

LOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

Una visión crítica a la luz de la Constitución

Iván Aróstica Maldonado*

SUMARIO: I. Inflación contenciosa. II. Marco constitucional. III. ¿Justicia administrativa? IV. El "agotamiento previo de la vía administrativa". V. El "silencio negativo". VI. Conclusiones.

I. INFLACIÓN CONTENCIOSA

Sabemos que la Constitución chilena, para la salvaguarda de sus derechos, concede directamente a las personas dos formidables medios para impugnar la validez de los actos de la Administración: el recurso de protección (artículo 20)¹ y la acción general de nulidad de derecho público (artículos 6, 7, 19 N° 3, 38 inciso 2° y 76)², de ejercicio muy común en nuestra práctica forense.

1. Lo que no quita que el Legislador, en vez de fortalecer dichos medios de defensa, se haya dado a la tarea de crear otras muchas formas especiales de reclamo judicial, respecto de específicos actos de la autoridad³. De

*Profesor de Derecho Administrativo. Universidad Santo Tomás.

¹Para sus avances y retrocesos en la práctica, Eduardo Soto Kloss, *10 años de recurso de protección (1976-1986). Una revolución silenciosa*, Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 83 (1986) 1ª parte sección Derecho, 157-162, y *El recurso de protección, institución esencial de una sociedad libre*, en "20 años de la Constitución chilena 1981-2001" (Enrique Navarro, editor) Universidad Finis Terrae-ConoSur (2001) 421-436.

²Para la historia y su desenlace (a favor de la Justicia) del "problema de lo contencioso administrativo", v. E. Soto Kloss, *La protección de los derechos de las personas, logros y penurias (Veinticinco años de jurisprudencia 1977/2002)*, *Ius Publicum* (U. Santo Tomás) 10 (2003) 71-88; Rolando Pantoja, *El artículo 38, inciso 2°, de la Constitución Política de la República*, RDJ 100(2003) 1ª parte sección Derecho, 1-14. y nuestro *Estado de Derecho y nulidad de derecho público*, en "20 años de la Constitución chilena" citado, 129-139.

³Un listado de 124 acciones de este tipo, puede verse en "Sinopsis de las acciones contencioso administrativas", Código Administrativo General de LexisNexis, (Santiago) 2ª ed. (2006) 41-52.

que pueden conocer los tribunales⁴ y que se consagran en dispersas leyes orgánicas constitucionales⁵.

Un conjunto muy amplio y variado de "acciones contencioso administrativas especiales", cuya sola consagración a nivel legal no impide al afectado optar por entablar, en vez de éstas, o un recurso de protección⁶ o una acción general de nulidad de derecho público⁷, porque al estar estos últimos consagrados en la Carta Fundamental, quedan amparados por el principio de que ninguna norma con rango simplemente legal puede enervar la aplicación de un precepto de jerarquía constitucional.

2. Sí, está llena, a más no poder, nuestra legislación de estos contenciosos especiales de tramitación sumaria; que abarcarlos todos sería trabajo benedictino.

Pero podría armarse un panorama, precisando que a estas acciones procesales administrativas se les llama "especiales" en atención a que:

- a) para reclamar la ilegalidad de singulares actos de la Administración (aquellos que la respectiva ley individualiza taxativamente en cada caso),
- b) ante un determinado tribunal (señalado o referido en esa misma ley),
- c) se establece una forma específica de impugnación (con los requisitos, plazos y proceso de tramitación que dispone la ley aplicable al caso).

⁴En Chile rige sin atenuaciones el sistema judicial, incluso en el juzgamiento de los actos de la Administración. Toda vez que desde la Carta de 1833 (art. 108), pasando por la de 1925 (art. 80) hasta llegar a la actual de 1980 (art. 76) se prohíbe al Presidente de la República ejercer funciones judiciales, lo que impide la existencia de unos órganos de lo contencioso administrativo vinculados al Ejecutivo.

Esta cláusula, de origen aragonés, fue tomada de la Constitución de Cádiz de 1812 (art. 243: "Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar a abrir los juicios fenecidos"), y ha sido comentada por Juan C. Cassagne en *El origen hispánico del sistema judicialista y otras instituciones del derecho público iberoamericano y comparado*, en "La justicia administrativa en Iberoamérica", LexisNexis/Abeledo-Perrot (Buenos Aires 2005) 11-29.

⁵Porque al darles competencia a los tribunales para conocer del nuevo recurso que dichas leyes vienen creando, ello repercute en las "atribuciones" judiciales, las que sólo pueden ser afectadas por disposiciones de aquel carácter, según exige la Carta (art. 77). Tribunal Constitucional 27.5.1999 (rol 287).

⁶*Chaparro Salinas con Contralor General de la República y Director de Obras de Santiago*, Corte de Santiago 16.4.1986, C. Suprema (confirma) 26.5.1986, RDJ 83 (1986) 2.5, 69, *Liberona Doddis con Municipalidad de San Antonio*, C. Suprema 16.12.1986, misma revista, tomo y sección, 156, y *Manufacturas Formudata con Inspección del Trabajo*, C. de San Miguel 14.11.2002, CS (confirma) 17.12.2002, RDJ 99 (2002) 394-399.

⁷Corresponde al actor elegir la vía procesal para reclamar de la juridicidad de un decreto alcaldicio: la acción ordinaria de nulidad de derecho público o el reclamo de ilegalidad municipal (art. 141 LOC 19.695), se dijo en *Brown Rodríguez con Municipalidad de Peumo*, CS 5.10.1999, RDJ 96 (1999) 2.5, 172-174. Igualmente *Shell Chile con Municipalidad de Santiago*, C. de Santiago 11.3.2003, Gaceta Jurídica 273 (2003) 62-68.

2.1) Respecto a lo primero (los actos pasibles de reclamación), subrayar que se trata de recursos de derecho estricto, en cuanto sólo resultan procedentes para atacar aquellos actos de la Administración enumerados taxativamente en cada texto. El actor debe tener buen cuidado en este aspecto, ya que mientras algunas leyes prevén, por ejemplo, que todas las "sanciones" (amonestaciones, multas, clausuras y revocaciones) de un ente fiscalizador pueden ser impugnadas a través de la pertinente acción especial (como las aplicadas por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles: Ley 18.410 art. 18 A), otras únicamente disponen una acción especial respecto de las "multas" (como las cursadas por la Superintendencia de Valores y Seguros: DL 3.538 de 1980 art. 30). El Máximo Tribunal ha sido celosísimo en declarar inadmisibles acciones por este concepto, cada vez que por su conducto se ha pretendido impugnar algún otro tipo de actos de la autoridad, que no cabe dentro de los limitados términos en que dicha acción aparece configurada⁸.

Aquellos demás actos de la Administración, por tanto, pueden impugnarse por medio de otro contencioso que la ley haya establecido al efecto⁹, o a través del régimen común de reclamación (recurso de protección o acción general de nulidad de derecho público).

