

**UN MAL DÍA NO ES ETERNO:
SEIS ALCANCES EN MATERIA DE INVALIDACIÓN
Y NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

Raúl Letelier Wartenberg*

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. Introducción

El problema de la validez de los actos jurídicos administrativos no deslinda claramente con la propia comprensión de la vigencia del derecho, no siendo aquella sino una parcela de ésta.

La teoría de la invalidación pública ha sido revisada por nuestra doctrina nacional en diversos escritos¹ circunscribiéndose la dis-

* RAÚL LETELIER WARTENBERG. Abogado de la Procuraduría Fiscal de Punta Arenas del Consejo de Defensa del Estado, Profesor de Derecho Público Universidad de Magallanes.

¹ En textos tradicionales como Bernaschina González, Mario, "Bases Jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas", en *Boletín de la Contraloría General de la República*, 1950, Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, 1995, Olgún Juárez, Hugo, *Extinción de los actos administrativos, Revocación, Invalidación y Decaimiento*, Editorial Jurídica de Chile, 1961 o Aylwin Azócar, Patricio, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Colección Apuntes de Clases, 1960-1961. Y algunos aportes contemporáneos como Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica de Chile, 1996 o "La invalidación de los actos administrativos en el Derecho Chileno, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1988, Fiamma Olivares, Gustavo,

cusión sólo a ciertos temas, no existiendo aún un cuerpo doctrinal lógico que aborde de modo completo y orgánico las instituciones de la nulidad y de la potestad invalidatoria de la Administración del Estado.

Por otro lado, la jurisprudencia ha sido especialmente vacilante en este tema, existiendo resoluciones abiertamente contradictorias, sin que pueda percibirse, salvo en algunas temáticas, una evolución clara en la interpretación jurídica.

2. Hacia la noción de error como causa de la invalidez

En tanto existen seres humanos con capacidad cognitiva para aprehender la realidad, capacidad que posibilita el conocimiento, existe la posibilidad de error. Existe, por tanto, una operación en que los seres humanos captamos la realidad, la almacenamos en forma de conocimiento, y luego nos comportamos en conformidad a dicha operación, emitiendo un juicio, tomando decisiones, ejecutando algún acto, etc. Dicha operación trae aparejada la posibilidad de errar (posibilidad que tiene que ver con la condición perfectible de la naturaleza humana), toda vez que el conocimiento a base del cual se actúa puede ser imperfecto, incompleto, inexacto. El error es, por tanto, consustancial a la naturaleza propia del hombre.

Desde un punto de vista filosófico, “si la verdad es coincidencia entre el juicio y la cosa juzgada, el error está en la discrepancia entre ellos”², discrepancia que sólo puede alcanzar a lo particular, según nos dice Aristóteles, y no al conocimiento, pues éste se refiere a lo general. La existencia del error supone una cierta forma de relación con la realidad, más exactamente, una falsa representación de la misma, que sólo es posible en tanto existe en un ser, el hombre,

“La acción de Constitucional de Nulidad: Un supremo Aporte del Constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 1986 y “Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva” en *Revista de Derecho Público*, 1991, Pierry Arrau, Pedro, “Nulidad en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, N° 15, 1993, Vargas Zincke, Osvaldo, “Algunos aspectos sobre la invalidación en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República”, en *Gaceta Jurídica*, año 1995, Marín Vallejo, Urbano, “Vigencia actual de la invalidación de los actos administrativos”, en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, N° 2, Reyes Riveros, Jorge, *La nulidad de derecho público*, Editorial Jurídica Conosur, 2000 e *Invalidación de Actos Administrativos*, Lexis Nexis, 2002.

² Ferrater Mora, José. *Diccionario de Filosofía*, pág. 1048. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 2001.

una unión de voluntad y entendimiento, lo que hace posible el error en sí mismo en el mundo de la idea y la voluntad³.

Aproximándonos al campo jurídico, podemos decir que tradicionalmente se incluye dentro el concepto de error el de ignorancia, sin perjuicio de que conceptualmente sean cosas distintas (“mientras la ignorancia es una falta de conocimiento, el error supone previamente un conocimiento acerca del cual hay error. Con ello se admite que el error es, en cierto modo, algo positivo”⁴). En muchos casos el error proviene de la ignorancia: el concepto equivocado tiene su origen en el desconocimiento de la realidad.

El error indica que no se tiene conocimiento verdadero y cabal de una cosa o de un hecho; que se ignora algo a su respecto; lo que tiene enorme importancia en la interrelación cotidiana porque, evidentemente, lo que determina a un sujeto a manifestar su voluntad en algún sentido es el conocimiento que tenga de la realidad. Es decir, la manifestación de voluntad surge como consecuencia de la aprehensión de esa realidad, por lo que una equivocada apreciación de la situación hace que la voluntad del agente se manifieste en sentido diverso de aquel en el cual se habría formado si hubiere tenido un adecuado conocimiento de ella. En este sentido, el error no destruye la voluntariedad, sólo vicia el proceso formativo de la ‘determinación volitiva’⁵.

Desde este punto de vista, el error es un fenómeno psíquico que afecta la capacidad cognoscitiva del agente a raíz de una equivocada representación de la realidad externa, y determinándolo a celebrar un acto jurídico o a poner en movimiento una determinada potestad que, teniendo un conocimiento verdadero de la realidad, no hubiere celebrado o puesto en marcha.

Se ha contribuido a “fijar el error como un límite a la obligación de respeto de palabra comprometida”⁶, justificando este defecto de la voluntad jurídica la ruptura del compromiso contraído.

Siguiendo en parte a un autor⁷, podemos señalar que, en el campo jurídico, el error puede surgir y afectar un negocio jurídico de diversas formas: cuando el agente declara algo que no desea;

³ Ferrater *supra* nota 2, pág. 1049.

⁴ Ferrater *supra* nota 2, pág. 1049.

⁵ Tomado de Saavedra Galleguillos, Francisco. *Teoría del Consentimiento*, pág. 191. Editorial Conosur, 1994.

⁶ Saavedra, *supra* nota 5, pág. 191.

⁷ Saavedra, *supra* nota 5, pág. 191.

cuando la manifestación de voluntad se expresa de un modo completamente involuntario, por no haberse querido ni la declaración ni su contenido; cuando se formula una determinada manifestación de voluntad de manera consciente y libre pero ignorando la real extensión de su significación; cuando el error se configura como un supuesto relacionado con el reparto de ciertos riesgos del negocio; cuando se tiene una equivocada representación de aquellos hechos o circunstancias que determinan la formación de voluntad; cuando se yerra en los presupuestos de hecho que se requieren para la aplicación de una determinada normativa, beneficio o sanción; entre otros.

El ordenamiento jurídico reconoce al error como una circunstancia ‘natural’, ‘inherente’ al actuar del hombre, lo cual debe entenderse que puede tener lugar sea que éste actúe como individuo, como grupo, como órgano.

En cuanto a los efectos del error, por otra parte, podemos decir que existen diversas disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico que nos llevan a concluir que el legislador está consciente de esta latente circunstancia, y de que incluso es conveniente, en algunos casos, concederle al acto en que tiene lugar el error iguales efectos como si fuese válido. Si entendemos que el derecho, el deber ser, es un conjunto de normas que tienen por objeto regular la convivencia de los hombre en sociedad, el ser, aparece como absolutamente indispensable que se contemple la posibilidad de error que tengan los individuos particulares, los grupos, los órganos del Estado, entre otros, en las diversas ramas del ordenamiento jurídico, disponiendo conjuntamente, una consecuencia jurídica o una solución a ello.

3. El error en la manifestación de voluntad

Bien sabemos que en la vida jurídica actuamos ya como personas naturales, con lo cual el derecho atribuye a nuestros actos ciertos efectos que se radican en nuestro patrimonio, ya a través de entes ficticios, llamados personas jurídicas, a los cuales el derecho les reconoce cierta aptitud de poder generar efectos jurídicos de su actuar. Sin embargo, esta ficción no es absoluta: personas naturales y personas jurídicas obran siempre a través de seres humanos, quienes conllevan la posibilidad de errar.

El Director del Servicio Nacional de Pesca concede a una persona jurídica un permiso de pesca en determinado lugar y con

determinada cuota de captura. El Intendente entrega también a una persona una bonificación por una inversión que había esta realizado en una zona determinada. En el primer caso, dicho permiso no debió haberse entregado, pues la nave que efectuaría la pesca del recurso no cumplía los requisitos legales para ello. En el segundo caso, tampoco procedía dicha bonificación, pues la inversión efectuada no era de aquellas que permite su premio.

Dos errores de la Administración. En el primer caso la nave pesca un recurso hidrobiológico de forma ilegal; en el segundo, la sociedad goza de una bonificación sin haber tenido derecho a ella. Mal día para el administrador, volverá a casa sintiéndose mucho más hombre que ayer.

4. El control del error

Nuestro ordenamiento jurídico no podía estar ajeno a la existencia de error. Para minimizar sus efectos perjudiciales ha tejido, a lo largo del cúmulo de decisiones de los poderes públicos, una vasta red de controles con el objeto de perfeccionar al máximo la manifestación final de potestad pública. Las leyes están sometidas a la revisión de dos cámaras y eventualmente a un Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema. Las resoluciones judiciales, a la posible revisión de tres tribunales, que, con mayor número de integrantes y mayor experiencia examinan los posibles errores de interpretación en que pudo haber incurrido el tribunal inferior. Los actos administrativos no podían estar exentos de este control. Al interior de la Administración existen diversos controles como los desarrollados por las fiscalías internas de los servicios o por la misma Contraloría General de la República, y fuera de la Administración estos actos pueden ser controlados por los Tribunales de la República.

Toda esta red de controles tiene un solo objeto: reducir al máximo el error y entregar las mayores posibilidades de que la actuación pública se ajuste al sistema de legalidad vigente, o, lo que es lo mismo, se conforme con el ordenamiento jurídico vigente. De esta conformidad se deducen las mayores bondades de la decisión pública. La razonabilidad en el actuar, la conformidad con los principios lógicos de la decisión, la eficacia en la utilización de los recursos, la eficiencia en el manejo de ellos, etc., representan claros objetos plasmados en el principio de juridicidad.

De esta manera, sólo el acto legal será protegido por el ordenamiento jurídico, y su forma de protección está dada en la asignación a dicha manifestación de voluntad de efectos perseguibles finalmente a través de la fuerza pública.

Si bien las decisiones de cada poder podrán ser afortunadas o desafortunadas en determinadas circunstancias, la verdad es que al menos nunca podrán ser ilegales, pues constatada que sea dicha contravención con el ordenamiento jurídico, aquella actuación no habrá sido jamás amparada por el ordenamiento jurídico debiéndose eliminar cualquier situación de hecho que tenga como título de existencia dicho acto inválido.

Por otro lado, la constatación del error no puede nunca ser sanción para aquel que en él incurrió. Y ello debido a que la noción de sanción está siempre ligada a la existencia de falta o culpa, la cual no se da en los supuestos de error. De esta forma la ejecución de los controles sólo devuelve la legalidad al cúmulo de órdenes públicas vigentes. Así no se sanciona al tribunal al cual se le ha revocado su decisión, en determinado caso, por ser considerada ilegal⁸, o a nuestros representantes del poder legislativo luego de aprobar un proyecto de ley o una ley declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional o por la Corte Suprema respectivamente. De igual modo, tampoco se sanciona a la Administración cuando se constata que uno de sus actos se encuentra en contravención a la ley.

Y esta inexistencia de sanción tiene desde luego una razón explícita: No puede existir perjuicio en la invalidación de una decisión ilegal toda vez que la situación de hecho que se soportaba en aquella decisión no ha podido producir efectos jurídicos.

