

LA POTESTAD INVALIDATORIA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL. PROCEDENCIA, ALCANCE Y LIMITACIONES*

Javier E. Millar Silva.**

RESUMEN

La omisión legislativa de una norma general aplicable a todos los actos de la Administración, que la habilite de modo expreso a invalidar sus actos irregulares, ha dado origen a distintos planteamientos en doctrina y jurisprudencia, en orden a determinar la existencia y alcances de la potestad invalidatoria de la Administración del Estado. Frente a esta situación, este artículo realiza un análisis crítico de la jurisprudencia administrativa y judicial más reciente, a fin de establecer ciertos criterios que permitan una sistematización de la institución y de los principios que la rigen, particularmente de su alcance y limitaciones.

NULIDAD – ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO – CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

INTRODUCCIÓN

Doctrinalmente, la figura de la invalidación, en el derecho público, forma parte de la teoría del acto administrativo y consiste en la posibilidad o facultad de la Administración del Estado de dejar sin efecto un acto anterior que adolece de un vicio de ilegalidad, mediante un acto posterior dictado por el mismo órgano administrativo emisor del primero.¹

Se trata de un medio no natural de provocar la extinción retroactiva del acto administrativo, en razón de una ilegitimidad congénita, que es precisamente lo que la diferencia de otras formas de poner término a las actuaciones de la Administración, como la revocación, la caducidad y el decaimiento. Pero además es una forma de privar de efectos realizada por la propia Administración, que es lo que la distingue de la anulación que opera en sede judicial.²

* Este artículo forma parte del trabajo titulado “La potestad invalidatoria de los órganos de la Administración del Estado”, desarrollado por el autor, como parte del Programa de Colaboradores Docentes de la Facultad de Ciencias Jurídicas, de la Universidad Austral de Chile.

** Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Católica de Temuco.

¹ Vargas Zincke, O. “Algunos aspectos sobre la invalidación en la jurisprudencia de la CGR”. En *Gaceta Jurídica*, N° 178, 1995, pág. 37.

² Marín Vallejo, U. “Vigencia actual de la invalidación de los actos administrativos”. En *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, año 1, N° 2, diciembre 2000, pág. 46.

Sin embargo, en nuestro medio, si con posterioridad a la emisión de un acto administrativo aparece que adolece de un error de hecho o de un vicio de ilegalidad, la posibilidad de su invalidación administrativa no se encuentra contemplada de modo expreso en una ley general y común aplicable a todos los actos administrativos.

De esta forma, el retardo de más de veinte años en la dictación de una ley de procedimientos administrativos, que desarrolle lo dispuesto en el artículo 60 N° 18 de la Carta Fundamental,³ y que norme –entre otras materias– el retiro de actos administrativos viciados, constituye un sensible vacío en el derecho público chileno, por sus implicancias para los particulares afectados por actos de la Administración. Esto se ve agravado por la existencia de normas aparentemente contradictorias que, en el debate doctrinal y en la práctica judicial, han sido consideradas –no pocas veces– de forma aislada para fundamentar posiciones encontradas. Esta situación ha originado distintos planteamientos en orden a determinar si los entes de la Administración se encuentran facultados para invalidar –por sí mismos– sus actos ilegales, una vez que éstos han comenzado a producir efectos jurídicos, dando así cumplimiento al principio de juridicidad; o si, por el contrario, carecen de dicha facultad, en atención a la protección de los derechos de los particulares frente a la Administración.

³ El Proyecto de Ley Sobre Bases de los Procedimientos Administrativos ingresó a tramitación el 12 de junio de 1992 y a la fecha de cierre de esta edición se encuentra totalmente tramitado y listo para su promulgación.

En fin, de la confusión reinante en la materia, originada en la falta de norma general expresa, deriva la necesidad e importancia de este estudio, que en síntesis pretende realizar un análisis crítico de la jurisprudencia administrativa y judicial reciente,⁴ a fin de arribar a una sistematización de la institución y de los principios que la rigen, particularmente de su alcance y limitaciones, elementos que necesariamente deben estar presentes en una futura regulación legal, común y general, que norme la extinción de los actos administrativos viciados.

I. LA POTESTAD INVALIDATORIA Y EL DERECHO PÚBLICO CHILENO

Pese a que la potestad invalidatoria no se encuentra reconocida expresamente de modo general para todos los actos de la Administración, se advierte la presencia de variadas normas que inciden en el tema y que necesariamente deben ser consideradas al enfrentar su solución.

En primer término, se destacan los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República –en adelante CPR–, que establecen –entre otros– el principio de juridicidad y los requisitos de validez de la actuación de los órganos del Estado, dentro de los cuales naturalmente se encuentran los órganos de la Administración, estructurando un poder estatal sujeto orgánica y funcionalmente al ordenamiento jurídico. Idea que reitera el artículo 2 de la Ley General de Bases de la Administración del Estado N° 18.575 –en adelante LOCBGAE–. Normas que

⁴ Para ello nos centraremos en la jurisprudencia de los últimos años, especialmente de la última década.

han servido para fundamentar tanto la existencia como la inexistencia de la potestad invalidatoria.⁵

Asimismo, hay que dar cuenta de los artículos 19 N° 24 y 73 de la CPR. De acuerdo al primero de ellos, los derechos emanados de actos administrativos –v.g. de un acto de nombramiento, de una autorización otorgada por la Administración, del otorgamiento de una jubilación, etc.–, e incorporados al patrimonio de los particulares, devienen en intangibles por la autoridad administrativa, toda vez que constituyen derechos adquiridos, de los cuales no podrían ser privados sus titulares, si no es en virtud de un procedimiento expropiatorio. Por su parte, el artículo 73 de la CPR, estableciendo la separación e independencia de los poderes del Estado, otorga privativa y exclusivamente al Poder Judicial la función jurisdiccional.