2.2) Respecto a lo segundo (el órgano jurisdiccional competente), advertir que el tribunal encargado puede ser la misma Corte Suprema¹⁰, aunque lo habitual es que se nomine a la Corte de Apelaciones o al respectivo juez común en lo civil¹¹. Tribunales especiales del Poder Judicial,

⁸Sentencia de 22.3.2005 en La Semena Jurídica 236 (16-21 mayo 2005) 15, y sentencia de 14.12.2006, en LSJ 320 (25-31 diciembre 2006) Jurisprudencia al Día 39, 481-482.

⁹Pasa con el DL 3.538 de 1980, que para las multas de la Superintendencia de Valores y Seguros, SVS, una forma de reclamación (art. 30) y para demás resoluciones e instrucciones otra acción especial distinta (art. 46). Una situación semejante se encuentra en la Ley 18.902 relativa a la Superintendencia de Servicios Sanitarios, SISS (arts. 13 y 32).

¹⁰Por ejemplo, en el caso del DL 1.094 de 1975 (art. 89) el máximo tribunal conoce de los reclamos contra los decretos supremos que ordenen la expulsión de extranjeros. En la Ley 18.168 (art. 36 A) cuando el Ministro del ramo caduca una concesión o permiso de telecomunicación, lo mismo que en la Ley 19.545 (art. 34) cuando hace lo propio el Consejo Nacional de Televisión.

¹¹Denotando incoherencia interna, a veces en un mismo cuerpo legal se estatuyen reclamos distintos para ante tribunales diferentes. En el DL 3.538 de 1980, mientras las multas de la SVS se pueden impugnar en juicio sumario ante el correspondiente juez de letras en lo civil (art. 30), las normas generales, instrucciones y demás resoluciones u omisiones de la misma Superintendencia se pueden impugnar ante la Corte de Santiago (art. 46). En la Ley 19.995, mientras la corte de apelaciones respectiva conoce del reclamo contra las revocaciones aplicadas como sanción por la Superintendencia de Casinos de Juego (art. 34), del reclamo contra sus multas conoce el tribunal ordinario civil que corresponda (art. 55).

Por el contrario, véase el DFL 3 de 1997, donde todas las multas y demás resoluciones que señala de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, SBIF, son reclamables ante la corte de apelaciones respectiva (art. 22). O el DL 3.500 de 1980, a propósito

los juzgados laborales por ejemplo, son los encomendados de revisar la juridicidad de los actos de la Dirección del Trabajo y de las multas del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo¹².

Un tribunal especial, de aquellos que menciona el artículo 5 inciso 4° del Código Orgánico como sujetos a las disposiciones generales de este cuerpo legal, es el Tribunal de Contratación Pública creado por el artículo 22 de la Ley 19.886, para conocer de las acciones de impugnación contra los actos administrativos ilegales o arbitrarios que se cometan en el curso de una licitación previa a los contratos públicos regidos por esta ley¹³.

Semejantemente, al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (continuador de la ex Comisión Resolutiva¹⁴), el artículo 19 de la Ley 19.545 le encomienda conocer de los reclamos que se deduzcan en contra de la Subsecretaría de Economía, por su negativa a inscribir a un interesado en el registro para certificación oficial de exportaciones que estatuye dicha ley.

2.3) Respecto a lo tercero (la forma específica de impugnación), en un esfuerzo por sistematizar las dispersas leyes que regulan estas materias, diríamos que –en general– el Legislador tiende a inclinarse por alguno de los tres modelos siguientes.

2.3.1) A veces, para reclamar contra actos de la autoridad, algunas leyes establecen una acción directa ante los tribunales. Notificado o publicado que sea el acto de que se trata, consultan un plazo más o menos breve para interponer la acción correspondiente ante un determinado tribunal. El cual debe conocer del reclamo en la forma prevista por esas leyes: que puede ser en la forma de un juicio especial y concentrado creado por el Legislador para ese efecto¹⁵, o en la forma del juicio sumario a que se remite el Legislador en otros casos¹⁶.

de semejantes medidas tomadas por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, SAFF.

¹²Ley 19.518 (art. 75 inc. 3°).

¹³Según los incs. 8° y 9° del art. 22 citado, dicho tribunal está sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, y afecto en su funcionamiento al Auto Acordado adoptado el 20.10.2003 (publicado el 30.12.2003).

¹⁴Ley 19.111 (14.11.2003) art. 2. La naturaleza de este tribunal está en el DL 211 de 1973, según texto refundido por el DFL 1 (Economía) de 2004, art. 5.

¹⁵Para los reclamos contra la SAFF en el DL 3.500 de 1980 (art. 94 N° 8), la SVS en el DL 3.538 de 1980 (art. 46), la SBIF en el DFL 3 de 1997 (art. 22 inc. 1°), etc.

¹⁶Ley 18.902 (arts. 13 y 17) para los reclamos contra la SISS; Ley 19.300 (arts. 20, 50 y 64, en relación con el art. 61) para reclamar contra los actos dictados en aplicación de las normas sobre medio ambiente; Ley 19.518 (art. 75 inc. 2°), que para reclamar contra los actos que allí señala se remite a las reglas del Título II del Libro V del Código del Trabajo; Ley 19.995 (art. 55) que para impugnar las multas de la SCJ se remite al Título XI del Libro 3° del Código de Procedimiento Civil.

¿Podría el afectado intentar un recurso administrativo previo? La Contraloría ha negado esta posibilidad. Ha entendido que no caben los recursos administrativos generales de reposición y jerárquico establecidos en la Ley 18.575 y complementados en la Ley 19.880, dado que éstos constituyen un resguardo mínimo que sólo opera a falta de otros medios de impugnación específicos¹⁷.

Los Tribunales no han cerrado esta alternativa. Pero últimamente han sido rigurosos en sostener que la interposición de un recurso administrativo no suspende el plazo para entablar el recurso de protección o para deducir la acción procesal especial del caso¹⁸.

Puntos de vista ambos que contribuyen a recargar el número de causas judiciales, y que desconocen el resguardo del artículo 54 inciso 2° de la Ley 19.880, sobre procedimientos administrativos, en cuya virtud planteada una reclamación ante la Administración, “se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional. Este volverá a contarse desde la fecha en que se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo”.

2.3.2) Otras veces, la fórmula ideada por el Legislador consiste en regular la procedencia de un previo recurso administrativo de carácter potestativo (voluntario), seguido de una acción jurisdiccional especial.

Por ejemplo, el DL 3.538 de 1980 (artículo 45) indica que contra los actos administrativos de la Superintendencia de Valores y Seguros se puede recurrir de reposición dentro de cinco días hábiles contados desde su notificación y que “la interposición de este recurso, suspenderá el plazo para reclamar de ilegalidad cuando se trate de las materias por las cuales procede dicho recurso”. A continuación (artículo 46) trata sobre

¹⁷Dictámenes 90.221 de 1972, 38.894 de 1988, 3.012 de 1999, 61.519 de 2006 y 9.494 de 2007, entre varios (aunque sí ha admitido la procedencia del recurso extraordinario de revisión creado por el art. 60 de la Ley 19.880: Dictamen 12.971 de 2005). En la jurisprudencia judicial, v. *Comercial Multimarket Ltda.*, C. Suprema 6.5.1991 en RDJ 88 (1991) 2.5, 361-370, así como el famoso caso de *La última tentación de Cristo*, CS (rol 519-97) 17.6.1997 (cons. 8°).

