

VICIOS DE PROCEDIMIENTO O DE FORMA QUE NO
AFECTAN LA VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO:
LAS FORMALIDADES NO ESENCIALES

ALEJANDRO VERGARA BLANCO*

Lo más propio de la nulidad, dado que es una sanción por la irregularidad original de un acto jurídico, es que su declaración ha de traer como consecuencia la desaparición de ese acto. La pregunta que cabe hacerse es: ¿toda irregularidad o defecto formal acarrea la nulidad de los actos administrativos? Lo cual está conectado con la certeza jurídica, con el rechazo al excesivo formalismo en el procedimiento administrativo, y con el principio de la conservación de tales actos, vinculados ya sea con el interés común o con derechos públicos subjetivos de los administrados. De ahí la relevancia de la nueva regla incorporada a través del art. 13 LBPA, que permite distinguir, en un acto, sus vicios o defectos esenciales y no esenciales

1. ASPECTOS GENERALES DE LA NULIDAD ADMINISTRATIVA

*1.1. Dos innovaciones en la LBPA: nuevas categorías
y clasificaciones del derecho administrativo adjetivo*

La Ley N° 19.880, de 2003, de Bases de los Procedimientos Administrativos (en adelante LBPA) ha venido a impactar de modo notable la faz adjetiva (o formal, o procedimental) del Derecho Administrativo chileno, no sólo por el hecho de regular por vez primera, y de un modo *básico* y

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España. Estudios de Posdoctorado en la Université de Pau et des Pays de l' Adour (Francia). Profesor Titular de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

general, el procedimiento administrativo, sino por las novedades singulares que incorpora. En este breve trabajo, sólo deseo analizar la nueva categoría y clasificación de vicios en el procedimiento administrativo, relativa a la nulidad administrativa formal, procedimental o adjetiva: las formalidades esenciales y no esenciales.

Pero esta novedad se agrega a otra más general: la LBPA ha venido a consagrar de un modo nítido una *summa divisio* de la nulidad administrativa, lo que cabe recoger en la dogmática del Derecho administrativo chileno; pues, a partir de lo dispuesto principalmente en los arts. 13 y 53 LBPA, hoy cabe clasificar la nulidad administrativa en:

i) nulidad de procedimiento o forma (actos contrarios al derecho adjetivo, regulada en el art. 13 LBPA); y

ii) nulidad sustantiva o material (actos contrarios al derecho sustantivo o material, regulada en el art. 53 LBPA).

Se acoge así una tradicional *divisio* del derecho en adjetivo/sustantivo (o material). Pero, además, y esto es el impacto mayor, viene a superar la incompleta regulación y clasificación de la nulidad que emanaba de los arts. 7° CPR y 2° Ley N° 18.575, de 1986 (Loebgae). En efecto, el art. 7° CPR sólo se refería a dos tipos de vicios de derecho material o sustantivo: la investidura regular del agente y a su competencia; y de un modo genérico (encargando a la ley el desarrollo) a los vicios de derecho adjetivo: a la “forma”. En seguida, el art. 2° Ley N° 18.575 de un modo implícito mencionaba el exceso o abuso de poder como objeto de acciones y recursos. Pero, hasta ahora, no estaba incorporado de un modo claro y concreto el vicio de derecho sustantivo o materia como acto contrario a derecho, y sujeto a anulabilidad o invalidación, como ahora lo hace el art. 53 LBPA.

Sólo menciono este cambio capital en la regulación de la nulidad, pues ha originado la mencionada clasificación de la nulidad administrativa en: i) por una parte: nulidad sustantiva o material (por actos contrarios a derecho); y ii) por otra parte: nulidad de procedimiento o de forma (por actos contrarios a derecho adjetivo). Y es dentro de esta segunda clase de nulidad que se enmarca este trabajo.

Así, este trabajo está referido a la relevante innovación de la LBPA en cuanto a la regulación de los vicios formales o de procedimiento; la cual,

rechazando el excesivo formalismo y acogiendo implícitamente el principio de la conservación de los actos administrativos, ha venido a establecer como regla general la siguiente: los defectos o irregularidades (vicios) relativos a formalidades o requisitos no esenciales, y en cuanto ello no genere perjuicio al interesado, no afectan la validez del acto administrativo.

