

El principio de la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística

Camila Boettiger Philipps

Abogada, Licenciada y Doctoranda en Derecho

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Profesora de Derecho Ambiental y Recursos Naturales

Profesora Investigadora, Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

El objetivo del presente trabajo¹ es analizar la jurisprudencia de la Contraloría General de la República (en adelante "CGR") sobre el principio de la buena fe, extraída de dictámenes de dicho organismo pronunciados en materias de Derecho Urbanístico.

El interés de realizar esta investigación surge al constatar el uso por parte del organismo contralor de un principio consagrado normativamente en un cuerpo legal de Derecho Privado, como lo es el Código Civil, pero no explícitamente en normas de Derecho Administrativo, y tampoco de manera específica en la rama especial del Derecho Urbanístico. A pesar de este vacío normativo, en casos relacionados con permisos de construcción y modificaciones de planos reguladores, propios del Derecho Urbanístico, la CGR ha utilizado normas del Código Civil;² y basándose en el principio de la buena fe, en la seguridad jurídica y la protección de la confianza de terceros ajenos a la Administración, lo ha adoptado como un principio de derecho público, exhibiendo un claro criterio en el sentido de evitar la invalidación de actos administrativos contrarios a derecho cuando al amparo de éstos se hayan consolidado situaciones jurídicas³ en terceros de buena fe.

¹ Quisiera agradecer la valiosa labor de mis ayudantes de investigación, Camila Rodríguez Stehn y Nicolás Galli Burroni, en la preparación de este trabajo.

² Varios dictámenes de la CGR citan directamente el artículo 707 del Código Civil, tomando la presunción de la buena fe como un principio general y exigiendo la prueba de la mala fe para desestimar la presunción: Dictámenes CGR N° 31.636/2001, N° 12.272/2002, y N° 16.238/2007.

³ Más adelante se precisa el término de "situaciones jurídicas" que utiliza la CGR, y sus implicancias.

En vista de lo anterior, y por la forma en que la CGR analiza los casos, vale preguntarse: ¿Es la buena fe realmente un límite a la invalidación o es más bien un requisito para analizar si los efectos jurídicos del acto irregular deben mantenerse? ¿Realmente se intenta proteger la buena fe por el organismo contralor evitando la invalidación de estos actos administrativos? ¿Buena fe de quién, y en qué consiste ésta? ¿La CGR aplica un criterio puramente jurídico para decidir sobre la invalidación de actos irregulares o el examen de los hechos y las consecuencias de la invalidación para la Administración y los particulares en la práctica pesan más en su decisión? Veremos que, lamentablemente, pareciera que la CGR no aplica realmente un criterio de protección de derechos adquiridos de buena fe, sino que dependerá del grado de avance de las obras, protegiendo en la práctica construcciones, o eventual responsabilidad de la Administración, y no derechos.

Estos asuntos se insertan en el tratamiento de la potestad de invalidación de los actos administrativos y sus límites, la que se ha discutido largamente en nuestro medio y en la que el principio de la buena fe ha sido uno de sus tópicos. Con el objeto de presentar adecuadamente la jurisprudencia de la CGR sobre la materia en estudio, primero se hará una breve reseña de la discusión en nuestro país en torno a la invalidación y sus límites, y la función de la buena fe como principio jurídico. Luego se revisará reciente jurisprudencia de la CGR en esta materia, en base a dictámenes⁴ de este organismo disponibles al público⁵ desde 1998 a la fecha,⁶ que mencionan el principio de la buena fe y se pronuncian sobre casos relacionados con el urbanismo. El resultado de esta revisión se ha estructurado desglosando los elementos jurídicos relevantes involucrados en dichas decisiones, para después revisar los argumentos de la CGR y la utilización que ha hecho del principio de la buena fe en estos casos, intentando contestar las interrogantes planteadas más arriba.

⁴ Cabe recordar que una de las atribuciones de la CGR es la de emitir dictámenes jurídicos, facultad mediante la cual dicho organismo interpreta las normas legales y ejerce un control de legalidad sobre los actos de la Administración. Según la propia CGR estos dictámenes son obligatorios, no sólo para el caso concreto, sino que también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen de que se trate, por lo que son de aplicación general: Dictámenes N° 31.581/2005, N° 5.698/2005 y N° 2.406/1998, citados en CORDERO (2007) p. 62. El mismo autor precisa que los pronunciamientos de la CGR son expedidos sólo en razón de “acciones u omisiones que afecten a sujetos determinados y no a la comunidad en general...”, en cuanto a que el rol de la CGR es de control, pero no de coadministración de los servicios públicos; véase CORDERO (2007) p. 63.

⁵ Obtenidos de búsquedas en la página web de la CGR: www.contraloria.cl

⁶ Debe hacerse la prevención que se han excluido de este análisis los recursos jurisdiccionales (como de protección o reclamo de ilegalidad municipal) que en algunos de los casos analizados han interpuesto los particulares afectados por los dictámenes de la CGR, dado que nuestro objeto es analizar la posición de este organismo y no de los tribunales de justicia, lo que sería objeto de un estudio diferente.

I. El principio de la buena fe como límite a la invalidación de los actos administrativos⁷

1. Reseña de la buena fe como límite a la invalidación de actos administrativos en Chile

Una primera revisión de la invalidación a nivel de jurisprudencia administrativa la encontramos en SOTO,⁸ quien distingue tres hitos en los dictámenes de la CGR: i) de 1959 a 1969, período en el cual la CGR sostenía la invalidación como principio sin excepción, sosteniendo que la ilegalidad no crea derechos, ni siquiera respecto de terceros de buena fe; ii) a partir de 1969, la CGR cambiará su postura reconociendo la improcedencia jurídica de la invalidación por parte de la Administración de actos administrativos dictados en contravención a Derecho, si estos han producido “efectos adquiridos en terceros”; iii) finalmente, a partir de 1971, la CGR exige expresamente como requisito indispensable para la improcedencia de la invalidación ante “situaciones adquiridas”, que estos terceros estén de buena fe.