A partir de estas normas, se ha sostenido⁶ que el ordenamiento jurídico chileno excluye la autotutela administrativa, de la cual la invalidación por parte de la propia Administración sería una clara manifestación.

Sin embargo, a estas disposiciones es preciso agregar los artículos 20 y 38 inciso segundo de la CPR, que establecen los principales medios de protección en favor de los particulares afectados por actos de la Administración. Es sabido que el primero de los artículos mencionados consagra el recurso de protección frente

a cualquier privación, perturbación o amenaza de los derechos y garantías que la misma norma señala. Por su parte, el artículo 38 inciso 2° faculta a toda persona lesionada en sus derechos por la Administración para reclamar ante los tribunales que señale la ley. La lectura de estas normas plantea la interrogante de si, frente a un acto administrativo ilegal, ¿tiene la propia Administración la titularidad activa para recurrir ante los tribunales? En otros términos: ¿puede la Administración del Estado accionar en contra de sí misma? La respuesta apunta directamente a la posibilidad administrativa de invalidar un acto ilegal. Si se concluyera que la Administración no tiene dicha titularidad, sería difícil argumentar una posición contraria a la radicación en la propia autoridad administrativa de la potestad invalidatoria.⁷ Por el contrario, si se sostiene que la Administración puede accionar en contra de sí misma, la respuesta se aproxima a la negativa.⁸

Complementando este esquema normativo, se encuentran algunos preceptos contenidos en la LOCBGAE. Particularmente –además del mencionado artículo 2– los artículos 8, 10 y 11, que en conjunto desarrollan y aplican a la Administración del Estado los principios contenidos en los artículos 6° y 7° la CPR.

Así, el artículo 8 de la LOCBGAE establece que la regla general en materia de actuación de los órganos de la Administración, en el cumplimiento de sus funciones, es *la propia iniciativa*. Por su parte, el artículo 10 señala los medios de

⁵ En uno y otro sentido: D. 33.926 de 1994, en *Revista Gobierno Regional y Municipal* –en adelante RGRM– N° 29, pág. 126; y Recurso de Protección –en adelante R.P.– Andaluz Cepero (1996), considerando 7°, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* –en adelante RDJ–, Tomo 94, 1997, 2ª p. s. 5ª, pág. 69.

⁶ Soto Kloss, E. “La invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno”. En RDJ, Tomo LXXXV, 1988, pág. 166.

⁷ Reyes Riveros, J. “Reflexiones acerca de la nulidad de Derecho Público”. En *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.A.Ch, Volumen IV, 1993, págs. 91 y sgts.

⁸ R.P. Carrasco Vivanco (1994), considerando 2°, en RGRM N° 23, pág. 95.

impugnación de los actos administrativos, concretamente menciona los recursos de reposición y jerárquico, lo cual se entiende sin perjuicio de otros recursos que establezca la ley y “*de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar*”. Finalmente, el artículo 11, al referirse al control jerárquico permanente, ejercido por las autoridades y jefaturas, señala que éste se extiende, entre otras materias, “*a la legalidad... de las actuaciones*” de los organismos y del personal de su dependencia.

De la sistematización de las normas citadas, es dable concluir que obligada –la Administración– a respetar el ordenamiento jurídico, no sólo tiene el deber de reaccionar frente a un acto ilegal propio, sino que además estaría facultada para proceder de oficio mediante el acto de signo contrario que fuerce a restablecer la legalidad. Ello sin perjuicio de la posibilidad del afectado de recurrir ante los tribunales de justicia en busca de la tutela definitiva de sus derechos.

Si bien aun podría objetarse que las normas anteriores no contemplan de modo expreso la referida potestad, su reconocimiento viene dado en el artículo 63⁹ de la LOCBGAE. De una lectura

⁹ El artículo 63, incorporado por la Ley de Probidad Administrativa N° 19.653, señala lo siguiente:

“La designación de una persona inhábil será nula. La invalidación no obligará a la restitución de las remuneraciones percibidas por el inhábil, siempre que la inadvertencia de la inhabilidad no le sea imputable.

La nulidad del nombramiento en ningún caso afectará la validez de los actos realizados entre su designación y la fecha en que quede firme la declaración de nulidad. Incurrirá en responsabilidad administrativa todo funcionario que hubiere intervenido en la tramitación de un nombramiento irregular y que por negligencia inexcusable omitiere advertir el vicio que lo invalidaba”.

preliminar de esta disposición, se observa claramente que ella, sin necesidad de pronunciarse expresamente sobre la existencia o inexistencia de la potestad invalidatoria, se limita a regular directamente sus efectos para un caso particular: *el nombramiento de una persona inhábil*, esto es, el nombramiento de quien no cumple los requisitos señalados por la ley para desempeñar el cargo respectivo. Nombramiento –por tanto– que sufre de un vicio de ilegalidad.

A partir de esta norma, no es posible sostener que el poder de autocontrolar la legitimidad de sus actos le esté vedado a la Administración. Desde esta perspectiva, existe una estrecha vinculación entre este artículo y la interpretación de las normas aplicables a la invalidación. El nuevo artículo 63 es coherente con la existencia del poder invalidatorio radicado en la propia Administración, precisando su alcance y limitaciones. Además, viene a ser el corolario necesario que refuerza la interpretación que aquí se ha seguido. Toda la lógica del artículo descansa sobre la base de la existencia de la referida potestad. En este sentido, es natural que si los legisladores parten de ese supuesto, sólo sea necesario regular los efectos del acto invalidatorio, aspecto en el cual la norma es nuevamente clarificadora.

En efecto, en este punto, la norma recoge claramente dos principios generales aplicables a la materia: la protección de la buena fe de los afectados y, vinculado a éste, la protección del derecho de propiedad.