El ordenamiento jurídico no soporta ilegalidades⁹, por lo que, constatadas éstas, deben cesar.

En materia civil, por ejemplo, diversas normas establecen formas de corrección al error, las cuales no generan de forma alguna sanción a su actor. El Art. 2295 del Código Civil, a propósito del pago de lo no debido, establece una norma básica para la regulación del error. Prescribe que “si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho a repetir lo pagado.”

⁸ Salvo si supuestos delictuales.

⁹ Debido a su estructura de coherencia en cuanto no puede lógicamente coexistir dos órdenes contradictorias.

Dicha norma refleja la intencionalidad en el tratamiento del error y en el control que de él harán los tribunales en el ejercicio de sus facultades de jurisdicción. Así, no es posible sancionar la ilegalidad de otra forma que mediante la declaración de privación de efectos del acto causante de la situación de hecho. En ese mismo sentido se encuentran los Arts. 386, 667, 668, 706, 1058, 1351, 1713, 1782 y 2297 de dicho cuerpo legal. Esta forma de control será siempre carente de sanción, la cual sólo procederá en aquellos casos en que propiamente no se esté ante un claro supuesto de error. En este sentido, por ejemplo, el Art. 1468 del Código Civil sólo priva de la acción restitutoria cuando, a sabiendas, se ha actuado o contratado con objeto o causa ilícita¹⁰.

5. La nulidad y la invalidación

Dos grandes formas de constatación de la invalidez reconocen la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Estas formas clasifican los dos tipos de actos que determinan esta privación de efectos jurídicos. Así, la invalidez puede ser constatada a través de un acto jurisdiccional o a través de un acto administrativo.

La primera es conocida simplemente como nulidad o en nuestro derecho se le ha tendido a llamar la nulidad de derecho público con el objeto de diferenciarla de la nulidad privada. Esta nulidad es declarada por una sentencia judicial.

La segunda es conocida como invalidación en sentido estricto. Ella es declarada por un órgano administrativo, normalmente, el mismo que dictó el acto administrativo a invalidar.

A este último concepto debemos oponer el de revocación que posee un contenido doble. Podrá existir revocación cuando a través de un acto administrativo (normalmente discrecional) se priva de efectos a otra actuación en razón de mérito, o también existe revocación, cuando en una instancia administrativa (en el conocimiento de un recurso administrativo) se declara la privación de efectos motivada tanto por mérito como por ilegalidad. En este último caso, es necesario prevenir que el acto administrativo no se encuentra com-

¹⁰ Y en este sentido la expresión a sabiendas significa "un conocimiento real y efectivo de la ilicitud del objeto o de la causa por parte del que cumple la obligación" Alessandri Besa, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, Ediar Editores, T. II, pág. 1096.

pleto en su formación, o, utilizando lenguaje procesal, no está firme, por lo que más que una invalidación propiamente tal es una mera revisión.

Sin embargo, es necesario tener presente que los conceptos aludidos no son siempre respetados, existiendo diversos autores que, por ejemplo, a la invalidación le llaman revocación por ilegitimidad¹¹.

Nulidad e invalidación suponen un acto firme que se encuentra produciendo, en forma aparente (desde el punto de vista de la sentencia anulatoria), efectos jurídicos y el cual adolece de una ilegalidad en su generación.

II. SEIS ALCANCES EN MATERIA DE NULIDAD E INVALIDACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Del estudio de la nulidad y la invalidez efectuado por nuestra doctrina y jurisprudencia pueden deducirse determinados puntos de quiebre lógico que es necesario abordar al momento de desarrollar una teoría general de las nulidades públicas o al momento de legislar sobre ellas.

1º. Efectos temporales de la validez e invalidez

La primera interrogante que es dable plantear dice relación con la reacción temporal ante un evento de invalidez y con los posibles efectos de aquel acto, luego de ser declarado inválido.

Válido para el derecho da a entender que el acto que goza de dicha característica produce efectos jurídicos firmes. Válido es existente jurídicamente, pues bien es sabido que los actos no son sino sus efectos. La invalidez nos entrega la idea de constatación de ausencia de los efectos jurídicos del acto, es decir, de su inexistencia para el derecho y, por ende, la constatación firme de que las transferencias o reconocimientos que de él se hicieron no se encontraban apoyadas por el ordenamiento jurídico vigente. Un acto inválido es un acto sin efectos, sin vida, inerte.

Por otra parte, muchos actos humanos pretenden nacer a la vida del derecho rodeándose de una apariencia de validez, aparien-

¹¹ En este sentido Estrada, Juan Ramón de, citado por Comadira, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio del acto administrativo*, Astrea, 1981, pág. 56.

cia que se muestra en el acatamiento primero de los presuntos efectos de él o, lisa y llanamente, en el cumplimiento de dicho acto de los requisitos formales que para ellos se prescriben¹², mas, por su carácter de inválido lo priva de su esencia, esta es, la de producir la asignación de un efecto jurídico.

Son, entonces, estas actuaciones, verdaderas apariencias de actos. ¿Debemos entonces resistirnos a ellos? Mucho se ha escrito sobre esto y desde el punto de vista del derecho público diversos autores han pregonado la posibilidad que los administrados puedan resistirse ante el acto ilegal.

La pregunta tal vez debiera ser la siguiente ¿Podemos resistirnos legalmente a ellos? Creemos realmente que dicho tema no resulta interesante desde el punto de vista jurídico, aun cuando de seguro lo puede ser desde la perspectiva ética¹³. Jurídicamente sólo nos interesa determinar si un acto jurídico produce o no efectos, por ende si este existe o sólo resulta ser una apariencia de tal. Dicha declaración de validez sólo puede, en forma final, ser pronunciada por un Juez, o, por la propia Administración a través de una anulación no impugnada judicialmente. El primer caso es verdadera expresión de la coactividad jurídica en cuanto el tribunal pronuncia

¹² De más está decir que desde el punto de vista sicológico el cumplimiento de las formalidades es una poderosa forma de obtener una presunción de validez y por tanto de acatamiento o reconocimiento de los presuntos efectos jurídicos que emanan de aquel acto "perfecto". De ahí que las primeras figuras de nulidad estén configuradas precisamente por el incumplimiento de las formas o solemnidades establecidas por el derecho o la costumbre para la existencia de un acto jurídico. Y aquí puede verse que los conceptos de inexistencia o nulidad no son sino sinónimos.

¹³ Cómo olvidar aquellas plegarias de Antígona cuando responde a las preguntas de Creonte sobre la razón de, aun de haber sabido la obligatoriedad de sus decretos, atreverse a transgredirlos. "No fue Zeus el que los ha mandado a publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses" (Sófocles, *Antígona*, 450, Gredos, pág. 93). O de contrario la razón de la obediencia ciega a la Ley en Platón cuando Sócrates le explica a Critón las razones por las cuales no aceptará su propuesta de fuga de la prisión: "Si cuando nosotros estemos a punto de escapar de aquí, o como haya que llamar a esto, vinieran las leyes y el común de la ciudad y, colocándose delante nos dijeran: Dime Sócrates, ¿qué tienes intención de hacer? ¿No es cierto que, por medio de esta acción que intentas, tienes el propósito, en lo que de ti depende, de destruirnos a nosotras y a toda la ciudad? ¿Te parece a ti que puede aún existir sin arruinarse la ciudad en la que los juicios que se producen no tienen efecto alguno, sino que son invalidados por particulares y quedan anulados?" (Platón, *Diálogo de Critón*, 50b, Gredos, pág. 70).

Sin embargo, sí podrá tener importancia desde la perspectiva de la filosofía jurídica en cuanto a la eficacia del derecho como presupuesto indudable de su propia existencia. Y en esto las escuelas realistas mucho ya han hablado.

decisiones que producen acción y excepción de cosa juzgada. El segundo caso, ante la imposibilidad de impugnación, genera para el administrado una ejecutividad permanente del acto administrativo.

En un contrato de tracto sucesivo, por ejemplo, ambas partes suponen cumplir las obligaciones que voluntariamente desearon adquirir. Podrá, sin embargo, advenirse el día en que una de ellas sorprenda la ilegalidad. Y ¿será legal su resistencia? No es posible saberlo, mas sí presuponerlo, salvo cuando aquel tercero imparcial diga claramente el derecho. Si el contrato era válido, su resistencia habrá sido ilegal y por ende deberá fingir que cumplió correctamente, indemnizando todos los perjuicios causados. Si el contrato era ilegal, su resistencia estará conforme. Nadie está obligado a cumplir actos cuyos efectos no son asignados por el ordenamiento jurídico.

Ante un acto jurídico público sucede lo mismo, aceptamos las normas en cuanto son dictadas de una determinada forma, cumpliendo con ciertos requisitos, por determinados funcionarios y un contenido de fondo conforme al ordenamiento jurídico.

En ambos casos podrá pensarse en una presunción de legalidad, toda vez que las partes cumplen o acatan las obligaciones impuestas. Sin embargo, entre ellas existe una clara diferencia. En el segundo caso el Administrado está sujeto a un acto administrativo ejecutable por la propia Administración. Ella podrá, claramente, forzarlo a cumplir la orden, por lo que su voluntad de resistencia carecerá de toda importancia. Suponer que el particular puede resistirse al cumplimiento de un determinado acto administrativo no pasa sino por imaginar un eventual supuesto de hecho, pero nunca podría tener su resistencia consecuencias jurídicas.

De hecho, uno de los grandes problemas que se discuten en materia de nulidad de derecho público radica en si esta nulidad opera o no de pleno derecho. Algunos se pronuncian de forma favorable sosteniendo que "el acto nulo no puede producir efecto alguno como acto jurídico estatal desde el momento en que no puede ser imputable al Estado, como ordenamiento jurídico, porque ha sido dictado fuera de ese ordenamiento con infracción de las normas jurídicas"¹⁴. Otros, de contrario, sostienen que dicha nulidad no puede operar de pleno derecho, debido, principalmente, a la existencia

¹⁴ Bernaschina G., Mario, "Bases jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas", en *Boletín de la Contraloría General de la República*, año 1950., T. II, pág. 401 y siguientes.

de la llamada presunción de legalidad de los actos administrativos. “El acto administrativo –sostiene Silva Cimma– no puede entenderse nulo de pleno derecho, porque, en el derecho chileno, tiene un carácter orgánico formal y que goza de la presunción de legalidad mientras no sea declarado nulo. Lo contrario llevaría a la anarquía dentro de la Administración del Estado, puesto que cualquier funcionario al cual gravara el acto discutiría la competencia del Primer Mandatario, con lo que el principio de jerarquía se desnaturalizaría”¹⁵.

Sin embargo, la verdad es que ambas discusiones no resultan justificadas desde el momento que ambas producen idénticos efectos jurídicos. Los actos administrativos pueden producir efectos sociales, desde el punto de vista que la población considera tolerable y justificada la situación jurídica presuntamente construida. Mas, la certeza de si esos efectos sociales están o no tutelados por el derecho, es decir, si son posibles de ser protegidos en juicio, es una declaración que siempre requiere una resolución judicial que “actúe” la norma jurídica. Así, la nulidad será de pleno derecho desde la perspectiva de la sentencia que declaró la invalidez, mas, mientras ésta no se avenga, aquella situación cuya base es sostenida en el acto administrativo será perfectamente ejecutable a través de la fuerza.

La razón de ser de estos efectos respecto de la Administración está dada, al decir de algunos autores, por la llamada presunción de la legalidad de los actos administrativos en virtud de la cual el acto administrativo se presume legítimo mientras el juez no indique lo contrario.