Luego, este autor se refiere a abundante jurisprudencia judicial que comienza a pronunciarse sobre la invalidación con ocasión del establecimiento en nuestro derecho del recurso de protección, y que habría mantenido este criterio.⁹ Es importante notar que esta postura basaba la excepción a la procedencia de la invalidación en la protección del derecho de propiedad de los terceros sobre los efectos jurídicos de los actos irregulares,¹⁰ actos que “... han hecho surgir verdaderos derechos con consecuencias patrimoniales y que se han creado bajo el amparo y en el convencimiento de proceder dentro de un ámbito de juridicidad, no pudiendo, en consecuencia, afectarles errores cometidos por la Administración”.¹¹ Por otro lado, la mala fe por parte del beneficiario del acto

⁷ No nos referiremos aquí a la cuestión sobre la procedencia de la potestad invalidatoria de la Administración en nuestro país, de su naturaleza administrativa o jurisdiccional, lo que ha sido objeto de una discusión doctrinaria de larga data y con apoyo en jurisprudencia administrativa y judicial. Para un resumen de la discusión, y con posturas diferentes, pueden verse FERNANDOIS (2006) p. 17-19; FERRADA (----) pp. 132-136; RAJEVIC (----) p. 204; BERMÚDEZ (2005) pp. 92-94 y 100-101; y MILLAR (2003) pp. 84-88. La discusión debió terminar con la dictación de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (LBPA), la que en su artículo 53 otorga expresamente dicha potestad a la Administración; sin embargo, algunos autores siguen cuestionando su constitucionalidad; véase FERNANDOIS (2006) pp. 21-22, y SOTO (2007b).

⁸ SOTO (1989). El mismo autor se refería, en un trabajo anterior, a los derechos adquiridos como límite a la potestad revocatoria de la Administración, basado en el derecho de propiedad; véase SOTO (1984).

⁹ SOTO (1989) pp. 477-481.

¹⁰ En el mismo sentido, ARÓSTICA (1984) se refiere al límite que en la jurisprudencia judicial han significado los derechos adquiridos a la potestad revocatoria de la Administración, basándose en el derecho de propiedad.

¹¹ SOTO (1989) p. 480. En el mismo sentido, VARGAS (1995) p. 39, reconoce la imposibilidad que el

administrativo haría procedente la invalidación, ya que “es principio inconcuso en derecho que nadie puede aprovecharse de su propio dolo o mala fe, desde que el fraude todo lo corrompe...”.¹²

Desde entonces la buena fe ha sido permanentemente citada como un límite a la invalidación de actos administrativos por parte de la propia Administración, constatándose en la jurisprudencia de la CGR “una línea de interpretación que apunta por una parte a reiterar categóricamente el deber de invalidar que asiste al emisor de un acto administrativo irregular, y por la otra, a fijar, simultáneamente, una amplia limitación al ejercicio de la misma en consideración a razones de seguridad y certeza jurídicas...”¹³ Esta postura se ha mantenido en líneas generales, aunque la discusión se ha dado, eso sí, por la circunstancia de si la limitación a la invalidación se aplica sólo a terceros ajenos al acto, o protege también a los beneficiarios directos del mismo.¹⁴ A pesar de existir jurisprudencia discordante en ese sentido (y justamente respecto de actos administrativos en materia urbanística),¹⁵ puede decirse que la mayoría de la doctrina se inclina por proteger igualmente al beneficiario del acto irregular que se encuentra de buena fe.¹⁶

órgano administrativo emisor del acto lo invalide en estos casos, “...básicamente porque los errores o la irregularidad en la actuación administrativa no puede traducirse en perjuicio para los particulares que han obrado de buena fe”.

¹² SOTO (1989) p. 482.

¹³ VARGAS (1995) p. 41. MARÍN (2000) aunque asume una posición proclive a una potestad invalidatoria más fuerte, incluso abogando por su imprescriptibilidad e irrenunciabilidad, igualmente reconoce la necesidad de proteger los derechos subjetivos de terceros de buena fe, lo que limitaría los efectos de la invalidación.

¹⁴ MILLAR (2003) pp. 89-90, sostiene que la limitación a la invalidación alcanza a quienes son efectivamente “terceros” como aquellos “totalmente ajenos a la relación entre la Administración y los beneficiados con esos permisos”, presentándose la excepción a la invalidación cuando estos terceros consolidan situaciones jurídicas en su patrimonio al amparo del acto administrativo irregular, de buena fe. Diferente es, según este autor, la posición del beneficiario del acto administrativo: “No puede obstar a la invalidación la circunstancia de haberse producido efectos jurídicos en el beneficiario de buena fe. El beneficiado con el acto no es un tercero, es parte interesada en la relación creada con el acto irregular, y su buena fe cede frente a la buena fe de quienes han sido injustamente afectados en sus intereses legítimos”. MILLAR (2003) p. 97.

¹⁵ Siendo uno de los casos más comentados el fallo de la Corte Suprema en *Salinas Lolic con Director de Obras de Viña del Mar* (1999), comentado por SOTO (2000), especialmente pp. 192-195. También en materia urbanística, el fallo *Universidad Finis Terrae con Contraloría General de la República* (2004), comentado por VÁSQUEZ (2005) pp. 105-106, y nuevamente SOTO (2007a) p. 141, comentando el fallo de Santa Rosa de Las Condes, hace referencia a esta limitación.

¹⁶ Además de los citados en la nota anterior, en este sentido REYES (2006) p. 185, criticando el fallo “Salinas Lolic” en cuanto a la distinción entre los beneficiarios del acto y los terceros para efectos de limitar la invalidación, llega a decir que “esta distinción no tiene asidero ni racional ni jurídico”, dado que el acto administrativo nace por la voluntad unilateral de la Administración, no siendo el beneficiario “parte” en él, y cita en apoyo jurisprudencia nacional y doctrina extranjera. Por otro lado BERMÚDEZ (2005) pp. 102-104, para proteger al beneficiario aboga por distinguir los tipos de actos administrativos, el origen de la situación de ilegitimidad y las consecuencias del acto irregular. AGUERREA (2007) p. 134, también se refiere a la protección de los derechos adquiridos, la buena fe y la seguridad jurídica de los interesados al comentar el caso “Santa Rosa de Las Condes”.