De esta forma, realiza felizmente –al menos– tres distinciones. En primer término, se trata de dar protección a la buena fe de quienes podrían verse afectados por la invalidación del nombramiento, y

no a quienes se encuentren de mala fe. Esta buena fe queda de manifiesto –en relación con la persona indebidamente nombrada– por la no imputabilidad de la inadvertencia de la inhabilidad, y se traduce en que ésta no deberá restituir las remuneraciones indebidamente percibidas, entre el nombramiento y la invalidación. Lógicamente, *a contrario sensu*, si esta inadvertencia le es imputable, no será objeto de protección.

En segundo término, se distingue claramente –sólo en relación con el funcionario indebidamente nombrado, que se encuentra de buena fe– entre el derecho a las remuneraciones percibidas, las cuales no serán restituidas; y el derecho al empleo, sobre el cual no tiene ningún supuesto derecho adquirido que impida la invalidación del nombramiento. Naturalmente, a quien se encuentre de mala fe la protección no le alcanzará en ninguno de estos dos aspectos.

Y, finalmente, distingue entre la protección de la buena fe de la persona indebidamente nombrada y de los terceros que podrían verse afectados por actos realizados entre el nombramiento y la invalidación del mismo, a quienes la invalidación del nombramiento no podrá afectarles en ningún caso. Vale decir, aquí la protección es absoluta, por lo que en realidad se trata de una verdadera presunción de derecho de su desconocimiento del vicio de que adolecía el nombramiento, por tanto de su buena fe.

Finalmente señalar que esta norma es acertada al regular los efectos de la invalidación en un caso concreto, en el sentido de que no hace más que recoger y expresar los principios y normas generales que regulan la existencia de la invalidación, los cuales debieran plasmarse en una futura normativa común y general que regule la extinción del acto administrativo.

II. ESTADO DE LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA NACIONAL

Como queda dicho, el tema no ha estado exento de debates. Si bien existe acuerdo en torno al deber de la Administración de adecuar sus actos al principio de legalidad, y no podría ser de otra forma, toda vez que el artículo 7° de la CPR es particularmente claro. Pero, por otro lado, existe una profunda discrepancia –entre los autores nacionales– en torno al alcance y limitaciones de la invalidación administrativa.

Así, un sector de la doctrina nacional¹⁰ sostiene que reconocer ampliamente esta potestad administrativa significaría un atentado en contra de derechos incorporados al patrimonio de los particulares, los cuales se encuentran asegurados y protegidos en los artículos 19 N° 24 y 20 de la CPR. En segundo lugar, dicha potestad estaría claramente limitada por la protección de la buena fe de terceros, a quienes no podrían afectar los errores cometidos por la Administración, los que deben ser soportados sólo por ésta. Finalmente, se ha dicho, la invalidación constituye una manifestación de la autotutela administrativa, la cual se encontraría proscrita por el ordenamiento positivo chileno.

Siguiendo esta posición, el poder de invalidar actos anteriores se encuentra fuera de la esfera de atribuciones de la Administración, por lo que ante la advertencia de un acto ilegal dictado por la misma, sólo le queda recurrir ante los tribunales de justicia para obtener la correspondiente declaración, constituyendo el acto invalidatorio una acción ilegal y arbitraria.

¹⁰ Soto Kloss, E. *Op. cit.*, en nota 6.

Sin embargo, también se han dado argumentos a favor de su amplia procedencia.¹¹ Así se ha sostenido que ella es coherente con el deber de la Administración de ajustar sus actos al principio de legalidad, al cual estarían afectos –por mandato constitucional– todos los órganos del Estado, lo cual unido a normas de orden legal y constitucional permite afirmar que ante un acto propio, que adolece de ilegalidad, la Administración no sólo se encuentra en el deber de invalidar mediante el acto de contrario imperio, sino que además tendría el poder jurídico para hacerlo.

III. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

Por su parte, la jurisprudencia no ha sido unánime en torno al punto. No obstante, se advierte cierta evolución y tendencias en el tratamiento que han dado la Contraloría General de la República –por un lado– y los Tribunales de Justicia –por otro–.

1. *Jurisprudencia administrativa*

Tempranamente, la Contraloría General de la República –en adelante CGR– ha vinculado la facultad de la Administración de dejar sin efecto sus actuaciones irregulares al deber de adecuar sus decisiones a la ley. De esta forma, mediante el acto de contrario imperio –la Administración– sanciona la infracción y restablece la plena aplicación de la ley vulnerada.¹²

¹¹ Reyes, J. *Op. cit.*, en nota 7. En el mismo sentido, Pierry, P. “Nulidad en el Derecho Administrativo”. En *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XV, 1993-1994, págs. 79 y sgts.

¹² Un dictamen ya clásico en el tema señala que aun los decretos de interés particular “en cuya virtud terceros particulares han adquirido derechos de orden patrimonial... pueden ser mo-

a) Procedencia y causales

Permanentemente la CGR ha señalado que la invalidación procede frente a actos irregulares, expresión genérica comprensiva tanto de ilegalidad como de errores en los presupuestos fácticos del acto. Será irregular en razón de ilegalidad aquel acto en el “que el orden jurídico ha sido quebrantado por una medida contraria a derecho”,¹³ o en que se “ha violado o infringido el derecho en el ejercicio de la potestad jurídica”;¹⁴ mientras que adolecerá de error de hecho, cuando “no se den las condiciones requeridas para la dictación del acto objetado”.¹⁵

Así se ha dictaminado, frente al nombramiento de un funcionario que no cumple los requisitos exigidos por la ley, no obstante haber sido favorablemente cursado, “si con posterioridad aparece que la medida dispuesta no se ajusta a derecho o se basa en presupuestos irregula-

dificados o dejados sin efecto cuando adolecen de un vicio de ilegalidad, pues la autoridad administrativa tiene la facultad, y aun la obligación de restablecer el imperio de la ley...” Dictamen –en adelante D.– 14.073 de 1959 en *Base de Datos de la División de Coordinación e Información Jurídica* –en adelante DCIJ– de la CGR. Destaquemos esto: no sólo tiene el deber y el poder jurídico de restablecer la legalidad, que es el objetivo de la figura, sino que además parece no reconocer límites. En el mismo sentido pueden consultarse: D. 92.080, de 1971, en *Boletín de Jurisprudencia* CGR, junio-diciembre 1971, pág. 738. D. 13.592 de 1971, en *Boletín de Jurisprudencia*, CGR, enero-junio 1971, pág. 73; D. 22.804 de 1971, en *RGRM* N° 23, pág. 138.

