

XLIV JORNADAS CHILENAS DE DERECHO PÚBLICO

FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

ARTURO FERNANDOIS VÖHRINGER
(Editor)



EDICIONES UC

PRESENTACIÓN

Es un honor presentar el libro que compendia las actas de las XLIV Jornadas Chilenas de Derecho Público, que tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile entre los días 6 y 7 de octubre de 2014. A la sazón obraba como Director de nuestro Departamento de Derecho Público el profesor Miguel Ángel Fernández G., hoy ministro del Excmo. Tribunal Constitucional.

Como siempre, editar, publicar y ofrecer finalmente a la comunidad académica del derecho público los numerosos y extensos trabajos que registra esta publicación toma más tiempo del razonable. Múltiples factores que debemos corregir conspiran contra una entrega más oportuna. Con todo, lo importante es que este día llegue y este libro vea la luz; que la tradición de las Jornadas subsista vigorosamente año a año y que en ella la publicación de sus ponencias continúe siendo el eje científico que perdurará en el tiempo.

Así, este voluminoso tomo contiene el legado literario que nos identificará cuando se estudie el pensamiento jurídico que dominaba lo público en 2014. Este, con las tensiones propias de un proceso constituyente que unos veían como ineludible y otros como un ajuste fundacional innecesario y artificialmente inducido, será tema recurrente en las ponencias de los profesores participantes.

Para el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile fue un privilegio organizar una vez más las Jornadas cuyas actas Ud. tiene en su poder. Como anfitriones, recibimos el respaldo de una asistencia masiva de profesores y debates académicos de alto nivel que contribuyeron a fijar los derroteros que tomaría en los años siguientes la discusión constitucional, administrativa e internacional.

Antes de dejar las siguientes páginas para la lectura y revisión de los profesores, nos interesa, sin embargo, ensayar una propuesta para el fortalecimiento de las Jornadas Chilenas de Derecho Público.

Hacia el fortalecimiento de las Jornadas

Nos parece que las Jornadas Chilenas de Derecho Público, nacidas bajo el patrocinio de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, en octubre del año 1961, y aún vitales como institución académica, requieren un repotenciamiento. Se impone emprender un esfuerzo común de reestructuración que atienda fundamentalmente a materias tales como el mecanismo de aceptación y publicación de las ponencias, los criterios de selección de los trabajos y su metodología de exposición, y la coordinación entre los distintos Departamentos de Derecho Público. Tales medidas se vuelven necesarias frente a un cierto debilitamiento de las Jornadas a través de los últimos años, que se expresa en una capacidad de convocatoria aún perfectible, en la heterogeneidad temática excesiva de los trabajos y en los espacios aún no cubiertos de difusión y trascendencia posteriores.

Concretamente, creemos impostergable implementar medidas orientadas a reformar el sistema de ponencias, presentaciones y publicaciones, asegurando la participación de los académicos pertenecientes a las Facultades organizadoras, fijando requisitos editoriales mínimos, y garantizando la publicación de las ponencias admitidas dentro del año siguiente a su realización, a través de un fondo permanente de financiamiento. Asimismo, sugerimos repensar la metodología de exposición de los diversos trabajos, limitando quizá el tiempo de exposición, incorporando minutas de resumen de las ponencias, y consignando las observaciones realizadas por los participantes, entre otras variantes.

Un último aspecto a profundizar en las Jornadas es el conocimiento recíproco entre los mismos profesores participantes. La llegada de nuevos y talentosos docentes e investigadores del derecho público a las facultades cada año hace que el grupo participante no siempre se conozca debidamente a su interior. Como la fraternidad académica exige conocimiento entre ellos y los profesores de más experiencia, deben crearse instancias formales de presentación de académicos, manteniendo las tradicionales de bienvenida, comida de cierre y otras.

Convocamos entonces a la valiosa y creciente comunidad de profesores de derecho público en Chile a renovar las Jornadas y promover una cada vez más intensa vida académica, provocativa pero fraternal, permanente, rigurosa y profesional, para que nuestros encuentros sean cada vez más un motivo de crecimiento científico y encuentro humano.

Arturo Fermandois Vöhringer
Profesor titular de Derecho Constitucional
Director del Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho, P. Universidad Católica de Chile

§ 24. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA ANTE EL CAMBIO LEGISLATIVO E INVALIDACIÓN ADMINISTRATIVA

ARTURO FERMANDOIS VÖHRINGER¹

INTRODUCCIÓN

Así como se promueve la idea de una nueva Constitución, los planos legislativo y administrativo se sacuden con las alternancias políticas. Las nuevas autoridades suelen reordenar prioridades de política pública y reasignar recursos públicos, y, últimamente, retirar proyectos de ley ya enviados, derogar reglamentos e invalidar actos administrativos firmes.

En una república democrática, esa es la tarea de la autoridad: promover su programa, bajo el cual fue elegida. Así, hoy se diseñan nuevas políticas públicas, se construye una nueva institucionalidad tributaria, educacional, del trabajo, de salud y de concesiones. La época del cambio, empero, levanta preguntas sobre sus fronteras constitucionales.