Actualmente además ciertos autores, citando doctrina extranjera, han especificado la base de la excepción a la invalidación, más que en la buena fe, en la invocación del principio de la confianza legítima en la Administración. En virtud de este principio, que ha tenido mayor desarrollo especialmente en Alemania y luego en España, se protegería la confianza en el ámbito público, “consistente en la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado y en la adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de éste”.¹⁷

Aplicado este principio a la invalidación, en autores extranjeros encontramos que en su virtud se admite mantener los efectos generados por actos ilegales si la situación en los hechos cumple con tres fases de revisiones: i) determinar si en el acto concurren circunstancias que eliminarían la posibilidad del reconocimiento de una situación de confianza (por ejemplo, si el destinatario ha obtenido el acto dolosamente a través de fraude, intimidación o cohecho, dando informaciones incorrectas o incompletas al órgano administrativo, o si conocía la ilegalidad del acto); ii) determinar si en el supuesto concreto se ha producido una manifestación de la confianza invertida por el ciudadano; y, iii) una fase en la que se pondera el interés público en la revisión del acto.¹⁸

Así las cosas, el principio de la buena fe y su especificación como el “principio de la confianza” o “confianza legítima” en la Administración, ha resultado una elaboración propia del Derecho Administrativo general, aplicable como límite a la potestad invalidatoria de la Administración respecto de cualquier acto administrativo, más que a un ámbito específico de éste, como el urbanístico.¹⁹

2. El principio de la buena fe como principio general del Derecho y su función en esta materia

Como antecedente del principio de la confianza citado más arriba, tenemos indiscutidamente al principio de la buena fe, considerado un principio general del Derecho,²⁰ y por lo tanto aplicable a cualquier rama del mismo sin necesidad de consagración legal expresa: “El de la buena fe aparece como uno de los

¹⁷ BERMÚDEZ (2005) p. 89.

¹⁸ GARCÍA (2002) pp. 358 y ss.

¹⁹ En este sentido, véase GARCÍA (2002) pp. 358 y ss., y BERMÚDEZ (2005).

²⁰ LÓPEZ (1998) p. 391: “Trátase [la buena fe] de un principio general del Derecho, heredado de los romanos, como tantos otros, que se proyecta en las más variadas disciplinas jurídicas”. En el mismo sentido se pronuncia la CGR en Dictamen N° 16.238/2007: “...es del caso recordar que el reconocimiento de la buena fe, como sustento básico de las relaciones jurídicas –de derecho público o privado– constituye la aplicación directa de los principios generales del Derecho, de tal manera que no se requiere de una consagración legal expresa para que se pueda recurrir a él a los efectos que la Administración decida acerca de la forma de proceder en situaciones como las descritas”.

principios generales que sirven de fundamento al Ordenamiento, informan la labor interpretativa y constituyen un decisivo instrumento de integración... El hecho de su consagración en una norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter".²¹ En nuestro medio, varios autores han resaltado su importancia como principio jurídico general, tratándolo en su mayoría en el ámbito del Derecho Civil.²²

En este ámbito, la buena fe asume dos facetas o aspectos; se distingue así tradicionalmente la buena fe objetiva de la subjetiva, consiéndole esta última en "la convicción interna o psicológica de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular, aunque objetivamente no sea así...".²³ En palabras de otro autor, es una "conciencia, o estado de conciencia".²⁴ Su base normativa está en el artículo 706 del Código Civil,²⁵ y, de acuerdo al artículo 707, la buena fe se presume y la mala fe debe probarse. La buena fe objetiva, por otro lado, constituye una regla o estándar abstracto de comportamiento entre los contratantes,²⁶ por la cual se les impone "el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso posteriores a la terminación del contrato".²⁷ En todo caso, el concepto general de buena fe, como principio, se refiere a actuar de manera leal y correcta en el mundo jurídico, preservándose en su virtud las situaciones jurídicas aparentes y dando mérito de protección para un error excusable.²⁸

En cuanto a la función que puede cumplir el principio de la buena fe, ALCALDE justamente se refiere al potencial de los principios generales del Derecho como medida de control de los poderes discrecionales de la Administración: "Y así, nos encontraremos con aquellos que funcionan como reserva última

²¹ GONZÁLEZ (1983) p. 22; mismo sentido, p. 56.

²² SAAVEDRA (1996) pp. 357 y ss.; ROSENDE (2002) p. 175; y LÓPEZ (1998). ALCALDE (2003) p. 66, lo señala entre aquellos principios que "remontan su fundamento inmediato a las necesidades y exigencias que resultan de la propia estructura del sistema jurídico y de las instituciones que lo componen o integran..." Y luego más adelante, p. 191, lo menciona entre los principios del ordenamiento "jurídico-administrativo".

²³ LÓPEZ (1998) p. 392.

²⁴ GUZMÁN (2002) p. 21. En p. 22 este autor tiene una interesante teoría que afirma la unidad de la buena fe como paradigma con el cual se contrasta la conducta de un agente negocial en el caso de la "objetiva"; y en el caso de la "subjetiva" igualmente hay un paradigma de valoración de la conducta del agente. Esta unidad vendría, según este autor, de los antecedentes históricos del principio de la buena fe en el Derecho Romano.

²⁵ Artículo 706 del Código Civil: "La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio".

²⁶ Artículo 1546 del Código Civil: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".

²⁷ LÓPEZ (1998) p. 395.