¹³ D. 22.804 de 1971, en *RGRM* N° 23, pág. 138.

¹⁴ R.P. Vega Campos, Hernán con Contralor General de la República, en *RGRM* N° 26, pág. 71.

¹⁵ D. 21.577 de 1994, en *Base de Datos DCIJ*, de la CGR.

res, la circunstancia de que se haya dado cumplimiento al control previo de legalidad no puede obstar a su invalidación, lo que no sólo constituye una atribución, sino que un deber para la Administración”.¹⁶ Vale decir, la toma de razón favorable del acto no altera este criterio, pues ésta no confiere a los actos administrativos más que una presunción de legalidad, debiendo la autoridad subsanar el vicio de que adolece el acto a través de su invalidación, restableciendo “el imperio del derecho dando cumplimiento al principio de legalidad que, conforme a los artículos 6° y 7° de la Constitución y 2° de la Ley 18.575, deben observar los órganos del Estado...”¹⁷

Incluso se ha sostenido que la existencia de un vicio de ilegalidad en el acto no se subsana por el mero transcurso del tiempo, y por afectar sus requisitos esenciales haría siempre procedente la invalidación por parte de órgano emisor del mismo.¹⁸

b) Límites

Ante las causales anotadas, la Administración puede y debe invalidar sus actos. Sin embargo, repetidamente se ha sostenido que este criterio encuentra una importante limitación frente a actos que han producido efectos jurídicos en el patrimonio de terceros de buena fe.

Así, frente a un decreto municipal que encasilló mal a distintos funcionarios, se señala que no correspondería dejarlo

sin efecto, pues se trata de “un proceso que en la actualidad se encuentra agotado y cuyos efectos configuran una situación jurídica consolidada, que no resulta dable alterar mediante la invalidación del mencionado acto administrativo”, toda vez que “esas personas revisten el carácter de *terceros de buena fe*, cuyos intereses no pueden ser afectados, como sucedería de disponer la anulación antes indicada”.¹⁹

El mismo criterio se aplicó a la destinación de un profesional de la educación, mediante un acto administrativo viciado: “tal acto configuró una situación jurídica concreta consolidada, siendo improcedente su invalidación en perjuicio de la afectada... Debe entenderse restringido el ejercicio de la potestad invalidatoria de la Administración cuando el acto administrativo ilegal *atenta contra los principios de la seguridad jurídica o la certeza derivada de ella y la buena fe de terceros involucrados*”.²⁰ En síntesis, los terceros de buena fe que hubieran adquirido derechos, aun sobre la base de un acto administrativo irregular, no podrán ser afectados en modo alguno.²¹

Además, con este planteamiento se ha pretendido que la invalidación provocaría –en estos terceros– un daño mayor que el que se pretende evitar con ella. Así, pese a haber sido otorgados en contravención a las normas legales, se ha negado la procedencia de invalidar permisos municipales de construcción, pues éstos han producido sus efectos en el sentido de que han

¹⁶ D. 10.521, 1999, en Base de Datos de DCIJ de la CGR. En el mismo sentido, D. 25.343 de 1999, en Base de Datos de DCIJ de la CGR.

¹⁷ D. 10.521, 1999, en Base de Datos de DCIJ de la CGR.

¹⁸ D. 30.916 de 1987, en Base de Datos DCIJ. En el mismo sentido: D. 10.521, 1999, en Base de Datos de DCIJ de la CGR.

¹⁹ D. 31.493 de 1995, en RGRM número 29, pág. 119.

²⁰ D. 2.572 de 1999, en Base de Datos DCIJ de la CGR.

²¹ D. 14.218 de 2001, en *Revista Gobierno y Administración del Estado* –en adelante RGAE–, abril 2001, pág. 205.

involucrado la construcción de edificios y locales comerciales, cuyo dominio ha sido transferido a terceros amparados por la presunción de buena fe. Aquí se concluye que “no es procedente cuando, como acontecería en este caso, el daño que con esa medida se produzca sea mayor que el mal que se pretende evitar”.²² De esta forma la excepción a la invalidación “se presenta cuando, en relación al acto irregular, se han consolidado, de buena fe, situaciones jurídicas sobre la base de la confianza de los particulares en la Administración, puesto que la seguridad jurídica de tal relación posterior asentada en esos supuestos amerita su amparo”.²³

En esta última situación se advierte que si bien el daño que produciría la invalidación resulta evidente, más lo es la calidad de los afectados con la misma, quienes efectivamente son “terceros” totalmente ajenos a la relación entre la Administración y los beneficiados con esos permisos. Sin embargo, en la mayoría de los casos –funcionario mal encasillado, nombramiento irregular, jubilación basada en presupuestos erróneos, ascensos ilegales, etc.– ello no es así, pues es evidente que el afectado con la invalidación es una persona directamente involucrada como beneficiaria o interesada en el acto irregularmente emitido por la Administración, por lo que es discutible que sea un “tercero” o, por lo menos, es claro que no lo es en el mismo sentido del que aquí se comenta.

