mente atribuidas y cumpliendo los presupuestos legales que manifiestamente dispone el ordenamiento jurídico, para desplegar sus actuaciones, tanto en sus aspectos sustantivos como adjetivos en el ordenamiento jurídico administrativo.

4. Análisis práctico

En razón a lo señalado, entenderemos que el principio de legalidad y juridicidad del procedimiento exige a la autoridad competente el respeto irrestricto a la Constitución, las leyes, reglamentos, normas técnicas, decretos supremos, decretos con fuerza de ley y otros actos administrativos que se dicten con carácter vinculante.

La doctrina y jurisprudencia han identificado los elementos que debe contener todo acto administrativo, y, de esta manera, las actuaciones del procedimiento administrativo, para cumplir con el principio de legalidad o juridicidad. En este sentido, la jurisprudencia ha establecido que toda actuación administrativa tiene que cumplir con los elementos de legitimidad extraídos de los artículos 6°, 7° y 8° de la Constitución y el artículo 2° de la LBGAE, que establecen que toda actuación administrativa tiene que ejecutarse cumpliendo con las condiciones de investidura regular, competencia, forma, fin y motivación. Al respecto, ha señalado:

> "que siendo cinco los elementos del acto administrativo, esto es, la competencia, la forma, el fin, los motivos[313] y el objeto, puede existir ilegalidad del acto administrativo en relación a cualquiera de ellos [...][314]".

[313] El artículo 8° de la Constitución consagra el elemento de motivación, al señalar: "[...] *Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen* [...]".

[314] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 1344-2011. En este mismo sentido: "Sexto: Que de acuerdo con la jurisprudencia asentada por esta Corte Suprema –y que recoge una doctrina que ha gozado de general aceptación– son vicios aptos para provocar la nulidad de derecho público de un acto estatal la desviación de poder, ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, violación de la ley –ley de fondo– y defectos de forma". Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 11216-2011.

Asimismo, "Que según puede colegirse de lo enunciado en las normas recién citadas y como reiteradamente lo ha sostenido esta Corte, los vicios que pueden eventualmente provocar la nulidad de un acto administrativo son: la ausencia de investidura regular del órgano respectivo, la

> "Que no obstante lo precedentemente planteado, es menester referirse previamente a la nulidad de derecho público que afectaría a las liquidaciones de autos por haber sido emitidas por un Departamento del órgano fiscalizador denominado 'Dirección Grandes Contribuyentes'. Al respecto, es preciso señalar que no se advierte infracción a la normativa constitucional y legal que se denuncia vulnerada, en particular, a los artículos 1° y 42 del D.F.L. N° 7 del año 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, desde que en materia de nulidad de derecho público, tanto la doctrina como la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, se encuentran contestes en indicar que del artículo 7° de la Constitución Política de la República, se desprende que la validez de las actuaciones de los órganos del Estado queda supeditada a la concurrencia de tres esenciales presupuestos: a) investidura regular del agente, b) que la actividad se desarrolle dentro del ámbito de su competencia y, c) que se ejecute en la forma que prescriba la ley [...][315]".
>
> "Cuarto: Que de acuerdo con la jurisprudencia asentada por esta Corte –y que recoge una doctrina que ha gozado de general aceptación– la ilegalidad de un acto administrativo, que puede acarrear su anulación, puede referirse a la ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, defectos de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y violación de la ley de fondo aplicable[316]".
>
> "Séptimo: Que para analizar esta situación es necesario tener presente que cinco son los elementos que es preciso ponderar en un acto administrativo: la competencia, la forma, el fin, los motivos y el objeto. En este contexto, puede mediar ilegalidad del acto en razón de la falencia de cualquiera de estos rubros[317]".

Lo anterior ha sido profundizado por una sentencia de la Corte Suprema en el "Caso DGOP" que examina los elementos del acto administrativo:

incompetencia de éste, la inexistencia de motivo legal o motivo invocado, la existencia de vicios de forma y procedimiento en la generación del acto, la violación de la ley de fondo atinente a la materia y la desviación de poder". Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 10849-2014.

[315] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 1160-2010.

[316] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 23587-2015.

[317] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 55119-2016.

"En efecto, se reconocen al menos las siguientes causales de anulación de los actos administrativos: incompetencia, vicio de forma o de procedimiento, desviación de poder o violación de la ley.

En esta última causal a su vez, pueden distinguirse ilegalidades relativas al objeto del acto y a los motivos del acto.

A su turno, esta ilegalidad reviste dos formas, por la ausencia de los motivos que la ley ha exigido y por la inexistencia de los motivos que la autoridad ha tenido en vista al tomar la decisión[318]".

Sobre lo señalado, el Tribunal Constitucional ha compartido el criterio que el principio de legalidad exige el cumplimiento de los requisitos de validez o elementos de legitimidad del principio de juridicidad o legalidad surgidos de los artículos 6°, 7° y 8° de la Constitución y el artículo 2° de la LBGAE. En este sentido, ha indicado:

"19. Que, la nulidad como sanción de los actos administrativos que omiten los requisitos de forma ha sido unánimemente reconocida por la doctrina. Al respecto la doctrina sostiene que en términos generales podemos decir, que es causal de nulidad de un acto administrativo la omisión de cualquier requisito para su validez. En general un acto administrativo es nulo cuando le faltan requisitos para que sea válido. La falta de formalidades sustanciales del acto, de aquéllas que están dispuestas para la validez del mismo, acarrean su nulidad;

20. Que, el profesor Gustavo Fiamma al pronunciarse sobre la materia desde un punto de vista constitucional señala que los órganos del Estado, en si, sin consideración a los otros actores de la vida jurídica, deben actuar obligatoriamente subordinados al Derecho, esto es, investidos legalmente, dentro de su competencia, en la forma prescrita por la ley y bajo prohibición de asumir otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido. El acto dictado en contravención a cualquiera de estos requisitos 'es nulo', declara en tiempo presente la propia Constitución. O sea, el fundamento de dicha declaración constitucional deriva exclusiva y directamente de la violación de la Constitución (artículo 7°, incisos primero y segundo), esto es la violación del Derecho objetivo[319]";

[318] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 12395-2011.