Sin embargo, creemos que la verdadera razón de estos efectos no es propiamente la de una presunción de legitimidad. No es que el acto se presuma eficaz hasta que no se declare nulo. La verdad es que lo que importa es que el acto resulta ejecutable por la propia administración en virtud de ser una decisión adoptada en ejercicio de potestad pública. “Los actos administrativos –sostiene García de Enterría y Fernández– son, además, inmediatamente eficaces y la administración puede, incluso, materializar esa eficacia imponiendo la ejecución forzosa de los mismos, sin esperar a que se resuelva sobre su validez, en el supuesto que ella haya sido cuestionada”¹⁶. En este entendido poco importa la discusión entorno a las preten-

¹⁵ Silva Cimma, Enrique, citado por Reyes, *supra* nota 1, pág. 101.

¹⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, 1977, T. I, pág. 400.

siones de beneficiados o terceros acerca de la validez de un acto administrativo, toda vez que éste se ejecuta *in actum*. Así, sólo la declaración de invalidez dictada por el tribunal competente o la invalidación propia del acto administrativo privarán al acto de su eficacia¹⁷ y perderá aquella ejecutoriedad pudiendo, por ende, incumplirse. Aquí entonces eficacia no será lo mismo que legalidad sino que solo de fuerza. Desde la sentencia invalidatoria, dicha fuerza se habrá ejercido ilegítimamente, por lo que, ante el hecho de haberse ocasionado daños, deberá acogerse la respectiva indemnización de perjuicios¹⁸.

2º. Vigencia de la invalidación en el ordenamiento jurídico nacional

Tal vez la más importante de las dudas que hoy afectan al tema de la invalidez de los actos administrativos es la de la propia vigencia, en nuestro ordenamiento jurídico, de la potestad invalidatoria de la Administración del Estado.

Ya en el año 1988 Soto Kloss la consideraba como absolutamente improcedente. Basado en la estabilidad de los actos administrativos, en la proscripción de la autotutela y en la imposibilidad de afectar garantías constitucionales sostenía que dicha facultad no le pertenecía a la Administración del Estado. Por otro lado, la inexistencia de una norma que entregue dicha facultad a la Administración, en un sistema público donde solo puede ejecutarse aquello para lo cual se ha expresamente facultado, era la más fiel prueba que el legislador no la ha contemplado de forma alguna.

Otros han sostenido que ella es procedente y que en estos casos no existe autotutela, atendido el hecho que existen diversos medios para impugnar estas decisiones anulatorias. Además, el hecho que la propia Ley 18.575 establezca que podrá siempre interponerse la reposición, ella contiene un reconocimiento expreso de la potestad invalidatoria. Ello se ve reforzado en cuanto a que la norma del Art. 38 inciso 2 de la CPR solo habilitaría a los lesionados a

¹⁷ Y en esto la norma administrativa reconocida en múltiples ordenamientos que indica que la interposición de recursos administrativos no suspende la ejecución del acto impugnado, salvo que expresamente se decida lo contrario por la autoridad llamada a resolver la controversia.

¹⁸ En el entendido que la declaración de ilegalidad es la acreditación manifiesta de la existencia de falta de servicio o culpa administrativa.

recurrir contra la Administración de lo cual se deduciría que se le excluye debido a que pueda ella misma anular sus actos. Además no existiría autotutela debido a que la invalidación estaría insertada dentro de un procedimiento administrativo perfectamente impugnabile, en defensa de los derechos infringidos, ante la Justicia ordinaria.

Finalmente otros fundan la existencia de potestad invalidatoria precisamente en el argumento más acabado de la doctrina contraria. Para ello es la autotutela administrativa entendida como “aquella parte de la actividad administrativa con la cual la misma Administración Pública provee a resolver los conflictos potenciales o actuales que surgen con los otros sujetos en relación a sus actos o pretensiones, esto es, definitiva, la capacidad de poder hacerse justicia por sí misma”¹⁹, la que justifica la existencia de dicha potestad. Señala Marín que esta facultad “se explica por un sistema posicional de amplia autotutela en el mundo jurídico, en el que la Administración está habilitada como sujeto de derecho para resolver por sí sola sus propias situaciones jurídicas, sin hallarse afecta a la necesidad común a los demás sujetos de recabar la tutela judicial”²⁰.

El argumento acerca de la imposibilidad de invalidar la Administración sus propios actos por ausencia en el ordenamiento jurídico de una norma que la faculte para ello ha movido a Comadira a señalar que dicha ausencia “no puede ser válidamente interpretada, por ende, en un Estado de Derecho, como circunstancia argumental para demostrar su improcedencia, y debe afirmarse, por el contrario, que sólo ante la presencia de una norma específicamente prohibitiva de tal posibilidad podría justificarse una conclusión de esa índole”²¹.

Nuestra jurisprudencia ha hecho eco de esta misma discusión doctrinal. Diversos son los fallos que en un primer momento rechazaron la existencia de la potestad invalidatoria²².

En *Carrasco Vivanco con INP*²³ se resume de gran forma la posición por la cual se proscribe la potestad invalidatoria por incurrir en una autotutela ilícita e infracción al juez natural²⁴. En los

¹⁹ Bocanegra Sierra, citado por Comadira, *supra* nota 11, pág. 37-38. En lo que el derecho francés denomina *privilège de préalable* o privilegio de decisión ejecutoria.

²⁰ Marín, *supra* nota 1, pág. 51.

²¹ Comadira, *supra* nota 11, pág. 47.

²² Algunos de ellos citado por Soto Kloss, “La invalidación...” *supra* nota 1.

²³ CA Santiago, 4, noviembre, 1994, en *Gaceta Jurídica*, N° 173, pág. 44.

²⁴ Entendiéndola de la misma forma como si fuese un problema entre particulares. En este sentido de autotutela vid. CA Concepción, 13 de marzo de 1998, en *Gaceta Jurídica*, N° 214, pág. 28.

hechos se trataba de un recurso de protección en contra del acto administrativo que anulaba otro acto con el cual se había concedido una pensión de vejez. Después de varias fiscalizaciones practicadas por la Dirección del Trabajo, se concluyó por la Superintendencia de Seguridad Social que no le asistía derecho a la recurrida para gozar de pensión.

Indica el fallo “que cabe determinar si es posible que con un acto unilateral, tomando sin consultar al afectado y si dar cumplimiento al principio de la bilateralidad de la audiencia, el Instituto recurrido pudo dejar sin efecto su propio acto administrativo por el que ha reconocido a una persona el derecho a percibir una pensión jubilatoria”.

“Que la jubilación está consagrada como un derecho de carácter patrimonial irrenunciable, imprescriptible e inembargable... y si de un acto administrativo como el decreto jubilatorio se genera como único efecto un derecho patrimonial a favor de un particular, no le es posible al mismo ente administrativo privarlo de tal derecho adquirido...”

En *Cordero con Subsecretaría de Marina* se incluye además otro argumento para rechazar la invalidación. Así, se indica que “el proceder revocatorio de oficio afecta el debido proceso, que la Carta Fundamental reconoce, a toda persona, que es aplicable a la Administración, por cuanto, sin audiencia de parte ni nuevos antecedentes basado sólo en un cambio de interpretación de las normas legales por la autoridad, se deja sin efecto un acto que beneficia a un tercero²⁵, funcionario de la Administración, a quien se le desconoce el derecho elemental y esencia de la defensa de sus intereses, dejando sin aplicación el principio de la bilateralidad de la audiencia”²⁶.

Sin embargo, cada día son más las sentencias que han optado por la posición de aceptar la potestad invalidatoria, posición que por lo demás también avanza en los campos de las nuevas legislaciones y del derecho comparado. Una de estas sentencias se pronunció en los autos *Pesca Chile con Subsecretario de Pesca*, en la que se

²⁵ Y aquí tercero como beneficiario del acto a invalidar.

²⁶ CA Santiago, 19, diciembre, 2001, Rol N° 984-2001. “El principio de la razonabilidad trae como consecuencia que no resulta procedente que en una relación jurídica, basada en un acto unilateral, bilateral, contractual o estatutario, reposa, según se ha dicho, en su estabilidad e inmutabilidad, puesto que si en una de las partes se radicara la potestad de revisión e invalidación, las relaciones se tornarían precarias e inestables, circunstancias que atentan contra una Administración eficiente del Estado.

indicó que “el Sr. Subsecretario de Pesca tenía facultades para invalidar el acto administrativo, fundamentó la resolución calificada como abusiva tanto en la ley como en disposiciones reglamentarias que aparecen vigentes, y tomó, además, la precaución de consultar al organismo contralor encargado de velar por la legalidad de tales actos y, luego de haber recibido respuesta positiva, procedió a invalidar la primitiva autorización...”²⁷. En otro fallo ligado a materia pesquera caratulado *Pesca Chile S.A. con Fisco de Chile* se indicó que “Si un acto administrativo contiene errores, anomalías o irregularidades que lo hicieran compatible en todo o parte con la juridicidad, por atentar contra el principio de legalidad, por desvío de poder, por vulnerar el objeto del acto administrativo o por prescindir de la capacidad del órgano actuante, ello traería aparejada la nulidad que prevé la propia Constitución Política del Estado.

“Además –prosigue– el Estado está en el deber de revisar no solo *ex ante*, sino también *ex post* la regularidad de sus actos, entendiendo por tal su conformidad con el derecho atingente, justamente porque a él le incumbe colmar el vacío de su propia ilicitud y, en ese sentido, no es acertado dejar en suspenso la autotutela saneatoria por la vía de supeditarla al advenimiento de una sentencia jurisdiccional que, en exclusiva, a declarar la realidad de los vicios”²⁸. En el mismo sentido expresó la Corte de Apelaciones de Santiago en los autos *Madrid Barros, Emilio y otros con Fisco de Chile* en cuanto a que “el Estado estaba en la obligación de desconocer lo que contra el derecho público se había erróneamente gestado, ello sin distinción de plazo ni caducidades, así como indistintamente, oficiosamente o/ a petición de parte”²⁹.

Una de la resoluciones en las que se observa mayor rigor científico en el tratamiento de la problemática tratada es *Vjeruska con Director de Obras de Municipalidad de Viña del Mar* en la cual se indicó que “la autoridad administrativa puede retirar sus actos, si verifica posteriormente que su legitimidad adolece de vicios, atendida la potestad de que está investida dicha autoridad para dictar actos administrativos, esto es, emitir declaraciones unilaterales de voluntad conducentes a cumplir el cometido estatal de atender necesidades colectivas y que encierra la de invalidar los actos contrarios al

²⁷ CS, 9 de julio de 1993, en *Revista Fallos del Mes*, N° 416, pág. 433.

²⁸ CA Santiago de 31 de enero, 2001, Rol N° 2.550-97.

²⁹ CA Santiago, 4 de enero de 2001, Rol N° 2.353-00.

ordenamiento jurídico, en uso de un poder de autocontrol jurídico inseparable de esa función. Además, que dicha potestad no coloca a los afectados en indefensión porque la nueva decisión administrativa puede ser impugnada mediante los recursos administrativos o jurisdiccionales que consulta al efecto la normativa vigente”³⁰.

Esta nueva tendencia se ha visto por lo demás reflejada a través de la proposición de un proyecto de ley que expresamente contempla la potestad invalidatoria de la Administración del Estado. Así, expresa el Art. 54 del Proyecto de Ley que establece plazos para el procedimiento administrativo y regula el silencio administrativo³¹ que “la autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los cuatro años contados desde la notificación o publicación del acto. El acto invalidatorio será siempre impugnable ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario”. Esta potestad es, por lo demás, considerada en las legislaciones comparadas como la española, francesa entre otras.

