

LEY DE BASES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO

Carlos Dorn Garrido ¹

RESUMEN: *El presente artículo examina la nulidad de derecho público a la luz de los principios y normas recogidos en la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimiento Administrativo, relacionados con la regulación del acto administrativo y sus efectos, los cuales obligan a realizar una re-interpretación tanto de las características que tradicionalmente se han reconocido a esta particular sanción -a la ilegalidad del acto administrativo- así como al problema ligado a la existencia de derechos adquiridos comprometidos en una declaración judicial de anulabilidad.*

DESCRIPTORES: *Acto administrativo - Bases de Procedimiento Administrativo (Ley N° 19.880) - Derecho Administrativo - Derechos adquiridos - Ley N° 19.880 (Bases de Procedimiento Administrativo) - Nulidad de derecho público*

SUMARIO DE CONTENIDOS: *1.- Estado actual de la discusión. 2.- LBPA y su incidencia en la nulidad de los actos administrativos. 3.- El límite substancial. Los derechos adquiridos con ocasión a la dictación del acto irregular. 4.- Prescripción de la acción de nulidad.*

¹ CARLOS DORN GARRIDO. Abogado del Consejo de Defensa del Estado y Profesor de Derecho Administrativo de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso y Profesor de la cátedra de Responsabilidad Extracontractual del Estado de la Escuela de Derecho de la Universidad Andrés Bello, Viña del Mar.

1.- ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria reconoce en el art. 7 de la CPE las bases de la nulidad de los actos de potestad pública cuyas características sería su operatividad *ipso iure*, insaneabilidad e imprescriptibilidad.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo –en adelante LBPA- se introducen preceptos que inciden en la forma de abordar las consecuencias de los actos administrativos ilegales modificando los criterios tradicionales.

2.- LBPA Y SU INCIDENCIA EN LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La LBPA recoge principios relevantes en materia de nulidad derivada de ilegalidades en la actividad jurídica de la Administración.

En efecto, y más allá de la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la ley, estimo que sus preceptos empapan el tratamiento de las ilegalidades de los actos administrativos siendo vinculantes para el órgano jurisdiccional al examinar la legalidad del mismo, toda vez que deberá revisar su corrección tanto en sus aspectos adjetivos como sustantivos y, por ende, considerar la regulación que la LBPA hace de la sanción por ineficacia del acto en razón de su ilegalidad, toda vez que ella es idéntica sea que se produzca en sede administrativa o jurisdiccional.

En este sentido, cobran relevancia los arts. 3, 13, 15, 54 y 62, en el sentido siguiente:

a) Presunción de legalidad del acto

El art. 3 de la LBPA en su inciso final la consagra y su efecto consiste en reputar válido un acto administrativo, toda vez que es producto del ejercicio de potestades públicas atribuidas, por el bloque de legalidad, a un órgano de la Administración y que han sido encauzadas en un procedimiento administrativo legal previo, sin perjuicio que ello adquiere mayor connotación cuando los actos administrativos se han sometido al trámite de toma de razón, lo cual trae como conse-

cuencia que el mandato contenido en el acto deba ser acatado por sus destinatarios, pudiendo la Administración ejecutarlo sin necesidad de requerir autorización judicial previa.

De modo que la presunción de legalidad goza de plena eficacia en tanto no medie declaración judicial previa que constatando la ilegalidad anule el acto administrativo, y por ello la operatividad de pleno derecho² de la nulidad obsta a la ratio de la referida presunción tornándola en una mera declaración lórica.

b) Principios de trascendencia y conservación

La LBPA recepciona en los arts. 13, 15, inc. 2º del 53 y 62 los principios antedichos, los cuales morigeran el instituto de la nulidad en la forma siguiente:

i) *Trascendencia*

La doctrina reduce el principio en la regla siguiente “*no hay nulidad sin perjuicio*”, asignando una impronta finalista a la nulidad en cuanto que el ejercicio de la potestad judicial anulatoria debe servir a la vigencia del principio de juridicidad y, en último término, socorrer al administrado lesionado en su esfera patrimonial de derechos producto del acto irrito.