En otras palabras, es la consagración de la *relevancia* o *magnitud* del vicio como requisito para la anulabilidad formal. Es la incorporación de la gradación de los vicios, lo que obligará a depurar las interpretaciones, con el objetivo de aprender a ponderar las magnitudes, esto es: habrá que distinguir entre lo esencial y lo no esencial, y como eso no lo declara expresamente ley alguna, es el intérprete el que tendrá que ponderar.

1.2. De la nulidad en general y en el Derecho Público

La nulidad, en su sentido más amplio, constituye una sanción que se impone a los actos jurídicos que no cumplen con las exigencias que les ha impuesto el ordenamiento jurídico, y que consiste en el desconocimiento de los efectos jurídicos del mismo. Pero para estudiar la nulidad debemos tener en cuenta que, tras este primer concepto genérico, la nulidad se descompone en diversas clasificaciones y distinciones que deben ser abordadas para su adecuada comprensión. Entre tales distinciones, la primera y más fundamental corresponde a la distinción entre las nulidades que se producen en las actuaciones de los órganos públicos, por una parte; y de los particulares, por otra parte; como consecuencia de la *summa divisio* del derecho como fenómeno global en público/privado.

Así, la nulidad en Derecho Público se aplica a los actos de los órganos del Estado (sea que intervenga como tal o a través de sus funcionarios) que vulneran el principio de juridicidad.

Si nos atenemos a la división tripartita de los órganos y poderes del Estado, tenemos, en el Derecho Público, las siguientes categorías de nulidad:

i) Nulidad legislativa (cuya manifestación más notable es la actividad de control por el Tribunal Constitucional, dados los efectos anulatorios de sus decisiones respecto de los proyectos “viciados” de inconstitucionalidad, como fluye del art. 94 CPR y varios conexos de la Ley N° 17.977).

ii) Nulidad procesal (cuya manifestación más notable es la actividad de anulación o casación, como efectos de apelaciones, quejas y recursos de casación, por las cortes superiores de justicia; acogida esta terminología en las leyes, jurisprudencia y doctrina procesal).

iii) Nulidad administrativa (cuya manifestación más notable es la anulación o invalidación de los actos administrativos, tema regulado desde 2003, por la LBPA, pero que ha sido objeto de una amplia práctica jurisprudencial, cuyas decisiones al “dejar sin efecto” un acto administrativo, lo que hacen es anularlo).

Pero en Chile, por la doctrina y la jurisprudencia, sin ninguna base en un texto legal (de ahí la debilidad dogmática de este *nomen iuris*, al no tener ni conexión con alguna regla ni con la realidad especificada de la administración). Prefiero la expresión “nulidad administrativa” (o, simplemente, “nulidad de actos administrativos”), aunque esta expresión no es la de uso jurisprudencial o doctrinal. En la jerga chilena del derecho administrativo, para referirse a la nulidad de los actos administrativos, hasta ahora ha hecho fortuna la rara expresión “nulidad de Derecho Público”, que prefiero evitar, pues es ambigua y genérica para las nulidades de los actos de los tres poderes del Estado.

1.3. Distinguiéndose y separándose de la nulidad civil

También cabe distinguir la nulidad *administrativa* de la nulidad de derecho privado: la nulidad *civil*. Aparte de estar regidas por normas diferentes, el objeto mismo de las nulidades administrativa y civil no es idéntico; y cabe distinguir. La nulidad civil, como se sabe, se limita a las relaciones entre privados, sancionando tales actos cuando ellos no cumplen los requisitos impuestos por la ley. Se encuentra regulada en el título XX, libro IV del Código Civil (CC) y corresponde a la sanción establecida en el art. 1681 CC a “todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes”, clasificándose de acuerdo a este mismo artículo en nulidad absoluta o relativa.

La distinción ente nulidad absoluta y relativa es de gran relevancia para el derecho civil, puesto que sus características y efectos jurídicos difieren en gran medida de una a otra:

a) *Nulidad relativa*. Corresponde a aquella sanción que se impone cuando se celebra un acto con omisión de un requisito exigido por la ley en atención a la calidad o estado de las partes.