Así las cosas la imposibilidad de la procedencia de la invalidación comienza a ser descartada, en resumen, por cinco tipos de grupos de errores:

- a) Pretende sancionar a la Administración por su error al imposibilitarla de invalidar su acto ilegal. Así expresa Soto Kloss que “no le es posible a la Administración y a sus órganos invalidar sus resoluciones o actos que han producido efectos jurídicos para sus beneficiarios de buena fe, aun en el supuesto de que se hubiere incurrido en un error por parte de la autoridad al dictarla, pues a raíz de ellas éstos adquieren derechos que se incorporan a su dominio y se encuentran, por ende, amparados por la propia Constitución (Art. 19 N° 24) y protegidos por ella a través del recurso de protección”³². En

³⁰ *Infra nota* 46, pág. 2233. Citando a Olguín destaca el Cons. décimo que, “en el Estado de derecho, la Administración debe observar la ley y ajustar su actividad a los términos en que la hace procedente el ordenamiento jurídico. La mantención de los principios de juridicidad y de razonabilidad constituyen entonces la causa de la invalidación. Son los vicios del acto administrativo los que mueven a la administración a extinguirlos, restableciendo el imperio de la norma quebrantada”.

³¹ Boletín 2594, texto contenido en el Informe de las Comisiones de Gobierno, Descentralización y Regionalización y Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Unidas.

³² Soto Kloss, “La invalidación...”, *supra nota* 1, pág. 162.

este mismo sentido expresa un fallo que “si el acto administrativo ilegal ha producido efectos y han ingresado al patrimonio de terceros de buena fe, ya que los errores de la Administración deben ser soportados por ella misma y jamás cargados a terceros enteramente ajenos a su torpeza y además, habiéndose producido los efectos jurídicos del acto administrativo defectuoso, dichos efectos devienen en adquiridos y por lo tanto protegidos por la propia Constitución, artículo 19 N° 24, pues para sus beneficiarios constituyen un derecho de propiedad”³³. Sin embargo dichos argumentos deben ser abandonados toda vez que, como hemos expresado, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una proscripción sancionada del error, sino por el contrario se han creado diversas formas para revertirlos y superar así la ilegalidad retornando al ordenamiento la legalidad perdida, otorgando así la debida coherencia al ordenamiento jurídico.

- b) Considera como límite a la potestad invalidatoria derechos adquiridos que no son tales por cuanto el acto impugnado es precisamente el que les serviría de causa. Así, al considerar un acto inválido, este no ha podido generar efectos jurídicos, y si existe una situación de hecho soportada en él, debe hacerse desaparecer restituyendo las cosas al estado de no haberse ejecutado acto alguno.
- c) Considera su imposibilidad al no existir norma expresa, examinando más que restrictivamente las potestades públicas, pues, como se ha examinado, sólo si existe prohibición de invalidación ella debe ser descartada, mas, si ella no existe, la satisfacción de las necesidades colectivas impone la obligación de vigilancia de la legalidad.
- d) La considera como infracción a la doctrina de los actos propios, cuando bien es sabido que no puede ser opuesto como acto propio aquel que precisamente se pretende impugnar. Así es requisito necesario para esta doctrina que la conducta vinculante sea eficaz. La razón está dada según Ekdahl, en cuanto a que, “contra la conducta ineficaz o las consecuencias que de ella se derivan, puede válidamente venirse en cuanto su impugnación no es considerada por el ordenamiento como

³³ Citado por Pierry, “Nulidad...”, *supra* nota 1, pág. 94.

- una pretensión contradictoria y, por tanto, no puede ser impedida en atención a la inadmisibilidad del *venire contra factum proprium*"³⁴;
- e) La considera como una conducta autotutelar, cuando precisamente ello se da en virtud de las potestades exorbitantes de la Administración Pública como gestora del orden común y de la satisfacción de las necesidades colectivas sin obtener para ello la tutela de otro poder del Estado.

Sin embargo, como lo veremos luego, la posibilidad de ejercicio de la potestad invalidatoria se hace más dudosa en aquellos casos en que producto de la invalidación debe restituirse algo a la Administración, pues pareciera que en estos casos tanto la doctrina nacional, extranjera y la jurisprudencia tienden a pensar que en aquellos casos solo podría la Administración acudir a los Tribunales solicitando la nulidad de su acto³⁵.

3°. Tipos de ilegalidades que habilitan la invalidación

La división de vicios que afectan los actos administrativos es desde hace bastantes años una materia predilecta de los juristas, acostumbrados a efectuar distinciones. Es así como algunos ordenamientos como el español realizan una clasificación entre vicios que originan anulabilidad del acto y otros que provocan una invalidez de pleno derecho, a los que se le agrega una especie de irregularidades no invalidantes³⁶. Los primeros dan lugar a la invalidez del acto administrativo, la cual puede ser declarada de oficio tanto por la Administración como por los tribunales y no es posible sanearlos; los segundos requieren la solicitud de invalidación o para el caso en

³⁴ Ekdahl Escobar, María Fernanda, *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*, Editorial Jurídica de Chile, 1989, pág. 110. En este sentido indica una jurisprudencia del Tribunal Supremo español que "la doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos solemnemente reconocidos y consentidos, ha sido siempre bajo el supuesto de que tales actos hayan sido lícitos y permitidos por las leyes, y nunca cuando se han expresa y terminantemente prohibidos bajo pena de nulidad". En materia administrativa vid. García de Enterría, Eduardo, "La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad" en *Revista de Administración Pública*, N° 20.

³⁵ La ausencia de aquella capacidad de ordenar la restitución ha sido indicada por lo demás en variados pronunciamientos. En este sentido, CA Valdivia, 21 de abril de 1994, en *Gaceta Jurídica*, N° 167, pág. 45.

³⁶ En este sentido vid. García de Enterría y Fernández, *supra* nota 16, pág. 401.

que se pretenda su revisión de oficio por la administración y aquellos generen derechos, ello solo puede hacerse previa declaración de resultar lesivo para el patrimonio fiscal y posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por último, ciertas irregularidades de forma, por ser de escasa relevancia, no llevan aparejadas la sanción de invalidez.

Sin embargo, esta distinción acerca de la entidad del vicio de invalidez ha sido ampliamente criticada principalmente por el grado de incerteza que generan los difusos límites entre los motivos de nulidad de pleno derecho y los de anulabilidad.

Por lo demás el estudio de la diferenciación de vicios no tiene mucha importancia en materia de efectos de la invalidación, pues ellos serán siempre los mismos, es decir, con dicha invalidación siempre se perseguirá la restitución o la generación de una excepción de incumplimiento, como pronto veremos. De ahí que otros ordenamientos no realicen grandes distinciones sobre aquellos vicios, las cuales solo son desarrolladas por la doctrina y jurisprudencia para fortalecer su estudio dogmático³⁷.

Nuestra jurisprudencia ha indicado que “no es posible distinguir en nuestro derecho entre nulidad y anulabilidad administrativa, como lo viéramos en los párrafos anteriores, es absolutamente intrascendente desde el punto de vista de que no configuran vicios o irregularidades diferentes, y de que por virtud de ellas no se declaran irregularidades distintas.”³⁸. Esta misma conclusión se habría alcanzado en la formulación de nuestro proyecto de ley sobre procedimiento administrativo. En dicho proyecto —expresa Pierry— “después de mucha discusión se llegó a la conclusión, por sus redactores, que en Chile no había que hacer ninguna distinción entre nulidades de pleno derecho y anulabilidad o nulidad relativa. Es un poco como la tesis del derecho francés, o la tesis original de Patricio Aylwin, simplemente hablar de nulidad de los actos administrativos, estableciendo justamente recursos muy breves, de meses para interponer la acción de nulidad, pero se acepta la potestad invalidatoria de la Administración durante el plazo de un año”³⁹.

³⁷ En este sentido las múltiples distinciones francesas. Vid. Chapus, René, *Droit Administratif Général*, T.1, Montchrestien, 1994, pág. 862 y sgtes.

³⁸ CA Santiago, 11 de noviembre de 1998, *Allende Bussi, María Isabel con Fisco de Chile*, en *Memoria del Consejo de Defensa del Estado*, Año 1998, pág. 24.

³⁹ Pierry, “Nulidad...”, *supra* nota 1, pág. 92.

Por último, si bien la tendencia nacional es eliminar la distinción de tipos de vicios para el tratamiento de la teoría de las nulidades públicas, ella puede resultar de interés en otras atribuciones administrativas.

Así la entidad de los vicios sí tendrá importancia en el estudio de la facultad de convalidación de estos actos administrativos, en virtud de la cual a través de un acto administrativo válido se reconoce una situación de hecho (intercambio de bienes, goce de presuntos derechos, etc.) considerándola como de efectos jurídicos protegibles jurídicamente. Así, un acto jurídico al cual le faltó un trámite administrativo y que en la realidad aparece legitimando una situación de hecho (en el sentido de que aquellos a los cuales afectaría el acto válido aparecen justificando sus posiciones de hecho en virtud de dicho acto nulo) podrá ser convalidado por otro acto que pueda suplir la *ratio iuris* de aquel trámite faltante. Como se aprecia en materia de forma la problemática de la convalidación es mucho más fácil, pues aquí no hay discusión acerca de la validez de fondo del acto convalidado si es que este se ajusta a derecho.

En materia de vicios de fondo la pregunta más importante es la siguiente: ¿Puede la Administración dictar un acto válido que atribuya efectos jurídicos a un acto administrativo cuyo texto es contrario a derecho? La respuesta más que categórica debe pronunciarse por la negativa, pues no es posible forzar el ordenamiento jurídico entregando efectos a aquello que no los produce. Sin embargo a esta pregunta es necesario formular otra: ¿Puede la Administración proteger con efectos retroactivos una situación de hecho sostenida desde hace ya un tiempo? Dicha pregunta apuntará a estudiar la situación en que se encuentra una persona que ha gozado de presuntos efectos jurídicos emanados de un acto administrativo que contiene un vicio de invalidación. Dichos efectos no pueden ser jurídicos pues este acto no ha podido generarlos desde la perspectiva de la declaración posterior de invalidación, mas como bien sabemos aparece justificando una situación de hecho sostenible sin incurrir en una vía de hecho. Esto es, que si bien es cierto dicho acto no produce efectos jurídicos desde la perspectiva de la decisión anulatoria, la situación de hecho aparece protegida desde el momento de que ningún particular podrá despojar a otro de ese estado, sin incurrir en una vía de hecho, sancionable a través de los múltiples medios dispuesto por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta protección de *statu quo* solo podrá alcanzar hasta la decisión definitiva anulatoria

si es que ella existe, pues ante su no acaecimiento, la institución de la prescripción vendrá desde luego ha consolidar dicha situación de hecho. Así, esta situación de hecho, no protegida jurídicamente, sí habilitará para adquirir aquellos efectos aparentes por prescripción adquisitiva.

También podrá resultar importante la distinción de vicios de que adolece el acto administrativo en materia de aclaración de dicho acto. En este sentido prescribe el Art. 63 de la Ley sobre procedimiento administrativo que, “en cualquier momento, la autoridad administrativa que hubiese dictado una decisión que ponga término a un procedimiento podrá, de oficio o a petición del interesado, aclarar los puntos dudosos u oscuros y rectificar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y en general, los puramente materiales o de hechos que aparecieren de manifiesto en el acto administrativo”. Esta facultad, de aparente sencillez, puede generar dudas una vez que se pretende aplicar al caso concreto, sobre todo por alguna latitud en cuanto al concepto de corregir una actuación jurídica administrativa. En ello el mejor ejemplo puede observarse en las materias que abarca el recurso de aclaración, rectificación o enmienda en el derecho procesal civil.