Más aun, aceptar esta postura en un caso particular de los aquí mencionados –el nombramiento de persona inhábil– resulta doblemente grave. Primero, porque no

se considera el interés de terceros ajenos a la relación entre la Administración y el indebidamente nombrado, quienes efectivamente han sido afectados y perjudicados en sus derechos, con el nombramiento contenido en el acto invalidado. Segundo, porque actualmente existe norma expresa para esa situación –el artículo 63 de la LOCBGAE–, por lo que continuar con esta posición implica un desconocimiento inaceptable del ordenamiento jurídico vigente.

c) Posibilidad de revertir esta limitación

La posición expuesta no ha sido un criterio invariable. Así, a partir de cierta jurisprudencia, es posible afirmar que la excepción a la invalidación no se encuentra en los derechos adquiridos del beneficiado con el acto irregular, sino en la protección de la buena fe de los “afectados” con el acto. Aún así, es necesario hacer ciertas precisiones, en orden a establecer que la correcta doctrina es aquella en que el imperativo de invalidar concuerda con los principios de buena fe y seguridad jurídica.

En primer término, es preciso dar cuenta de la situación en que el acto irregular es perjudicial al afectado. Aquí la invalidación viene a reparar la injusta situación provocada por la Administración. Así, se ha dictaminado que la resolución que rechaza la inscripción en el Registro Nacional de Revisores Independientes de Obras, por estimar que no se reunían los requisitos legales, debe ser dejada sin efecto si el profesional cumplía con dichas exigencias, por lo que “incumbe... expedir una nueva decisión administrativa para regularizar la situación”.²⁴

²² D. 35.884 de 1997, en Base de Datos DCIJ de la CGR.

²³ D. 44.492, de 2000, en RGAE, diciembre de 2000, pág. 147.

²⁴ D. 7.716, 1 de marzo de 2001, en RGAE, marzo 20001, pág. 158.

En segundo término, es necesario precisar la situación en que es el acto invalidatorio el desfavorable, en relación con el beneficio creado por el acto inválido. Aquí la invalidación pone término a un beneficio otorgado irregularmente. Así, con ocasión de un decreto alcaldicio que designó irregularmente a un funcionario municipal, se ha dictaminado que, debiendo los actos administrativos realizarse sobre la base de procedimientos ajustados a la legislación vigente, si no se respetan las normas aplicables, la municipalidad tiene la obligación de invalidar sus actos que signifiquen una transgresión al ordenamiento jurídico.²⁵ No obsta a lo anterior el que los efectos jurídicos del acto se hayan producido en beneficiarios de buena fe,²⁶ “porque existe un interés general en el restablecimiento del orden jurídico alterado por dichos actos que... afectan la regularidad del sistema positivo, con mayor razón cuando ello es imprescindible para poner en pie de igualdad a todos los postulantes de un certamen, con la finalidad de regularizar la situación de aquellos oponentes a quienes no se les permitió acreditar en la forma que legalmente procedía determinados antecedentes de estudio y perfeccionamiento, que

²⁵ Esta facultad, hoy contemplada directamente en el art. 63 de la LOCBGAE, en la época, la desprende de los artículos 6° y 7° de la CPR y 2 de la LOCBGAE. D. 27.344 de 1994, en *RGRM* N° 15, pág. 119.

²⁶ O, como pretende el recurrente, que “la autoridad administrativa carece de facultades para invalidar sus resoluciones... pues a raíz de ellas éstos adquieren derechos que han incorporado a su patrimonio”. Por lo que la invalidación –siempre en concepto del recurrente– perturba su derecho de dominio sobre una cosa incorporal: el cargo público, el que estaría protegido constitucionalmente. D. 27.344 de 1994, en *RGRM* N° 15, pág. 119.

originalmente no fueron evaluados en el concurso”.²⁷

Pues bien, en esta situación, efectivamente la buena fe determina la posibilidad de invalidar, pero no referida al beneficiario del acto irregular, sino en relación con terceros afectados con el acto írrito; y no para negarla o limitarla, sino precisamente en sentido contrario: exigiendo la invalidación del acto ilegal.

Naturalmente que la estabilidad de las situaciones consolidadas es parte fundamental de la certeza y seguridad jurídica; pero el interés general en el restablecimiento del orden jurídico no es menos que aquélla. Como se aprecia, esta posición es coherente con nuestro ordenamiento constitucional, que impone al Estado el deber de “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”,²⁸ más aún cuando se trata de restablecer la igualdad quebrantada en perjuicio de oponentes que no han sido considerados en el respectivo concurso, quienes son *terceros* afectados en relación con la Administración y el beneficiado con el nombramiento ilegal. Terceros cuya buena fe amerita el restablecimiento a la situación anterior al acto ilegal.

Con lo dicho, el argumento de la protección de terceros se ha invertido, precisamente, en contra de la posición que limita en él a la potestad invalidatoria. Luego, es de toda evidencia –para la CGR– que tanto el certamen que adolece de vicios de nulidad como el nombramiento que de él deriva deben invalidarse.²⁹ Y aquí no se distingue buena o

²⁷ D. 27.344 de 1994, en *RGRM* N° 15, pág. 124.

²⁸ Artículo 1° de la CPR.

²⁹ D. 27.344 de 1994, en *RGRM* N° 15, pág. 124.

mala fe, ni se atiende a si el acto ha consolidado o no sus efectos.

Finalmente, ha dicho la CGR, que un acto de nombramiento basado en presupuestos anómalos, “mal pudo haber generado un supuesto derecho al empleo para el ocurrente... toda vez que esa designación se sustenta en una clara infracción de normas legales de derecho público”,³⁰ agregando en relación con el recurso de protección que éste “ha sido concebido para cautelar *el legítimo ejercicio* de los derechos y garantías que indica, entre los cuales se encuentra el derecho de propiedad, por lo que quien carece de un título válido *no puede ejercer legítimamente* lo que no le pertenece y, por ende, a quien nada tiene nada puede amenazársele, ni nada puede perder”.³¹

Esta doctrina, si bien minoritaria, fue reafirmada en un dictamen posterior,³² en que se señala que el cumplimiento del deber, de todo órgano estatal, de invalidar sus propios actos, cuando no se ajustan al ordenamiento jurídico, “concuerta –y esto es lo destacable– con los principios generales de la buena fe y de la certeza y seguridad jurídica, por cuanto el acto viciado de que se trata, no ha generado efectos patrimoniales” a favor del beneficiado, pues nadie puede adquirir derechos de forma contraria a la ley. De esta forma mal podría nacer el derecho, por tanto no podría haber buena fe, mucho menos ser objeto de protección constitucional, toda vez que no existe un ejercicio “legítimo” de un derecho.