Desde la perspectiva del administrado, ya vinculado por el marco jurídico vigente que el nuevo gobernante desea remover, esta duda es justificada. Desde la posición del beneficiado por actos administrativos favorables nacidos previamente, cabe la pregunta ¿qué principios constitucionales deben regir la mutación legislativa cuando esta se hace intensa y sustantiva? ¿Cómo deben diseñarse las transiciones? ¿Cuáles son exactamente los límites a la potestad invalidatoria de la Administración, a diez años de la ley 19.880?²

¹ Profesor titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, P. Universidad Católica de Chile.

² Sobre derechos transitorios, consúltese a ROUBIER (1960), pp. 174-191.

La doctrina europea coincide en que en estas transiciones el *principio de legítima confianza* es un buen instrumento para salvaguardar la justicia y honrar la certeza jurídica, sin bloquear la saludable mutación del ordenamiento. Adherido con ciertas reservas en Francia³, nacido y potenciado en Alemania, recibido con entusiasmo en España y concebido como *stoppel* en el Reino Unido, el principio tuvo un tibio desarrollo en Chile hasta 2010⁴.

Pero nuevos hechos, sobrevinientes, vienen convocando la confianza legítima al centro del ruedo legal. El primero es puramente jurídico: la llegada en 2004 de la invalidación administrativa al país, de la mano del sobrio e insuficiente artículo 53 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de Procedimiento Administrativo. Y el segundo hecho es político y más determinante: la acumulación ya de tres presidencias de la república posteriores a esa ley, de signo distinto y alternante.

Un hecho final corona el advenimiento de la confianza legítima: la progresiva insuficiencia de los principios tradicionales protectores de la certeza jurídica. En estado de deuda se ubican aquí, en primer lugar, la teoría civil de los derechos adquiridos y de las meras expectativas, pero también, en diverso grado, los principios de derecho público de buena fe (en el derecho público), de los actos propios, de la intangibilidad de los derechos (art. 19 N°26 CPR), y, más remotamente, la teoría de la lesión, del sacrificio especial, de la responsabilidad y otros.

De manera que se ha conformado el ambiente propicio para el retorno vigorizado de la confianza legítima. En Chile el Tribunal Constitucional, no ha sido, empero, nítido en recogerlo y configurarlo como tal⁵. Sorprendentemente, es la Corte Suprema la magistratura que lo abraza con decisión a contar de 2010. Su fundamento, como se verá en detalle, suele ser múltiple: desde los principios universales *de legalidad* que excluye la arbitrariedad en el actuar de la Administración y de *seguridad jurídica* como garantía de confianza en "*las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes*"⁶, hasta la buena fe e incluso la cláusula del Estado de Derecho.

³ CALMES (2001), pp. 596-634.

⁴ Uno de los primeros trabajos es de BERMÚDEZ SOTO (2005). El mismo año, este autor aludió a la confianza legítima en FERMANDOIS (2005).

⁵ El Tribunal Constitucional exhibe larga doctrina en seguridad jurídica. Sobre confianza legítima, véanse sentencias roles N°207, considerando 67°, además N° 1144, considerando 52°, que simplemente mencionan a la protección de la confianza legítima, junto con otros principios, como un elemento propio de un Estado de Derecho. En otras, el TC no ha estimado procedente aplicar el principio, como lo consignan en voto de minoría la Ministra Marisol Peña y Ministro Raúl Bertelsen, sentencia Rol N° 2512, Considerando 15° del voto de minoría.

⁶ Así lo alude Bermúdez, refiriendo a una sentencia del Tribunal Constitucional Español, en BERMÚDEZ SOTO (2005).

En doctrina, la confianza legítima o *legitimate expectations* para el derecho anglosajón, protege incluso frente a cambios legislativos quebrantadores de la confianza irradiada por el Estado⁷. Naturalmente su ámbito más propio es el administrativo. El principio persigue, en términos sencillos, la protección de los particulares beneficiarios de un acto administrativo que la Administración posteriormente pretende invalidar por estimarlo contrario a derecho.

Este trabajo propone la plena vigencia del principio, su conexión con la Carta Fundamental y su utilidad en tiempos de cambio normativo como el actual. Ordenaremos y sintetizaremos la jurisprudencia de la Corte y afirmaremos que el principio llegó a Chile tardíamente, pero con fundamentos y vocación de permanencia, y que esto es un avance en la defensa de los derechos de la persona humana ante la Administración del Estado⁸.

II. ORÍGENES DEL PRINCIPIO EN LA JURISPRUDENCIA ALEMANA Y EUROPEA

La doctrina suele apuntar como punto de partida de la confianza legítima a la jurisprudencia de Alemania, en el llamado “asunto de la viuda berlinesa” (1959)⁹. Se le reconoce como *leading case* en la materia. En síntesis, el caso trató acerca de la decisión administrativa de revocar el pago de una pensión a una anciana viuda, que había sido previamente autorizado por la autoridad. La anciana, confiando en la decisión administrativa, decidió cambiarse de domicilio, desde Berlín oriental a la parte occidental de la ciudad. Ante el reclamo judicial de la afectada, el Tribunal Administrativo Superior de Berlín ordenó que se repusiera el pago de la pensión, pese a existir un vicio de legalidad en su autorización, pues la viuda había decidido su cambio de domicilio precisamente en la “confianza” de la validez de dicha autorización. He aquí el corazón del principio: no resulta lícito a la Administración revisar sus actuaciones pasadas, si ello implica traicionar la confianza que legítimamente han colocado en ellas los particulares para adoptar decisiones relevantes.

⁷ CARTWRIGHT (2006).