La doctrina, al contraponerla con la nulidad absoluta, le reconoce las siguientes características: (i) sólo se declara a solicitud de parte; (ii) sólo pueden alegarla aquellos en cuyo beneficio la ha establecido la ley; (iii) se sana por el transcurso de 4 años desde la celebración del acto, o desde que cese el vicio, según sea el caso, y (iv) el acto puede ser saneado (ratificado, en estricto rigor) por la voluntad de las partes.

¿Es asimilable la categoría dogmática de la nulidad administrativa formal a la nulidad relativa del derecho civil? Si bien no nos parece asimilable la nulidad civil con la administrativa, cierta terminología común la encontramos en Díez¹, quien habla de invalidez absoluta e invalidez relativa de los actos administrativos.

b) *Nulidad absoluta*. Es la sanción de ineficacia que se aplica en los casos en que se celebra un acto con omisión de un requisito exigido en atención a la naturaleza o especie del mismo acto.

Y a diferencia de la nulidad relativa, presenta las siguientes características: i) puede ser declarada de oficio por un juez cuando aparece de manifiesto; ii) puede ser alegada por cualquiera que tenga interés en ella, como a su vez por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley; iii) se sana sólo con el transcurso de 10 años desde la celebración del acto, y iv) no acepta ratificación de partes.

1.4. Evolución normativa, doctrinaria y jurisprudencial

La nulidad de derecho administrativo es, como ya adelantamos, completamente distinta a la nulidad civil, y en ella no se reconoce la distinción entre absoluta y relativa. Igualmente, es distinta a las nulidades que afectan

¹ Dice Díez: “La ratificación puede operar con respecto a los actos (administrativos) inválidos de invalidez relativa, pero no para los de invalidez absoluta ni para los inexistentes”. Díez 1956, 372.

a los actos de los demás órganos y poderes del Estado, como los actos legislativos y procesales.

De acuerdo a la dogmática más tradicional, la nulidad de los actos administrativos (siempre con el apelativo “nulidad de derecho público”) se encuentra consagrada en los arts. 6º y 7º de la Constitución Política de la República de 1980 (CPR), los que de manera muy breve y general se refieren a ella; su mayor desarrollo, hasta 2003, había sido obra de la doctrina y la jurisprudencia, y no del legislador. Habitualmente se cita el art. 2º Ley N° 575, de 1986, como una regulación legal de la nulidad administrativa; pero tal regla no consagra ni formula un efecto anulatorio (pues de eso se trata) del abuso o exceso de poder, señalando sólo que ello puede dar lugar a “acciones y recursos”; de ahí que sólo cabe colegir que tales “acciones y recursos” debiesen tener el objetivo de anulación o invalidación de tales actos excesivos o abusivos; pero la ley no regula tal nulidad, ni sus efectos. Entonces, el art. 2º Lochgae es poco lo que agrega en la regulación de la nulidad.

La doctrina mayoritaria en la década de los años noventa dotaba a esta nulidad de origen constitucional con los rasgos de ser insubsanable, operar de pleno derecho y ser imprescriptible, de manera que cualquier violación al principio de juridicidad consagrado en el art. 6º CPR, o vulneración de los requisitos establecidos en el art. 7º CPR, generaba, a su juicio, un vicio insubsanable, desde su origen, y sin posibilidad de ser validado en forma alguna².

Tal como se puede apreciar, esta clase de nulidad se construyó teóricamente sin realizar distinción alguna entre sus causales, de manera que se comenzó a entender por tal doctrina y por la jurisprudencia, de un modo genérico, que ante *cualquier* vicio, provocaba inevitablemente la nulidad *ipso jure*, insanable, del acto; ello sin importar su gravedad, extensión o tipo; y sin distinguir si se trataba de la infracción del derecho adjetivo o del derecho sustantivo/material³, ciñéndose casi como a un oráculo a los escuetos términos del art. 7º CPR.

² Así, por todos, SOTO KLOSS 1996, pp. 172-173.

³ Así, con énfasis, SOTO KLOSS 2010 [recopilado en esa fecha, pero en un trabajo publicado en 1997], 457, sostenía que a dado que el art. 7º CPR no hacía ninguna distinción, no

De ahí que, además, se podía sostener que la nulidad administrativa no estaba necesitada de ninguna “categoría, clasificación o distinción al interior de la misma”⁴. En otras palabras, la nulidad *es una sola*; sin dar lugar a gradaciones.