Los incisos 1º y 2º del art. 13 de la LBPA, recogen el principio bajo la noción de perjuicio entendida como lesión a un derecho o interés legítimo de un particular, coincidiendo con lo dispuesto en el inc. 2º del art. 38 de la Carta Fundamental, con lo que el legislador reconoce, en las ilegalidades, la existencia de un grado de intensidad idóneo para instar por la anulación del acto, y se refleja en la idea de indefensión recogida en el inc. 2º del art. 15, también esbozada en el art. 62, al aceptar que un acto administrativo adolezca de defectos que carecen de la fuerza para activar la sanción de la nulidad. Es por

² Valga hacer presente que en sentencia pronunciada por la Excm. Corte Suprema, con fecha 2 de octubre de 2003, en recurso de casación en el fondo promovido por *Henry Ríos, Edgardo* con *Universidad de Atacama*, rol ingreso corte N°2.650-2002, declaró que: “La nulidad de derecho público no opera “*ipso iure*”, de pleno derecho, sólo excepcionalmente se asigna tal efecto, como ocurre en el caso del artículo 83 de la Constitución Política de 1980. Las Actas de Sesiones de la Comisión de Estudios de la Constitución Política de 1980, denotan que la Comisión desestimó atribuir este efecto automático a la infracción de dicha norma constitucional.”

ello, que las ilegalidades del acto inocuas para el interesado no causan nulidad.

ii) Conservación

Según este principio la nulidad es un remedio excepcional a la ilegalidad del acto, desarrollando a su amparo mecanismos de saneamiento tales como: la convalidación, conversión, rectificación y la prescripción. La recepción del principio aparece en el inciso final del art. 13 de la LBPA:

“La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren los intereses de terceros”, con lo que en materia de vicios de legalidad se consagra la regla siguiente: *“Todo vicio de legalidad es saneable salvo que el saneamiento implique afectar los derechos o intereses de terceros”,* empero, y aun cuando la ley no lo diga expresamente, el saneamiento por convalidación tácita de la Administración solamente puede tener lugar cuando la autoridad administrativa haya tomado conocimiento del vicio y realice cualquier actuación que no sea su invalidación, exigiéndose que el vicio aparezca de manifiesto o que, posteriormente, el órgano sepa que su decisión se basó en antecedentes erróneos o falsos.

En este orden de ideas, cabe recordar que los mecanismos de saneamiento suponen la intención de mantener un acto irregular. Sin embargo, la decisión de hacer subsistir un acto irregular, por esta vía, implica constatar la concurrencia de presupuestos mínimos de validez que permitan vincular indiciariamente el acto con el principio de legalidad, como lo son: la forma y competencia; por ejemplo, mal podría sanearse un permiso de obra dictado por el Alcalde, o, no podrían sanearse los casos de vías de hecho.

Ahora bien, si el inciso final del art. 13 de la LBPA otorga a la Administración la facultad de subsanar las ilegalidades de los actos que emita, entonces, el ejercicio de la potestad de saneamiento queda subordinada a que el acto irregular objetivamente sea susceptible de conservarse dentro del ordenamiento jurídico, pues reúne los requisitos mínimos de validez del acto administrativo ya que, de otra forma, se otorgaría a la Administración una potestad intensa para afectar el sistema constitucional de organización y distribución de competencias de los órganos del Estado.

En consecuencia, el inciso final del art. 13 de la LBPA distingue dos clases de ilegalidades: 1) aquellas que conducen inevitablemente a la nulidad del acto pues son insaneables; y 2) aquellas que, no obstante causar perjuicio al interesado, son susceptibles de saneamiento por la Administración, aproximándose la LBPA a las nociones de nulidad de pleno derecho y anulabilidad empleada por el Derecho Español cuyo principal criterio de distinción son sus causales y la saneabilidad de los actos anulables.

No obstante lo anterior, la crítica que se formula al legislador respecto a las clases de ilegalidades –saneables e insaneables– es que entrega a la jurisprudencia la determinación de qué vicios serán de una u otra entidad, lo que debilita el principio de legalidad pues corresponde a la ley regular dicha cuestión.

De este modo, la vigencia de los principios de trascendencia y conservación morigeran la potestad jurisdiccional anulatoria pues los tribunales no pueden sustraerse, en el conocimiento de una acción de nulidad, de la vigencia directa de tales principios, estando en la obligación de anular el acto en la medida que, por una parte, constate que el vicio de legalidad es idóneo y que, además, no existe posibilidad alguna de sanear el acto. Empero, si la Administración saneó la ilegalidad, entonces, ello constituye una limitación directa a la jurisdicción puesto que deberá desechar la acción por ausencia de causa de pedir salvo que en el proceso se constate que el vicio era insaneable³.

No obstante lo anterior, algunos autores cuestionan la constitucionalidad de los artículos de la LBPA que consagran los principios de trascendencia y conservación pues relativizarían la sujeción de los órganos del Estado al principio de legalidad; sin embargo, tales principios son una manifestación de los arts. 1 y 5 de la CPE.