⁸ En casos recientes la Tercera sala de la Corte se ha referido con claridad al principio de la confianza legítima en los Roles N° 7086-2010 y N° 57-2011.

⁹ CORTÉS CAMPOS (2008).

El principio se expandiría luego a los tribunales europeos domésticos y al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, permeando con el tiempo hacia los más diversos ordenamientos administrativos, incluyendo por cierto los latinoamericanos. Su creciente relevancia y aplicación se explica fácilmente por su valor y atractivo: se trata de una herramienta que ofrece una solución razonable a la continua tensión entre potestades públicas de revisión (revocación e invalidación) y la necesaria certeza de los particulares en sus decisiones económicas, de seguridad social, educacionales, etc., normalmente sujetas a fuerte intervención administrativa.

El tránsito del principio desde la doctrina y jurisprudencia extranjera hacia Chile está confirmado, como se analizará más adelante. La consagración expresa de la presunción de validez del acto administrativo (art. 3 de la LBPA), abona el valor legislativo a la confianza de los administrados en las actuaciones de la autoridad, aún si estas solo exhiben apariencia de regularidad.

III. SU FUNDAMENTO PRIMARIO EN LA SEGURIDAD JURÍDICA, Y SU CONEXIÓN CON OTROS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES

La fuerza expansiva del principio ha exigido a la jurisprudencia identificar una fuente local que abone su importación, considerando la falta de su formulación expresa en la ley. En esta tarea se han propuesto varios anclajes jurídicos: buena fe, libertad, cláusula del Estado de Derecho y doctrina de los actos propios, entre otros. De entre estos, el fundamento más aludido es el de la *seguridad jurídica*, derivado por cierto las cláusulas del Estado de Derecho (arts. 6° y 7° CPR) y de los artículos que protegen la igualdad ante la ley y proscriben la arbitrariedad (art. 19 N°2) y la intangibilidad esencial de los derechos (19 N°26) en la Carta Fundamental¹⁰.

En España el principio de protección de la confianza legítima comenzó a ser aplicado desde fines de la década de 1980 de la mano del juez supremo Martínez Sanjuán. Se le vinculó a protección la seguridad jurídica de los administrados.

¹⁰ CEA (2004), p. 47-70.

aun ante actuaciones ilegales de los órganos públicos^{11 12}. La afirmación es aproximadamente la siguiente: cuando los signos externos de la autoridad son suficientemente concluyentes en favor de la legalidad de un acto, el administrado tiene derecho a confiar, aun si este resulta en definitiva irregular.

Profundizando en el punto, el profesor García Luengo destaca que la conexión entre la seguridad jurídica y la confianza legítima se explica, principalmente, por el valor del acto administrativo como orden vinculante, dotado de imperio, ejecutable sin mediación de otra autoridad pública.

En este sentido, explica que *“La conexión constitucional del principio de protección de la confianza en su versión más genuina y original la que vamos a denominar convencionalmente protección de la confianza en concreto con la seguridad jurídica se aprecia si se tiene en cuenta que la Administración en su labor más característica desde el punto de vista jurídico de aplicación unilateral del Derecho al caso concreto hace uso de una de las potestades más intensas y exorbitantes reconocidas por el Ordenamiento: el privilegio de decisión unilateral vinculante que se manifiesta en la capacidad de producir actos administrativos. Semejante privilegio se explica institucionalmente por la necesidad de dotar de eficacia a la acción de la Administración y al mismo tiempo, y de forma indisoluble, garantizar a los particulares afectados que la decisión administrativa responde a lo que el Derecho exige en el caso concreto y que pueden tomarla*

¹¹ La apariencia de legalidad es crítica en la confianza legítima. En sentencia de 1º de febrero de 1990, el TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, conociendo de un conflicto derivado de la privación de subvenciones a centros docentes privados, aplicó la confianza legítima, señalando que *“En el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio, que aunque no extraño a los que informan nuestro Ordenamiento Jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta sala, que ahora enjuicia, en su sentencia de 28 de febrero de 1989 y reproducida después en su última de enero de 1990, y cuyo principio si bien fue acuñado en el Ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que forma parte España, y que consiste en el “principio de protección de la confianza legítima” que ha de ser aplicado, no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego –interés individual e interés general, la revocación o la dejación sin efectos del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar derivados de unos gastos o inversiones que solo pueden serle restituidos con graves perjuicios para su patrimonio, al no ser todos ellos de simple naturaleza económica”.*

¹² Tras una década de reconocimiento jurisprudencial constante, el principio fue incorporado en la legislación española, específicamente en el artículo 3.1. de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, por medio de la ley 4/1999 de 13 de enero.

como punto de partida para sus propias actividades. En este contexto se ha señalado que el acto administrativo cumple fundamentalmente una función de estabilización y aclaración de las situaciones jurídicas para el particular¹³.

Siendo la seguridad jurídica el eslabón más cercano, la doctrina también propone la proximidad del principio la buena fe; ambos bienes jurídicos se transforman en muchos casos, en inseparables en el análisis. El español González Pérez –quizá con mejor profundidad en este aspecto– explica que, en la práctica, “por lo general, (ambos principios) se invocan indiscriminadamente en relación con situaciones idénticas para producir los mismos efectos”¹⁴. Siendo ello así, constata este autor la evidente dificultad de “encontrar esferas a las que no llega la protección del principio de la confianza legítima, sí el de buena fe, y esferas a las que no llega la protección de este, pero sí de aquel”.