4º. Efectos de la invalidación y de la nulidad

a) *Efectos Generales*

Tal vez en materia de efectos de la invalidación y de la nulidad de derecho público es donde menos existe tratamiento por nuestra doctrina, concentrada hasta el momento solo en su vigencia y en los motivos para la procedencia de la invalidez. En virtud de ello es que también las resoluciones judiciales que delimitan los efectos hagan suya estas incertezas indicando muchas veces soluciones contradictorias.

Una primera afirmación nos debe indicar que tanto invalidación como nulidad deben producir los mismos efectos. Ambas constatan una situación no protegible por el ordenamiento legal en cuanto asignación de efectos jurídicos. Ambas indican que un determinado acto no puede producir efectos jurídicos.

Y esto finalmente porque el efecto de ambas es uno solo: la declaración de invalidación de una actuación administrativa.

Sin embargo la declaración de invalidez no existe como tal en forma pura y simple. La verdad es que la declaración de invalidación tendrá siempre como fin y efecto el de generar la restitución de las prestaciones cumplidas productos de aquella actuación inválida o el de establecer una certidumbre de una situación en orden a generar una excepción de incumplimiento de las prestaciones presuntamente ordenadas en el acto administrativo a invalidar.

Así, restitución y excepción, no son sino los efectos de la invalidación, sin los cuales ella no puede ser entendida. Dicha formulación data por lo demás de antiguo. Así en el antiguo derecho romano la *restitutio in integrum* representaba la forma más clara de nulidad en cuanto daba el derecho de restituir a las partes al mismo estado en que se encontraban con anterioridad al acto según decisión del pretor o entregaba a la víctima una acción para acudir al juez a que determine la forma de compensar el daño efectuado, en una fórmula de ficción de que el acto no ha sido realizado⁴⁰. Así, no resulta imaginable una nulidad sin restitución, pues la idea central de la nulidad es precisamente restituir. En este mismo orden de cosas es posible encontrar en el derecho pretoriano la asignación de una *exceptio* consistente en una especie de autorización que se concedía al deudor cuya obligación estuviera viciada para rechazar el cumplimiento exigido por el acreedor⁴¹. Esta *exceptio* tiene por objeto la declaración de justificación del resistimiento al pago exigido, entendiendo precisamente que la obligación de que se trata no produce efectos válidos. Con posterioridad y precisamente para el caso que se hubiesen dado o entregado cosas en presunto cumplimiento de la obligación viciada el pretor concede una *actio* cuyo objeto primordial es precisamente la restitución de lo entregado⁴².

Es posible encontrar, sostiene Lloveras de Resk, notas comunes en estas *exceptio*, *actio* y *restitutio in integrum*, pues “en todos los casos se tendía a evitar que el acto o contrato injusto produjera los efectos que le eran propios; pero si ya había sido ejecutado, se trataba de obtener la restitución de lo entregado en virtud del acto injusto, además de otras sanciones que establecía el pretor. Es en la *restitutio in integrum* en la que se lograba más acabadamente este

⁴⁰ Véase como en ambos casos el derecho pretende construir una privación de efectos jurídicos, tratando de hacer “como si el acto no hubiese existido”.

⁴¹ Aquí encontramos la *exceptio quod metus causa* o la *exceptio doli*.

⁴² A ello puede agregarse también una pena.

propósito, ya que hacía desaparecer el acto realizado, por medio de una ficción, y se volvían las cosas al estado anterior al de la celebración del acto contrario a la justicia y a la equidad. Es, pues, en este instituto en donde encontramos el más lejano antecedente de los efectos de la sentencia de nulidad...”⁴³.

Así como los actos jurídicos no son sino los efectos, las sanciones también lo son. No es posible imaginar una sanción jurídica de papel u honorífica. Si no existen efectos, no existe sanción. No puede entonces haber nulidad sin que esta entregue la acción restitutoria o la excepción de incumplimiento de una obligación asignada. Ello además se explica por el carácter de trascendencia que requiere toda nulidad, en cuanto ella sea la única forma de eliminar el perjuicio ocasionado por la permanencia del acto viciado⁴⁴.

El Art. 1687 del CC es claro en este punto. Luego de analizar algunas situaciones constitutivas y de procedimiento de la acción de nulidad determina sus efectos: “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”.

Las situaciones en que la declaración de nulidad se separa de la restitución corresponden solo a situaciones prácticas que tiene por objeto proteger otros bienes. En este sentido los Art. 1468 y 1688. Y casi podría decirse que opera la restitución y luego es eliminada o limitada por otra sanción. Así en materia de nulidad de un acto o contrato por objeto ilícito o causa ilícita y en lo relativo a la imposibilidad de dar lugar a la restitución señala Mera que “la ley mantiene una situación de hecho que se ha producido, como una pena o castigo para aquel que dio cumplimiento a una obligación que infringe los preceptos de la ley, de las buenas costumbres y del orden público”⁴⁵, y ello sin perjuicio de la restitución que podrá exigir la contraparte que no actuó a sabiendas.

Por su parte en relación a los efectos de la nulidad con terceros el Art. 1689 señala que “la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales”.

⁴³ Lloveras de Resk, María Emilia, *Tratado Teórico y Práctico de las nulidades*, Depalma, 1985, pág. 65.

⁴⁴ Principio que alcanza su mayor realización en materia de nulidad procesal.

⁴⁵ Mera, citado por Alessandri, *supra* nota 4, pág. 1096.

Sin embargo, la obtención del cumplimiento de los efectos de la invalidación diferirá en cuanto al órgano que los hará ejecutables y cada uno de estos efectos generará un titular distinto para su destino. Así la Administración no puede ordenar y hacer ejecutar de forma propia la restitución de aquellas prestaciones dadas o entregadas productos del acto a invalidar. En este caso deberá necesariamente solicitar la nulidad-restitución a la justicia ordinaria pues ella generará prestaciones mutuas a favor o en contra de la Administración, declaración que solo puede ser tomada por un tercero imparcial. Mas, si puede generar una excepción de cumplimiento en cuanto a que dicho efecto no es sino manifestación de su contrario imperio y como tal ejecutable a través de la dictación del acto invalidatorio.

Según sea el efecto de la nulidad, distinto será el órgano que podrá declararla.

Y aquí acertada en la resolución en la cual se señaló acogiendo la potestad invalidatoria de la Administración del Estado que “la incorporación al patrimonio de toda facultad o derecho debe ser efectuado “en conformidad a la ley”: y atendida la definición del dominio, que ello no debe ser “contra la ley ni al derecho ajeno”, la invalidación de un permiso de construcción concedido con infracción a la normativa que regulaba su otorgamiento, mal ha podido lesionar ejercicio legítimo alguno de un derecho adquirido por el afectado”⁴⁶. En este sentido la Administración ha generado una invalidación de la autorización precisamente estando facultada para ella por contrario imperio, pues tanto tiene la facultad para autorizar como para denegar.

Esta es la forma que pretenden seguir algunas sentencias. Así, con el objeto de restringir los efectos de la potestad invalidatoria (solo a la generación de una excepción) dice un fallo que los efectos de la invalidación dependerían de la buena o mala fe del beneficiado con el acto inválido. Así se señala que “en el presente caso no se encuentra probado que la recurrente haya actuado de mala fe, cabe aplicar el principio de que los errores de la administración sólo son imputables a ella y no pueden afectar a terceros que han adquirido de buena fe los derechos en razón de actos administrativos viciados. Así, frente a un error administrativo debido a una mala interpretación del derecho aplicable o porque se calificaron erradamente los

⁴⁶ CS, 20 de octubre de 1999, en *Revista Fallos del Mes*, N° 491, pág. 2233.

hechos, si bien procede la invalidación del acto y, como consecuencia de ello, a la funcionaria deberá pagársele en lo sucesivo la remuneración que legalmente corresponde al grado en que ahora se le encasilló”.

“Sin embargo, ello no puede tener efecto retroactivo, de tal modo que ésta no se encuentra obligada a *devolver* las diferencias de sueldos percibidas mientras permaneció vigente el decreto N° 20-E-96, esto es, entre los meses de enero de 1996 y febrero de 1997”⁴⁷.

Esta sentencia contiene la siguiente afirmación: La Administración no puede ordenar por sí la restitución de lo que pagó en forma errónea.

Malamente la sentencia hace alusión a la buena o mala fe del beneficiado, pues ella en nada modificará la declaración de invalidación, aunque sí afectará claramente las prestaciones mutuas a ejecutar.

Sin embargo, aunque la Administración no puede ordenar la restitución, ¿significa ello que el beneficiado conserva lícitamente lo pagado en exceso? La respuesta es que no, y el mismo fallo se encarga de afirmarlo cuando indica que “la autoridad administrativa debe recurrir a los tribunales y a un procedimiento jurisdiccional idóneo para obtener la declaración pertinente, en un “juicio” contradictorio, acerca de la juridicidad o antijuridicidad del acto administrativo que ella pretende contrario a derecho”.

En resumen acoge el efecto de la invalidación en cuanto genera una excepción de pago e indica que el efecto restitutivo solo puede alcanzarse por la vía judicial.

b) *Límites a los efectos de la invalidez*

Se ha sostenido por alguna doctrina que la invalidez (principalmente la motivada por la potestad invalidatoria) tendría como límite la existencia de derechos adquiridos. Sin embargo existe una clara tendencia a sostener que estos derechos adquiridos estarían dados por la permanencia en la situación de hecho motivada por el acto nulo. Dicha argumentación debe ser expresamente rechazada. Los derechos solo se adquieren de la forma establecida por la ley como bien lo expresa nuestra Carta Fundamental en su Art. 19 N° 24.

⁴⁷ CS, 1 de diciembre de 1997, en *Gaceta Jurídica*, N° 210, pág. 55.

Mucho más categórico es Comadira cuando expresa en materia de potestad invalidatoria que “supuesto que el reconocimiento a la Administración de la potestad de anular oficiosamente sus actos, como poder inherente a su específica función de administrar, se funda en la necesidad de dar satisfacción al interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad y que, asimismo, su objeto esencial es restablecerla, directa e inmediatamente, por la eliminación de los actos ilegítimos, lo cual a su vez determina que no pueda considerársela sino como un instrumento al servicio de la autoridad administrativa para hacer aplicables, directa e inmediatamente, las consecuencias jurídicas imputadas por el ordenamiento a esa clase de actos, no es lógico, a nuestro modo de ver, que se incorpore, como dato valorable para la admisión o no de la procedencia de aquella potestad, un elemento que, como el derecho subjetivo, debe ser descartado, por inexistente, al menos en los actos viciados que se encuadren dentro de la categoría más grave de invalidez.”⁴⁸

Así las cosas, solo debe entenderse que la nulidad pierda todo su sentido e incluso, yendo más lejos, su procedencia, cuando no es posible desarrollar sus efectos por existir claros derechos adquiridos que es imposible violar⁴⁹, sobre todo porque la adquisición de estos ya no deriva de la actuación inválida sino que más bien ella emana de la intención jurídica de dar estabilidad a una cierta y determinada situación de hecho.

El premio que es entregado de forma errónea deberá ser restituido, mas, si han transcurrido los plazos de prescripción, dicha situación de hecho se cristalizará otorgándose protección jurídica en la forma de producción de claros efectos normativos.

¿En que plazo adquirirá? Sabemos que dicho acto ha sido dictado en contravención al derecho público (y como tal nulo) por lo que nunca podrá adquirir por prescripción ordinaria de cinco años, sino que requerirá la prescripción extraordinaria de diez años, debido a que para adquirir por prescripción ordinaria se requiere posesión regular, y es tal la que procede de un justo título y ha sido adquirida de buena fe. Según el Art. 704 N° 3 del Código Civil “no es justo título el que adolece de un vicio de nulidad...”. En este caso el título no es otro que el acto administrativo nulo. En términos de

⁴⁸ Comadira, *supra* nota 11, pág. 44 y sgtes.