El inc. 4 del art. 1 de la CPE recoge la concepción finalista del Estado cuya actividad debe estar orientada a la consecución del bien común. De modo que, si la actividad ilegal de la Administración del Estado se aviene con la noción de bien común, entonces, podrá con-

³ En tal caso, estimo que procesalmente el actor debería deducir conjuntamente acción de nulidad en contra del acto administrativo saneatorio y, para el caso que se acoja la primera, acción de nulidad en contra del acto administrativo saneado. Si el libelo no cumple con dicho requisito formal, entonces, el tribunal carecería de competencia para anular el acto “saneado” ya que la insaneabilidad del vicio supone necesariamente pronunciarse sobre la validez del acto administrativo saneatorio, cosa que no podrá hacer si no hubo acción y petición formal dirigida en ese sentido producto de la vigencia del principio dispositivo del procedimiento civil.

servarse el acto irregular salvo que lesione la esfera patrimonial de un tercero o transgreda manifiesta y gravemente el régimen de organización y funciones de los órganos de Estado.

Lo anterior encuentra eco en el inc. 2º del art. 5º de la Carta Fundamental al establecer el deber de promoción de los derechos fundamentales por parte de los órganos del Estado, situación que la Administración logra mediante actividades positivas, por tanto, si la ilegalidad del acto no impide la realización del bien común, entonces, carece de sentido emplear la sanción extrema de la nulidad.

3.- EL LÍMITE SUBSTANCIAL. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS CON OCASIÓN DE LA DICTACIÓN DEL ACTO IRREGULAR

La declaratoria de nulidad de un acto favorable *¿afecta derechos adquiridos?* Previo a ello, *¿un acto administrativo ilegal genera derechos que se incorporen al patrimonio del interesado?*

En este sentido, resulta ilustrativo la letra a) del art. 61 de la LBPA a propósito de la revocación de los actos administrativos:

“Artículo 61. Procedencia. Los actos administrativos podrán ser revocados por el órgano que los hubiere dictado.

La revocación no procederá en los siguientes casos:

a.- Cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente.”

La razón del límite legal a la potestad revocatoria de Administración se debe a que ella deja sin efecto un acto administrativo válido en razón de haber variado el mérito u oportunidad que motivaron su dictación.

De modo que, la revocación supone necesariamente la existencia de un acto administrativo impoluto y, por ende, fuente legítima de derechos adquiridos, siendo de toda lógica que la LBPA haya considerado a los derechos adquiridos como límite a la revocación pues, de no ser así, habría una expropiación sin ley, vulnerándose el inc. 2º N° 24 art. 19 CPE.

Ahora bien, si la anulación de un acto administrativo es producto de su ilegalidad, entonces, durante el tiempo intermedio *¿no generó derechos adquiridos?* La pregunta cobra vigor ante el art. 3 de la LBPA que consagra la presunción de legalidad del acto adminis-

trativo y que haría razonable sostener que mientras no medie declaración de nulidad este produce todos sus efectos jurídicos en el orden patrimonial constituyendo derechos adquiridos.

Sin embargo, conviene hacer presente que tal conclusión supone volver a discernir acerca de si la ilegalidad es susceptible de saneamiento.

En efecto, si la problemática se suscita a propósito de actos ilegales saneables entonces antes de su anulación, el acto generó derechos adquiridos, pues en esta clase de actos existe a pesar del vicio una plausible apariencia de legalidad, que la torna compatible con la vigencia de la presunción de legalidad sin perjuicio de estimar que la protección solo cabría dispensarla respecto del interesado de buena fe⁴. A su vez, la Contraloría General ha sostenido que si bien es deber de la administración invalidar su actos contrarios a derecho, es jurídicamente improcedente el ejercicio de la potestad invalidatoria si el acto administrativo ilegal produjo sus efectos y estos ingresaron al patrimonio de sus beneficiarios de buena fe, dado que los errores de la Administración deben ser soportados por ésta, además que los efectos jurídicos producidos por el acto defectuoso contienen derechos individuales protegidos por la CPE, por lo que la invalidación –concluye– tiene como límites aquellas situaciones jurídicas consolidadas sobre la base de la confianza de los particulares en la Administración, pues la seguridad jurídica amerita amparo. Lo contrario, asevera, produciría un caos y daños irreparables e injustos, al margen que por haber producido sus efectos, la nulidad del acto írrito afectaría derechos de terceros, quienes legítimamente los incorporaron a sus patrimonios⁵.