[319] STC N° 153.

Cabe tener presente que estos elementos de legitimidad del principio de juridicidad aplicables y exigibles a los actos administrativos, en tanto son decisiones formales que emiten los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública, como señala el artículo 3° de la LBPA, también han sido examinados por la jurisprudencia ambiental y en la revisión contenciosa administrativa de los procedimientos administrativos sancionadores realizada por los tribunales.

Así, en el "Caso Mauricio Espínola González con Superintendencia del Medio Ambiente" se analizaron los elementos de legitimidad de los actos administrativos ambientales. Al respecto, el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago señaló:

"Séptimo. Que, por su parte, la jurisprudencia asentada por la Excelentísima Corte Suprema '[...] recoge una doctrina que ha gozado de general aceptación la ilegalidad de un acto administrativo, que puede acarrear su anulación, puede referirse a la ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, defectos de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y violación de la ley de fondo aplicable' (SCS rol N° 2614 2015, de 16 de junio de 2015, considerando décimo primero, y SCS rol N° 1119 2015, de 30 de septiembre de 2015, considerando décimo sexto)[320]".

La Corte Suprema, analizando y examinando los procedimientos administrativos sancionadores o los actos administrativos terminales del procedimiento sancionador, ha señalado que a éstos les resultan aplicables los elementos de legitimidad del principio de juridicidad o legalidad tradicionalmente exigidos a los actos administrativos. En efecto, en el "Caso UAF", que se refiere a la potestad administrativa sancionadora de la Unidad de Análisis Financiero, la Corte Suprema reitera y acredita la existencia de una tendencia jurisprudencial que exige para determinar la legalidad de los actos administrativos, incluido el sancionador, un análisis sobre los elementos que lo constituyen. En este sentido señala:

"Séptimo: Que, en primer lugar, para efectos de un análisis lógico de los distintos aspectos jurídicos planteados en este recurso, es pertinente referirse

[320] Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, rol N° R-39-2014.

al ámbito de la competencia de los tribunales llamados a resolver el recurso de reclamación.

Como es sabido, la resolución sancionatoria reclamada es un acto administrativo y, como tal, la ilegalidad 'que puede acarrear su anulación puede referirse a la ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, defecto de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos, y violación de la ley de fondo aplicable' (C.S. rol Nº 1119-2015; en el mismo sentido roles Nº 35490-2015 y 20383-2015)[321]".

Estos mismos elementos han sido ratificados por la doctrina mayoritaria nacional, que ha señalado y enfatizado que todo acto estatal deberá cumplir con los siguientes requisitos o elementos: a) la investidura regular y la competencia; b) el elemento de la forma; c) el fin de los actos estatales, y d) los fundamentos o motivos. En este sentido, el profesor Eduardo Soto Kloss señala:

"5. En cuanto concierne a su actividad jurídica unilateral, esto es, aquella que se materializa en actos administrativos, ha de recordarse que supuestos de la dictación de todo acto administrativo son tanto (1) la investidura regular del titular del órgano que lo dicta (artículo 7º inciso 1º de la Constitución), como (2) la previa habilitación jurídica para actuar (artículo 7º inciso 2º, en relación con el inciso 1º) y (3) la existencia, previa a la actuación, de un debido procedimiento, establecido por la ley, justo y racional (artículos 7º inciso 1º, 19 Nº 3 inciso 5º, teniendo presente el artículo 61 inciso 2º): es decir 'titularidad legal', 'competencia' y 'debido procedimiento legal'. Presupuesto indispensable de ellos es la existencia de un 'motivo' para actuar, vale decir de una necesidad calificada como pública por el legislador y que ha sido puesta por éste a cargo de un específico órgano de la Administración para que él concurra a su satisfacción[322]".

De esta manera, el procedimiento administrativo, y, en especial, todos los actos administrativos que dicten las autoridades en su substanciación del procedimiento deberán cumplir con los siguientes requisitos o elementos:

– La investidura regular y la competencia;

[321] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol Nº 5120-2016.

[322] SOTO KLOSS, Eduardo (2009), p. 350.

– El elemento de forma;

– El fin de los actos administrativos, y;

– Los fundamentos o motivos[323].

La autoridad administrativa no puede omitir el cumplimiento de estos requisitos con el objeto de dictar medidas sancionadoras o ablatorias rápidas o efectivas. En efecto, la eficiencia y efectividad de una medida administrativa no puede ser óbice para omisiones al principio de legalidad o juridicidad. Un ejemplo de lo anterior es la conexión que hace la doc-

[323] El autor alemán Harmut Maurer los clasifica de la siguiente manera: "El acto administrativo es conforme a los requisitos jurídicos exigidos y, por ello, válido, (...):

– si el órgano administrativo está autorizado a actuar en ese caso concreto mediante un acto administrativo (admisibilidad del acto administrativo, *vid. infra*, 2),

– si las correspondientes disposiciones de competencia, procedimiento y forma, han sido observadas (validez formal, *vid. infra*, 3),

– si el contenido del acto administrativo es conforme al Derecho en vigor (validez material, *vid. infra*, 4). [....]

La admisibilidad del acto administrativo. La Administración está generalmente facultada para determinar y concretar las obligaciones y derechos jurídico-públicos de los ciudadanos a través de un acto administrativo. La habilitación de la Administración para actuar sobre la base del Derecho público y, por tanto, con medidas revestidas de autoridad, implica la facultad para actuar a través de actos administrativos; por ello, no es necesaria una habilitación específica para actuar mediante actos administrativos. Si debe aceptarse, en todo caso, con la mayoría de la doctrina, que la reserva de ley se refiere no sólo al contenido, sino también a la forma de actuación de la Administración, entonces la habilitación para actuar mediante un acto administrativo en las relaciones revestidas de autoridad se debería deducir (directa o indirectamente) de la correspondiente determinación legal en vigor. Sería contradictorio que la Administración estuviera de un lado obligada a actuar en un caso concreto pero, por otro lado, la falta habilitación para emitir un acto administrativo en dicho caso le impidiera precisamente actuar. Por ello, con razón, no se suele plantear a la hora de resolver casos prácticos si la Administración puede actuar mediante acto administrativo.