El argumento es fuerte: ¿cómo podría nacer un derecho de un acto vicia-

do? Ello no es posible, más aún en un sistema de derecho público en virtud de la nulidad dispuesta en los artículos 6º y 7º de la CPR.

Por lo dicho, la protección de la buena fe de terceros afectados con el acto irregular se impone sobre supuestos derechos incorporales del beneficiado con éste.

Esta posición concuerda con la solución dada por el legislador de 1999, para un caso particular, el contemplado en el artículo 63 de la LOCBGAE. Mas por la fuerza de su argumentación sería conveniente extenderla a otras situaciones no consideradas en dicho artículo.

2. Jurisprudencia judicial

De la jurisprudencia revisada, se advierte que son innumerables los fallos en que no sólo se limita la referida potestad de la Administración, sino que se la declara francamente improcedente. En relación con la jurisprudencia administrativa, los límites son aún mayores, lo que confirma lo anterior en el sentido de que la improcedencia se torna la regla general.

a) Límites

Es posible agrupar los argumentos de los tribunales en cuatro órdenes de ideas:

1. Se ha fallado que no existe norma legal ni reglamentaria que habilite a la Administración para invalidar sus propios actos; lo que lleva, casi invariablemente, a concluir que la resolución posterior de la Administración que deja sin efecto a una anterior, aunque medie error de hecho o infracción de ley, es un acto ilegal y arbitrario.

³⁰ D. 27.344 de 1994, en *RGRM* N° 15, pág. 124.

³¹ *Ibid.*, destacado es propio.

³² D. 33.926 de 1995, en *RGRM* N°29, pág. 126.

Así, frente a una resolución que invalida un permiso de construcción se ha dicho que no existe norma que haya “otorgado a la directora de obras municipales, facultad alguna para invalidar permisos de construcción”.³³ Incluso, ante la defensa de la Administración de actuar conforme al principio de legalidad, se ha resuelto que es precisamente en virtud de este principio que no puede invalidar, pues no existe texto legal previo que la habilite, otorgando la competencia para llevar a efecto el acto invalidatorio.³⁴

2. Por carecer de esta facultad, al constatar un error o ilegalidad debe accionar ante los tribunales de justicia. Carece la Administración de autotutela administrativa.

Así, en recurso de protección frente a una resolución que invalidaba un decreto jubilatorio, se señaló que “si la Administración detecta una irregularidad en la obtención del decreto debe plantear, a falta de procedimiento legal, ante el competente órgano jurisdiccional la petición de invalidez de tal acto para que este determine, luego de un debido proceso

y de existir alguna irregularidad, su validez o invalidez”.³⁵

De esta manera, los tribunales concluyen que la resolución modificatoria sería ilegal y arbitraria, la cual constituye una manifestación de autotutela administrativa, que se encuentra proscrita en nuestro ordenamiento jurídico.³⁶ Dirimir sobre la efectividad y sanción del acto que adolece de nulidad –según esta jurisprudencia– no es de la competencia del “ente que ha concedido tales derechos, otorgando la titularidad de ellos a los beneficiarios,... sino del juez... (pues) se está impugnando el derecho de la persona que ha asumido una virtual propiedad”.³⁷

3. El acto administrativo, ya sea un decreto jubilatorio, un permiso de construcción, una concesión, el nombramiento de una persona, etc., implica la incorporación de un beneficio de carácter patrimonial a favor del destinatario del acto. Al radicarse este beneficio en el patrimonio de un particular, ya “no le es posible al mismo ente administrativo privarlo de tal derecho adquirido”.³⁸ El acto

³³ R.P. Inmobiliaria Villamar Ltda. (1994), considerando 7º, en *RGRM* N° 14, pág. 129. En el mismo sentido: *Andaluz Cepero* (1996), considerando 3º: “que las normas del DL 2695 no contienen facultad alguna para que el señor SEREMI pueda invalidar o dejar sin efecto... la resolución dictada”, en *RDJ* Tomo 94, 1997, 2ª p. s. 5ª, pág. 69. R.P. Meza Herrera con INP (1994), considerando 6º: “no existe normativa ni legal ni reglamentaria que faculte al INP para dejar sin efecto, anular o invalidar decretos que concedan jubilación a una persona”, en *RGRM* N° 16, pág. 128. R.P. Hidalgo Muñoz (1995), considerando 6º; y *Carrasco Vivanco con INP* (1994), considerando 4º, ambos en *RGRM* N° 23, pág. 95.

³⁴ *Andaluz Cepero* (1996), considerando 7º, en *RDJ*, Tomo 94, 1997, 2ª p. s. 5ª, pág. 69.

³⁵ R.P. Meza Herrera (1994), considerando 5º, en *RGRM* N° 16, pág. 128. Textualmente reproducido, en R.P. Carrasco Vivanco (1994), considerando 2º en *RGRM* N° 23, pág. 95. También *Ulloa Aguilera con Director Regional INP* (1995), considerando 3º, en *RGRM* N° 24, pág. 108. R.P. *Andaluz Cepero* (1996), considerando 8º, en *RDJ*, Tomo 94, 1997, 2ª p. s. 5ª, pág. 69.

³⁶ Riquelme Vergara (1994), considerando 3º, en *RGRM* N° 12, pág. 102.

³⁷ R.P. Gallardo Muñoz (1997), considerando 13º, en *RDJ*, Tomo XCIV, 1997, 2ª p. s. 5ª, pág. 258.