Con todo, se advierte que el principio de buena fe tiene un alcance mayor al de confianza legítima; lo excede, resultando siempre exigible de la Administración en todo ámbito de su funcionamiento. Además, se trata de un principio de entendido conocimiento y aplicación en la doctrina y jurisprudencia, tanto judicial como administrativa.

En Chile, prácticamente todos los dictámenes de la Contraloría General de la República que reconocen la confianza legítima lo hacen en conexión directa con la buena fe. Así, se ha dicho, en términos generales, que “el deber de todo Órgano de la Administración de invalidar sus actos administrativos contrarios al principio de juridicidad, encuentra una importante limitación, cuando, en relación al acto irregular se han consolidado, de buena fe, situaciones jurídicas sobre la base de la confianza de los particulares en la Administración, puesto que la seguridad jurídica de tal relación posterior, asentado en esos supuestos, amerita su amparo”¹⁵.

Considerando lo anterior, siempre resultará valioso invocar la protección de la buena fe ante un acto invalidatorio. Pero si la pretensión es el nacimiento de derechos adquiridos al amparo del acto administrativo respectivo, resulta inabundante justificar la buena fe. Existiendo razones para presumirla, esos derechos emergen como intangibles ante una invalidación.

Considérese el siguiente fallo de la Corte Suprema en 2002, en que, ante el intento de la invalidación de un permiso de regularización por parte de un director de obras, lo estimó improcedente por afectar derechos adquiridos por terceros de buena fe.

¹³ GARCÍA (2010), p. 1174.

¹⁴ GONZÁLEZ (2009), p. 80.

¹⁵ Contraloría General de la República, dictamen N°17.545, de 11 de mayo de 2001.

Razonó la Corte:

“Que el referido Permiso de Regularización, como acto administrativo terminal y debidamente notificado a sus beneficiarios, produjo sus efectos propios en favor de quienes habían adquirido los inmuebles objeto de esa resolución, por habérselos adjudicado con anterioridad en el mencionado procedimiento judicial y que poseen derechos sobre los inmuebles referidos y los que emanan del citado permiso, ambos amparados por la garantía que prevé el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República; Que si bien la autoridad administrativa está, en general, habilitada para invalidar en la misma sede sus actos ilegítimos, a través de un nuevo acto de la misma índole, de contrario imperio, haciendo uso de sus potestades de autocontrol de la regularidad de sus actuaciones, la aplicación de esa facultad tiene como límite el imperativo de respetar los derechos adquiridos por terceros de buena fe”¹⁶.

IV, FORMULACIÓN INICIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ALCANCE LEGISLATIVO. CONTRALORÍA GENERAL Y DERECHOS EMANADOS DE ACTO ILEGAL

Advertíamos que la doctrina nacional no ha sido profusa en tratar las legítimas expectativas o confianzas, pero que esta situación viene modificándose favorablemente. El terreno más interesante –y menos desarrollado– es el legislativo: ¿qué parámetros de confianza cabe tutelar al legislador reformista que altera sustantivamente los marcos regulatorios?

En Europa, el principio obliga también al legislador. Así ha sido reconocido en sentencias de la Corte Europea de Justicia, como expresa Cortés Campos, este principio puede llegar al punto de limitar el poder del legislador, ya sea por acción o por omisión, si el perjuicio que va a sufrir el interesado prima sobre el objetivo que persigue la norma o preceptos jurídicos concretos¹⁷.

En Chile, una de las primeras apariciones relevantes del valor de la *confianza*, se ubica precisamente en torno al Congreso. Se trata de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso *Rentas Vitalicias* (2001). En un requerimiento preventivo de inconstitucionalidad contra un proyecto de ley que intervenía en las facultades de los ahorrantes de pensiones, el fallo no contiene una configuración precisa del

¹⁶ Corte Suprema, Rojas Ruiz, Sergio con Alcalde y Director de Obras de la Municipalidad de Viña del Mar (recurso de protección), 14 de noviembre de 2002, Considerandos 3° y 4°.

¹⁷ CORTÉS CAMPOS (2008), p. 20.

principio, pero sí un interesante ejercicio de conexión axiológica. La magistratura vinculó la cláusula del Estado de Derecho (arts. 6 y 7 de la Constitución) a la seguridad jurídica y la necesidad de la protección de la confianza depositada por los ciudadanos en las reglas jurídicas¹⁸.

Este trabajo se enfocará, sin embargo, al más cotidiano terreno de las mutaciones e invalidaciones administrativas. Es aquí donde la confianza arriesga sus mayores pesares, especialmente porque mientras el proceso legislativo es por definición público, multilateral y normalmente extenso, el acto administrativo carece de esas propiedades. El administrador es usualmente unipersonal y *podrá* actuar de improviso.

Así, mejorando el planteamiento de tono genérico del Tribunal Constitucional ha sido la Contraloría General de la República el ente que ha aplicado de modo más contundente –aunque no sin algunas vacilaciones– la legítima confianza, a partir del dictamen N° 610 del año 2000¹⁹. Aquella interpretación contralora se refirió a una alteración legislativa sobreviniente, e inauguró una jurisprudencia que cuenta al día de hoy con más de 50 dictámenes análogos. En ellos, el órgano contralor reconoce la vigencia de dicho principio como límite a la potestad invalidatoria de la Administración, que es el punto que interesa a esta ponencia.