[...].

La validez formal. Se refiere a la elaboración del acto administrativo y exige que el acto administrativo haya sido aprobado por la autoridad competente a), según el procedimiento prescrito b) y en la forma ordenada c).

[....].

La validez material. Se refiere al contenido del acto administrativo y exige que las regulaciones que se expresan en el acto administrativo se correspondan con los presupuestos jurídicos del mismo". MAURER, Harmut (2011), pp. 266 y ss.

trina del principio de eficiencia y legalidad con la potestad sancionadora del Estado:

> "a) En primer lugar, el de la difícil compatibilización de los principios de eficacia y de legalidad. Aunque las normas jurídicas pretendan establecer reglas que no impidan el funcionamiento eficaz de la Administración, no cabe duda de que la observancia estricta de las mismas puede suponer un obstáculo, cuando no un impedimento decisivo, para una actuación eficaz (o más eficaz); qué duda cabe, por ejemplo, que la acción sancionadora de la Administración podría tener un efecto ejemplarizante y corrector de desviaciones mucho mayor si los órganos competentes pudieran imponer la sanción sin previo procedimiento alguno, o con eliminación de alguno de sus trámites de mayor duración, lo que legalmente no es posible. Ahora bien, en esta alternativa no cabe duda alguna de que la eficacia ocupa una posición subordinada respecto del principio de legalidad: el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho, que proclama inicialmente el mismo art. 103.1, constituye un valor prevalente, que no puede ser sacrificado en aras de una eficacia siempre discutible; ésta no es, pues, un título que pueda amparar actuaciones administrativas ilegales, ni una forma atípica de creación de potestades ablatorias que la Ley no haya conferido previamente a la Administración. No hay eficacia contra el Derecho: la eficacia comienza justamente donde el Derecho termina[324]".

Lo anterior es coherente con una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción que exige que las normas que constituyen la potestad sancionadora sean interpretadas restrictivamente:

> "Sexto: Que, además, como una consideración de índole general, debe dejarse consignado que la materia a que se refieren estos antecedentes es, indudablemente, de carácter sancionatorio, conforme así lo ha determinado reiteradamente la jurisprudencia, de modo que las normas que se invoquen para aplicar una determinada sanción, deben ser interpretadas en forma restrictiva, en este caso, aquella que contiene la infracción legal consistente en proporcionar Información Estadística Pesquera Oficial no oportuna[325]".

De este modo, y conforme lo señalado, cabe analizar los elementos del principio de juridicidad, a saber, investidura regular, competencia, motiva-

[324] SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2009 - Tomo I), p. 104.

[325] Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 178-2015.

ción, forma y fin; que son los elementos exigibles a los actos administrativos que emanen de un procedimiento administrativo sancionador, como es, por ejemplo, la resolución de término del procedimiento sancionador, que sancione al presunto infractor, absuelva, determine prescrita la infracción administrativa, etc.

4.1. Sobre el elemento de previa investidura regular

La autoridad pública, para poder dictar actos administrativos, y, por ende, substanciar un procedimiento administrativo, debe cumplir con los elementos de investidura regular y competencia.

La investidura regular consiste en la toma de posesión del cargo por quien ha sido elegido o designado para su ejercicio, conforme a la Constitución y las leyes. Dicha investidura debe ser regular, es decir, realizada con sujeción al ordenamiento en vigor[326]. Dicho de otra manera, la investidura regular es susceptible de ser asimilada al nombramiento del funcionario público, conforme a derecho y carente de todo vicio[327]. Al respecto la doctrina ha señalado:

> "[...] no exige para la validez de los actos estatales una 'investidura legal'; basta que la investidura esté dotada de 'regularidad', requisito menos exigente que la estricta legalidad. Con ello permite validar situaciones excepcionales como la actuación del llamado 'funcionario de hecho', institución que permite moderar los efectos que acarrearía la estricta invalidez de las actuaciones de ciertos funcionarios cuya designación o nombramiento adolece de vicios, pero cuya asunción a la función ha generado una situación de confianza legítima en los destinatarios de sus actos, confianza que el ordenamiento protege y ampara[328]".

Para establecer el cumplimiento del elemento de investidura regular es indispensable cumplir con las siguientes reglas o circunstancias.

[326] ALDUNATE, Eduardo (2009), p. 38.

[327] BERMÚDEZ, Jorge (2011), p. 73.

[328] JARA SCHNETTLER, Jaime (2013), pp. 35-36.

En primer término, la existencia legal del cargo. En efecto, la provisión de los cargos públicos tiene que estar previamente fijada en las plantas que regulen al organismo. De este modo, si la planta fija la existencia de tres divisiones, aunque el jefe de servicio quiera proveer un nuevo jefe de división, distinto a lo dispuesto, se ve inhabilitado por lo señalado anteriormente. En este sentido, se ha pronunciado el órgano contralor al señalar:

"No es posible que un funcionario haya sido encasillado en un cargo inexistente ya que contraloría al tomar razón del respectivo decreto debe previamente verificar, a través del subdepartamento de registro de empleados públicos, que existe la vacante para proveer el empleo que se pretende[329]".

En segundo término, el candidato a un cargo público deberá cumplir con los requisitos que le imponga la Constitución, la ley o las normativas que fijen las plantas del organismo público. Así, por ejemplo, de acuerdo al artículo 40 de la ley N° 19.882, que regula la nueva política de personal a los funcionarios públicos, indica que para ejercer un cargo de alta dirección pública se requerirá estar en posesión de un título de una carrera de, a lo menos, ocho semestres de duración, otorgado por una universidad o instituto profesional del Estado o reconocidos por éste y acreditar una experiencia profesional no inferior a cinco años, sin perjuicio de otros requisitos que pueda exigir la ley para cargos determinados. La Contraloría pone especial atención a lo señalado; por ejemplo, ha dictaminado:

"Esta Contraloría General ha debido abstenerse de tomar razón del documento del rubro, mediante el cual se nombra a don Javier Humberto García Oyarzún, como Secretario Regional Ministerial de Energía de la Región de Los Lagos grado 4° E.U.S., a contar del 13 de enero de 2015, por cuanto se ha omitido acompañar los antecedentes que acrediten que dicha persona cumple con los requisitos de ingreso a la Administración del Estado establecidos en el artículo 12°, letras a), b) y f), de la ley N° 18.834, los que fueron solicitados mediante correo electrónico[330]".