³⁸ R.P. Carrasco Vivanco con INP (1994), Considerando 3º, en *RGRM* N° 23, pág. 95. Textual en R.P. Meza Eugenia con INP (1994), considerando 5º, en *RGRM* N° 16, pág. 128.

invalidatorio constituye un atentado contra el derecho de propiedad, protegido constitucionalmente en el 19 N° 24.³⁹ En este sentido, la Corte Suprema, aun aceptando el acto invalidatorio, rechaza el efecto retroactivo que pretende dársele, en relación con la asignación percibida, ya que ésta “ha ingresado al patrimonio de los beneficiarios...”, concluyendo que al ser el error de la Administración, debe soportarlo ésta y no puede cargarlo a terceros de buena fe, “sin lesionar el derecho consagrado en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución”.⁴⁰

4. Finalmente, se agrega como argumento la protección a terceros de buena fe. Así se ha dicho, citando al profesor H. Caldera: “la improcedencia de la invalidación se encuentra en la protección de la buena fe de los terceros que se verían afectados en las consecuencias jurídicas derivadas...”⁴¹ Señalando que, pese al error en el nombramiento de un funcionario, ello no puede alcanzar a quien de buena fe ha sido designado. En el mismo sentido, citando a don Eduardo Soto Kloss, se ha fallado que los errores de la Administración deben ser soportados por ella y jamás cargados a terceros ajenos a su torpeza.⁴²

³⁹ R.P. Andaluz Cepero (1996), considerando 10°: “una simple resolución administrativa... no puede privar a su titular de la propiedad del bien sobre que recae...”, en *RDJ*, Tomo 94, 1997, 2° p. s. 5°, pág. 70.

⁴⁰ R.P. Acuña Mondaca (1999), considerando 8°, en *RGRM* N° 67, pág. 148.

⁴¹ R.P. Agurto Valdebenito (1995), en *RGRM* N° 24, pág. 117.

⁴² R.P. Casagrande Ltda. (1998), considerando 7°, en *RDJ*, Tomo XCV, 1998, 2ª p. s. 5ª, pág. 64.

b) Procedencia

Llegados hasta aquí, pareciera ser que los tribunales de justicia siguen la posición de la improcedencia de la invalidación por parte de la propia Administración. Si bien esto aparece como la tendencia general, no ha sido invariablemente así, toda vez que se encuentran importantes pronunciamientos que permiten sostener que dicho planteamiento no es definitivo. En efecto:

1. Frente a lo sostenido, en el sentido de que no existe norma que habilite a la Administración para invalidar sus actos contrarios a derecho, se ha reconocido que ésta emana del principio de juridicidad. Así se ha señalado que “la autoridad administrativa se encuentra en el deber de invalidar los actos emitidos con violación a las normas preestablecidas, a fin de restablecer el orden jurídico alterado por actos que adolecen de vicios y que, por lo tanto, afectan la regularidad del sistema positivo”.⁴³ Este fallo no sólo reconoce el deber de invalidar, que emana de la obligación de respetar el principio de juridicidad, además señala que el recurrido –subsecretario de pesca– “tenía la facultad para invalidar el acto administrativo (quien fundamentó su resolución) tanto en la ley como en disposiciones reglamentarias que aparecen vigentes”,⁴⁴ concluyendo que la resolución invalidatoria no es arbitraria ni ilegal.

⁴³ R.P. Pesquera los Fiordos (1995), considerando 7°, en *RGRM* N° 31, pág. 123. Cita D. 15.607 de 1986 y 27.957 de 1990.

⁴⁴ R.P. Pesquera los Fiordos (1995), considerando 8°, en *RGRM* N° 31.

En este punto es pertinente mencionar que la referida potestad no puede ser ignorada, después de la reforma a la LOCBGAE que incorporó el ya citado artículo 63, lo cual no es más que la aplicación de la norma general emanada de los artículos 6º y 7º de la CPR.⁴⁵

2. En relación con la inexistencia de la autotutela en nuestro ordenamiento jurídico, la propia Corte Suprema –aunque excepcionalmente– ha fallado que “en derecho no corresponde desconocer la atribución de la autoridad administrativa de invalidar resoluciones ilegítimas mediante un acto de autotutela”.⁴⁶

En este sentido, conviene recordar que esta autotutela ha sido descrita por la doctrina administrativa española como un sistema posicional de la Administración respecto de los tribunales. Así, García de Enterría señala que “la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas,... eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial”,⁴⁷ lo cual –por cierto– no significa que la autotutela de la Administración sea definitiva, sino que se reserva íntegramente –a los

particulares– la posibilidad de impetrar la tutela judicial posterior y definitiva.⁴⁸

En nuestro medio, la autotutela emana del principio de juridicidad, que impone a la Administración el deber de reaccionar frente a sus actos ilegítimos; además, se encuentra claramente reconocida en el artículo 10 de la LOCBGAE, que contempla la posibilidad de impugnar las decisiones de la Administración, mediante los recursos administrativos que establezca la ley, sin perjuicio “*de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar*”.

3. Frente a la supuesta intangibilidad de los derechos emanados de actos irregulares se ha fallado, ante la invalidación de un decreto jubilatorio motivado por antecedentes erróneos proporcionados por el beneficiario, que “no ha podido lesionarse el derecho de propiedad que se alega, que en esta ocasión no ha logrado adquirirse por no haber conseguido nacer en el patrimonio del recurrente”.⁴⁹ En el mismo sentido, pero frente a un decreto municipal que deja sin efecto un nombramiento anterior por no cumplir los requisitos exigidos por la ley, se ha fallado que la invalidación del nombramiento –aún después de más de cuatro años– y la designación de otra persona en el cargo “no podrá significar menoscabo” para el recurrente, “por cuanto... no pudo asignarse válidamente a éste, en dichas funciones”.⁵⁰

⁴⁵ Manifestación de esta norma general la constituyen, entre otras, las siguientes disposiciones que pueden consultarse: artículo 102 de la Ley 19.175; 140, de la Ley 18.695; 154 de la Ley 18.834; 156, de la Ley 18.884; 55, letras (c) y (d) del S.S. 3, de 1984; artículo 80, del D.L. 1.939; y, 4, de la Ley 19.260.