¹⁸ Dijo el Tribunal Constitucional (énfasis agregados): “Que, asimismo, la Constitución Política consagra la existencia de un Estado de Derecho. Basta tener presente en tal sentido, por citar solo algunas disposiciones, lo que disponen los artículos 5°, 6° y 7°, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad. Se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados. Esa confianza se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquellas con las cuales quien los realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones”, en Sentencia Rol N° 207, de 10 de febrero de 1995, considerando 67°.

¹⁹ Dictaminó el Contralor que: “Por otra parte, no puede dejar de considerarse que la empresa Aguas Cordillera S.A. ha seguido, cabalmente y de buena fe, un procedimiento administrativo regulado, realizando inversiones y contratando obligaciones con terceros, para concretar el ejercicio de su derecho a la ampliación, en la confianza legítima de que no existiría alteración de las normas preestablecidas y en la continuidad de dicho procedimiento válidamente iniciado y proseguido, confianza que ha sido reforzada por la propia acción de las autoridades, que le solicitaron aumentar el territorio que cubría la ampliación en trámite, y que por todo ello es valorable como digna de protección”, en Contraloría General de la República, dictamen N° 610, de 7 de enero de 2000.

Sabemos que el elemento detonante de los conflictos que el principio resuelve es la ilegalidad del acto administrativo que se pretende invalidar y que arrasa con la confianza del administrado. La autoridad suele negar todo efecto en ese acto; alega su irregularidad, su falta de conformidad a la ley, y replica que un acto contrario al ordenamiento no es capaz de engendrar derecho alguno.

Así, el particular inicialmente beneficiado por un acto administrativo favorable, debiese soportar estoico –en concepto de la Administración– la invalidación y todos sus efectos jurídicamente devastadores. Pero frente a esta rigurosa pretensión, se opone el clásico latinazgo “*nemo auditur turpitudinem propriam allegans*”: no será oído quien alegue su propia torpeza. ¿En qué consiste la torpeza, o la inepticia (como suele aludirla Soto-Kloss)? Sencillo: en emitir el funcionario un acto ilegal, en faltar al deber del artículo 7° incisos primero y segundo del Código Supremo, que le prohíbe terminantemente actuar más allá de las facultades que la ley expresamente le confiere.

De esta forma, si hemos de aceptar la invalidación del artículo 53° de la ley 19.880 como un instrumento constitucionalmente aceptable *en abstracto* –asunto que tiene nuestra discrepancia–, es evidente que la confianza legítima exige algún grado de ponderación *en concreto*: ¿qué actos cabe invalidar y cuáles se amparan en la confianza legítima?

Un dictamen del Contralor en 2013 ofrece una solución; y con ello demuestra la permanencia en el tiempo de su doctrina. Se trata del test que llamaremos de *las consecuencias más perniciosas*:

Instruye el Contralor:

“el ejercicio de la potestad invalidatoria admite diversas limitaciones relacionadas con los efectos que el acto respectivo ha producido, entre otros, la existencia de situaciones jurídicas consolidadas de buena fe, generadas sobre la base de la confianza legítima de los particulares en la Administración, las cuales requieren ser amparadas por razones de certeza y seguridad jurídica, para evitar que por la vía de la invalidación se ocasionen consecuencias más perniciosas que las que produciría la convalidación de los correspondientes instrumentos. En consecuencia, los actos administrativos en los cuales concurran los presupuestos mencionados no podrán ser invalidados por la autoridad recurrente, la que deberá adoptar todas las medidas que se requieran para evitar que vuelva a presentarse una irregularidad como la advertida²⁰”.

20 Contraloría General de la República, dictamen N° 51.775, de 14 de agosto de 2013.

La Contraloría conecta entonces confianza con seguridad jurídica.

Bermúdez coincide en que es la legalidad, como proscriptora del abuso y de la arbitrariedad, la que conduce a una protección de la confianza: *“una comprensión amplia de los principios de legalidad y seguridad jurídica pueden servir también, incluso bajo nuestro ordenamiento, de base posible para asentar la vigencia del principio de protección de la confianza legítima. En virtud del principio de legalidad en su vertiente atributiva, o de reserva legal, en el sentido ya visto, le está vedado a la Administración Pública actuar en ejercicio de sus potestades de manera abusiva (arbitraria) o en exceso de poder (atentando contra la finalidad para la que fue atribuida). Es precisamente en el primer caso, el del abuso en el ejercicio de potestades, el de la arbitrariedad, comprendidos dentro del principio de legalidad en sentido amplio, en que la Administración deberá motivar y señalar las razones para su actuación. Si tal actuación supone una alteración en la interpretación de la norma o un cambio en la manera de regular o de resolver, solo estará legítimamente autorizada para hacerlo si respeta, entre otros, la confianza que los administrados tienen en su forma o dirección de la actuación”*²¹.

V. REQUISITOS PARA LA INVOCACIÓN DE LA CONFIANZA. EL CASO DE LOS PERMISOS URBANÍSTICOS

Corresponde ahora profundizar sobre los requisitos que debiese exigirse al administrado para invocar la protección de la confianza ante las mutaciones normativas e invalidaciones²². Ya hemos constatado que este principio se erige como un límite de la potestad invalidatoria de la Administración²³, y que este puede exigir algún grado de ponderación en torno a las consecuencias más perniciosas. Sabemos también que, a diferencia de la ley española y de la figura de la revocación del

²¹ BERMÚDEZ SOTO (2011), p. 87.