¹⁸La C. Suprema por sentencia de 22.3.2005 sostuvo que el plazo para promover la acción contencioso-administrativa especial de la Ley 18.410 (art. 18 A), se cuenta desde la comunicación del acto decisorio original que agravia, y no a partir de la notificación del acto posterior que rechaza un recurso administrativo: LSJ 236 (16-21 mayo 2005) pág. 3.

Por sentencia de 31.5.2006, en *Thunderbird Antofagasta* rechazó igualmente un recurso de protección por extemporáneo, porque el plazo para deducirlo no se suspende ni interrumpe si se intenta un recurso administrativo contra el acto agravante, de modo que éste empieza a correr inexorablemente a contar de su notificación, y no a partir de la desestimación de aquel recurso administrativo: Jurisprudencia al Día 15 (10-16 julio 2006) 172-174, en LSJ 296.

Por sentencia de 5.3.2007, en *Inmobiliaria Lonco*, reiteró que el plazo para intentar la acción prevista en el Código de Aguas (art. 137) se computa a contar de la notificación de la decisión que afecta al interesado, y no desde la notificación posterior que rechaza el recurso administrativo y se limita a confirmar ese acto: JD N° 50 (12-18 marzo 2007) 667-669, en LSJ 331.

esta reclamación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dentro del plazo de diez días hábiles.

Parecido esquema se encuentra en la Ley 18.410, para impugnar las sanciones aplicadas por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Prevé la posibilidad de interponer, dentro del plazo de cinco días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación, un optativo recurso de reposición ante el mismo Superintendente, quien debe resolver dentro de diez días hábiles, añadiendo que "la interposición de este recurso suspenderá el plazo para reclamar de ilegalidad, siempre que se trate de materias por las cuales procede dicho recurso" (artículo 18 A). Y luego (artículo 19) regla esta acción ante la corte de apelaciones correspondiente al domicilio del reclamante, dentro del plazo de diez días hábiles.

Vale decir, en estos casos las acciones jurisdiccionales presuponen o no un recurso administrativo precedente (que no es preciso ni necesario)¹⁹.

2.3.3) Una tercera modalidad se da cuando el Legislador obliga al particular afectado a enderezar un recurso previo ante la misma Administración, de modo que sólo cuando éste no prospera, recién ahí la persona puede llevar su causa a los tribunales.

Es la vieja figura del "agotamiento previo de la vía administrativa" antes de abrir la vía judicial, que encuentra su más conocida materialización en la Ley 18.695 (artículo 141) cuando establece el reclamo de ilegalidad municipal: el particular afectado por una resolución del alcalde o de sus funcionarios dependientes, antes de poder reclamar ante la corte de apelaciones respectiva, debe intentar un recurso frente al propio alcalde, de manera que la instancia jurisdiccional sólo se abre una vez que tal recurso administrativo es desestimado. Obviar este recurso administrativo anterior implica que la reclamación judicial posterior será declarada inadmisibile, por falta de un requisito de procesabilidad.

Y que se repite en otras muchas leyes, donde asimismo los recursos administrativos asumen la condición de preceptivos (obligatorios e ineludibles), ya que se precisa su interposición previa a la instancia jurisdiccional.

Pero no es nuestro propósito simplemente mostrar estos contenciosos. Ni caeremos nosotros en el panegírico, en el elogio laudatorio de suponer que a todas estas leyes las ha inspirado un candoroso ideal de propiciar la defensa frente al Estado. Maculan la felicidad el hecho de que estos multiplicados contenciosos vayan en eslabón (complicidad) con unas cada vez mayores prerrogativas de la Administración, especialmente para

¹⁹No sería de aceptar, sin embargo, esta invitación de nuestros legisladores. Al menos, mientras no se aclare en la práctica desde cuándo se entiende rechazado el recurso administrativo por silencio negativo (lo que influye en el cómputo del plazo para ir a los tribunales), según se explica más adelante.

repeler y sancionar a los privados. Y el hecho que incurran en omisiones o contengan no pocos renglones reñidos con la Constitución.

II. MARCO CONSTITUCIONAL

Tomemos nota primero que, como las demás órdenes de materias justiciables, el derecho procesal administrativo encuentra sustento o su base fundamental en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política. Esto es, que la posibilidad de reclamar contra los actos lesivos de la autoridad a fin que un juez los enmiende, deje sin efecto o simplemente los declare anulados, antes y con mayor jerarquía que en la Ley 18.575 sobre bases de la Administración²⁰, se encuentra admitida en dicha regla constitucional, la que a todos asegura la igual protección en el ejercicio de sus derechos, por el tribunal señalado en la ley, en un proceso justo y racional.

1. Obviando subrayar que se trata de una norma medular e imposterable para la vigencia efectiva de nuestro régimen jurídico, a efectos de este trabajo conviene destacar que ella envuelve y comprende estos tres aspectos esenciales:

- a) el derecho a la acción o de acceso a la Justicia²¹, esto es, la posibilidad de ingresar una acción a los tribunales sin más requisitos de admisibilidad que los estrictamente imprescindibles para asegurar la igualdad ante la ley;
- b) el derecho al debido proceso, desarrollado por el legislador en términos tales que aseguren la audiencia, la igualdad de condiciones entre las partes, la posibilidad de producir una prueba conducente y de apelar u objetar el fallo ante una alzada o instancia superior, y
- c) la obligación correlativa e inexcusable que le asiste a los tribunales, ratificada en el artículo 76 inciso 2° de la propia Carta, de librar una sentencia expedita y fundada, que se pronuncie sobre la pretensión y que –de ser acogida– adopte las medidas conducentes al aseguramiento efectivo del derecho afectado²².

²⁰Artículos 2, 3 inciso 2° y 10 de esta ley, en relación con el Pacto de derechos civiles y políticos de la ONU (Diario Oficial 29.4.1989), artículo 2 N° 2 letra a), y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (Diario Oficial 5.1.1991), artículos 8 N° 11 y 25 N° 1.

²¹Eduardo Soto Kloss, *Derecho fundamental de acceso a la Justicia*, Informe Constitucional N° 1.786 (8.7.1998) y en XXI Jornadas de Derecho Público, Revista Chilena de Derecho (U. Católica de Chile) N° especial (1998) 273-278.

²²Llamado por esas cosas, en España, derecho a la tutela judicial efectiva. Donde sigue siendo un clásico de lectura obligatoria Eduardo García de Enterría, *Hacia una nueva Justicia Administrativa*, Civitas (1989).

Nada menos, su objetivo lo prefiguró con toda explicitud el memorando Metas u Objetivos Fundamentales para la nueva Constitución Política de la República (26.11.1973), justo cuando discurría precisamente sobre “la jurisdicción contencioso-administrativa”: “El Poder Judicial debe ser guardián de los derechos humanos, a fin de impedir que las garantías constitucionales carezcan de eficacia jurídica. A nadie le debe ser negada la justicia por arbitrios procesales o secundarios”²³.

2. ¿Consecuencias? No son pocas, si de escapar a lo meramente retórico e ir al campo de los efectos concretos se quiere.