²⁸ SAAVEDRA (1996) pp. 358-359.

para condenar resultados extremos obtenidos por la Administración, como el principio "...de la buena fe...".²⁹ En estos casos, el exceso que se logra evitar, según la propia CGR sería que "por la vía de la invalidación se ocasionen consecuencias más perniciosas que las que produciría la convalidación de los correspondientes actos".³⁰

En el ámbito que nos ocupa, la buena fe o "confianza legítima"³¹ que se protege mediante la aplicación de la regla de la excepción a la invalidación de los actos administrativos, es en realidad tanto la convicción del destinatario o del tercero de haber obrado conforme a Derecho, como que no pueda reprochársele en su comportamiento irregularidad alguna, de manera que "para que resulte viable una eventual excepción del destinatario o del tercero, por la cual se sustraiga de los efectos de la nulidad o anulación, es fundamental que no resulte responsable de la causa por la cual se hace ineficaz el acto".³² Es decir, se requiere tanto el convencimiento del tercero o beneficiario de haber actuado conforme a Derecho, como que su conducta en la tramitación del acto administrativo irregular no haya dado lugar al vicio o error que invalidaría el acto. En este sentido, otro autor señala que la aplicación del principio de la buena fe "comportará la confianza de la Administración en que el administrado que con ella se relaciona va a adoptar un comportamiento leal en la fase de constitución de las relaciones, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones frente a la propia Administración y frente a otros administrados".³³

II. La jurisprudencia de la Contraloría General de la República en invalidación de actos administrativos urbanísticos

1. Factores comunes a los dictámenes revisados

En general, los dictámenes revisados presentan las siguientes aspectos comunes:

- Son expedidos por solicitudes de pronunciamiento por parte de particulares (personas naturales, agrupaciones ciudadanas o inmobiliarias titulares de los

²⁹ ALCALDE (2002) p. 220.

³⁰ Dictamen N° 32.357/2006; en el mismo sentido previamente se pronuncian los Dictámenes CGR N° 31.636/2001 y N° 12.272/2002.

³¹ No nos extenderemos aquí sobre si el principio de la "confianza legítima" engloba todas las consecuencias de aplicar el principio de la buena fe al Derecho Público. Para los efectos del presente trabajo, baste con anotar que varios autores lo señalan como principio específico del Derecho Administrativo, como límite a la invalidación de actos administrativos.

³² FERMANDOIS y BARAONA (2003) p. 94.

³³ GONZÁLEZ (1983) p. 69.

proyectos), o de los órganos involucrados en su tramitación y/o aplicación de las normas urbanas (Municipalidades o Secretarías Regionales del Ministerio de Vivienda y Urbanismo). También hay oficios que informan recursos de protección interpuestos contra decisiones de la CGR en algunos de estos casos.

- En cuanto a los asuntos sobre los que se pronuncia, todos del ámbito urbanístico, son casos en que se ha otorgado un permiso de edificación, o aprobado un anteproyecto de edificación o una subdivisión predial, o incluso una modificación a un plano regulador, cuya legalidad se cuestiona a través de la solicitud de dictamen a la CGR.
- Otro elemento común es que en todos los casos se constata que el acto administrativo en cuestión (permiso de edificación, aprobación de anteproyecto, loteo o subdivisión o modificación a plano regulador) presenta anomalías o vicios, concluyéndose que es contrario a derecho y por lo tanto susceptible de ser invalidado por la Administración.
- Sin perjuicio de ser un acto irregular, en la mayoría de los casos se aplica la doctrina de no invalidar el acto para proteger situaciones consolidadas adquiridas por terceros de buena fe.

2. Conceptos jurídicos involucrados en la jurisprudencia de la CGR

A continuación se resumen los elementos jurídicos más relevantes que pueden extraerse de la jurisprudencia analizada de la CGR, destacándose conceptos jurídicos involucrados en el tratamiento de la potestad invalidatoria y sus límites y pudiendo identificarse la postura de la CGR frente a ellos en los últimos diez años.

2.1. Reconocimiento de la potestad invalidatoria de la Administración

La jurisprudencia de la CGR es consistente en reconocer, concordante con su posición histórica, la potestad de invalidación de la Administración del Estado. En virtud de ella, los órganos del Estado tienen la potestad e incluso el deber de invalidar los actos administrativos que dicten y que sean contrarios a derecho,³⁴ es decir, pronunciarse sobre el acto dictado previamente dejándolo sin efecto por algún vicio que conlleva la nulidad del mismo. Es interesante observar que frente a la discusión, anterior a la dictación de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de

³⁴ Dictamen CGR N° 15.657/2004.

la Administración del Estado³⁵ (LBPA), sobre si la Administración tenía o no la facultad de dictar actos administrativos invalidatorios sobre actos ya emitidos por ella,³⁶ la CGR dio varios argumentos a su favor, indicando que “no es sólo facultad sino deber de todo órgano de la Administración el de invalidar sus actos administrativos contrarios a derecho”.³⁷

Con la dictación de la LBPA, se otorga a la Administración la potestad de invalidación de manera expresa en su artículo 53.³⁸ En dictámenes posteriores a la LBPA, para la CGR esta potestad de la Administración tiene más argumentos normativos: la presunción de legalidad de los actos administrativos establecida en el artículo 3 de la LBPA; el hecho que la Administración puede subsanar los vicios de que adolezcan los actos pero sin afectar intereses de terceros, artículo 13 de la LBPA; y la referencia al artículo 61 de la LBPA que contempla la revocación de actos administrativos, la que no procede cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente.³⁹

2.2. El límite a la invalidación de actos administrativos: la protección de la buena fe y la confianza en la Administración

Es una constante también en los dictámenes de la CGR en esta materia el reconocer que la invalidación es una potestad limitada: “No obstante, la invalidación de instrumentos que no se ajustan a Derecho encuentra una importante limitación cuando se han consolidado, de buena fe, situaciones jurídicas sobre la base de la confianza de los particulares en la Administración”.⁴⁰

¿Cómo pasa la buena fe del Código Civil a los dictámenes de la CGR? De manera directa, la CGR hace uso de las normas referidas a la buena fe subjetiva,

³⁵ Ley N° 19.880 de 2003.