"En este sentido, la jurisprudencia administrativa contenida en el dictamen N° 55.139, de 2010, entre otros –invocado en el oficio impugnado–, ha

[329] Dictamen N° 38.560/1957.

[330] Dictamen N° 32.021/2015.

concluido que cuando el legislador establece requisitos académicos para ocupar ciertos cargos, ello debe entenderse como una obligación impuesta a la autoridad encargada de efectuar el nombramiento, de llenar esas plazas con personas que reúnan dichas exigencias, de modo que el hecho de existir títulos con una formación similar –conforme alega el peticionario–, no habilita a quienes los posean a ser designados en un empleo respecto del cual la ley ordena acreditar un diploma diferente, como acontece en la especie[331]".

En tercer término, el candidato tendrá la responsabilidad de asegurarse de no encontrarse inhabilitado, estar sujeto a un conflicto de interés, o cualquier otra materia y circunstancia que impida al candidato ejercer el cargo público, conforme a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, y que asegure la imparcialidad de sus decisiones.

En cuarto término, el funcionario público deberá estar nombrado por la autoridad competente, para poder ejercer sus funciones. Asimismo, es indispensable que dicho cargo se encuentre vacante, según los procedimientos legales, y que el nombramiento se haga por el acto administrativo que corresponda. Respecto a lo último, la Contraloría ha precisado que:

"Se ha dirigido a esta Contraloría General el Ministerio del Deporte, para solicitar la reconsideración del oficio N° 28.725, de 2014, de este origen –que cursó con alcance los instrumentos mediante los cuales se nombra a los jefes de división que indica, precisando que tales designaciones deben ser dispuestas por resolución y no por decreto–, atendido que, en su opinión, el artículo 14, de la ley N° 18.834, no ha establecido el tipo de acto administrativo que se tiene que expedir para tal efecto, por lo que entiende que no existe impedimento para dictar un decreto.

Sobre el particular, cabe tener presente que de acuerdo con el artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2013, del Ministerio Secretaría General de Gobierno, que fijó la planta de personal del Ministerio del Deporte, los cargos de jefe de división pertenecen al estamento de directivos y tienen la calidad de exclusiva confianza del ministro de esa cartera de Estado, por lo que la designación de los funcionarios en los empleos que nos ocupa, debe ser efectuada por dicha autoridad.

[331] Dictamen N° 1.401/2015.

En ese contexto, según lo prescrito en el artículo 14 del citado estatuto administrativo, la provisión de los empleos se efectuará mediante nombramiento o promoción, el que se resolverá por los Ministros, Intendentes o Gobernadores, respecto de las labores de su dependencia, y por los jefes superiores en los servicios públicos regidos por este cuerpo legal, con excepción de los cargos de la exclusiva confianza del Presidente de la República.

Ahora bien, acerca del acto administrativo por medio del cual se debe ejercer la referida facultad, es útil anotar que según lo previsto en el artículo 3° de la ley N° 19.880, aquéllos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones. Agregando que el primero es una orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro por orden de éste, sobre asuntos propios de su competencia, mientras que las resoluciones son actos de análoga naturaleza que disponen las autoridades dotadas de poder de decisión.

De acuerdo con lo expuesto, y acorde con esta segunda regla, si es un ministro o jefe de servicio quien dicta un acto administrativo en virtud de sus facultades decisorias –como sucede en la especie–, éste corresponde a una resolución, reservándose la fórmula de decreto sólo para los instrumentos que emanen del Presidente de la República o de un ministro por orden de él, cuyo no es el caso.

En consecuencia, es dable concluir que, por tratarse en la situación en estudio del nombramiento de servidores de la exclusiva confianza del Ministro del Deporte, corresponde que esta autoridad los disponga mediante una resolución, por lo que se desestima la presentación de la suma y se ratifica lo expresado en el oficio N° 28.725, de 2014[332]".

Respecto a la ausencia de investidura regular para aplicar sanciones civiles, es decir, por incumplimientos de contratos, la Contraloría General de la República se ha pronunciado. Así, en el año 2003 Gestión Ambiente S.A. denunció al órgano contralor a la Municipalidad de Coyhaique, en tanto ésta lo sancionó por incumplimientos, a través de un inspector municipal, sin tener dicha atribución el funcionario señalado. En virtud de lo anterior, dictaminó:

"Enseguida, en lo que concierne a la eventual irregularidad que afectó al procedimiento de aplicación de multas, esto es, ser impuesta por el inspector

[332] Dictamen N° 83.269/2014.

técnico, sin tener atribuciones para ello, que fue estimada por la Contraloría Regional de Aysén, de conformidad con el citado artículo 13 de la ley N° 19.880, como un mero vicio de procedimiento o de forma, cumple con hacer presente al respecto, lo establecido en el artículo 7° de la Constitución Política, que dispone que los órganos del Estado actúan válidamente, en lo que interesa, previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley, agregando el aludido precepto constitucional, que todo acto en contravención a dicho artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale. Por consiguiente, como se puede advertir, la aplicación de multas por quien no estaba facultado para ello, no es una mera irregularidad procedimental o de forma, implicando un vicio que afectó la validez del acto por el cual se impuso la referida sanción contractual, infringiendo, asimismo, el artículo 10, inciso tercero, de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, que consagra el principio de estricta sujeción a las bases administrativas, razón por la cual, la Municipalidad de Coyhaique deberá invalidar tal decisión, procediendo a dictar el acto que en derecho corresponda, por el funcionario facultado al efecto, de lo que deberá informar a la Contraloría Regional de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo en el plazo de 15 días hábiles, contados desde la recepción del presente oficio[333]".

Por otro lado, en el "Caso Rodríguez Basualto" la jurisprudencia señaló que los subrogantes están autorizados para aplicar sanciones administrativas o disciplinarias:

"Décimo: Que lo expuesto es concordante con lo manifestado por la Contraloría General de la República en su dictamen N° 63.086, de 23 de diciembre de 2004, que incide en otro sumario administrativo que afectó a los recurrentes, en que las resoluciones sancionatorias fueron igualmente suscritas por el Dr. Palma Fellemberg, en calidad de director subrogante.