⁴⁶ R.P. Salinas Lolic (1999), considerando 18º, en *RGAE*, marzo de 2000, pág. 155.

⁴⁷ García de Enterría, E. y Fernández, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, quinta edición, 1989, Civitas, Madrid, pág. 497.

⁴⁸ *Id.*, pág. 514 y sgts.

⁴⁹ R.P. Campaña Aycinema (1988), considerando 11º, en *RDJ* Tomo LXXXV, 1988, 2º p. s. 5ª, pág. 283.

⁵⁰ R.P. Mora González (1995), considerando 9º, en *RGRM* N° 25, pág. 91.

De esta forma, ante el argumento del derecho de propiedad sobre el empleo, se responde que a partir de un acto viciado no puede nacer un derecho adquirido. No puede, válidamente, incorporarse al patrimonio del afectado. Así, se señala que al no tener el recurrente ninguna de las profesiones habilitantes exigidas por la ley para desempeñar el cargo, el nombramiento “fue más allá de lo que lo autorizaba la ley y por ello... adoleció de nulidad absoluta, atendido lo dispuesto por el artículo 7° de la misma Carta Fundamental y sabido es que de lo nulo o inexistente no puede nacer derecho alguno adquirido”.⁵¹ Por lo que no puede ser objeto de protección, pues la incorporación al patrimonio de todo derecho o facultad debe hacerse en conformidad con la ley.⁵²

4. Finalmente, en relación con la protección de la buena fe de los terceros, se ha señalado, acertadamente, que no debe confundirse “la situación de los beneficiarios directos de una actuación irregular de la Administración con la de los terceros de buena fe, a quienes la invalidación o anulación del acto administrativo ilegítimo no puede afectar en los mismos términos, por cuanto los destinatarios inmediatos de una actuación administrativa unilateral no son terceros en esa relación, especialmente si han solicitado voluntariamente la dictación del acto irregular invalidado”.⁵³

Finalmente, es preciso insistir en que esta distinción es actualmente necesaria, en razón de texto legal expreso, para el caso del funcionario inhábil. En esta situación, la protección en atención a su buena fe sólo alcanza a las sumas percibidas, no extendiéndose al nombramiento mismo, el que siempre podrá ser dejado sin efecto –por la propia autoridad administrativa– al advertir el vicio que le afecta. Esta solución, con fundamento en las normas y principios que rigen la institución, debiera extenderse a situaciones similares.

No así en el caso de terceros ajenos a la relación administrativa, a quienes no podrá afectar la irregularidad del acto, si éste ya ha producido sus efectos. Tal es el caso de los permisos de construcción que han implicado la edificación y venta de inmuebles a particulares totalmente ajenos al permiso otorgado por la Administración.

CONCLUSIONES

De lo expuesto en estas líneas, es posible establecer lo siguiente:

1. La potestad invalidatoria de la Administración del Estado emana del principio de juridicidad, el cual impone el deber de reaccionar frente a actos propios ilegítimos.
2. La potestad invalidatoria es inherente a la función administrativa, constituyendo una manifestación de la autotutela jurídica que permite a la Administración autocontrolar y resolver sus situaciones jurídicas, sin perjuicio de la heterotutela judicial posterior y definitiva.
3. Si bien existe una tendencia mayoritaria en la jurisprudencia, sobre todo

⁵¹ *Id.*, considerando 5°, en *RGRM* N° 25, pág. 90.

⁵² R.P. Salinas Lolic (1999), considerando 20° y 21°, en *RGAE*, marzo de 2000, pág. 155.

⁵³ *Id.*, considerando 22°, pág. 156.

- judicial, en orden a limitar la potestad invalidatoria de la Administración, esta posición no es definitiva.
4. La facultad de invalidar actos ilegítimos no se encuentra limitada por la incorporación de derechos en el patrimonio del beneficiado con un acto irregular, por cuanto no es posible adquirir derechos de forma contraria a la ley, sino sólo beneficios injustamente ganados e ilegítimamente ejercidos, los que no podrían ser objeto de la protección constitucional del derecho de propiedad.
 5. En nuestros textos no existe derecho adquirido sobre el cargo público basado en un nombramiento ilegítimo.
 6. La procedencia o improcedencia de la invalidación está dada por la buena fe de terceros. Son terceros afectados aquellas personas ajenas a la relación entre la Administración y el beneficiado con el acto irregular; sea porque, teniendo intereses coetáneos y contrapuestos con los del beneficiado al momento de la dictación del acto irregular, no han sido considerados frente a éste; sea porque se relacionan posteriormente con el beneficiario del acto y actuando de buena fe, consolidan situaciones jurídicas sobre la base de la confianza provocada por la apariencia de normalidad.
 7. El verdadero límite a la invalidación viene dado por la protección de la buena fe de terceros afectados con la apariencia de regularidad de la situación provocada por el acto ilegal. Sólo a éstos y siempre que, estando de buena fe, el acto haya provocado efectos a su respecto, podría hacer excepción la invalidación.
 8. Distinta es la situación del tercero cuyos intereses, coetáneos y contrapuestos con los del beneficiario, fueron sacrificados en favor de éste, por la existencia del acto viciado. En este caso el restablecimiento de la igualdad vulnerada es causa necesaria y suficiente que fuerza a la invalidación.
 9. No puede obstar a la invalidación la circunstancia de haberse producido efectos jurídicos en el beneficiario de buena fe. El beneficiado con el acto no es un tercero, es parte interesada en la relación creada con el acto irregular, y su buena fe cede frente a la buena fe de quienes han sido injustamente afectados en sus intereses legítimos.