Esto, sumado a otras razones, llevó a otra parte de la doctrina nacional a criticar esta visión, basándose principalmente en la insuficiencia de las normas constitucionales para llegar a las características de insubsanable, de pleno derecho e imprescriptible de la nulidad de derecho público.

Me excuso, por ahora, de un recuento ordenado de esta evolución doctrinaria y jurisprudencial⁵.

En todo caso, cabe reconocer que lo escueto del art. 7º CPR no permitía una dogmática más depurada, salvo una racionalización doctrinaria o jurisprudencial (que en parte se produjo).

Como era de esperarse, la nueva postura de la doctrina comenzó a influir en la conciencia popular, lo que finalmente se tradujo en dos cambios:

a) Evolución en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Desde el año 2000 en adelante, la Corte Suprema ha dado un giro respecto al análisis de la naturaleza jurídica de la nulidad administrativa, como de las características que se le señalaban como propias, comenzando a rechazar la idea de que la nulidad opere de pleno derecho y que sea imprescriptible. A su vez, la jurisprudencia comenzó a identificar y distinguir que la nulidad no es la única sanción que puede afectar al acto, y que tal, como sanción operaría únicamente en las causales del art. 7º inc. 1º CPR. Ello se acentuaría a partir de 2003, con la aparición de la LBPA.

b) Efectos de la dictación de la LBPA. En 2003 se publica la Ley Nº 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos

era necesario que los vicios sean “gruesos” o “groseros” para llegar a invalidar el acto; toda violación del procedimiento, en su criterio, sería vicio anulable.

⁴ MORALES 2002, 535.

⁵ Remito a los desarrollos ordenados y precisos de: SOTO KLOSS 1996 y 2010; BERMÚDEZ 2010.

que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (LBPA). Esta ley, entre otros aspectos, regula lo siguiente:

i) Consagra en su art. 3º inc. final una presunción de legalidad/validez al acto administrativo, por lo que éste sería legal, y produciría todos sus efectos, mientras no se declare lo contrario en un procedimiento en el que tenga lugar su invalidación, dejando con ello fuera de todo lugar la posibilidad de aplicar la ya abandonada doctrina de la nulidad de pleno derecho o *ipso jure*.

ii) Clasifica la nulidad administrativa atendiendo a si los vicios afectan el derecho material/sustantivo: actos contrarios a derecho (art. 53 LBPA) o el derecho adjetivo: vicios de procedimiento o de forma (art. 13 LBPA).

iii) En cuanto a las nulidades del procedimiento o de forma, establece una nueva e importante regla general; siendo éste uno de los puntos claves para los efectos del presente trabajo: la LBPA reconoce en su art. 13 inc. 2º LBPA que ciertos vicios, defectos o irregularidades no esenciales no generan necesariamente la nulidad de un acto administrativo.

Esto último implica la incorporación, de un modo implícito, del principio de la conservación de los actos administrativos.

2. DEFECTO DE FORMALIDADES ESENCIALES DEL ACTO ACARREAN SU INVALIDEZ O NULIDAD. NUEVAS CLASIFICACIÓN Y CATEGORÍA DE ACTOS

2.1. *Una nueva categoría de vicio en el procedimiento administrativo*

Tal como se puede apreciar a partir de lo expuesto, actualmente no podemos entender que existe una sola clase de nulidad y que todo vicio acarrea la nulidad en el procedimiento administrativo, ni que sea posible aplicar, acriticamente, lo dispuesto en el inciso final del art. 7º CPR a cualquier vicio de un acto administrativo. En efecto, y a semejanza de lo que ocurre en el derecho privado (en que se distingue entre nulidad absoluta o relativa) o en el derecho comparado (por ejemplo, España, en que se distingue entre nulidad administrativa absoluta o de pleno derecho y anulabilidad), hoy cabe hablar de grados de invalidez, pues no todos los vicios que afecten

a un acto producen la misma sanción; o lisa y llanamente, de acuerdo a la nueva regla del art. 13 LBPA, no todos los vicios son sancionables con la nulidad.