²² En 2005 nos referimos al principio de confianza legítima en FERNANDOIS (2005). Diez años después, cabe fortalecer ese planteamiento con ciertos respaldos emanados de la Corte Suprema.

²³ Al respecto señala la Corte *“Que, por otra parte, uno de los principios del Derecho Administrativo es el de protección de la confianza legítima, esto es, que las actuaciones de los poderes públicos generan la confianza entre los destinatarios de sus decisiones. Lo anterior vinculado directamente con el principio de conservación del acto administrativo, de la buena fe y de la seguridad jurídica, los que constituyen resguardos de la tutela invalidatoria ejercida por la propia Administración en relación con sus actos”*. Corte Suprema, Tercera Sala, sentencia de 14 de octubre de 2013, rol N° 293-2013, redacción del Ministro Carreño, considerando 4°.

artículo 61 de la misma LBPA chilena²⁴, el artículo 53 de la misma no incluye los derechos adquiridos legítimamente como uno de sus límites.

Nos concentraremos en una zona especialmente sensible al juego invalidación-confianza legítima: el derecho urbanístico. En efecto, los permisos urbanísticos gozan de una estabilidad reforzada en comparación con la generalidad de actos administrativos, atendiendo a sus notas distintivas, consagradas expresamente en la legislación sectorial (LGUC y OGUC) y a la especial *materialidad* de sus efectos. Estas características generan que sea previsible que, ante una pretensión invalidatoria de la autoridad, se cumplan las condiciones de aplicación de este principio y pueda invocarse su protección, según se analiza a continuación.

Debemos advertir, sin embargo, que serán las circunstancias fácticas de cada caso las que determinarán la eficacia protectora del principio. En efecto, nos interesa aquí la dimensión de la confianza legítima frente a la actuación concreta de la Administración, y no en abstracto²⁵.

En una síntesis de doctrina y jurisprudencia, y siguiendo lo que propusiéramos en 2005, estos son los requisitos a satisfacer para una efectiva operatoria de la confianza legítima ante la invalidación por ilegalidad del acto:

- i. Existencia de actividad administrativa previa o un “*signo externo*”²⁶ que induzca la confianza del particular: este requisito consiste en que necesariamente debe existir una actuación administrativa (sea acto administrativo en términos estrictos o cualquier otro signo externo, aun cuando

²⁴ Dice la corte acerca de este artículo: “*Que (...) si bien se ha sostenido desde antiguo, aparece expresamente recogido en los artículos 13 inciso final y 61 de la ley 19.880, publicada en el Diario Oficial de 29 de mayo de 2003, en cuanto señala el primero que la Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afecten intereses de terceros y, el segundo, que la revocación de los actos administrativos no procederá cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente*”, Corte Suprema, Rol N° 3125, 2003, primera sala, apelación protección, 10-9-2003.

²⁵ En concreto la Corte reprochó de la siguiente forma el actuar de una Municipalidad que buscó la invalidación de sus propios actos: “*Que la actuación de la Municipalidad en los términos antes descritos vulnera el principio de la confianza legítima que la rige frente a los administrados.*

En efecto, el referido principio constituye una manifestación de la más amplia noción de seguridad jurídica y certeza en la situación que detenta cada ciudadano ante la Administración, en que se basan, entre otras, las garantías que se consignan en los numerales 2, 3, 16 inciso tercero, 20 inciso segundo y 22 del artículo 19 de la Carta Política”. Corte Suprema, Tercera Sala, sentencia de 11 de diciembre de 2012, recurso de casación en ilegalidad municipal, rol N° 5973-2011.

²⁶ Este concepto está tomado de una sentencia del Tribunal Supremo Español, de fecha 1 de febrero de 1990, que continúa citándose hasta hoy, como lo indica García, en GARCÍA (2010), pp. 1196-1197.

no sea jurídicamente vinculante), sobre la cual un particular funde una determinada forma de actuación o una decisión relevante.

En este punto, la doctrina especializada destaca que resulta necesario que se genere un *elemento subjetivo*, consistente en una “*confianza justificada del sujeto de derecho respecto de la estabilidad y la previsibilidad del marco jurídico vigente y de la aplicación que de él hagan los distintos operadores jurídicos institucionalizados*”²⁷. En este sentido, González Pérez señala que resulta necesario que se verifique una “*causa idónea para provocar la confianza legítima del afectado, la cual no podrá generarse por mera negligencia, ignorancia o mera tolerancia de la Administración*”²⁸. Lógicamente, la verificación de este requisito dependerá críticamente de las circunstancias de cada situación concreta.

El caso de los permisos urbanísticos no presenta mayores dudas en este punto, ya que serán precisamente estos los actos o signos externos previos que permiten fundar la confianza de sus titulares. Es el caso del anteproyecto, del permiso de construcción y de la recepción de obras: se trata de actos administrativos formales que reconocen un derecho o prerrogativa a sus titulares, de modo que sirven de base para actuaciones sucesivas, dando pie, por lo demás, a inversiones que pueden ser considerables. Nótese que la confianza es gradual y sensible a la conducta de la autoridad. En efecto, la *confianza* que puede invocar el particular se irá robusteciendo a medida que la secuencia de actos y permisos vaya progresando, como en los casos de permisos urbanísticos. El deber de protección crecerá considerando la sucesión de actos exigidos, en este caso, para la construcción y posterior utilización de las obras. Cada permiso progresivo será apto para consolidar con mayor fuerza la situación jurídica de confianza del administrado, y por ende, la legitimidad de su protección. Así, por ejemplo, si ya un anteproyecto aprobado otorga una posición precisa de ventaja –ciertamente digna de protección–, la secuencia completa de anteproyecto –permiso de construcción– recepción definitiva representa una situación férrea cuya estabilidad parece difícilmente perturbable.