Porque admitido este derecho-garantía reaccional, cuya finalidad es mantener la integridad de los demás derechos conculcados por la autoridad, la conclusión necesaria es que lo cubre y pone a salvo la misma Carta Fundamental. Ya en su artículo 1 inciso 4º, que compele al Estado a servir a la persona humana y promover el bien común “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Ya en su artículo 5 inciso 2º, que le impone al Estado una primera obligación de abstención, consistente en no adoptar medida alguna que vaya *en contra* de ese derecho (“el ejercicio de la soberanía reconoce como *limitación* el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”); además de una segunda obligación de actuación, consistente en adoptar todas las medidas conducentes que vayan *a favor* del mismo (“es deber de los órganos del Estado respetar y *promover* tales derechos”).

En menos palabras, simplemente al Estado le está vedado lesionar el derecho de que se trata, a través de cualquier artificio que dé por resultado una “privación” o “perturbación” de él.

3. Cierra diáfano el sistema el artículo 19 N° 26 de nuestra Carta. Se recordará una norma de carácter prohibitivo en cuya virtud las leyes reguladoras o complementarias (uno) “no podrán afectar los derechos en su esencia ni (dos) imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Entonces, (uno) como ni la ley ni reglamento alguno pueden *impedir* el libre ejercicio de este derecho natural que integra el patrimonio de las personas²⁴, son inconstitucionales –nulas por ende– todas las normas que exigen a ciertos actos administrativos de una ulterior acción, al disponer que en su contra “no procederá recurso alguno”²⁵. Así como reñidas con

²³Aprobado por la llamada Comisión de Reforma Constitucional, texto publicado en Anuario de Derecho Administrativo (U. de Chile) I (1975/1976) 505-514 (lo citado en pág. 511).

²⁴Corte Suprema, sentencia de 19.1.1982, en el caso *Sociedad Urbanizaciones de la Costa*, RDJ 79 (1982) 2.5, 1-6.

²⁵Han clausurado esta inmunidad los Dictámenes 40.370 de 1999 y 30.669 de 2001, de Contraloría General. Mucho antes la repudió Soto Kloss en *La fórmula “y en su contra no procederá recurso alguno” y el Estado de Derecho* (Notas sobre la tutela jurisdiccional de los administrados), GJ 27 (1979) 2-14.

la constitucionalidad son todas aquellas interpretaciones postulantes de un supuesto “principio de conservación del acto administrativo”, al menos si su reverso se llama indefensión.

Entonces, (dos) como ninguna norma puede *entrabar* el libre ejercicio de este derecho, hay asimismo inconstitucionalidad cuando se ponen cortapisas u obstáculos con el puro afán de desalentar la impugnación. Ya veremos, al consagrar figuras tales como el “solve et repete”, esto es la obligación de pagar una suma de dinero antes de poder acudir a la judicatura competente²⁶, o el “agotamiento previo de la vía administrativa”, que impide (prohíbe transitoriamente) al afectado acceder de inmediato y sin más trámites a los tribunales, mientras la autoridad administrativa no se pronuncie en un ineludible recurso de antesala.

III. ¿JUSTICIA ADMINISTRATIVA?

Con estos antecedentes, regresemos ahora a nuestra legislación, para volver a comprobar que son numerosísimas –demasiadas– las referidas acciones contencioso-administrativas especiales. Al conocido reclamo de ilegalidad municipal, que se remonta a la ley comunal de 1854 y llega hasta hoy en la Ley 18.695 (artículo 141), con los años se han añadido cientos en otros campos, como el laboral, sanitario, económico y medioambiental.

1. Sí, se crean cuantiosas acciones en el papel, pero al propio tiempo se ponen tantas injustificadas trabas a su ejercicio efectivo, que difícilmente pueden superar un benévolo test de juridicidad. Diremos que no son inocentes de sospecha de anticonstitucionalidad y suelen ir en cohorte: plazos cortísimos para reclamar, cosa que transcurran ya y la determinación quede luego a firme²⁷; la obligación de consignar el total²⁸ o parte²⁹

²⁶Soto Kloss ha criticado esta figura, en *Solve et repete. Notas sobre un resabio absolutista en el Estado constitucional chileno*, IP (U. Santo Tomás) 6 (2001) 79-100; *Estado de hecho o Estado de Derecho. La protección de los derechos de la persona en la Constitución y en la práctica*, IP 8 (2002) 107-124 (especialmente pág. 112), y en *Inconstitucionalidad del solve et repete*, IP 17 (2006) 195-203, comentando la sentencia del Tribunal Constitucional (rol 536-2006) de 30.8.2006 (considerandos 7º-10º), recaída en la que sería Ley 20.123 (16.10.2006) sobre régimen de subcontratación laboral.

Ver la posterior sentencia del TC de 17.11.2006 (rol 546), sobre la consignación impuesta por el DL 3.538 (art. 30) para poder reclamar las multas de la SVS.

²⁷Como el DL 1.094 de 1975 (art. 89) que al extranjero con orden de expulsión por decreto, le otorga la posibilidad (?) de reclamar ante la Corte Suprema “dentro del plazo de 24 horas”.

²⁸En el DFL 3 (Hacienda) de 1997 respecto a las multas de hasta 5.000 UF aplicadas por la SBIF (art. 22 inc. 1º) y en el DFL 850 de 1997 (25.2.1998) a propósito de las multas pasadas por la Dirección de Vialidad por infracciones a la Ley de Caminos (art. 52).

²⁹La consignación es del 25% en el caso de las multas cursadas por las SAFF (DL 3.500 de 1980 art. 94 inc. 3º), SVS (DL 3.538 de 1980 art. 30) y SEC (Ley 18.410 art. 19 inc. 2º: sus

de la multa antes de poder accionar, lo que incentiva a elevar el monto de la pena y constituye un absurdo, cuando justamente se reclama que la sanción es improcedente o confiscatoria; el agotamiento previo de la vía administrativa como requisito para habilitar la acción procesal; la intervención judicial reducida a una única instancia³⁰; la imprevisión de un probatorio donde se tenga la oportunidad de desvirtuar los hechos en que se basa la autoridad³¹; la prohibición al juez para suspender el acto impugnado³²; la amenaza de que si pierde la acción el actor “necesariamente” será condenado en costas³³; además –en algunos casos– de tener que pagar intereses leoninos a partir del día siguiente al vencimiento del plazo para reclamar la pena administrativa³⁴.

Un conjunto de disuasivos, a veces reunidos en una misma ley, que ni siquiera el eufemístico e inventado “principio de conservación del acto

multas pueden alcanzar hasta 10.000 UTA). Es del 10% en el caso de las multas impuestas por la Comisión Nacional del Medio Ambiente (Ley 19.300 art. 64).