Frente a una alegación de ilegalidad que los afectados plantearon con similares fundamentos a los esgrimidos en este recurso, el organismo fiscalizador concluye que no se ha configurado vicio de ilegalidad alguno, pues de acuerdo al orden de subrogación establecido en el escalafón correspondiente a los Servicios de Salud Metropolitano Oriente, la subrogación del cargo de director le corresponde al subdirector médico, señor Juan Pedro Aros Ojeda,

[333] Dictamen N° 33.085/2013,

quien a la época de dictación de estos instrumentos no estaba desempeñando el cargo, de modo que en su ausencia debió asumir tales funciones la persona que le sucede en jerarquía, esto es, el jefe de la Unidad de Apoyo de Medicina Nuclear, señor Álvaro Palma Fellemberg [...].

Undécimo: Que, en consecuencia, los recurrentes no han sido juzgados por ninguna comisión especial, sino por la autoridad competente, que arribó a una conclusión acorde con el mérito del proceso que se ha tenido a la vista, por lo que no se ha vulnerado la garantía prevista en el inciso cuarto del N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental[334]".

Finalmente, un caso interesante es la reclamación de Mauricio Julio Espínola González contra la Superintendencia del Medio Ambiente ante el Tribunal Ambiental de Santiago, que analiza la competencia de la jefa de la División de Sanción y Cumplimiento para suscribir el acto administrativo de archivo de denuncias y la gravedad del incumplimiento del requisito de investidura regular:

"Octavo. Que, de acuerdo a lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia analizada, dentro de los vicios que pueden afectar al acto administrativo, la ausencia de investidura regular puede acarrear la nulidad de éste, en la medida que el vicio sea grave y esencial, pues de lo contrario el acto puede a pesar de su ilegalidad no ser anulado por aplicación del principio de conservación. En este orden de cosas, corresponde a este Tribunal determinar si la funcionaria que suscribió la resolución impugnada invocando la calidad de Jefe (S) de la División de Sanción y Cumplimiento, estaba investida regularmente para ejercer dicho cargo; luego, en caso que no lo haya estado, corresponderá precisar la entidad del vicio a fin de determinar si se justifica la anulación del acto o, si por el contrario, corresponde mantener su vigencia en aplicación del citado principio de conservación.

[...].

Decimonoveno. Que, conforme a lo señalado, el primer orden de subrogación a que se refiere la citada resolución exenta N° 225, se encontraba obsoleto, pues al momento de dictarse la resolución reclamada ya no existía la División de Desarrollo Estratégico y Estudios, ni tampoco la División de

[334] Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 529-2005.

Gestión e Innovación, motivo por el cual resulta forzoso concluir que la funcionaria que firmó la resolución impugnada no se encontraba regularmente investida en el cargo. Por lo demás, como ya se ha indicado, la planta fijada legalmente para la SMA no permitía la existencia de una división adicional. De acuerdo entonces a la situación institucional existente, ante la vacancia de la jefatura de la División de Sanción y Cumplimiento, quien debió asumir era el designado en segundo orden de subrogación, es decir, el Fiscal de la SMA.

[...].

Vigésimo segundo. Que no existe duda que el vicio que concurre en el acto impugnado es grave, pues es de aquellos que la doctrina considera que afectan la validez de los actos administrativos, y que junto a los vicios de incompetencia (que son, por regla general, insanables), se presentan como los de mayor entidad. En este contexto, nos encontramos en presencia de un vicio esencial que puede acarrear la nulidad del acto, a menos que las particularidades del caso permitan mantenerlo a pesar de su concurrencia[335]".

4.2. Sobre el elemento de la competencia

Respecto al elemento de competencia cabe considerar lo siguiente. Como señala el autor argentino de derecho administrativo Miguel Marienhoff[336], las autoridades administrativas se expresan a través de diversos actos jurídicos administrativos, donde consta el ejercicio de las potestades y competencias administrativas o del círculo de atribuciones o facultades legales. De este modo, en dichos actos jurídicos figuran y se manifiestan los efectos de las atribuciones y facultades administrativas, tales como los mandatos, prohibiciones, autorizaciones, rechazos u otras decisiones adoptadas por la autoridad pública, dentro del ejercicio de sus atribuciones conferidas en el ordenamiento jurídico.

En este sentido, la Contraloría General de la República ha considerado que el acto administrativo, definido en el artículo 3° de la LBPA, cumple un rol central y capital en el ejercicio de las atribuciones administrativas

[335] Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, rol N° R-39-2014.

[336] Cfr. MARIENHOFF, Miguel (2011), pp. 569 y ss.

como testimonio fidedigno del ejercicio de las potestades y competencias públicas. Así ha señalado:

> "Dentro de esas formas jurídicas, la central y capital es la del acto administrativo. Este es el instrumento a través del cual la Administración, en ejercicio de las competencias que le atribuye el ordenamiento jurídico, manda, prohíbe, autoriza, concede o deniega algo a las personas, crea relaciones jurídicas o adopta decisiones vinculantes. Los ejemplos son numerosos y variados. Son actos administrativos: un reglamento autónomo o de ejecución, un permiso municipal, el otorgamiento de una subvención, la multa del tránsito, una concesión para ocupar un bien del dominio público, el carnet de conducir, etc.[337]".

Siendo así, es el acto administrativo el instrumento, por un lado, que debe cumplir con el principio de juridicidad y legalidad, y, por otro lado, es el instrumento que sirve para efectuar el control de los requisitos y condiciones que constituyen los principios señalados. En efecto, y como se estudió pretéritamente, dichos actos administrativos, como manifestación de la actuación pública, deben cumplir con el principio de juridicidad y legalidad dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución y el artículo 2° de la LBGAE, que resultan aplicables a todas las autoridades públicas. Asimismo, dichos actos deben satisfacer los elementos o requisitos de legitimidad que ha considerado la doctrina y jurisprudencia indispensables para determinar su legitimidad. Sobre lo anterior, se manifestó que dichos requisitos o condiciones eran la necesidad de que las actuaciones públicas cumplieran copulativamente con los elementos de investidura regular, competencia, motivación, forma y fin.