- ii. Existencia de un vicio de ilegalidad en el acto generador de confianza, que no pueda resultar imputable al administrado: la aplicación del principio

27 CORTÉS CAMPOS (2008), p. 5

28 GONZÁLEZ (2009), p. 84.

de protección de confianza legítima como límite a la invalidación supone que el vicio de legalidad que afecta al acto no pueda imputarse al titular o destinatario del mismo. Al respecto, la doctrina especializada impone como primera condición para la existencia de una situación digna de confianza el “*Que la ilegalidad del acto no recaiga en el ámbito de responsabilidad del interesado o su legítimo representante*”²⁹.

De esta forma, se excluyen obviamente los casos en que el vicio provenga de dolo, engaño, falsedad o cualquier otra maquinación de parte del administrado. La doctrina más exigente priva de protección también en el evento que la “*actuación administrativa haya sido la consecuencia de informaciones falsas, inexactas o incompletas suministradas por el interesado, aunque este no haya actuado dolosamente*”³⁰. Por último, tampoco será digna de protección aquella situación en que “*el interesado conocía la ilegalidad del acto administrativo a revisar o la desconocía como consecuencia de una manifiesta negligencia*”³¹.

Se aprecia aquí una conexión lógica con el principio de buena fe: todas las situaciones que se excluyen de protección impiden, en mayor o menor grado, estimar que el administrado se encuentra de buena fe ante la pretensión invalidatoria de la autoridad.

Actuación administrativa posterior, contradictoria con su actividad previa, que altera el escenario sobre el que el particular ha obrado: es precisamente la contradicción en la actuación administrativa la que detona el deber de proteger la confianza del administrado. Dicha contradicción, en nuestro análisis, está dada por el ejercicio de la potestad invalidatoria, ante la existencia de un vicio de ilegalidad en el acto previo.

Cumplidos estos requisitos, emerge la barrera de la confianza legítima ante la invalidación.

La forma concreta de brindar esta protección puede variar, según el tipo de acto administrativo que se pretenda invalidar. Por ejemplo, la doctrina sostiene si se han conferido prestaciones económicas (pensiones, por ejemplo), deben respetarse aquellas pagadas o devengadas³².

29 GARCÍA (2010), p. 1198.

30 GARCÍA (2010), p. 1999.

31 BOCANEGRA, Raúl, ob. cit., p. 243.

32 BERMÚDEZ (2005), p. 99.

Por otra parte, atendiendo al carácter especialmente estable de ciertos permisos administrativos típicos (becas, pensiones, de edificación, económicos) y la *materialidad* de sus efectos concretos, el principio debiese operar impidiendo del todo su invalidación. La autoridad puede representar la ilegalidad y adoptar las medidas tendientes a evitar su repetición en el futuro, pero no podrá alterar los efectos del acto irregular que ha generado confianza legítima en el administrado.

En este punto corresponde advertir nuevamente que las circunstancias de cada caso concreto pueden ser relevantes para determinar el grado de protección que se dará al administrado ante la pretensión invalidatoria. En el caso de los permisos urbanísticos, que anteceden a una construcción, agreguemos que el hecho de haberse iniciado la construcción respectiva, de haberse realizado inversiones o simplemente tomado decisiones o celebrado actos jurídicos en torno al acto, se fortalecerá también la posición jurídica de buena fe del titular del permiso, en tanto manifestaciones concretas de la confianza en su legalidad.

Como es lógico, la materialización de decisiones económicas al tenor de los actos previos, hacen nítida la confianza y la buena fe. La doctrina española estima *“exigible que exista una manifestación de la confianza, esto es, que el receptor del beneficio obtenido ilegalmente haya consumido el mismo o haya adoptado decisiones en virtud de dicho beneficio que no pueda ya revertir o solo lo pueda hacer sufriendo un perjuicio irrazonable”*³³.

La Contraloría ha aplicado el criterio de *materialidad* de los efectos del permiso urbanístico en materia de invalidación. En esta línea, ha dicho que *“las medidas que resulten procedentes en cada caso, de acuerdo con el contexto jurídico reseñado, supone una ponderación de las circunstancias de hecho y de derecho que concurren en cada uno de los permisos otorgados y las consecuencias fácticas que la invalidación de los actos irregulares pueda ocasionar”*, ya que *“se trata de evitar que por la vía de la invalidación se ocasionen consecuencias más perniciosas que las que produciría la convalidación de los correspondientes actos”*³⁴. En el mismo sentido, ha resaltado la necesidad de atender al caso concreto de cada invalidación, imponiendo a la autoridad que *“deba considerar la situación de hecho existente, especialmente si se trata de construcciones en proceso de recepción final”*³⁵.

