “efecto de...” sino “con ocasión de...”- una posesión material. Esos decretos son, por decir lo menos, títulos injustos, al menos con el mismo derecho con que lo son el título falsificado, el conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo o el meramente putativo como el del heredero aparente que no es en realidad heredero (y que no ha sido declarado como tal en un auto de posesión efectiva). Generaron además una aparente posesión “jurídica” -exteriorizada en las respectivas inscripciones, que serían nulas, pero aparentemente válidas- que exime de la necesidad de probar el ánimo posesorio. Insistimos. El decreto como tal acto jurídico estaría incompleto (“tentado”), y por ende la posesión debería en principio probarse por los medios materiales a que se refiere el artículo 925 del Código Civil: “hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio...” Sin embargo, como **meramente putativos** el decreto confiscatorio y la respectiva inscripción deben ser estimados como títulos injustos, o si se quiere, como no títulos, pero que fueron capaces de generar una posesión jurídica sin título que, unida a la posesión material, conduciría de todos modos a una prescripción adquisitiva extraordinaria.