Los autores españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández son claros en manifestar que el principio de legalidad o de juridicidad se sustenta en la atribución de potestades. En efecto, la Constitución, la ley, el reglamento u otra norma infrarreglamentaria determina el ámbito de actuación del órgano de la Administración del Estado, fijando, por un lado, una atribución o poder fijado a la autoridad pública, y, por otro lado, un deber de actuación y ejercicio por parte de los órganos que componen en Estado en la extensión que la competencia y atribución fija. En este sentido han señalado:

[337] CORDERO, Luis (2015), p. 200.

> "El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos[338]".

La potestad como un mecanismo de limitación de la actuación pública en el Estado de Derecho, cuestión que es explicada de manera prístina por el profesor Santamaría Pastor, que señala:

> "Aunque, no es desconocida en el campo del Derecho Privado, la potestad es, sin duda, la posición jurídica más típica y característica del Derecho Público: en nuestros días, el poder público no se manifiesta, como antaño, como una posibilidad ilimitada de actuación autoritaria para cuya imposición puede acudir al uso de violencia; se presenta como un conjunto de potestades, esto es, de poderes de acción unilateral, establecidos, limitados y tasados por el Derecho[339]".

A modo de ejemplo, es posible afirmar que el legislador en el último período ha dotado a las autoridades administrativas de amplias potestades en los llamados "mercados regulados" o "actividades reguladas", como son las actividades relacionadas directa o indirectamente con el medio ambiente, la electricidad y combustibles, la banca, la educación, los mercados financieros, entre otras. Las potestades otorgadas son, principalmente, potestades de fiscalización, sanción, regulación e interpretación, por nombrar algunas[340]. Dichas potestades dotan a las diversas superintendencias u órganos públicos, para satisfacer la protección y resguardo de actividades o mercados que pudiesen ponerse en riesgo, alterarse o dañarse por acciones u omisiones de los regulados asociados a bienes jurídicos destinados proteger por el ordenamiento jurídico administrativo. Así, estas potestades están otorgadas con el objeto y fin de satisfacer el principio de servicialidad de la actuación pública, y, en especial, de resguardar bienes jurídicos dispuestos en las normas administrativas.

[338] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2014), p. 569.

[339] SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2009-Tomo I), pp. 332 y 333.

[340] Sobre la clasificación de las potestades ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2014); MARIENHOFF, Miguel (2011); PANTOJA, Rolando (1987), entre otros.

Sobre lo señalado, el Tribunal Constitucional en sentencia sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Jacobo Kravetz Miranda, señaló:

"Que las facultades y objetivos de la Superintendencia de Valores y Seguros, reseñados en el motivo primero, hacen patente que el precepto impugnado es una norma que pertenece a lo que doctrinariamente se ha denominado el 'orden público económico', respecto del cual este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse. Es pertinente, por ello, invocar nuevamente la definición de orden público de don Luis Claro Solar, cuando lo considera como 'El arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como a las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas' y agrega que 'en este sentido orden público es sinónimo de orden social', y el concepto que el Profesor José Luis Cea Egaña, actual Presidente de este Tribunal, tiene del orden público económico, en cuanto lo define como el 'conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución'. Consiguientemente, como se señalara en el rol N° 207, el orden público y el orden público económico en especial, estará orientado y comprenderá el establecimiento de procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, inmutables, frente a la autonomía de la voluntad de los particulares y orientado hacia un ordenamiento adecuado y racional de las iniciativas y actividades en materias económicas; y, por su parte, las regulaciones de las actividades económicas se refieren a las facultades legales conferidas a los órganos públicos para fiscalizar, controlar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones generales o especiales que regulan dichas actividades[341]";

Tradicionalmente los conceptos de potestad y competencia han sido utilizados como sinónimos o equivalentes por la doctrina administrativa nacional. Sobre lo anterior, el profesor Christian Rojas ha señalado:

"4.2. Diferencia entre potestad y competencia. En estos afanes iniciales y configuradores, conviene a estos efectos trazar la diferencia entre potestad y competencia, conceptos que pueden y tienden a confundirse.

[341] STC N° 546.

Al respecto De la Cuétara nuevamente concurre a ayudar a esto, cuando –a propósito del tratamiento de los órganos administrativos– señala que para el desarrollo de la función que los órganos que las integran deben desempeñar, cada uno de ellos necesita ejercer unas u otras de las potestades de la persona administrativa de que forma parte; de este modo, las potestades de las Administraciones se concretan en las competencias de los distintos órganos que las integran. Y, a partir de ello, corresponde sostener la diferencia entre competencia subjetiva, que está configurada por el conjunto de poderes del sujeto titular de la potestad administrativa (habitualmente alguna de las administraciones públicas ya referidas) y que define su capacidad de obrar en régimen de Derecho Administrativos; y competencia orgánica, que es la propia de órganos no personificados en tanto integrantes de éste, y que como tales tienen obligación de actuar, imputándose los efectos jurídico –públicos de dicha actuación a la persona jurídico– pública de la que son integrantes.

De la doctrina nacional revisada, se estima que se habla más bien de uno y otro concepto sólo en sentido orgánico y organizacional[342]".

Sin embargo, hay una relación de género y especie, en tanto la competencia sólo es una medida o fracción de una potestad administrativa. Así, la potestad administrativa sancionadora, por ejemplo, de una superintendencia, tiene como una de sus competencias o atribuciones, para cumplir dicho mandato, la adopción de medidas provisionales o requerir información, entre otras competencias. Así, la potestad sancionadora se compone de diversas competencias.