⁴⁹ Y ello porque un acto sin efectos, no es sino apariencia de acto.

conveniencia resulta ser un plazo absolutamente excesivo, mas, existiendo solo nos toca aplicarlo.

Y aquí adquiere especial importancia el tema del saneamiento del acto nulo materia la cual debe siempre observarse desde las perspectivas de ambas partes.

Así se dice de la extinción de la acción resarcitoria que ella es temporal tanto como acción y como excepción. Si el particular puede sostener los efectos de un acto nulo, por haberse extinguido la acción para impetrar la nulidad en el mismo momento en que se adquirieron por prescripción adquisitiva los derechos presuntamente entregados por el acto administrativo, no puede pensarse lo contrario cuando dicho particular es perjudicado. Los efectos de la nulidad deben ser siempre los mismos. No puede por ende una declaración de invalidación dejar subsistentes los actos beneficiosos para un determinado particular privando de efectos a los que le perjudican.

En el fallo *Rojas con Fisco de Chile*⁵⁰ el voto de minoría del abogado integrante Francisco Merino se hace cargo de la posible contradicción que puede existir entre los efectos del acto nulo y su consideración de que la acción de persecución de la nulidad resultaría imprescriptible. Así señala que “necesario resulta hacer presente que no existe contradicción en sostener, por una parte, que la acción de nulidad de derecho público es imprescriptible y, por otra, que sea posible a quien tenga la calidad de poseedor en virtud de un título nulo, por aplicación del artículo 7° de la Constitución Política, adquirir por prescripción el dominio de la cosa que posee. En realidad, se trata de dos situaciones diferentes, la primera de ellas se refiere a la nulidad del acto jurídico de derecho público en sí mismo, susceptible de ser opuesta en cualquier tiempo que se pretenda producir efectos; la segunda, incide en los efectos ya generados por dicho acto, los que se consolidan o extinguen de manera definitiva por el transcurso del tiempo, en conformidad a las reglas generales. Esto permite conjugar de manera armoniosa la necesaria sanción legal de nulidad para aquellos actos que transgreden nuestro ordenamiento y la prescripción como arbitrario de paz social y seguridad jurídica”.

No nos queda sino disentir de dicho juicio, el cual pretende sostener la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público forzando la armonía del ordenamiento jurídico.

⁵⁰ CA Santiago, 3 de diciembre de 1998, Rol IC N° 358-96.

Sostener que una persona puede adquirir por prescripción adquisitiva el dominio de una cosa dada en virtud de un acto público nulo, no es sino atribuirle a dicho acto ciertos efectos, al momento de cumplirse determinado tiempo. Así, si por error se ha quitado una cosa a alguien entregándosela a otro, ambas en virtud de un acto público, no resulta lógico que siempre pueda anularse el primero, mas no el segundo. Acaso no existiría en ambos una intención de devolver al derecho la legalidad perdida. Y por otro lado qué tipo de nulidad será aquella que no da lugar a prestaciones mutuas.

5°. Ámbito de la Invalidación y de la nulidad

Ya hemos esbozado este problema con anterioridad cuando examinábamos los efectos de la invalidación y de la nulidad.

Dichos efectos determinarán que el titular de la declaración de invalidez sea la propia Administración para el caso de la generación de una excepción de cumplimiento o los Tribunales para el caso de pretender la restitución. Dicho orden soluciona la crucial pregunta del administrador: ¿Cuándo invalidar o cuándo solicitar la anulación?

En esta materia se ha señalado que siempre el Estado invalida sus actos. Sin embargo, en algunos casos no puede ejecutar los efectos de la invalidación por sí solo y requiere para ello la tutela jurisdiccional. En este sentido señala Comadira que esta afirmación se desarrolla dentro del concepto de “ejecutoriedad propia” de los actos administrativos. Así a su entender “el acto anulatorio, como acto administrativo que es, debe estar dotado, en principio, de “ejecutoriedad propia”, entendida ésta como la posibilidad o facultad atribuida por el ordenamiento a la Administración para disponer la realización o cumplimiento del acto, sin necesidad de requerir la intervención judicial, acudiendo, de ser necesario, a procedimientos de ejecución.” Sin embargo continúa “el principio ya enunciado precedentemente no debe obstar para que cuando la ejecutoriedad del acto anulatorio deba traducirse en una incursión forzada o coactiva de la Administración sobre la persona o los bienes del particular, el acto anulatorio, de todos modos, se emita⁵¹, aunque el ordenamiento en estos casos, enerve su ejecutoriedad propia e imponga su ejecución judicial”⁵².

⁵¹ En lo que algunos sistemas denominan “el acto declaratorio de lesividad”.

⁵² Comadira, *supra* nota 11, pág. 68.

De esta forma, la Administración del Estado, en su petición de nulidad ante el Tribunal, anularía el acto administrativo sin efectos ejecutorios, pues éstos solo se presentarán una vez que dicho tribunal así la declare.

Dicha petición de nulidad tiene en algunos ordenamientos jurídicos una etapa previa de formulación denominada procedimiento de lesividad conceptualizado como el “proceso administrativo especial cuyo objeto es la pretensión deducida por una entidad pública en relación a un acto de ella que no puede revocar *per se* y que consiste, fundamentalmente, en legitimar como sujeto activo a la Administración para demandar la anulación de actos lesivos al ordenamiento jurídico que fueran irrevocables en sede administrativa en la medida en que la “insusceptibilidad revocatoria” y la “demandabilidad” de la anulación se refieran, respectivamente, a la “insusceptibilidad de la revocatoria con ejecutoriedad propia” y a la “demandabilidad” de la “ejecutoriedad judicial” de la anulación no ejecutoria dispuesta administrativamente”^{53, 54}.

Sin embargo, esta exigencia de la declaración de lesividad se encuentra cada vez en mayor olvido. Así sostiene Parada que “en los orígenes del sistema contencioso-administrativo, este camino del proceso de lesividad era el único disponible para la Administración; después, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 reconoció a la propia administración, autora del acto, un poder directo de anulación, pero exigiendo para ello la garantía de un dictamen favorable del Consejo de Estado, con lo que disminuyó la funcionalidad del proceso de lesividad que también se mantuvo abierto a la iniciativa de la Administración. Por fin, en una tercera fase, en la que estamos, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –1992– amplió las posibilidades anulatorias directas de la Administración al suprimir el carácter vinculante del dictamen del Consejo de Estado para la anulación de los actos anulables, que pierde, además, el monopolio de esta función a favor de los organismos consultivos análogos de las comunidades autónomas; ante estas facilidades, el proceso de lesividad, aunque sigue abierto, reduce su utilidad, queda marginado”⁵⁵.

⁵³ Comadira, *supra* nota 11, pág. 69.

⁵⁴ Sobre el procedimiento de lesividad vid. García de Enterría, Eduardo, “La configuración del recurso de lesividad” en *Revista de Administración Pública*, Nº 15, pág. 109

⁵⁵ Parada, citado por Reyes, “Invalidación...” *supra* nota 1, pág. 124.

De esta forma y debido a la escasa utilidad del proceso de lesividad y al perjudicial desdoblamiento de la voluntad anulatoria administrativa es que el Estado se dirige directamente ante el Tribunal a solicitar la nulidad de sus actos cuando con ella pretende obtener el efecto restitutorio de ella.

En nuestro país no existe el proceso de lesividad, por lo que la Administración, en los casos en que pretenda una incursión coactiva, deberá interponer directamente su petición de nulidad ante el tribunal ordinario, emplazando en forma directa al o los beneficiados por él y a través de una acción ordinaria de nulidad de derecho público cuyo objeto será la declaración de nulidad del acto administrativo viciado y la restitución de aquello que haya sido entregado o dado a base de ese acto o incluso la generación (por exceso) de una excepción de incumplimiento de determinada prestación.

Diversa jurisprudencia refuerza estas conclusiones. La procedencia del juicio ordinario de mayor cuantía ha sido indicada en forma contundente en los autos *Charme con Fisco de Chile*⁵⁶. Por lo demás el Art. 3 del CPC ordena la aplicación del “procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidas a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza”. Por otra parte la misma Corte Suprema señaló en los autos *I. Municipalidad de San Fernando con Domínguez Arzola, Sonia y otros*⁵⁷ que “la acción destinada a obtener la anulación de los actos de los órganos estatales, por haber infringido el artículo 7° de la Constitución Política del Estado debe deducirse, en ausencia de un procedimiento especial, mediante una demanda en juicio ordinario”.

Sobre el tipo de acción expresó el fallo *Cordero con Subsecretaría de Marina*⁵⁸ que para dar cumplimiento al principio de bilateralidad de la audiencia “la autoridad debe recurrir a la magistratura competente, para que por medio de una acción de mera certeza o nulidad declare lo que corresponda”.

En este sentido señala *Carrasco Vivanco con INP* 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 éste determine, luego de un debido proceso y de comprobarse en él

⁵⁶ *Infra* nota 66.

⁵⁷ CS, 29 de agosto de 2000, Rol N° 3408.

⁵⁸ *Supra* nota 26.

que exista alguna irregularidad, que pudiera dar mérito a su invalidez”⁵⁹. Y dicho competente funcionario no puede ser otro que el indicado en el Art. 48 del COT, a saber Juez de Letras de ciudad asiento de Corte, en cuanto conoce en 1ª instancia de las causas de hacienda.”

La forma de la pretensión podrá presentar algunos matices. En un primer momento podría imaginarse en una acción de mera certeza. Sin embargo este tipo de acción no se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento jurídico o, al menos, existen dudas razonables acerca de su vigencia. Creemos que afectando la declaración de nulidad en forma directa al titular de la posición jurídica actual, debe dirigirse la pretensión anulatoria y restitutoria contra él.

En los autos *Oliva con INP*⁶⁰ se señala una vez rechazada la potestad invalidatoria que “para lo anterior es indispensable ante nuestro ordenamiento jurídico y, en especial, atendido lo dispuesto en el N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política, que tal nulidad debe ser alegada ante los tribunales de justicia, otorgándosele al afectado las garantías del debido proceso”. Y es así como debidamente emplazado el beneficiado del acto a invalidar, podría este ejercer todos los derechos procesales que le garantiza el ordenamiento.

Por último solo nos cabe concluir que dicha acción de nulidad pública deberá ser interpuesta por el Fisco de Chile representado por el Consejo de Defensa del Estado, el cual en virtud del Art. 3 N° 8 de su Ley Orgánica le corresponde la representación del Estado “en los asuntos judiciales de naturaleza contencioso administrativo, en que la acción entablada tenga por objeto la anulación de un acto administrativo, cuando así lo acuerde el Consejo”.

6°. Prescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público

Por último, la temática de la prescripción de la nulidad de derecho público ha sido desde luego el problema más tratado en nuestra doctrina y jurisprudencia nacional.

La doctrina ha visto enfrentadas a dos posiciones que en virtud de las disímiles características que les atribuyen a la sanción

⁵⁹ *Supra* nota 23, pág. 45.

⁶⁰ CA Santiago, 20 de enero de 1995, en *Gaceta Jurídica* N° 177, pág. 50.

concluyen soluciones diferentes. Así, Soto Kloss⁶¹ concluye que dicha acción sería imprescriptible debido a que la sanción anulatoria sería insaneable, *ab initio* y de pleno derecho y, por su parte, Pierry⁶² sostendría que la acción sería prescriptible por ser claramente una acción de declaración de derechos patrimoniales afecta a los plazos generales de prescripción.