³⁶ En general, y como se exponía en una nota anterior, se enfrentaban dos posturas: una sostenía que reconocer esta facultad a la Administración le confería atribuciones que a ésta no le correspondían, careciendo “la Administración de la posibilidad jurídica de volver sobre su propio acto e incluso sobre la materia, ya que en tal situación controvertida sólo corresponde al juez pronunciarse sobre la materia” SOTO (1996) p. 211. Conocidos son los otros argumentos de su doctrina: que los errores de la Administración sólo pueden afectarla a ella, a menos que el particular la hubiere inducido a error; y la adquisición de los particulares de derechos a partir de los actos viciados, protegidos por la garantía del derecho de propiedad, hacían inviable la invalidación por la propia Administración, debiendo recurrir para ello al juez. La otra postura argumentaba a favor de su procedencia, como el poder de autotutela de la Administración, la presunción de legitimidad del acto administrativo, la obligación de la Administración de retirar los actos irregulares en virtud del principio de legalidad, entre otros: MARÍN (2000). Obviamente esta última postura se apoyaba en argumentos dados para el reconocimiento de la potestad de invalidación de la Administración de diversos dictámenes de la CGR.

³⁷ Dictamen CGR N° 24.337/2002.

³⁸ El mismo artículo establece ciertos requisitos para llevarla a cabo (por ejemplo la previa audiencia del interesado) y se establece un plazo de caducidad de dos años para ejercer esta facultad.

³⁹ Dictámenes CGR N° 33.451/2006 y N° 32.357/2006.

⁴⁰ Dictamen CGR N° 17.545/2001.

empleándolas de fundamento para limitar la posibilidad de invalidar actos administrativos irregulares: "...las infracciones al principio de juridicidad no siempre anulan el acto irregular, pues esa sanción no puede afectar a los terceros de buena fe que actuaron con el convencimiento que el acto administrativo se ajustaba a Derecho, encontrándose amparados por la presunción de buena fe del artículo 707 del Código Civil en tanto no se pruebe lo contrario".⁴¹ Conjuntamente con este principio y su presunción, la CGR cita el principio de la seguridad jurídica.⁴²

Es del caso hacer notar que la limitación a la potestad invalidatoria de la Administración consistente en respetar los derechos adquiridos de buena fe por sus destinatarios o terceros es un criterio anterior a la LBPA, desarrollado por la doctrina⁴³ y confirmado de manera consistente por la CGR: "...la doctrina de los actos irregulares pero válidos...[consiste en] la consagración de que si hay terceros de buena fe que han consolidado situaciones jurídicas subjetivas basadas en dichas resoluciones, éstas no pueden ser invalidadas".⁴⁴ Y como base de esta limitación, la CGR no cita sólo la buena fe o la seguridad jurídica, sino que además principios fundamentales del Derecho Público chileno, como el de servicialidad y finalidad del Estado: "...entonces, el ejercicio de la potestad invalidatoria que posee la Administración ante aquellos actos viciados, no es absoluta, pues ella encuentra como límite su fin último, cual es, estar al servicio de la persona humana y propender al bien común...".⁴⁵

En cuanto a la referencia a la confianza en el actuar de la Administración, hay dictámenes que la citan directamente como base para evitar la invalidación.⁴⁶ Y recordando los parámetros que autores extranjeros, podría decirse que de los tres tests anotados más arriba,⁴⁷ la CGR en su jurisprudencia aplicaría los dos primeros: i) al presumir la buena fe de los destinatarios o beneficiarios, se establece que deberá probarse la mala fe, que justamente consistirá en haber obtenido el acto consciente del vicio o provocándolo, lo que eliminaría la protección; y ii) la manifestación concreta de la confianza se parece a la exigencia de la situación consolidada, elemento que revisaremos más adelante.

⁴¹ Dictamen CGR N° 12.272/2002.

⁴² Dictámenes CGR N° 12.272/2002, N° 14.218/2001, N° 31.636/2001, N° 32.357/2006 y N° 16.238/2007.

⁴³ SOTO (1996) pp. 211 y ss.; MILLAR (2003) p. 89. Véase también notas del apartado precedente.

⁴⁴ REYES (2006) p. 180, citando Dictamen CGR N° 44.492/2000.

⁴⁵ Dictamen CGR N° 14.218/2001.

⁴⁶ Dictamen CGR N° 2.936/2001 y N° 45.301/2008.

⁴⁷ Véase punto 2 del apartado I precedente.

2.3. A quién se protege con la limitación a la invalidación: concepto de "terceros"

Uno de los elementos importantes establecidos en la jurisprudencia de la CGR es la calidad de los terceros que serán protegidos por esta limitación a la invalidación. Obviamente, son considerados terceros aquellas personas que establecen relaciones jurídicas en base a los efectos del acto administrativo irregular, pero con la convicción de ser éste válido. Respecto a la situación de los destinatarios o beneficiarios directos de estos actos, el organismo de control ha considerado, en general, que también tienen la calidad de "terceros" los beneficiarios del acto administrativo, dado que éste nace a la vida del derecho por la sola voluntad de la Administración, aunque el particular lo haya solicitado y aportado antecedentes para su dictación; esta circunstancia no los haría perder la calidad de terceros respecto del acto, de manera de poder invocar la buena fe como límite a la invalidación del acto si fuera el caso: "los fundamentos de la teoría de los actos irregulares pero válidos se dan tratándose de terceros beneficiarios del acto o de otros terceros, puesto que el tercero beneficiario también puede actuar de buena fe, también necesita certeza o seguridad jurídica y actuar en la creencia de la actuación legítima de la Administración".⁴⁸