La utilización analógica de potestades y competencias también acontece en la Constitución Política. En efecto, el artículo 7° de la Carta Fundamental no distingue entre las potestades y competencias. Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente definir o conceptualizar la potestad y competencia como entidades relacionadas, pero no idénticas en el derecho administrativo. Sobre la primera, destaca lo señalado por el profesor Juan Carlos Ferrada:

"En efecto, la potestad administrativa es un poder jurídico reconocido en el ordenamiento jurídico a los órganos de la Administración del Estado. Como señala De la Cuétara, 'se trata de una parcela del poder público general, totalmente juridificada, funcionarizada al servicio de fines concretos y fraccionada

[342] ROJAS, Christian (2014), pp. 31-32.

en dosis medibles'. En este sentido, la potestad administrativa es un poder jurídico que comparte las características propias de todo el poder público estatal, del que la Administración del Estado forma parte, particularmente su sometimiento estricto al Derecho, su servicio a los intereses generales y su carácter unilateral y coactivo.

Así, esta potestad administrativa está entregada a los órganos de la Administración del Estado para satisfacer los intereses públicos puestos bajo su órbita competencial, lo que justifica, precisamente, la exorbitancia de su contenido y su fuerza coactiva con los ciudadanos. Ello permite identificar a éstas como potestad-función constitutivas al mismo tiempo de un privilegio y de una carga, lo que determina en último término los poderes especiales que se entregan a la Administración estatal[343]".

Por otro lado, la competencia es la medida o fracción de la potestad pública que corresponde a cada entidad y a cada órgano o, si se prefiere, es el conjunto de facultades, poderes, atribuciones y responsabilidades que corresponden a una determinada entidad administrativa o a un determinado órgano con relación a los demás. Como tal, es un elemento esencial de todo ente y de todo órgano, presupuesto de su lícita actividad y límite de la misma[344].

La doctrina mayoritaria ha definido la competencia de la siguiente manera:

"Competencia. El acto administrativo debe haber sido emitido por el órgano espacial y objetivamente competente. La competencia espacial se refiere al ámbito espacial del órgano asignado y la objetiva a las tareas administrativas a él encomendadas. La competencia es una cuestión de la organización administrativa y por ello será expuesta a continuación en este contexto (*infra*, 21, margs. 44 y ss.)[345]".

"La actividad de la Administración se concreta en hechos y actos jurídicos y no jurídicos, cuya validez depende de que la actividad correspondiente haya sido desplegada por el órgano actuante dentro del respectivo círculo de sus

[343] FERRADA, Juan Carlos (2007), pp. 69-94.

[344] Cfr. CORDERO, Luis (2015), pp. 84 y ss.

[345] HARMUT, Maurer (2011), p. 271.

atribuciones legales. Este círculo de atribuciones legales determina la capacidad legal de la autoridad administrativa. Esta capacidad se denomina 'competencia'.

La competencia es, entonces, lo que verdaderamente caracteriza una repartición administrativa y la distingue de otra. Es merced a la competencia, por ejemplo, que un ministerio se distingue de otro ministerio.

La competencia puede ser definida como el complejo de funciones y atribuciones atribuido a un órgano administrativo, o –más simple– como la medida de potestad atribuida a cada órgano.

La 'competencia' equivale a la 'capacidad' del derecho privado, pues permite que el órgano actúe. En eso se asemejan. Pero se diferencian en que, mientras en el derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, la competencia de un órgano es la excepción, y la incompetencia la regla. Por eso, se dice que la competencia debe ser "expresa". Otra diferencia entre capacidad y competencia consiste en que el ejercicio de la competencia es obligatorio, en tanto que el ejercicio de la capacidad es facultativo para su titular. [...][346]".

"La competencia es la esfera de atribuciones de los entes y los órganos, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. Vale decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe legítimamente ejercer[347]".

"6. La competencia en materia administrativa implica ese conjunto de poderes jurídicos que el ordenamiento (Constitución y normas dictadas en su conformidad, artículo 6° inciso 1°), específicamente la ley, ha atribuido al titular de un órgano para desarrollar o cumplir adecuadamente la función administrativa y satisfacer así cumplidamente las necesidades públicas[348]".

En materia estrictamente relacionada al derecho administrativo sancionador se ha señalado que sólo puede imponer sanciones el órgano administrativo que, en cada caso, tenga atribuida la competencia sancionadora:

[346] CARMONA, Carlos (2009), p. 166.

[347] DROMI, José Roberto (1985), p. 35.

[348] SOTO KLOSS, Eduardo (2009), p. 350.

"Es cierto que sólo puede imponer sanciones el órgano administrativo que, en cada caso, tenga atribuida la competencia y que, una vez dictado el acuerdo de inicio del correspondiente procedimiento sancionador, el presunto responsable tiene derecho a que se le notifiquen convenientemente, entre otras circunstancias, la autoridad competente, para imponer la sanción y la norma que le atribuye tal competencia[349]".

Para determinar la competencia de una autoridad administrativa no sólo se debe hacer el cotejo "acto administrativo – norma atributiva de competencia", porque la competencia no es una simple revisión normativa o de cotejo, por el contrario, está compuesta de condiciones o elementos que permiten ahondar en su control.

Fijado dicho ámbito de análisis, cabe tener presente que, por un lado, la potestad o competencia tiene que cumplir ciertos elementos o requisitos de existencia, y, por otro lado, tiene que cumplir con los elementos o condiciones de ejercicio.

Sobre lo primero, es decir, los requisitos de existencia que tiene que cumplir una autoridad administrativa para tener una potestad o competencia, ellos se extraen de lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución y del artículo 2° de la LOCBGAE. Así, en primer término, toda potestad o competencia otorgada por la autoridad pública debe surgir del ordenamiento jurídico. En este sentido, el profesor Carlos Carmona señala:

"De conformidad al artículo 7° inc. 2° de la Constitución, las atribuciones de las autoridades y magistraturas emana de la Constitución y la Ley[350]".

La potestad y competencia tiene que ser fijada por la Constitución y la ley, como señalan expresamente el artículo 7° de la Constitución y el artículo 2° de la LBGAE.

En segundo término, las potestades y competencias deben ser expresas y específicas, no se presumen. En efecto, en derecho público la autoridad sólo puede actuar dentro del ámbito y la órbita de atribuciones que la ley

[349] MANZANO, Ángela (2011), p. 49.