Sin entrar con mayor profundidad en las posiciones señaladas interesa revisar la evolución que en esta materia ha tenido la jurisprudencia.

Del estudio de esta jurisprudencia pueden observarse cinco etapas bien definidas.

a) *Primera etapa. Acción prescriptible*

En una primera etapa las resoluciones judiciales consideraron absolutamente prescriptible la acción de nulidad de derecho público. Ellas no efectuaban grandes disquisiciones jurídicas sino que se limitaban a aplicar el ordenamiento civil común. Manifestación de esta tendencia está dada en el fallo *Morales con Fisco de Chile*⁶³ en donde se solicita la nulidad de un decreto supremo dictado en 1975 por el cual un funcionario fue separado de su servicio. El Tribunal acoge sin mayor fundamentación la excepción de prescripción fundada en el Art. 2515 del Código Civil.

b) *Segunda etapa. Acción Imprescriptible*

Curiosamente la evolución en materia de nulidad originó un cambio diametral en la posición sostenida hasta un momento atrás. En esta segunda etapa se consideró absolutamente imprescriptible la acción de nulidad de derecho público.

Por la aplicación del DL 77 de 1973 se originaron diversos litigios a contar del año 1995 que pretendían la declaratoria de nulidad de diversos actos público que privaron del dominio de bienes patrimoniales a personas o instituciones ligadas a aquellos partidos

⁶¹ Soto Kloss, "La nulidad...", *supra* nota 1.

⁶² Pierry, "Nulidad...", *supra* nota 1.

⁶³ CA Santiago, 4 de julio de 1994, en *Gaceta Jurídica* N° 169, pág. 68.

proscritos por el Estado. Muchas de estas acciones fueron acogidas en un primer momento⁶⁴.

En los autos *Pérsico Paris con Fisco de Chile*⁶⁵, sostuvo la Corte Suprema que “tratándose en la especie de una nulidad de derecho público, en la que se implican no sólo el interés privado del actor sino también el de la sociedad, en cuanto las actuaciones de los poderes públicos no pueden transgredir el estado de derecho, forzosamente es admitir que las reglas del derecho común no pueden tener aplicación sino cuando las normas del derecho público se remitan a ellas o cuando las normas de derecho público se remitan a ellas o cuando la naturaleza de la institución admita que el derecho público se integre con normas comunes”. Lo contrario conlleva “admitir que los actos que contravienen el artículo 7 de la Constitución Política de la República pudieren purgarse del vicio que los aqueja al cabo de cierto término, lo que pugna con el propio tenor del precepto citado en cuanto señala que tales actos son nulos y originan las responsabilidades y sanciones que la ley señale”⁶⁶.

c) *Tercera etapa. Acción imprescriptible con prevenciones*

En los fallos *Lazo con Fisco de Chile*⁶⁷ y *Texier con Fisco de Chile*⁶⁸, se llega a la misma conclusión acerca de imprescriptibilidad

⁶⁴ Cabe hacer notar que otras acciones fueron desechadas, examinando la correcta aplicación de dicho DL 77. Así en *Cossio Cárdenas Luis con Fisco de Chile* (CA Santiago, 28 de noviembre de 1997, Rol ICA N° 4957-95) se concluye que “los actos administrativos contenidos en los DS 148 y 1328, ambos de 1974, fueron dispuestos por la autoridad haciendo uso de las atribuciones que le otorga la ley y, en un caso contemplado por ella, motivo por el cual cabe concluir que los mismos no adolecen de la nulidad cuya declaración se pretende a través de la demanda...”, además “la circunstancia de que, como señala la Juez *a quo* en su sentencia, exista en el Congreso Nacional un proyecto de ley encaminado a disponer la restitución o indemnización por bienes confiscados y adquiridos por el Estado a través de determinados Decretos Leyes, entre ellos el N° 77, precisamente importa reconocer la validez de decretos como los cuestionados en este proceso, ya que en caso contrario esa ley no sería necesaria.”

⁶⁵ CS, 20, noviembre, 1997, Rol EC N° 34.087.

⁶⁶ En este mismo sentido *Abumohor Raposo Leila con Fisco de Chile* (CA Santiago, 20 de marzo de 1998, Rol IC N° 5895-95), *Charme con Fisco de Chile* (CA Santiago, 27 de abril de 1998, Rol IC N° 7449-95), *Figueroa con Fisco de Chile* (CA Santiago, 27 de abril de 1998, Rol IC N° 5916-95), *Barria Torres Luis con Fisco de Chile* (CA Santiago, 11 de junio de 1999, en *Gaceta Jurídica* N° 228, pág. 65), *Balra, Mireya con Fisco de Chile* (CA Santiago, 28 de octubre de 1996, en *Memoria del Consejo de Defensa del Estado*, Año 1996, pág. 53). También *Lazo con Fisco de Chile* (CA Santiago, 2 de mayo de 1996, en *Memoria del Consejo de Defensa del Estado*, año 1996, pág. 35), *Bussi Soto, Hortensia con Fisco de Chile* (CA Santiago, 18 de junio de 1996, en *Memoria del Consejo de Defensa del Estado*, año 1996, pág. 37) y *Brain de Diego, Lucía con Fisco de Chile* (CS, 19 de abril de 2000, en *Revista Fallos del Mes*, N° 497, pág. 452).

⁶⁷ CS, 20 de noviembre de 1997, Rol EC N° 2346-96.

⁶⁸ CS, 20 de noviembre de 1997, Rol EC N° 2478-96.

de la acción de nulidad de derecho público por inaplicación del estatuto común; sin embargo ya comienza a verse una discusión sobre la materia en análisis, toda vez que aparece un voto de minoría del Abogado Integrante Álvaro Rencoret S. quien estuvo por acoger los recursos de casación y declarar prescriptible la acción, pues las normas comunes del Código Civil “constituyen el estatuto general y supletorio por el cual se rige toda acción de nulidad, independiente de la fuente en la que se origine la respectiva acción y especialmente en casos como el de autos, en que el continente de la acción anulatoria es la Constitución Política, norma que por definición solo contiene los grandes enunciados generales, sin que sea lícito exigir que sus disposiciones se extiendan a la reglamentación de todos los aspectos de cada una de las instituciones que regula...”

Ello sin olvidar fallos que declaran lisa y llanamente la prescriptibilidad. En *Cuevas con Fisco de Chile*⁶⁹ se expresa que “la denominada acción de nulidad de derecho público encuentra su basamento constitucional en los artículos 4, 23 y 75 de la Carta Fundamental y ninguno de estos preceptos le atribuyen expresamente el carácter de imprescriptible, luego tal vacío debe llenarse por aplicación por los principios generales de derecho y, supletoriamente, del Código Civil”.

“Ahora bien, la institución de la prescripción no es ajena al derecho administrativo, toda vez que ha sido acogida en el Estatuto Administrativo (artículos 94, 152 y 155) y en otros cuerpos legales; tampoco es extraña a esta rama del derecho la seguridad jurídica, valor de primera importancia para el derecho, a cuya protección precisamente apunta la institución de la prescripción.”

“Debe precisarse, por último, que la norma positiva llamada a decidir esta discusión es el artículo 2497 del Código Civil, según el cual “las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado...”, precepto claro y vigente que este tribunal no puede abstenerse de aplicar la ley a pretexto de presunta incompatibilidad con la filosofía constitucional, lo que sería contrario al artículo 80 de la Constitución y a la esencia del principio de supremacía constitucional, que solo corresponde cautelar a la Corte Suprema.”

⁶⁹ CA Santiago, 12 de noviembre de 1998, Rol IC N° 5133-96.

Este fallo resulta transitorio toda vez que es de Corte de Apelaciones y contiene un voto de minoría que reproduce todos los argumentos de los fallos de la segunda etapa⁷⁰.

d) *Cuarta etapa. Distinción de acciones*

En una cuarta etapa se comienza a efectuar la distinción de las dos acciones ejercidas, a saber, una de declaración de nulidad y otra restitución o de indemnización de perjuicios.

Así en los casos en que en virtud de Decretos Supremos se dispuso que determinados bienes de personas pasaban a dominio del Estado, se solicitaba por una parte la nulidad de dichos decretos y por otra la restitución de dichos bienes con la consiguiente indemnización de perjuicios

En *Robles con Fisco de Chile*⁷¹ se indicaba que en la especie “nos encontramos en presencia de una acción de nulidad de derecho público, razón por la cual no se le deben aplicar las normas generales de derecho privado sobre prescripciones de las acciones, y al no existir disposición alguna que consagre lo contrario, forzoso es concluir que esta acción es imprescriptible, en atención a que no resulta aplicable la causal de extinción de las acciones y derechos de que se trata, sin que halla una norma legal que las establezca expresamente.

Sin embargo no ocurre lo mismo con las acciones de restitución de vehículos y de indemnización de perjuicios que se han deducido también por el demandante y que se hacen derivar de la acción de nulidad de derecho público antes referida, por cuanto dicen relación con los aspectos materiales y patrimoniales que pretende obtener el actor como consecuencia de la declaración de nulidad que persigue; de modo que esas acciones caen en el campo del derecho privado y, por tanto, deben aplicárseles las mismas normas sobre prescripción que contemplan los artículos 2514 y 2515 del Código Civil.”

A esta misma conclusión había llegado la Corte Suprema un poco antes en los autos *Aedo con Fisco de Chile*⁷², en donde considerando imprescriptible la acción de nulidad de derecho público

⁷⁰ De la misma forma se concluyó en el caso *Allende con Fisco de Chile* (CA Santiago, 11 de noviembre de 1998, Rol IC N° 232-96). Y el mismo voto de minoría en la causa *Inzunza Becker con Fisco de Chile* (CA Santiago, 3 de diciembre de 1998, Rol IC N° 3632-96).

⁷¹ CA Santiago, 5 de julio de 2001, Rol N° 4381-97.

⁷² CS, 7 de noviembre de 2000, Rol N° 852-00.

principalmente por la inexistencia de una norma expresa que la declarara afecta a determinado plazo de prescripción señala “que por el contrario, las acciones reivindicatoria y de indemnización de perjuicios que también se han deducido por la actora, como derivadas de la anterior nulidad de derecho público... son de evidente contenido patrimonial, pues se refieren a los aspectos materiales y monetarios que pretende obtener la actora en virtud de la declaración de nulidad que busca. De lo anterior, se deriva que su destino se condiciona de lleno a los plazos de prescripción establecidos al respecto por el Código Civil.”. Este fallo generó una interesante polémica entre los profesores Soto Kloss y Pierry, los cuales, desde sus posiciones, se refirieron a él⁷³.

Finalmente la distinción enunciada fue sostenida también en los autos *Altamirano con Fisco de Chile*⁷⁴.

Además, como en las otras etapas, también aparecen aquí algunas sentencias que acogen en todas sus partes la excepción de prescripción⁷⁵.

e) *Quinta etapa. Prescriptible*

Una quinta etapa bastante nueva comienza a aceptar la prescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público.

En los autos *Pey Casado, Víctor con Fisco de Chile*⁷⁶, la Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo por el cual el Fisco de Chile pretendía se acogiera la prescripción de la acción de nulidad, principalmente debido a que como no existe norma sobre dicha nulidad debe aplicarse en forma supletoria la normativa del Código Civil, sostiene el Tribunal “en esta materia, cabe concordar con el Fisco de Chile en orden a que no existe ninguna norma que se refiera a la prescripción de la denominada acción de nulidad de derecho público, por lo que necesariamente

⁷³ Dicha discusión se encuentra en los siguientes artículos: Soto Kloss, Eduardo, “Comentario a Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia que declara prescriptible la acción de nulidad de Derecho Público”, en periódico *La Semana Jurídica*, N° 7 y Pierry Arrau, Pedro, “Nulidad de derecho Público. Comentario a un comentario”, en periódico *La Semana Jurídica*, N° 11.