2.4. Qué se protege: derechos y situaciones jurídicas

En relación con el objeto de la excepción a la invalidación por buena fe, la CGR dice que se protegen a través de ella los "derechos adquiridos, efectos producidos por el acto administrativo ilegal ingresados al patrimonio de beneficiarios de buena fe".⁴⁹ Pero este organismo ha precisado esto aun más, refiriéndose a las "situaciones jurídicas consolidadas", que en realidad para la CGR no es lo mismo que hablar de derechos. "[Respecto a la] improcedencia de la invalidación de un permiso de edificación, que la posibilidad de dejarlo sin efecto está limitada, entre otras circunstancias, por la existencia de situaciones jurídicas consolidadas, de buena fe, que han generado sobre la base de la confianza de los particulares en la Administración...".⁵⁰

⁴⁸ Dictamen CGR N° 2.936/2001 y N° 31.636/2001. Sin embargo, debe hacerse presente que en un caso al menos, en Dictamen CGR N° 4.373/2004, que informa el recurso de protección interpuesto por la Universidad Finis Terrae contra Dictamen CGR N° 53.409/2003, la postura de la CGR es discordante con lo expuesto, en el sentido de no considerar al beneficiario del acto administrativo como un tercero de buena fe, "por cuanto los destinatarios de una actuación administrativa unilateral no son terceros en esa relación, especialmente si han solicitado voluntariamente la dictación del acto irregular invalidado".

⁴⁹ Dictamen CGR N° 24.337/2002.

⁵⁰ Dictamen CGR N° 32.357/2006.

De hecho, la CGR no se refiere a proteger la posibilidad en abstracto que tendría el particular de construir de acuerdo al permiso de edificación defectuoso, sino que se refiere a situaciones concretas, explícitamente tomando en consideración el tiempo transcurrido desde la emisión del acto administrativo, y la circunstancia de existir materialización de las obras construidas en virtud del permiso irregular: "...las medidas que resulten procedentes en cada caso, de acuerdo con el contexto jurídico reseñado, suponen una ponderación de las circunstancias de hecho y de derecho que concurran en cada uno de los permisos otorgados y las consecuencias fácticas que la invalidación de los actos irregulares pueda ocasionar".⁵¹ Según la CGR, la potestad invalidatoria debe considerar la situación de hecho existente, "especialmente si se trata de construcciones en proceso de recepción final".⁵² Concordante con este planteamiento, en un caso incluso ordena a una Municipalidad recibir las obras construidas en base a permisos de edificación irregulares, por existir una "situación jurídica consolidada y se encuentra comprometida la buena fe de terceros, no pudiendo éstos ser afectados por un error de la Administración".⁵³

A este respecto la CGR hace la distinción de que el derecho a edificar en un terreno "...sólo puede encontrarse legalmente ejercido y constituir una situación jurídica consolidada, una vez que las construcciones autorizadas ya se han materializado como tales, y no por la simple emisión de un mero acto jurídico autorizatorio de carácter abstracto y condicional, como es el permiso de edificación".⁵⁴ De acuerdo con este planteamiento, no habría propiedad sobre el permiso de construcción, que es requisito esencial para el ejercicio del derecho a edificar o "*ius aedificandi*"; siendo el permiso un acto administrativo de mero carácter autorizatorio "...[impone] la posibilidad de invalidar aquellos permisos de edificación contrarios a derecho, hipótesis expresamente consagrada en la normativa vigente y recogida por la jurisprudencia administrativa y judicial".⁵⁵

La CGR incluso, informando recursos de protección interpuestos contra dictámenes que invalidaron permisos, en más de una ocasión ha hecho referencia a la doctrina de que los derechos emanados de un acto administrativo irregular jurídicamente no son "legítimamente adquiridos" y que por lo tanto quedarían fuera de la protección del derecho de propiedad y de la certeza jurídica.⁵⁶

⁵¹ Dictamen CGR N° 32.357/2006.

⁵² Dictamen CGR N° 29.192/2006.

⁵³ Dictámenes CGR N° 31.636/2001 y N° 19.856/2002.

⁵⁴ Dictamen CGR N° 33.451/2006.

⁵⁵ Dictamen CGR N° 33.451/2006.

⁵⁶ Dictámenes CGR N° 4.373/2004 y N° 33.451/2006.

III. ¿Qué se ha protegido realmente por la jurisprudencia de la CGR en estos casos? La buena fe frente a situaciones de hecho

Más allá de la discusión doctrinal y de la invocación del principio de la buena fe y de la confianza legítima, busquemos en la jurisprudencia de la CGR criterios jurídicos que permitan identificar el verdadero objeto de protección mediante la excepción a la invalidación que se acepta en sus dictámenes.

Teóricamente, y de acuerdo a lo citado por la propia CGR, la invalidación tendría como límite la consolidación de efectos jurídicos en terceros de buena fe, y en los propios beneficiarios del acto, pero ¿podemos hablar realmente de protección de derechos adquiridos, de certeza jurídica? Pareciera que ese no es el criterio que utiliza la CGR, al menos no por los resultados y argumentaciones de los dictámenes revisados.

Ante la existencia de obras construidas al amparo de un permiso irregular, la CGR invoca la protección de la buena fe y de los derechos tanto de beneficiarios como de terceros. Pero, contradictoriamente, cuando no existen obras construidas, se asiste en la argumentación de que los actos irregulares no darían origen a derechos legítimos, lo que da cuenta que la excepción a la invalidación opera sólo para salvar una situación de facto que se construyó al amparo del permiso; al parecer no es por una consideración jurídica de proteger el derecho de propiedad sobre los efectos del acto irregular. En estos casos, la CGR puramente desecha la teoría de los derechos adquiridos y habla de la "simple invalidación de un acto administrativo", como si sólo la materialización de las obras comportara adquirir derechos dignos de ser protegidos.⁵⁷

Coincidentemente, y en otro giro argumentativo contradictorio, los dictámenes que invalidan los actos acogiendo esta teoría desconocen además la calidad de terceros de los beneficiarios del acto irregular; como si sólo por no haber construido obras pasara a tener una calificación jurídica distinta de los otros casos.⁵⁸

En buenas cuentas la jurisprudencia de la CGR ha limitado la protección de la excepción a la invalidación desde la protección de "derechos adquiridos"

⁵⁷ En Dictamen CGR N° 4.373/2004, lo dice directamente: "Es preciso agregar que no se omitió sopesar las consecuencias derivadas del respectivo pronunciamiento. Así, al aceptarse la nulidad del permiso de edificación... se tuvo en consideración la situación de hecho, que consiste en que no existe obra material alguna iniciada como consecuencia del otorgamiento de dicha autorización... Por tanto, no se trata de demoler o destruir edificaciones, sino solamente de dejar sin efecto un acto administrativo irregular".