³⁰Cuando la ley dice que contra el fallo del tribunal no procederá apelación o recurso alguno: DL 3.538 de 1980 de la SVS (art. 46 inc. 6°); Ley 18.168 general de telecomunicaciones (arts. 13 A inc. penúltimo, 15 inc. 5° y 39 inc. 3°); Ley 19.303 sobre seguridad bancaria (art. 3 incs. 3° y 5°); DFL 3 de 1997 de la SBIF (art. 22 inc. 1°); Ley 18.175 de la Superintendencia de Quiebras, SQ (art. 8 N° 5); Ley 19.799 sobre cancelación en el registro de acreditación para firma electrónica (art. 19 inc. 2°); Ley 19.995 de la SCJ (arts. 34 y 55); Ley 20.123 que modifica el Código del Trabajo en materia de subcontratación (art. 183 K), etc.

Por el contrario, v. Leyes 18.410 de la SEC (art. 19 inciso final) y 18.902 de la SISS (art. 13 inc. 4).

³¹Esta omisión del Legislador puede verse en los citados DL 3.500 de 1980 (art. 94 N° 8), DL 3.538 de 1980 (art. 46), DFL 3 de 1997 (art. 22) y Leyes 18.175 (art. 8 N° 5) y 18.902 (art. 32).

Un caso es la Ley 20.223 (18.10.2007) que permite reclamar al juez la sanción de caducidad de una concesión para transporte, pero de la cual éste puede conocer “sin forma de juicio”, sólo oyendo al ministro del ramo y “con los antecedentes que se le proporcionen y los que estime necesario requerir” (agrega inciso 16° al art. 3 de la Ley 18.696).

³²En la Leyes 18.410 (art. 19 inc. 4°), 18.902 (art. 32 inc. 4°), 19.995 (art. 34) y en el DFL 3 de 1997 (art. 22 inc. 2°). La Ley 20.223 citada en nota anterior, dice lo mismo oblicuamente: “La interposición de este recurso no suspenderá la aplicación de la medida, efecto que se producirá sólo en el caso de ser favorable al recurrente la resolución del Tribunal” (!). O sea, acá el tema no es si la sola interposición del reclamo suspende o no el acto objetado, donde algunas normas se pronuncian positivamente (DL 1.094 art. 89, Leyes 18.902 art. 13 inc. 2°, 18.933 art. 7, 19.995 art. 55) y otras negativamente (DL 3.538 art. 46 inc. 4° y Ley 18.902 art. 17). Estas leyes van más allá, y simplemente le impiden a los tribunales, aun si se han percatado de la seriedad de un reclamo, paralizar la ejecución del acto impugnado.

Recordaremos que, en nuestro concepto, declarada admisible y notificada que sea una acción judicial, por ello sólo el asunto deviene litigioso, lo que impide a la Administración continuar aplicando al acto cuestionado, por orden de la Constitución (art. 76).

³³Como en el DL 3.538 de 1980 (art. 30 inc. 5°) y las Leyes 18.168 (art. 15 inc. 6°) y 18.902 (art. 13 inc. 4°).

³⁴En este punto de nuevo “se lleva las palmas” el DL 3.538 de 1980 (art. 30 inc. 3°), relativo a las multas millonarias de la SVS. Igual es la Ley 18.902 (art. 13 inc. 2°) para el caso de las multas aplicadas por la SISS.

administrativo” consigue disimular su propósito: obstruir o amilantar –sin razón– el libre ejercicio del derecho constitucional a la acción.

No siendo verosímil ni plausible la explicación de que con estas obstrucciones se trataría de evitar la “litigación banal”, en tanto no se acredite que entre los particulares se ha desatado una suerte de reivindicacionismo generalizado, ni se demuestre que el mecanismo corrector de la condena judicial en costas contra el litigante temerario se ha tornado ineficiente.

Más bien uno tiende a sospechar que su objetivo es facilitar la pronta aplicación de las medidas de la autoridad, especialmente cuando se trata de sanciones. En efecto, como las sanciones administrativas no pueden aplicarse sino hasta que queden “ejecutoriadas”³⁵, esta aparente nimiedad podría develar el verdadero interés fiscal por regular contenciosos de breve duración: ¿no vaya a ser cosa que el infractor dilate el cumplimiento de la sanción, la recaudación urgente de la multa, la determinación imposterizable del órgano imperante, merced a un juicio ordinario de nulidad!

2. Y por si las anteriores trabas no fueran suficientes para desmotivar a cualquiera, hay leyes que además de los requisitos normales de una demanda obligan al reclamante a señalar en su escrito “con precisión” la disposición legal que se supone infringida, la forma en que se ha producido la infracción y las razones por las cuales el acto administrativo le perjudica, bajo sanción de que si así no lo hace, su acción será rechazada de plano³⁶.

Concisión y exactitud rigurosa, que no aparece compensada con la posibilidad de dar al reclamante una oportunidad para subsanar los defectos dentro de un plazo razonable. O cuya satisfacción se torna punto menos que imposible cuando se litiga, por ejemplo, contra un acto administrativo que carece precisamente de fundamentos, o que se ha producido por silencio de la Administración, o en una materia donde convergen misceláneas y dispersas leyes administrativas. O cuando se exige su cumplimiento con un grado de detallismo tal, que obliga prácticamente a reproducir toda la legislación involucrada y la completitud de los actos objetados.

¿Se va entendiendo por qué, en este escenario nada auspicioso, los afectados prefieren cotidianamente el recurso de protección u otras formas de impugnación menos gravosas³⁷?

³⁵Según principio establecido por la Contraloría (Dictámenes 34.644 de 1978, 36.415 de 1979, 32.076 de 1996, etc.) y receptado en casi todas las leyes chilenas (arts. 94 inc. 5° del DL 3.500 de 1980, 31 del DL 3.538 de 1980, 36 de la Ley 18.168, 19 inc. 2° de la Ley 18.410, 20 de la Ley 18.755, 40 de la Ley 18.838, 40 de la Ley 19.131, 55 inciso final de la Ley 19.995, etc.). En la jurisprudencia judicial, v. RDJ 90 (1993) 2.5, 115-123.

³⁶DL 3.538 de 1980 (art. 46), Leyes 18.045 (art. 64), 18.695 (art. 141 letra d), 19.175 (art. 102 letra d), 19.886 (art. 24 inc. 5°).

³⁷Cuando no el lobby u otras formas clandestinas de avenimiento con la autoridad.

3. Súmese a esta cadena la “presunción de legalidad” de los actos de la Administración, a que hace mención (sin mayor explicación) el artículo 3 inciso 8° de la Ley 19.880.

Simple alusión, al pasar, de donde algunos extraen que sobre el reclamante pesaría la carga de la prueba en contrario, en sede judicial, sin que la autoridad deba acreditar –a la par– la veracidad de sus dichos y afirmaciones.

En circunstancias que la Ley 19.880 no dice ni pudo jamás decir esto, ya que por origen (en el artículo 63 N° 18 de la Constitución) y presentación (en su artículo 1 inciso 1°), esta ley sólo está llamada a regular los “procedimientos administrativos” y no los “contenciosos administrativos”. Esto es, únicamente versa sobre la formación y situación interna de los decretos y resoluciones, dentro de la propia Administración, sin extender su alcance a lo que acontece con estos actos fuera de la órbita burocrática, cuando son impugnados ante un órgano jurisdiccional³⁸.

IV. EL “AGOTAMIENTO PREVIO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA”

Trataremos ahora esta otra figura retardataria y sin sentido.