En efecto, conforme a lo establecido en el art. 13 LBPA, un vicio de procedimiento o de forma sólo afectará la validez del acto administrativo en la medida en que: i) este se refiera a un requisito esencial del mismo, ya sea por la naturaleza del mismo acto, o por mandato del ordenamiento jurídico; ii) o en aquellos casos en que el vicio afecte intereses de terceros, siendo sólo reparables a través de su invalidación.

Todos estos vicios son *subsanales*, como recalca el art. 13 inc. 3º LBPA, en la medida que no se afectaren intereses de terceros.

De ello resulta el siguiente cuadro:

Acto es:	Diagnosís:	Tipo de vicio formal	Mecanismo de conservación
Válido	a) No tiene vicio alguno	Acto administrativo formalmente perfecto	No es necesario, el acto administrativo no es susceptible de impugnación, siendo innecesario subsanarlo o corregirlo
	b) Tiene vicio formal no esencial	i) acto omite requisito no esencial, y	
		ii) acto no genera perjuicio al interesado	
Inválido	Tiene vicio formal esencial	acto omite requisito esencial	Admite, puede ser convalidado, <i>subsanao</i> o corregido, según corresponda.

Si realizamos una interpretación a *contrario sensu*, del art. 13 LBPA, podemos identificar vicios que no revisten la gravedad o fuerza suficiente para afectar la validez del acto o del procedimiento administrativo. Tales vicios son aquellos que no recaen sobre los requisitos esenciales de un acto y que, además, no generan perjuicio al interesado, es decir, son irrelevantes para los efectos prácticos y jurídico-procedimentales.

Entonces, ante una diagnosis que dé por resultado una falta a una formalidad no esencial, es decir, tratándose de esta segunda categoría de vicios, no resulta procedente recurrir ante la justicia ordinaria a través de la acción de nulidad administrativa, con el fin de solicitar la anulación del acto. Esto se debe a que la propia LBPA ha establecido que estos vicios no afectan la validez del mismo.

Es, esta última clase de vicios la que pasamos a analizar, identificando aspectos claves de la LBPA, la que instaura un sistema dirigido a conservar los efectos jurídicos de los actos administrativos.

En fin, cabe aclarar que, en virtud de la redacción expresa del art. 13 LBPA, y de su contexto, los vicios “de fondo” y que originen un acto “contrario a derecho” (esto es, con quebranto al derecho administrativo material o sustantivo), no admiten la clasificación anterior, siendo éstos siempre susceptibles de ser invalidados; están regulados en el art. 53 LBPA.

2.2. Situación del acto administrativo viciado por defectos formales no esenciales

Cabe revisar, entonces, cómo se produce la subsistencia de los actos que incurriendo en vicios de procedimiento o de forma, tales defectos se refieren a formalidades no esenciales del acto. Para ello, cabe clasificar los tipos de vicio que afecten al acto.

a) Vicios de procedimiento o de forma que afectan la validez del acto. Existen ciertos requisitos copulativos para que este tipo de vicio afecte la validez del acto:

i) Que el vicio recaiga sobre un requisito esencial del acto. El hecho de que el art. 13 LBPA haga una distinción entre requisitos esenciales y no esenciales apunta a un criterio que se ha abierto paso en el Derecho Administrativo, y que, como ha reconocido el propio Cassagne⁶, da cuenta

⁶ CASSAGNE 2010,292. Al respecto, dice Cassagne: “En principio, cuando un defecto formal produce una violación considerable en el ordenamiento jurídico administrativo y su mantenimiento choca con el orden público, se está en presencia de un vicio sobre una forma esencial, sancionado con la nulidad absoluta del acto administrativo. / En cambio y cuando

de una flexibilización de las formas en el procedimiento administrativo. En esa línea, el primer requisito para que un vicio de procedimiento o de forma afecte la validez de un acto, es que el vicio debe ser esencial. De acuerdo a lo dispuesto en el art. 13 LBPA, un vicio puede ser esencial, ya sea por la naturaleza del acto, o por mandato del ordenamiento jurídico⁷.

ii) Que el vicio genere perjuicio al interesado. El segundo requisito para que el vicio afecte la validez del acto administrativo es que exista un perjuicio al interesado; es la aplicación del antiguo adagio procesal: “no hay nulidad sin perjuicio”⁸.

b) Vicios de procedimiento o de forma que no afectan la validez del acto: los defectos de forma no invalidantes. Se trata, a diferencia de la categoría anterior, de aquellos vicios que no recaen sobre un requisito esencial del acto y que no irrogan un perjuicio al interesado.