⁵⁸ Dictamen CGR N° 4.373/2004.

emanados del acto administrativo irregular, a proteger más bien una “situación jurídica de hecho”, cambiando la calificación de terceros de buena fe en uno y otro caso. La CGR no ha aplicado un criterio realmente jurídico; protege “situaciones” (construcciones), no derechos.

Ahora bien, en cuanto a la buena fe del beneficiario, esto es, al convencimiento de haber actuado conforme a derecho y no haber provocado o propiciado el error o vicio que invalida el acto, ésta por regla general se presume (siguiendo la regla del artículo 707 del Código Civil); no hemos encontrado ni un solo caso en que la CGR haya comprobado mala fe por parte del beneficiario del acto, de manera de no aplicar el límite a la invalidación. En realidad, la buena fe se presenta como requisito, y a su vez se presume legalmente, pero se utiliza sólo para evitar invalidar actos administrativos manteniendo situaciones de hecho (obras construidas al amparo de los permisos impugnados).

No podemos sino criticar un criterio tan poco jurídico y discriminatorio en la protección a los particulares frente a los errores de la Administración, además de inestable y que sólo ha considerado los perjuicios materiales de demoler las obras construidas al amparo de permisos irregulares. El criterio aplicado simplemente decide quién asume los perjuicios del acto irregular: si hay obras construidas, la obra se mantiene, asumiendo la sociedad, específicamente los vecinos de la obra, la afectación que ésta produce, aunque legalmente no debió haberse construido; si no se ha materializado la construcción, el petionario debe absorber los costos de la tramitación del permiso, además de los perjuicios de la frustración del proyecto, aunque esté de buena fe.⁵⁹ Más criticable resultan estas decisiones cuando en algún caso se agrega al examen fáctico la posibilidad de que la demolición de las obras construidas signifique a la Administración enfrentar el deber de indemnizar los perjuicios, por lo que se prefiere mantener el permiso irregular antes de crear una fuente de responsabilidad para la Administración.⁶⁰

En suma, en materia de invalidación de actos administrativos en materia urbanística, la CGR realiza un análisis caso a caso, en concreto, lo cual está bien; pero más que jurídico, protector de la buena fe, de la confianza en la Admi-

⁵⁹ En el mismo sentido y crítica, a propósito justamente de la invalidación del permiso de construcción como acto administrativo, véase RAJEVIC (----) p. 206-207.

⁶⁰ Dictamen CGR N° 2.936/2001: “[De haberse aceptado la nulidad]... la autoridad municipal habría tenido que ordenar la demolición de dos edificios que, al menos en obra gruesa, ya estaban construidos, y radicar en el patrimonio del particular las pérdidas consiguientes... Asimismo, existiría el riesgo de la eventual responsabilidad civil extracontractual del municipio... en que habrían sufrido los daños el particular y toda la comunidad al destruirse bienes destinados a la habitación de muchos y el municipio tener que distraer recursos municipales previstos para necesidades sociales”.

nistración o de certeza jurídica, la decisión de limitar la invalidación del acto pasa por una evaluación de consecuencias fácticas de la situación en cuanto a la concreción de obras materiales ejecutadas al amparo del permiso, e incluso consideraciones de responsabilidad de la Administración.

Nuestra crítica apunta a que un control jurídico y que dice fundarse en criterios de ese orden no debiera basarse en este tipo de distinciones, las que además no dan los incentivos adecuados a los afectados por estas decisiones. Es necesario un control jurídico sólido, que tomando el caso a caso, aplique criterios uniformes y realmente protectores, como se proclama, de la certeza jurídica y los derechos de las personas frente al actuar errado de la Administración.

Conclusiones

1. En casos de actos administrativos irregulares relacionados con materias urbanísticas, tales como permisos de edificación, aprobación de anteproyectos o modificaciones a planos reguladores, la CGR reconoce la potestad de invalidación de la Administración del Estado para corregir o dejar sin efecto dichos actos contrarios a Derecho.
2. Dicha potestad de invalidación tiene, en todo caso, el claro límite de la protección de la buena fe de los destinatarios y terceros para quienes el acto irregular produjo efectos jurídicos o situaciones consolidadas que ingresen a su patrimonio. Frente a ese escenario, que se analiza caso a caso por la autoridad contralora, puede darse la excepción de no aplicar la invalidación y conservar el acto jurídicamente irregular y sus efectos.
3. Junto con el reconocimiento de la existencia de la buena fe en los destinatarios o terceros afectados por acto, la CGR dice que en la práctica se protege la confianza en la acción de la Administración del Estado, la que debe realizarse de acuerdo al principio de juridicidad y con miras al bien común, y que se materializa en la consolidación de determinados derechos o situaciones jurídicas que serían perjudicados por la invalidación del acto.
4. A pesar de esta declarada protección de los derechos y la buena fe en virtud de la cual estos se adquieren, en la práctica la CGR ha adoptado posturas diferentes tanto en cuanto al concepto de "terceros" (incluyendo o no a los beneficiarios del acto) como respecto de los casos en los que éstos pueden beneficiarse de la excepción a la invalidación, según si existen o no obras construidas al amparo del acto administrativo, o si se trata de la "simple invalidación" de un acto administrativo, caso en el cual asume que ésta no tiene mayores consecuencias.