1. Si bien los recursos administrativos y las acciones judiciales no se hallan necesariamente relacionados entre sí, puesto que se trata de maneras distintas de reclamar un acto administrativo³⁹, en un caso, no obstante, hay una vinculación entre estas dos formas de reclamación: cuando el Legislador subordina, en ciertos supuestos, el “agotamiento previo de la vía administrativa” antes de abrir la vía judicial.

Son muchos los casos, además del antes reseñado reclamo de ilegalidad municipal, en donde las leyes disponen que determinadas reclamaciones deben tramitarse en la forma de una etapa administrativa (previa) seguida de una instancia judicial (posterior). Se encuentra presente en el contencioso regional de la Ley 19.175 (artículo 102), que es casi una copia del municipal. En la Ley 19.300 (artículo 20), a propósito de las resoluciones de la Comisión Nacional del Medio Ambiente que nieguen lugar a una

³⁸Sobre el génesis y limitaciones de esta suposición de validez, v. nuestro *¿Qué queda de la presunción de legalidad?*, en RDJ 88 (1991) Iª parte sección Derecho, 1-7, y de Beatriz Riveros, *La presunción de legalidad del acto administrativo: el art. 3° de la Ley 19.880 de procedimientos administrativos a la luz de la Constitución de 1980*, IP 16 (2006) 117-124.

³⁹Sin perjuicio de lo que dispone la Ley 19.880 (art. 54) en cuanto al orden de su procedencia: a) interpuesto por el interesado un recurso administrativo, debe estarse a sus resultados, ya que no puede deducir igual pretensión a través de una acción judicial, pero se interrumpe el plazo para ejercer ésta; b) si respecto de un acto administrativo se entabla acción jurisdiccional por el interesado, la Administración debe inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión.

declaración de impacto ambiental (que deben reclamarse antes ante el director ejecutivo), o que rechacen o establezcan condiciones a un estudio de impacto ambiental (que deben reclamarse antes ante el consejo directivo), de modo que de lo resuelto por los órganos administrativos de reclamación puede recién enseguida acudir ante el juez de letras competente. La Ley 18.168 (artículo 13 A) dice que las resoluciones sobre concesiones de telecomunicaciones deben reclamarse ante el Ministro del ramo, por aquel a quien se le han denegado o por un tercero que se oponga a ellas, y que sólo una vez que ese secretario de Estado se haya pronunciado, cabe apelar ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Otro ejemplo es la Ley 19.995 (artículo 55), donde las multas aplicadas por la Superintendencia de Casinos de Juego deben impugnarse primero ante el propio Superintendente, de suerte que sólo una vez desechado este recurso puede acudir ante el tribunal ordinario civil correspondiente. La Ley 20.123, sobre régimen de subcontratación, incorporó un mecanismo semejante al Código del Trabajo (artículo 183 M), por mencionar algunos casos⁴⁰.

Se critica este instituto porque carece de toda justificación y resulta inútil (“no se puede obligar a nadie a intentar sacar agua de un pozo seco”⁴¹); o por su ineficiencia cierta cuando no aparece probable que el recurso pueda tener éxito⁴², esto es, porque es anecdóticamente remota la posibilidad de que un recurso administrativo sea acogido. *Ad cautelam* se dice del recurso interpuesto sin creerlo necesario, previendo apreciación distinta del juzgador.

2. Agregaremos que estas leyes, precisamente porque “exigen” un recurso administrativo anterior, son flagrantemente inconstitucionales⁴³.

Ello, toda vez que las citadas leyes “suspenden” (prohíben transitoriamente)⁴⁴ el ejercicio del derecho a la acción reconocido por la Constitución (artículo 19 N° 3), al impedirle al afectado acudir sin más trámite ante los tribunales en defensa de sus derechos, no obstante que la señalada

⁴⁰Otros pueden verse en el DL 600 sobre Inversión Extranjera (art. 9), en la Ley 18.290 del Tránsito (arts. 31 B y 32), así como en las Leyes 18.302 sobre Seguridad Nuclear (art. 37), 18.469 de Salud (art. 13 inc. 9), 18.838 del Consejo Nacional de Televisión (art. 29), 19.303 sobre Seguridad de entidades bancarias y otras (arts. 3 y 6), y 19.545 sobre Certificación de exportaciones (art. 19).

⁴¹García de Enterría, *Hacia una nueva Justicia Administrativa* citado, 58-59.

⁴²Agustín Gordillo en *Cien notas de Agustín*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires (1999) 79-80, 85, 91 y 134.

⁴³Coincidentemente, encontramos que también Jesús González Pérez sostiene que establecer un recurso administrativo como presupuesto procesal es un atentado a la tutela jurisdiccional: *Hacia un código procesal administrativo modelo para Iberoamérica*, en “La justicia administrativa en Iberoamérica”, LexisNexis/Abeledo Perrot (Bs. Aires 2005) 64-65.

⁴⁴Tomamos dicha expresión en el sentido riguroso que le da la jurisprudencia del T. Constitucional, a partir de su sentencia de 7.6.1985 (rol 29).

suspensión sólo cabe en estados de excepción constitucional, de conformidad con la respectiva Ley 18.415 (artículo 12 inciso 1°).

Imposibilitar el acceso directo e inmediato a las instancias jurisdiccionales, que el interesado crea convenientes en procura de obtener protección a sus derechos, ínterin la Administración no resuelva su reclamo, implica consagrar por medio simplemente legal una dilación o postergación que riñe con la Constitución.

Si el sano propósito del Legislador es allanar una oportunidad para que los involucrados (autoridad y particulares) arreglen sus quitas o diferencias sin saturar a unos tribunales ya recargados de trabajo, lo que corresponde en derecho es incentivar el uso *voluntario* de los recursos administrativos, acaso consagrando el silencio positivo.

Pero lo que resulta inaceptable es *obligar* por ley a los ciudadanos a remitir forzosamente sus impugnaciones ante la misma autoridad administrativa, previo a poder llegar a los tribunales. Si en las actuales condiciones el "agotamiento previo de la vía administrativa" asoma como una simple fórmula para retardar y desincentivar los reclamos, no se divisa cómo ello se compadece con el deber que le asiste al Estado, consagrado en nuestra Carta (artículo 5 inciso 2°), de "promover" los derechos esenciales, entre otros a requerir la intervención de la Justicia en un asunto de relevancia jurídica, garantizado por la Constitución (artículo 19 N° 3), la Ley 18.575 y por los citados tratados internacionales ratificados por Chile⁴⁵.

Situación tanto más áspera para el reclamante, si se considera que su recurso administrativo puede entenderse rechazado por aplicación del "silencio negativo", según veremos a continuación.

V. EL "SILENCIO NEGATIVO"

La deducción de un recurso administrativo previo, sobre todo si es forzada, supone para el afectado asumir en la práctica no pocos riesgos procesales. Uno, vinculado a la conocida costumbre de la Administración de no contestar los recursos administrativos. Otro, relativo al cómputo de los plazos para reclamar judicialmente.

No obstante lo anterior, que el interesado cuyo recurso administrativo se entiende desestimado por inactividad del órgano administrativo (silencio negativo), obviamente no puede quedar en una situación peor que el particular para quien se dictó resolución negativa expresa⁴⁶.