Si bien la LBPA reconoce la existencia de vicios invalidantes y no invalidantes bajo el alero del principio de la no formalización (art. 13 LBPA), a dicho principio va aparejado, pese a no estar legalmente consagrado, el principio de permanencia o conservación de los actos administrativos.

Así lo entiende también, por ejemplo, Bermúdez⁹, quien señala que, si bien para la ley no resulta indiferente la ilegalidad del acto administrativo, no cualquier vicio debiera significar la ineficacia del mismo. Por el contra-

—por ejemplo— la norma exige taxativamente una forma determinada y el acto administrativo se ha emitido, pero bajo otra forma distinta, lo que se halla en juego por lo general es la rigidez de la forma violada que llevará a quien revise el acto a declarar inexorablemente la nulidad del acto y a aplicar la sanción establecida en la norma, o bien, la que corresponda según el carácter esencial o no, de la forma violada, pues no debe olvidarse que en Derecho Administrativo no rige la exigencia de texto expreso para declarar la invalidez del acto”.

⁷ No abordo esta materia, por ahora, ya que existe otra ponencia en estas mismas Jornadas; me remito a ella. Pero es natural señalar que en este punto será necesario un esfuerzo doctrinario y jurisprudencial.

⁸ En este sentido se ha inclinado la Contraloría General de la República, por ejemplo, en materia de sumario administrativo. Así, de acuerdo al Dictamen N° 69.649 de 2010, no procede la invalidación si “la indicada irregularidad no produjo un menoscabo al inculpado ni afectó su derecho a defensa (...)”. En el mismo sentido, de que no existe nulidad sin perjuicio, se pueden citar los dictámenes N° 48.372 de 2010 y N° 11.854 de 2010.

⁹ BERMÚDEZ 2010, pp. 103-123.

rio, es exigible la concurrencia de ciertos requisitos de trascendencia para afectar la validez del acto.

*2.3. Actos con defectos formales no invalidantes
y susceptibilidad de convalidación o subsanación.
La subsistencia de los actos administrativos viciados*

a) *El concepto de defectos formales no invalidantes.* Constatados los vicios que afectan la validez de un acto administrativo, es posible observar que en todos los demás casos el vicio de procedimiento o de forma carecerá de trascendencia anulatoria.

Como ya señalamos, la existencia de estos vicios de procedimiento o de forma que carecen de trascendencia anulatoria es reconocida por el art. 13 inc. 2º LBPA¹⁰.

Los vicios no esenciales son defectos formales no invalidantes¹¹; y son aquellos requisitos no esenciales del acto, ya sea porque la naturaleza del mismo no lo amerita; o porque la ley no le otorga esta calidad de esencial. No basta que la ley exija una forma para considerarla esencial, sino que ese mandato legal tiene que considerar esencial tal formalidad.

En estos casos, el acto no es inválido, por lo que no cabe ni convalidarlo ni subsanarlo. No es necesario. De ahí que en estos casos, cabe considerar a los actos con meros vicios formales no esenciales, como actos que *subsisten*; actos subsistentes; con validez, a pesar de sus vicios.

b) *La convalidación de los actos formalmente defectuosos.* La convalidación pareciera que cabe aplicarla a los actos inválidos, esto es, que tienen defectos formales esenciales.

La doctrina administrativa se ha preocupado de la convalidación de los actos administrativos defectuosos, institución que tiene por finalidad cau-

¹⁰ “El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando (...)”.

¹¹ Término utilizado también en la doctrina, por ejemplo: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 1977 pp. 434-435.

telar el interés público en la subsistencia de las decisiones administrativas, y con ello, para Garrido Falla¹², se consigue evitar una ulterior anulación del acto a causa precisamente de los vicios que con la convalidación se vienen a eliminar.

Así, la convalidación es aquel principio en virtud del cual un acto administrativo que podría haber sido anulado por adolecer de un vicio adquiere plena validez¹³.