⁷⁴ CA Santiago, 9 de agosto de 2001, Rol N° 1.142-96.

⁷⁵ En este sentido *Peña Robles con Fisco de Chile*, CA de Santiago, 18 de enero de 1999, en *Gaceta Jurídica*, N° 223, pág. 97.

⁷⁶ CS, 14 de mayo de 2002, Rol EC N° 4469-00.

habría que acudir a la normativa del Código Civil sobre la materia, contenida en una institución de naturaleza similar como lo es la nulidad de las obligaciones, como sanción civil para determinados actos y contratos, celebrados en las condiciones indicadas en los artículos 1681 a 1697 del referido texto legal.” Sin embargo al no indicar el Fisco de Chile cuál de las normas sobre nulidad invoca (nulidad absoluta o relativa) el recurso es rechazado. Así, en forma indirecta comienza a considerar que la acción de nulidad de derecho público prescribe de conformidad a las reglas del Código Civil.

Por último en los autos *Bunster Jaime con Fisco de Chile*⁷⁷ la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo que examina todas las posiciones doctrinales referidas a la problemática de la prescripción de la acción de nulidad de derecho público, concluye que “lo primero que cabe puntualizar es que en estos autos se trata de una acción civil de tipo patrimonial, que busca anular un acto expropiatorio y por ende debe someterse al régimen propio de las acciones pecuniarías. Desde este punto de vista resulta aplicable en la especie el ya citado artículo 2497 del Código Civil que dispone “las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de los suyos”.

“Que precisamente en la materia que nos ocupa, cual es las acciones patrimoniales contra el Estado, excluirlas del régimen común de extinción por el transcurso del tiempo, conduciría a una inestabilidad de las relaciones jurídicas en el orden patrimonial”.

“Que desde la formación del Estado de Chile han existido múltiples acciones u omisiones que podrían ser reclamadas como ilegales y de no establecerse una clausura o prescripción de las acciones podría revertirse cualquier acto del Estado desde nuestros inicios como comunidad jurídicamente organizada, todo lo cual atenta contra una mínima estabilidad en las relaciones jurídicas”⁷⁸.

⁷⁷ CA Santiago, 8 de agosto de 2002, Rol N° 5111-97.

⁷⁸ En aquel mismo orden de ideas se encuentra el fallo *Domic con Fisco de Chile* en cuanto señala que “no solamente no hay norma positiva alguna que establezca la imprescriptibilidad genérica de la responsabilidad extracontractual del Fisco o de otra institución estatal, sino, por el contrario, el régimen jurídico nacional ha sancionado preceptos que admiten y regulan esta modalidad de extinción de las acciones indemnizatorias respectivas...” (CS, 15 de mayo de 2002. Rol N° 4753-01).

Finalmente, y a base de este desarrollo jurisprudencial que se ha relatado solo nos queda por concluir que poco a poco ha ido acogándose la prescripción de la acción de nulidad de derecho público. Este parece ser el curso que tomarán estas causas en el futuro. Y esta tendencia nos resulta natural toda vez que diversas argumentaciones lógico jurídicas la apoyan y la desarrollan, a saber:

1. La disposición del Art. 7 de la CPR no resulta suficiente para concluir que la nulidad que indica en su inciso final sea una de carácter imprescriptible. El respeto a la legalidad vigente no es una obligación privativa de los órganos del Estado. Así dicha norma en su inciso primero se refiere a que “ninguna magistratura, *ninguna persona ni grupo de personas* pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Sin embargo no es posible pensar que aun cuando el inciso final establece que “todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale” esté indicando una invalidez imprescriptible, aunque dicha norma también se refiera a la contravención a la legalidad indicada en su inciso segundo.
2. De ahí que nuestros ordenamientos civiles o procesales, por ejemplo, han establecido especiales plazos de prescripción o caducidad para casos de contravención legal sin que nadie discuta de ellos su inconstitucionalidad.
3. Incluso nuestra normativa civil considera la prescripción de las acciones anulatorias, aun cuando las normas infringidas se refieran al derecho público chileno. Así, el Art. 1462 del Código Civil señala que “hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto”. Y dicho vicio genera la nulidad absoluta cuya acción prescribe dentro de diez años.
En el mismo sentido lo dispuesto en el Art. 1467 inciso segundo en cuanto “se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al *orden público*”.

4. Desde luego el efecto propio del cumplimiento de la prescripción de la acción de nulidad de derecho público, es que esta no podrá ser acogida y por tanto dicho acto queda de alguna manera firme.

Dos materias han sido ampliamente discutidas en sede civil: Si dicha prescripción sana el acto nulo y por otro lado si lo que prescribe es solo la acción, quedando siempre la posibilidad de acoger la nulidad por la vía de la declaración de oficio del Tribunal o por la vía de la excepción.

Respecto del primer tema, mucho se ha dicho que la ratio de la prescripción es la de entregar determinada certeza a los estados patrimoniales. No deben permitirse que toda situación se encuentre en posibilidad de ser discutida en cualquier tiempo o circunstancia.

Efectivamente se sana el acto nulo. Nuevamente creemos que dicha discusión tiene escaso interés. ¿Qué es un acto nulo, sin acción para ejercer su nulidad? Los actos no son sino sus efectos, y los efectos no son sino las acciones destinadas a reconocerlos. De nada sirve un derecho si no tengo una acción destinada a motivar la coacción derivada de una resolución con autoridad de acción y excepción de cosa juzgada. Un acto nulo, sin acción, es entonces siempre un acto válido, en cuanto vive y produce efectos reconocibles ante una sentencia jurisdiccional.

5. En buenas cuentas, transcurridos 4, 5 o 10 años, según corresponda ya no interesa mucho que el particular haya contravenido el derecho público chileno o que la Administración pública haya actuado de forma ilegal; lo que interesa es constatar una situación mantenida por dicho tiempo fundada en aquella actuación a la cual por razones de certeza es necesario proteger a través de la concesión de efectos jurídicos permanentes. Nada de extraño hay en ello. Según algunos esta es la única concesión que la justicia hace a la certeza.
6. La verdad es que no es posible visualizar en nuestro ordenamiento jurídico acciones patrimoniales o de invalidación que sean imprescriptibles y aquellas que normalmente se catalogan de tales no lo son desde la perspectiva que ellas pueden ser ejercidas en cualquier tiempo porque derivan de un ejercicio sostenido de un derecho. Así tanto la acción reivindicato-

ria como la de partición puede ejercerse en cualquier momento, porque el dominio o la comunidad efectivamente existen hasta que se extingan por otro medio.

7. Cabe además tener presente que, como lo hemos indicado, no es posible imaginar una declaración de nulidad sin efectos patrimoniales directos, de forma tal que prescritas que sean aquellas situaciones patrimoniales generadas por el acto inválido la acción de nulidad perderá todos sus efectos, perdiéndose a sí misma. De ahí que los plazos de prescripción de las acciones anulatorias civiles seas cercanos, sino iguales, a los de prescripción adquisitiva de los bienes que se poseen. Por otra parte debe considerarse que las prescripciones administrativas deben ser siempre menores a los plazos de prescripción civil, pues al ser los actos administrativos de ejecución directa por parte de la Administración sus efectos alcanzan más rápidamente a los administrados debiendo presumirse en menor tiempo la intención de abandono de dicha acción anulatoria.
8. Los argumentos en favor de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público y de las indemnizatorias emanadas de aquella invalidación parecen olvidar la génesis de ellas. Conocido es que no hace mucho el Estado era absolutamente irresponsable, tanto de sus actos ilegales como de los daños que provocase, todo ello resumido en la fórmula inglesa "the King can do not wrong". Poco a poco en nuestro país se fue distinguiendo si la acción se realizaba por el Estado como si fuese un particular o en virtud de sus potestades exorbitantes. A los primeros se les llamó actos de gestión y a los segundos actos de autoridad. De los primeros se respondía, no así de los segundos. Al poco andar se abandona esta distinción y como una forma de construir un Estado de Derecho igualitario se hace responsable al Estado de todos sus actos, como si este fuese un particular. Esta fórmula es a toda luz un logro de las repúblicas modernas pues nada tienen de especial las acciones de responsabilidad en contra del Estado que las que se ejercen contra particulares, ambas son acciones patrimoniales que atañen a la reparación de daños en el peculio particular, sea en su variante de daño emergente, lucro cesante o daño moral. Nada permite fundar el privilegio esta-

tal en materia patrimonial. El Estado responde, por ende, de la misma forma que un particular. En este sentido de las cosas, se le permite al Estado ejercer actividades económicas pero como bien lo expresa nuestra Constitución ellas no se ejercerán aprovechando la Administración de sus potestades exorbitantes, “esas actividades –dispone nuestra Carta Fundamental– estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares”. Que no se piense entonces que el Estado podrá aprovecharse de sus poderes públicos. El actúa, en tanto persona que es, como cualquier otra persona.

Por lo demás no existe norma alguna en el derecho chileno que impida la aplicación del artículo 2497 del Código Civil, máxime si se piensa que dicha norma tiene como expreso destinatario al Estado cuando afirma que “las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado...”, la que por lo demás representa otra norma de entre tantas que ha puesto en pie de igualdad al Estado con cualquier otra persona.

Sostener entonces la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales que se derivan de actos nulos o de ilícitos significa colocar al Estado en una posición inferior que la de cualquier particular, lo cual a toda luz no ha sido la intención ni del constituyente ni del legislador, pues no existe ninguna norma expresa, con la claridad del artículo 2497 citado, que así lo disponga.

De ahí entonces que las consecuencias patrimoniales de su accionar están sujetas a los mismos plazos de prescripción que cualquier acción de este tipo.

Se ha sostenido que el Estado no puede estimarse como titular o beneficiario de una institución de derecho privado. Nada más alejado de la verdad jurídica e histórica. Si se ha querido que el Estado responda de la misma manera que los particulares debe aplicarse dicha normativa tanto cuando actúa como demandante tanto cuando lo hace como demandado.

La prescripción a contrario de lo que se ha expresado por algún autor no es una institución en esencia contraria a la justicia, ella no es sino la declaración de una voluntad presunta en cuanto a no ejercer un derecho. La prescripción resulta ser una institución estabilizadora de las relaciones patrimoniales que posibilita una convivencia sana y segura. ¿Acaso sería justo que los derechos pudiesen estar en la constante incertidumbre de que se prive el derecho de mi

antecesor? ¿Acaso sería justo que el poblador de la provincia de Magallanes que ha labrado su tierra a lo largo de años se viese privado de ella por la declaración de nulidad del acto administrativo de entrega de dichas tierras a su antepasado colonizador?

Del modo más apropiado fue redactado el Art. 2497 citado en cuanto a que las normas de prescripción se aplican igualmente *a favor*, es decir, cuando el Estado obtenga con ellas, pero también *en contra*, es decir, cuando sea el particular el beneficiado. No puede pretenderse la vigencia de un sistema que solo actúe en contra del Estado sino que debe exigirse un sistema que resulte principalmente igualitario, pues no se observa elemento alguno que justifique la pretendida desigualdad.

La prescripción de las acciones patrimoniales derivadas de actos públicos no puede considerarse vil doctrina que ha dañado a particulares indefensos. Debe ser considerada como la muestra más clara de la vigencia de un Estado de Derecho, en donde el propio Estado, custodio del orden público y de la administración social y política se somete a las mismas normas que cualquiera de los administrados.