33 GARCÍA (2010), p. 1.200.

34 Contraloría General de la República, dictamen N°32.357, de 11 de julio de 2006.

35 Contraloría General de la República, dictamen N°29.192, de 22 de junio de 2006.

Sin embargo, la misma Contraloría en ocasiones ha apreciado la materialidad en forma quizás demasiado estricta, como se desprende de la sucesión de invalidaciones de permisos urbanísticos que ordenó entre 2003 y 2006³⁶. Allí, le bastó para invalidar el que no hubiere manifestación visible de las edificaciones a que habilitaban los permisos, ignorando todo otro acto ejecutado por los beneficiarios (transferencias, endeudamiento, constitución de gravámenes, etc.)^{37 38}.

En todos estos casos, sin embargo, el dictamen del Contralor no prevaleció. La Corte Suprema, en sucesivos fallos recaídos en recursos de protección, dejó sin efecto los actos del órgano fiscalizador, por arrogarse funciones jurisdiccionales que le son constitucionalmente impropias. El bien jurídico implícito fue, definitivamente, la protección de la legítima confianza del administrado.

³⁶ Dictámenes N° 53.409, de 26 de noviembre de 2003 (caso "Universidad FinisTerra"), N° 56.977, de 5 de diciembre de 2005 (caso "Santa Rosa de Las Condes"), N° 1.477 de 11 de enero de 2006 (caso "Sporting Club de Viña del Mar") y N° 26.252, de 6 de junio de 2006 (caso "Plaza Las Lilas").

³⁷ Como defensa en un recurso de protección interpuesto en el caso "Universidad FinisTerra", la Contraloría justifica la racionalidad de su orden de invalidación en el hecho de no existir aún construcción alguna sobre la base del permiso que se trata de invalidar. Indica: *"Es preciso agregar que no se omitió sopesar las consecuencias derivadas del respectivo pronunciamiento. Así, al aceptarse la nulidad del permiso de edificación N° 221 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, elemento que, además, forma parte de los considerandos de la Resolución Secc. 13 N° 228/2003, de 15 de diciembre de 2003, de la Dirección de Obras Municipales de Lo Barnechea que dejó sin efecto dicho permiso. Por tanto, no se trata de demoler o destruir edificaciones sino solamente de dejar sin efecto un acto administrativo irregular"*, en Dictamen N° 4.373 de 30 de enero de 2004.

³⁸ Conviene recordar aquí que tres de estos dictámenes fueron anulados por los tribunales superiores de justicia en sede de recurso de protección (sentencia de la Corte Suprema de fecha 27 de julio de 2006 rol N°2224, en el caso "Santa Rosa de Las Condes"; sentencia de la Corte Suprema de fecha 8 de agosto de 2006, rol N°4614, en el caso "Plaza Las Lilas"; sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°531 de 2006, en el caso "Sporting Club de Viña del Mar"). En los tres casos el razonamiento judicial giró principalmente en torno al ámbito de control que corresponde ejercer al órgano contralor, estimando los tribunales que se había excedido al intervenir en cuestiones de "fondo".

CONCLUSIONES

En tiempos de cambios legislativos y creciente frecuencia de invalidaciones administrativas, el principio de confianza legítima es un instrumento constitucional apropiado para resolver situaciones de injusto quebrando de la certeza jurídica. A más de cincuenta años de su nacimiento en Europa, más de dos décadas de su llegada al Tribunal Supremo español, a trece años de una primera y genérica mención por el Tribunal Constitucional en 2001 y a cerca de diez desde las primeras reacciones de la doctrina nacional, el principio exhibe hoy plena y precisa vigencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Su proyección alcanza tanto al ámbito legislativo como al administrativo, pero es en este último donde emerge con todo su rigor. El núcleo que detona la protección constitucional del administrado se ubica en la actuación regular o aparentemente regular y favorable de la autoridad, aptos para inducir al particular de buena fe a decisiones que posteriormente pierden su sustento jurídico cuando el administrador vuelve sobre sus propios pasos.

BIBLIOGRAFÍA

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, "El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria", *Revista de Derecho (Valdivia)* Volumen XVIII, N°2, 2005. Facultad de Derecho de la Universidad Austral.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Legal Publishing, Santiago, 2011.
- CALMES, Sylvia. "Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français". Editions Dalloz, Paris, 2001. pp. 596-634.
- CARTWRIGHT, John, Protecting Legitimate Expectations and Stoppel in English Law, *Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law*, July 2006.
- CEA EGAÑA, José Luis. La Seguridad Jurídica como Derecho Fundamental, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Coquimbo, Chile. Año 11, no.1 (2004), p. 47-70.
- CORTÉS CAMPOS, Josefina, "Cambio regulatorio y seguridad jurídica, breves notas sobre el principio de confianza legítima", en *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, Berkeley Program in Law & Economics, 2008.
- FERMANDOIS, Arturo, "Invalidación Administrativa y caso Celco: estabilidad o precariedad de los permisos ambientales", en *Sentencias Destacadas. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*. Libertad y Desarrollo, Santiago, 2005.
- GARCÍA LUENGO, Javier, "El Principio de Protección de la Confianza", en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, ed., *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "*El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo.*"

Thomson Reuters, 5ª ed., Navarra, 2009, p. 80.

ROUBIER, Paul, "*Le Droit Transitoire, Conflits des lois dans le temp*". Editions Dallaz et Sirey,

2º Edición, Paris, 1960. pp. 174-191.