⁴⁵Ver nota 20.

⁴⁶Las normas del derecho público chileno siempre, inalterablemente, hay que interpretarlas "al servicio de la persona humana" y del modo que calcen mejor con la "promoción" o goce efectivo de sus derechos esenciales, conforme ordena la Carta de 1980 (arts. 1 inc. 4° y 5 inciso 2°), y como haciendo las veces que el Legislador –al dictarlas– también quiso cumplir con tales mandatos constitucionales.

Pero ocurre que el silencio administrativo-negativo suele terminar jugando en provecho de la Administración. Tanto así, que a la autoridad muchas veces le resulta más beneficioso permanecer cómodamente inactiva, incluso cuando está convencida de la razón del interesado, a la espera de que éste tropiece con alguna celada procesal.

1. Está la práctica administrativa, decíamos, de no pronunciarse sobre los recursos, de manera de no mostrar los argumentos ni la posición de la autoridad sino hasta la instancia jurisdiccional. Bajo la equivocada creencia de que la Administración tendría una suerte de facultad discrecional para expresar u omitir su resolución acerca del recurso presentado, desde el momento que la ley prevé el silencio negativo.

1.1) Esto no es sostenible; no existe tal opción discrecional. Toda vez que la interposición de un recurso da origen a un nuevo procedimiento administrativo, distinto a aquel donde se originó el acto impugnado. Nuevo procedimiento administrativo que, a su vez, se rige por las normas y principios de la Ley 19.880, según han entendido correctamente la Corte Suprema⁴⁷ y la Contraloría General⁴⁸.

- a) Esto nos lleva a que el órgano de reclamación está obligado a resolver expresamente el reclamo presentado, merced al "principio conclusivo" estampado en esa ley (artículo 8), en cuya virtud "Todo procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad".
- b) Esto nos lleva a que, según la misma Ley 19.880 (artículo 41 inciso 4°), la resolución denegatoria debe ser "fundada", esto es, tiene que basarse en precisos fundamentos legales y en unos concretos hechos conducentes al rechazo, recabados durante el procedimiento –fase de instrucción (artículos 34 y 35)– que dio origen al acto reclamado o en el procedimiento incoado a propósito del recurso ahora desestimado.
- c) Esto nos lleva a que dicho órgano debe producir su rechazo dentro de los plazos legales, ya que la citada Ley 19.880 consigna la "Obligación de cumplimiento de los plazos", señalando que "Los términos y plazos establecidos en ésta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de la Administración, así como a los interesados en los mismos" (artículo 23).

⁴⁷Sentencia de 14.11.2004 (cons. 16°), donde sienta que al reclamo de ilegalidad municipal (en su etapa ante el alcalde) le es aplicable supletoriamente la Ley 19.880, en virtud de su art. 1: IP 14 (2005) 257-265.

⁴⁸Dictamen 36.234 de 2007.

d) Esto nos lleva, por último y siguiendo la misma ley, a aplicar el “principio de inexcusabilidad”, atentos al cual “La Administración estará obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera sea su forma de iniciación” (artículo 14 inciso 1°).

Por lo tanto: es en este acto explícito y fundado, evacuado en la forma que prescribe la ley (artículo 7 inciso 1° de la Constitución), donde la Administración fija definitiva y transparentemente su posición (artículo 8 de la Carta Suprema), de suerte que *a posteriori* –en el transcurso del proceso judicial a que haya lugar– ya no le es lícito alegar intempestivamente otros argumentos legales o invocar nuevos antecedentes de hecho.

1.2) En estas condiciones, la otra forma de rechazo, el silencio negativo, asume un claro rasgo excepcional. No hay un permiso generalizado para inactuar cuando las leyes dicen que “se considerará rechazado el reclamo” si la autoridad no se pronuncia dentro del término establecido⁴⁹.

El hecho de que el reclamo del particular pueda rechazarse por resolución expresa o, en su defecto, por silencio negativo, no significa que la Administración pueda optar por una u otra fórmula, a su elección. Ya que la regla general obligatoria es pronunciarse derechamente sobre el reclamo interpuesto y la excepción es el silencio negativo: reservada entonces para casos extraordinarios, en que la autoridad no pudo o se vio impedida de emitir resolución expresa.

Siendo que la Administración está “obligada” a manifestar transparentemente su decisión fundada en el asunto, y es “responsable” de hacerlo dentro de los plazos legales, por consiguiente de operar el silencio negativo deberá explicitar al juez las razones igualmente precisas y concretas que le impidieron resolver.

⁴⁹En las Leyes 18.695 (art. 141 letra c), 19.175 (art. 102 letra c), 18.876 (art. 53) y en el DL 3.538 de 1980 (art. 45), p. ej. La Ley 19.880 prevé también el *silencio negativo* “cuando la Administración deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos” (art. 65).

En cuanto al no pronunciamiento del alcalde en el reclamo de ilegalidad municipal, mientras la ley comunal fijada por DS (Justicia) 5.655 de 1945 (art. 141) y la Ley 11.860 de 1955 (art. 115) le atribuyeron un efecto de aprobación (silencio positivo), fue el DL 1.289 de 1976 el que asimiló la no respuesta a un rechazo (silencio negativo), abriendo al afectado la vía judicial (art. 5 transitorio).

Casos de silencio positivo en materia recursiva se encuentran en la Ley 18.290 del Tránsito (arts. 31 B inc. 3° y 32 inc. 2°). La Ley 19.545 relativa a la certificación oficial de exportaciones: de la denegación del Subsecretario de Economía a inscribir a alguien en el registro allí creado, se puede reclamar ante el Ministro, quien debe resolver dentro de 30 días, añadiendo que “Si transcurrido el plazo no existiere pronunciamiento, se entenderá que el Ministro acoge el reclamo” (art. 19).

1.3) Vale decir, justiciado que sea un acto presunto denegatorio, lo primero es que la Administración dé una explicación satisfactoria, atinente a por qué no resolvió dentro del plazo legal. El hecho de que la ley haya consultado el silencio negativo, por sí solo no libera a la Administración de responsabilidades por su “omisión”, al no haberse pronunciado expresamente como era su deber (artículos 8 y 14 de la Ley 19.880) dentro de los plazos legales que le son “obligatorios” (artículo 23 de la Ley 19.880).

De no ofrecer la Administración una explicación atinente, ya puede el tribunal construir una presunción judicial en su contra, por mantener una conducta sostenidamente “arbitraria” (infundada). Además, si la Administración ha declinado instruir un expediente de reclamo y ha renunciado voluntariamente a emitir una resolución expresa en apoyo a su propio acto anterior, ahora impugnado, no puede venir después –en sede judicial– a pedir la apertura de un periodo probatorio para allegar otros hechos ni puede solicitar que se le oigan nuevos argumentos, que no acreditó ni expuso en su momento, por su sola voluntad⁵⁰.