5. En suma, aunque dogmáticamente puede decirse que el principio de la buena fe (y su especificación en la protección de la confianza legítima en el ámbito administrativo) es un principio general del derecho utilizado por la CGR como fuente jurídica para evitar la aplicación de la facultad de invalidación de los órganos de la Administración en materias urbanísticas, la realidad es que este se aplica en base a distinciones fácticas y no jurídicas, lo que no es deseable en un control jurídico como el que debiera aplicar este organismo.

Bibliografía

AGUERREA MELLA, Pedro (2007): "La Contraloría General de la República y el Control de los Organismos Administrativos con Competencia en Materia Urbanística". Comentario del caso "Santa Rosa de Las Condes", en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 1: pp. 119-140.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2002): *Los Principios Generales del Derecho* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), 278 pp.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1984): "La Extinción de los Actos Administrativos y la Jurisprudencia reciente de los Tribunales de Justicia", en *Revista Chilena de Derecho (PUC)*, Vol.11: pp. 434-448.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2005): "El Principio de la Confianza Legítima en la Actuación de la Administración como Límite a la Potestad Invalidatoria", en *Revista de Derecho (UACH, Valdivia)*, Vol. XVIII, N°2: pp. 83-105.

CORDERO VEGA, Luis (2007): *El Control de la Administración del Estado* (Santiago, LexisNexis) 189 p.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2006): "Invalidación Administrativa y caso Celco: estabilidad o precariedad de los permisos ambientales", en *Sentencias Destacadas 2005. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Santiago, Libertad y Desarrollo): pp. 9-30.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, y BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2003): "La inexistencia de los hechos que fundamentan un acto administrativo, ¿Constituye vicio de nulidad?", en *Revista de Derecho (UFT)*, Año VII, N° 7: pp. 79-103.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (----): "La Potestad Invalidatoria de la los Órganos de la Administración del Estado", en *Acto y Procedimiento Administrativo. Segundas Jornadas de Derecho Administrativo. Actas* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso - PUVC): 131-147.

GARCÍA LUENGO, Javier (2002): *El Principio de la Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo* (Madrid, Civitas).

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1983): *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo* (2ª edición, Madrid, Civitas) 199 pp.

GUZMÁN BRITO, Alejandro (2002): "La Buena Fe en el Código Civil de Chile", en *Revista Chilena de Derecho (PUC)*, Vol. 29, N°1: pp. 11-23.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1998): *Los Contratos. Parte General* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo II.

MARÍN VALLEJO, Urbano (2000): "Vigencia Actual de la Invaldación de los Actos Administrativos", en *Revista de Derecho (Consejo de Defensa del Estado)*, N° 2 [Fecha de consulta: 4 de diciembre de 2008] Disponible en: <http://www.cde.cl/>

MILLAR SILVA, Jaime (2003): "La potestad invalidatoria en la jurisprudencia nacional. Procedencia, alcance y limitaciones", en *Revista de Derecho (UACH)*, Vol. XIV: pp. 83-97.

RAJEVIC MOSLER, Enrique (----): "El Permiso de Construcción como Acto Administrativo", en *Acto y Procedimiento Administrativo. Segundas Jornadas de Derecho Administrativo. Actas* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso - PUVIC): pp. 183-208.

REYES RIVEROS, Jorge (2006): *Invaldación y Nulidad de los Actos Administrativos y otros estudios* (Santiago, LexisNexis) 240 pp.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo (2002): "Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de Derecho Privado", en *Actualidad Jurídica (UDD)*, Año III, N° 5: pp. 163-185.

SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco Javier (1996): "El Principio General de la Buena Fe", en *Instituciones Modernas de Derecho Civil. Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Laneri* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur): pp. 357-373.

SOTO KLOSS, Eduardo:

- (1984): "Los Derechos Adquiridos en el Derecho Público Chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 81, N° 1: pp. 13-23.
- (1989): "Invaldación de los Actos Administrativos", en *Revista Chilena de Derecho (PUC)*, Vol. 16: pp. 475-485.
- (1996): *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo II.
- (2000): "Comentario de Jurisprudencia: Corte Suprema 20.10.1999", en *Ius Publicum (UST)*, N° 5: pp. 177-195.
- (2007a): "Urbanismo, Contraloría General de la República y tribunales de justicia. A propósito de la acción de protección deducida por la Fundación Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile", en *Sentencias Destacadas 2006. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Santiago, Libertad y Desarrollo): pp. 131-144.
- (2007b): "La Pretendida Autotutela Invalidatoria de la Administración", en *Gaceta Jurídica*, N° 325: pp. 7 y ss.

VARGAS ZINCKE, Osvaldo (1995): "Algunos aspectos sobre la Invalidación en la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República", en *Gaceta Jurídica*, N° 178: pp. 35-41.

VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio (2005): "Una ausencia de efectiva garantía jurisdiccional en el derecho urbanístico", en *Sentencias Destacadas 2004. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Santiago, Libertad y Desarrollo): pp. 89-123.

Normas

- Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, *Diario Oficial*, 29 de mayo de 2003.
- Código Civil.
- Constitución Política de la República.

Jurisprudencia

Dictámenes de la Contraloría General de la República:

- Dictamen CGR N° 44.492/2000
- Dictamen CGR N° 2.936/2001
- Dictamen CGR N° 14.218/2001
- Dictamen CGR N° 31.636/2001
- Dictamen CGR N° 12.272/2002
- Dictamen CGR N° 24.337/2002
- Dictamen CGR N° 15.657/2004
- Dictamen CGR N° 4.373/2004
- Dictamen CGR N° 29.192/2006
- Dictamen CGR N° 32.357/2006
- Dictamen CGR N° 33.451/2006
- Dictamen CGR N° 16.238/2007
- Dictamen CGR N° 45.301/2008

Jurisprudencia Judicial:

- *Salinas Lolic con Director de Obras de Viña del Mar* (1999): Corte Suprema, 20 de octubre de 1999, Rol 3455-1999 (recurso de protección), *Ius Publicum (UST)*, N° 5: pp.177-181.
- *Universidad Finis Terrae con Contraloría General de la República* (2004): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de mayo de 2004, Rol 8765-2003 (recurso de protección).