Una forma de convalidación es la validación de una formalidad del procedimiento defectuosa, pero que no genera perjuicios a terceros, como por ejemplo el art. 47 LBPA, que contempla la notificación tácita. A partir de esta forma de notificación aun cuando no hubiere sido practicada notificación alguna, o incluso si la notificación practicada adolece de algún vicio, se entenderá practicada dicha notificación si el interesado hiciere cualquier gestión posterior en el procedimiento, que suponga necesariamente su conocimiento del acto, sin haber reclamado previamente de su falta o nulidad¹⁴.

Una discutible forma de convalidación podría sostenerse en el caso de la convalidación/validación del art. 53 LBPA, una vez transcurrido el plazo de 2 años que tienen las partes o la autoridad administrativa para invalidar un acto; es discutible pues se trata de actos viciados de fondo, con infracción al derecho material o sustantivo: “contrarios a derecho”, dice la ley. Esta regla de la invalidación consiste en que la autoridad está facultada para, de oficio o a petición de parte, y previa audiencia del interesado, invalidar los actos contrarios a derecho, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto. De esta manera, esta

¹² GARRIDO FALLA 1985, pp. 696-697.

¹³ Para Díez la convalidación se define como el “*acto por medio del cual el órgano administrativo, autor del inválido, declara querer mantenerlo firme, vale decir declara considerar ese procedimiento o negocio jurídico como válido*”. DÍEZ (1956) p. 372. Creemos que en el Derecho Administrativo chileno la convalidación es un principio que se extrae de las disposiciones de nuestro ordenamiento, sin que sea necesario un acto del órgano administrativo. Es la ley la que los valida, no un acto formal, siendo el concepto que propone Díez más acorde con la subsanación, según exponemos.

¹⁴ Una regla similar existe en materia procesal civil; es el caso del art. 55 del Código de Procedimiento Civil (CPC), referido a la llamada “notificación ficta”.

regla pareciera consagrar una especie de convalidación *a contrario sensu*¹⁵, si no se declara la invalidez, el acto pasa por el solo efecto de la ley a adquirir plena validez, al cumplirse el plazo de dos años. No obstante, es dudoso considerar esto como un plazo de prescripción de las acciones para recurrir contra tal acto; sino sólo de un plazo para ejercer la potestad invalidatoria.

c) La subsanación de los vicios de procedimiento o de forma. Otra manifestación del principio de conservación es la subsanación, contenida en el art. 13 inc. final LBPA. Si el acto administrativo adolece de defectos de forma, ya sean esenciales o no esenciales (la ley no distingue), la Administración podrá subsanar esos vicios formales, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros¹⁶.

No obstante, por lo dicho, pareciera que la subsanación cabe más bien aplicarla a los actos inválidos; esto es, que tienen defectos formales esenciales. Sólo excepcionalmente será necesaria una subsanación de un acto cuyo defecto es no esencial, pues precisamente ese acto es válido, y la necesidad de subsanación del mismo es rara. A partir de dicha norma, la Administración está facultada para subsanar los vicios formales de que adolece un acto, mediando ciertas circunstancias habilitantes, lo cual se materializa por medio de un acto administrativo posterior que contiene la voluntad de mismo órgano que dictó el acto, de regularizar su situación manteniendo los efectos propios del primer acto.

Esta facultad puede ser vista como un perfeccionamiento de un acto inválido, según plantea Diez¹⁷, bajo el concepto de ratificación. Este perfeccionamiento está dado por la remoción de un vicio, por haberse

¹⁵ En todo caso, la Contraloría General de la República, en su Dictamen N° 56.021 de 2004, consideró que esta regla “debe ser interpretada en forma estricta, toda vez que involucra la permanencia o perseverancia de situaciones irregulares, lo que debe armonizarse con el principio constitucional de juridicidad”.

¹⁶ “La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros”.

¹⁷ DIEZ 1956, pp. 369-372.

completado los requisitos faltantes requeridos para la validez del acto¹⁸. La subsanación opera con efecto retroactivo, es decir, perfecciona el acto inválido desde su formación, quedando siempre a salvo los derechos que los terceros hubieran adquirido en el período intermedio (puesto que lo contrario generaría una vulneración al principio de confianza legítima). La subsanación es un acto unilateral de la Administración, cuya eficacia no depende del consentimiento o aceptación de terceros.