Empero, no puede afirmarse la vigencia de los mismos principios respecto de aquellos actos cuyos vicios son insaneables por la Administración puesto que, en tal evento, nos encontramos frente a ilegalidades de tal envergadura que obstan a la buena fe del interesado así como afectan las bases esenciales de la misma, pues carecen

⁴ Sentencia de la Excm. Corte Suprema, de fecha 19 de junio de 2003, pronunciada en los autos Rol N° 1731-2003: “18”) Que, sin embargo, no constando en el proceso que la asunción de cargos y consiguiente desempeño de los mismos se haya efectuado de mala fe, no procede la obligación por parte de los recurrentes, de devolver los fondos ya percibidos por cuanto en este aspecto tenían derechos adquiridos”

⁵ Ver, especialmente, el dictamen N° 24.337, de 2002, de la Contraloría General de la República.

de una apariencia mínima de legalidad, compatible con el art. 3 de la LBPA, no pudiendo ser fuente legítima de derechos adquiridos.

4.- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

El inc. final del art. 13 de la LBPA consagra el principio general de saneabilidad de las ilegalidades del acto administrativo, según lo dicho, y entre las formas de saneamiento destaca la prescripción extintiva de la acción de nulidad.

Por su parte, el inc. 2º del art. 54 dispone: “*Planteada la reclamación se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional*”, reconociendo la existencia de plazos legales de ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los actos de autoridad de la Administración del Estado. De modo que, para evitar que el agotamiento de la vía administrativa signifique la extinción de los referidos plazos, el legislador consideró necesario introducir una causal de suspensión del plazo de prescripción.

Lo anterior es relevante al examinar la corrección del razonamiento de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público basado en el silencio del constituyente, toda vez que si el constituyente o legislador hubiesen atribuido dicho carácter a la acción de nulidad, entonces, carecería de toda lógica la inclusión de una causal de suspensión del plazo de ejercicio de las acciones jurisdiccionales contencioso-administrativas, en tanto se agote la vía administrativa.

A mayor abundamiento, la inclusión de la norma se debe al hecho que, por una parte, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la de la prescriptibilidad de las acciones legales, demostrando una preferencia hacia la seguridad jurídica y a la preocupación del legislador de resguardar el derecho del administrado a reclamar la tutela judicial efectiva de sus derechos, garantizándole la vigencia de las acciones jurisdiccionales mediante la suspensión de los plazos de prescripción, en caso que el particular decida ejercer los recursos administrativos respectivos, resolviendo así un problema causado por la prescriptibilidad paralela de las acciones administrativas y jurisdiccionales.

Por lo demás, el carácter imprescriptible de la acción de nulidad es consecuencia del hecho de afirmar que la sanción operaría de pleno derecho. Sin embargo, dicha afirmación pierde fuerza y sentido ante lo dispuesto por el inc. final del art. 3º de la LBPA, que reconoce en forma expresa la presunción de legalidad como atributo del acto administrativo, según se explicó.

De manera que, si el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de derecho público fuese una característica constitucional, entonces, el art. 54 de la LBPA contravendría los principios básicos de hermenéutica legal, en el sentido que siempre debe preferirse aquella interpretación que asigne un efecto útil al precepto legal. Y, en este orden de ideas, el artículo 54 adquiere utilidad normativa en la medida que se asuma que la prescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público es manifestación del principio general de seguridad jurídica recogido en las normas del Derecho Común y refrendado en la LBPA. Es por ello que los arts. 2497 y 2515, ambos del Código Civil, son el fundamento normativo directo para sostener el plazo de prescripción de 5 años de la acción de nulidad⁶.

⁶ Sentencia del Cuarto Juzgado Civil de Valparaíso pronunciada en los autos caratulados “Corporación Comité de Producción de Pequeños Campesinos “Al Amanecer” con Fisco”, Rol Corte 463-2001:

“En materia de prescripción, no existen en nuestra legislación normas especiales para la acción de nulidad de derecho público y no existe disposición legal alguna que determine la imprescriptibilidad de dicha acción. En consecuencia, siendo la prescripción una institución ineludible en el derecho, respaldada por la necesidad de certeza y seguridad jurídica, mientras no se dicten las reglas especiales, debe estarse a las normas de prescripción establecidas en el Código Civil, el que ha de ser aplicado tanto para lo privado como para lo público, más aún, teniendo presente que el artículo 2497 de dicho código establece que la prescripción corre en favor y en contra del Estado. La prescripción extintiva, que corresponde en estos casos, es la contemplada en el artículo 2515 del Código Civil que señala el plazo de cinco años para las acciones judiciales.”