Enfaticemos que el silencio negativo no está concebido para que la Administración obtenga dividendos; que no es una fórmula ideada para que la autoridad pueda litigar con ventajas. Que esta técnica no fue ideada para que la autoridad se abstenga de exponer transparentemente los puntos que avalan su decisión, ni para permitirle guardar (y sorprender) después con nuevas pruebas o argumentos. Ello le reportaría una posición de privilegio intolerable frente al particular, quien ya tuvo que expresar –desnudar– los motivos de su recurso ante la autoridad administrativa, y después ante los tribunales, al fundar precisamente su acción jurisdiccional.

2. Otra cuestión es el cómputo del plazo para interponer la acción judicial (a fin de que ésta no sea declarada extemporánea): cual es el *dies a quo* a contar para reclamar ante los tribunales “dentro del plazo” fijado por las leyes⁵¹.

2.1) En el supuesto de rechazo expreso, obviamente tal día inicial no se cuenta a partir de la fecha en que se emitió la resolución denegatoria, sino desde su “notificación”, acorde con el principio de que los actos administrativos no nacen al mundo jurídico antes de ser dados a conocer íntegramente a los interesados. Por motivos de evidente certeza y para evitar los artilugios de antedatar los actos y comunicarlos luego que la competencia para dictarlos ha desaparecido, contestar impugnaciones

⁵⁰Para dictar su sentencia el tribunal únicamente debe atender el acto administrativo reclamado y a los antecedentes que le sirven de sustento directo e inmediato, y que obran en el procedimiento administrativo tramitado en su oportunidad, aplicando rigurosa y estrictamente cuanto disponen los artículos 8 inciso 2° de la Constitución y 16 inciso 1° de la Ley 18.575.

⁵¹Ernesto García-Trevijano Garnica, en *Recursos contra denegaciones presuntas por silencio administrativo*, Revista de Administración Pública (Madrid) 110 (1986) 31-53.

por mora aduciendo que ya se había resuelto antes, cuando en verdad el acto recién entonces se suscribe, y al mismo tiempo se notifica, y otras malas prácticas burocráticas de estilo⁵².

2.2) Pero, ¿qué pasa cuando tiene lugar el silencio negativo?

El problema está ahora en la jurisprudencia, ya que –para colmo de males– la Corte Suprema ha venido fallando que el plazo para entablar la acción judicial comienza a contarse apenas vence el plazo que tenía la Administración para pronunciarse sobre el recurso, y no desde que se certifica el rechazo administrativo presunto⁵³.

Predicamento que no contribuye a la certidumbre e incentiva a la Administración a no pronunciarse (a sabiendas que muchas acciones serán declaradas extemporáneas, por despiste del interesado, por un inadecuado cálculo del plazo, etc.), aparte de desconocer que –para el caso de operar el silencio administrativo– las leyes exigen perentoriamente un certificado, y que algún efecto o consecuencia jurídica relevante (no meramente ornamental) ha de producir este requerido acto de constancia oficial⁵⁴.

2.3) Bien entendidas las cosas, al referido certificado debería asignársele un papel determinante. Descartado, por supuesto, que el día inicial para acceder a los tribunales quede librado a la fecha que el ministro de fe administrativo le ponga a su propio certificado. Porque esto significaría hacer depender la contabilidad y preclusión del plazo judicial a un momento estampado por la misma Administración reclamada, circunstancia que es desconocida para el interesado. Al paso de crear el incentivo perverso a antedatar los actos⁵⁵.

De enmendar rumbos la jurisprudencia suprema (esperamos), debería atender a las reglas supletorias de la Ley 19.880, artículos 65⁵⁶, 66⁵⁷ y

⁵²Agustín A. Gordillo, *Validez y eficacia del acto administrativo*, en "Cien notas de Agustín" citado, 93-94 y 135. También nuestro *Silencio administrativo. Omisiones de la autoridad*, en IC 1.711 (18.3.1998).

⁵³En reclamos de ilegalidad municipal *Aguas Andina*, sentencia de 26.7.2005, CJ 301 (2005) 80-85, y *Seguravita Internacional S.A.*, 28.12.2006 (rol 553-2006), con voto en contra fundado del ministro Milton Juica.

⁵⁴Leyes 18.695 (art. 141 letra d), 19.175 (art. 102 letra d) y 19.880 (arts. 65 y 66).

⁵⁵Más de una vez la Contraloría ha tenido que representar este ardid burocrático: v. gr. en Dictamen 48.081 de 1974.

⁵⁶Al tratar sobre el "silencio negativo" y el posterior "certificado" que acredita que una solicitud no ha sido atendida dentro de plazo legal, dice que el "certificado se otorgará sin más trámite, entendiéndose que desde la fecha en que ha sido expedido comienzan a correr los plazos para interponer los recursos que procedan" (inc. 2º).

⁵⁷"Efectos del silencio administrativo. Los actos administrativos que concluyan por aplicación de las disposiciones de los artículos precedentes, tendrán los mismos efectos que aquéllos que culminaren con una resolución expresa de la Administración, desde la fecha de la certificación respectiva".

25⁵⁸, de donde se sigue que el día primero a tener presente para acudir a tribunales ha de ser uno que conozca indubitada e inequívocamente el interesado, porque es él a quien corresponde abrazar sus cálculos y estudiar la conveniencia de accionar dentro del plazo legal. Por eso las leyes precisan un "certificado", para constatar y fijar el día exacto en que venció la oportunidad que tenía el órgano administrativo para pronunciarse. De modo que mientras tal certificado no se emita ni se entregue al interesado, ningún plazo puede empezar a correr en su contra⁵⁹.

Por lo demás, si los plazos que tiene el órgano administrativo para resolver se cuentan desde la "recepción" del reclamo, igualmente el plazo que tiene el particular para demandar no se puede sino contar desde la "recepción" del aludido certificado oficial.

VI. CONCLUSIONES

Tan cuantitativamente numerosa como cualitativamente deficitaria podría calificarse nuestra legislación, en su empeño por crear las visitadas acciones procesales administrativas especiales.

Lo primero, porque en lugar de robustecer las acciones constitucionales de protección y de nulidad general de derecho público, con un criterio sistemático y una visión unitaria, el Legislador ha preferido atomizar la justicia administrativa en un conjunto muy heterogéneo de acciones dispersas. Siguiendo la coyuntura o la idea de momento y sin un plan preconcebido, lo que obsta la existencia en Chile de un jurisprudencia armoniosa que ofrezca seguridades en la materia.

Lo segundo, porque en vez de fortalecer y allanar el derecho constitucional de los particulares a recurrir a la Justicia para reclamar contra los actos administrativos que estimen perjudiciales, el Legislador ha optado por desalentarlos o restringir el acceso a los tribunales, merced a amenazas u obstáculos que multiplican los rechazos liminares. De donde resulta una situación estructural de privilegio para la Administración, impropia de un Estado de Derecho.

⁵⁸"Los plazos se computarán desde el día siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto de que se trata o se produzca su estimación o desestimación en virtud del silencio administrativo" (inc. 2º).

⁵⁹El acto certificatorio sólo constata un hecho preexistente, a cuyo respecto no innova. Y como todo acto administrativo, sólo puede empezar a producir sus efectos (en futuras diligencias a realizar por el interesado, habiendo plazos legales de por medio) a contar del momento en que dicho acto se "notifica" debidamente.