Sin perjuicio de lo anterior, el art. 56 LBPA establece el deber de la autoridad administrativa de ordenar que se corrijan por la misma Administración o por el interesado, los vicios que advierta en el proceso.

Este artículo se relaciona directamente con el inciso final el art. 13 LBPA, y permite que la corrección del procedimiento o subsanación se refiera a actuaciones del órgano burocrático sino que también a actos del interesado.

d) La subsistencia de los actos administrativos. La subsistencia de los actos administrativos, entonces, se produce en las siguientes hipótesis:

i) por mandato de la ley, en el caso de los vicios no esenciales, en que los actos no están necesitados ni de convalidación ni de subsanación (art. 13 inc. 2º LBPA);

ii) por decisión de la ley, en el caso de las convalidaciones (por ejemplo, art. 47 LBPA);

iii) por decisión de la Administración, en todos aquellos casos que la ley la autoriza a subsanar actos.

¹⁸ Así lo ha decidido la Contraloría General de la República, que ha señalado que la existencia de un vicio “no implica dejar a la autoridad reguladora cautiva y sin posibilidad de poder rectificar errores, subsanar omisiones o corregir información equivocada (...), toda vez que el proceso tarifario debe someterse al principio de juridicidad no sólo desde una perspectiva procedimental, sino también sustantiva” (Dictamen N° 36.001 de 2008).

En este último caso, una vez convalidado por el ordenamiento, o subsanado por la Administración, el acto produce sus efectos válidamente. Es decir, subsiste a pesar de haber sido dictado con vicios –irregularidades no invalidantes.

La subsistencia es la “permanencia, estabilidad y conservación de las cosas”, según el Diccionario. Cabe distinguir, entonces, estas tres hipótesis, respecto de los actos administrativos:

- i) la convalidación;
- ii) la subsanación, y
- iii) la subsistencia.

El acto convalidado o subsanado, dice relación con un acto sujeto a un vicio, pero que a pesar de eso, permanece estable, *se conserva*.

Pero, por otro lado, el efecto de subsistencia es lo que permite su validez y la producción de efectos jurídicos vinculantes (esto es, su eficacia).

Así, la subsistencia es una institución jurídica presente en nuestro Derecho, la cual se materializa en definitiva, a través de las instituciones y herramientas jurídicas que desarrolla la LBPA y respecto a las cuales nos hemos referido.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BERMÚDEZ, Jorge: “Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la Nulidad de Derecho Público?”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 1, julio 2010, pp. 103-123.
- BERMÚDEZ, Jorge. *Derecho administrativo general*, 2ª ed., Santiago, AbeledoPerrot, 2010, p. 603.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *Lecciones sobre el acto administrativo*, 2ª ed., Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 227.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *La teoría del acto administrativo*, Madrid, Iustel, 2005, p. 213.

- BOQUERA OLIVER, José María. *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 1986, p. 302.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, Tomo II, Lima, Palestra Editores, 2010, p. 1502.
- CORDERO VEGA, Luis. *El procedimiento administrativo*, Santiago, Lexis-Nexis, 2003, p. 228.
- DIEZ, Manuel María. *El acto administrativo*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 560.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1977, p. 606.
- GARCÍA-TREVIJANO, José Antonio. *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1986, p. 438.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I (Parte General). Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 742.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Derecho administrativo español*, Tomo III: El acto y el procedimiento administrativos, Pamplona, Eunsa, 1997, p. 1333.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, 5ª edición, Madrid, Thomson Reuters, 2012, p. 2402.
- JARA SCHNETTLER, Jaime. *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*, Santiago, Editorial Libromar, 2004, p. 285.
- MAURER, Hartmut. *Derecho Administrativo. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 2011[2009], p. 549.
- MORALES ESPINOZA, Baltazar. “Nuevos aspectos de la nulidad de derecho público”, en: *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 212, LXX, vol. II, 2002, pp. 533-544.
- SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 336.

SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, Santiago, AbeledoPerrot, 2010, p. 862.

SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 2010, p. 480.