[350] CARMONA, Carlos (2005), p. 23.

le ha fijado, presumiéndose su incompetencia. Las competencias son expresas, específicas, tasadas e improrrogables. En este sentido, el profesor Eduardo Soto Kloss ha señalado:

"El carácter de específica que reviste por naturaleza la competencia es consecuencia del principio constitucional de la juridicidad del ser y del obrar de los órganos del Estado y, en este caso, de sus órganos administrativos.

Hemos visto ya en otra ocasión, la regla de oro de nuestro derecho público, hoy plasmado en el artículo 7° de la Constitución, y especialmente en su inciso 2°, estos 'órganos no pueden atribuirse, ni un a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes'. De allí que la competencia será siempre especifica formal y expresamente prevista, determinada positivamente, pues no cabe olvidar que en virtud del principio de juridicidad estos órganos existen en la medida que hayan sido creados por el legislador, que con su 'fiat' los llama a la vida del derecho para que actúen en el a dotarlos de la correspondiente energía, fuerza, 'alma', que no otra cosa, son la potestad con que los provee a fin de alcanzar la finalidad u objetiva para el cual han sido creados, que no es sino la satisfacción concreta de especificas necesidades públicas[351]".

Lo anterior es coherente con el principio de vinculación positiva de la autoridad administrativa a la ley. En este sentido, el autor español Santamaría Pastor señala:

"[...] la norma puede erguirse en el fundamento previo y necesario de una determinada acción, la cual, por lo tanto, sólo podrá realizarse válida o lícitamente en la medida en que la norma habilite al sujeto para ello: en ausencia de dicha habilitación normativa, pues, la acción debe considerarse como prohibida; tal es la gorma de sometimiento que se expresa con la máxima latina quae non sunt permissae, prohibita, intelligentur (lo que no está permitido, se considera prohibido), y que tradicionalmente se le conoce con la fórmula de 'vinculación positiva a la ley' [...][352]".

[351] SOTO KLOSS, Eduardo (2009), pp. 129-130.

[352] SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2009-Tomo I), p. 56.

Asimismo, el autor es enfático en señalar que dicha vinculación positiva es especialmente aplicable a las potestades ablatorias, es decir, donde hay sacrificio o afectación de derechos, donde se encuentra la potestad sancionadora:

> "Respecto de las actuaciones de eficacia ablatoria, en efecto, la exigencia de previo apoderamiento legal no puede ofrecer duda razonable: en un sistema político que se califica a sí mismo como Estado de Derecho, la libertad de los ciudadanos –cualquier situación jurídica concreta, no sólo los derechos fundamentales– no puede ser limitada por la Administración si previamente no ha sido autorizada para ello por una ley. En defecto de ley, y por lo tanto, ni la Administración puede dictar [...] decisiones singulares o acciones materiales [...][353]".

Finalmente, la potestad o competencia administrativa tiene que ser otorgada previamente al ejercicio de las funciones de la autoridad pública.

En este sentido, la Contraloría General de la República ha examinado la existencia de la competencia de fiscalización y sanción de la Superintendencia de Pensiones, señalando:

> "Sobre el particular, cabe señalar que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la ley N° 20.255, le corresponde a la mencionada superintendencia fiscalizar el funcionamiento de las administradoras de fondos de pensiones, el otorgamiento de las prestaciones que éstas conceden a sus afiliados, y aplicarles sanciones por las infracciones legales o reglamentarias en que incurran, como asimismo, fijar la interpretación de la legislación y reglamentación del sistema creado por el decreto ley N° 3.500, de 1980, y dictar las disposiciones generales para su aplicación, tal como lo ha establecido la jurisprudencia de este origen, contenida en el dictamen N° 64.625, de 2015, entre otros[354]".

Por otro lado, respecto a los requisitos o condiciones de ejercicio, cabe tener presente lo señalado en la doctrina clásica del Derecho Administrativo, como son los autores Rafael Bielsa, Miguel Marienhoff, Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Rolando Pantoja Bauzá, Eduardo

[353] SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2009-Tomo I), pp. 58-59.

[354] Dictamen N° 79.291/2016.

Soto Kloss[355] y otros. La competencia administrativa tiene que ejercerse conforme a cuatro criterios: materia, territorio, grado y tiempo.

Sobre el elemento de la materia, la autoridad administrativa sólo puede dictar actos administrativos que tengan como contenido asuntos relacionados a la órbita de su competencia. En este sentido se ha señalado:

> "La competencia se construye ratione materiae (y dentro de ella según grados), *ratione loci* y *ratione temporis*. Por razón de la materia se define en favor de un órgano un tipo de asuntos caracterizados por su objeto y contenido; por ejemplo, la atribución de asuntos a los distintos Ministerios, o, dentro de cada uno de éstos, a las distintas Direcciones Generales [...][356]".

Sobre la competencia en razón del territorio, hay atribuciones que están fijadas en razón del territorio donde se ejercen. En nuestro ordenamiento jurídico, se fijan competencias a las autoridades administrativas de carácter nacional, regional, provincial, municipal, entre otras. Por tanto, el ejercicio de la atribución por una autoridad pública puede estar delimitada en razón del territorio.

También, la competencia se sustenta en el elemento del grado. Así, hay atribuciones o funciones que se establecen en razón de la jerarquía que detenta un determinado funcionario en la administración pública. Un ejemplo de lo anterior es la competencia que surge con ocasión de la interposición de un recurso jerárquico, que aplica el elemento de grado y radica la competencia en el superior jerárquico. En este sentido, el artículo 59 de la LBPA señala:

> *"Artículo 59. Procedencia. El recurso de reposición se interpondrá dentro del plazo de cinco días ante el mismo órgano que dictó el acto que se impugna; en subsidio, podrá interponerse el recurso jerárquico.*

[355] BIELSA, Rafael (1955); MARIENHOFF, Miguel (2011); GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2004); PANTOJA, Rolando (1987).

[356] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2004), p. 555.

Rechazada total o parcialmente una reposición, se elevará el expediente al superior que corresponda si junto con ésta se hubiere interpuesto subsidiariamente recurso jerárquico.

Cuando no se deduzca reposición, el recurso jerárquico se interpondrá para ante el superior jerárquico de quien hubiere dictado el acto impugnado, dentro de los 5 días siguientes a su notificación.

No procederá recurso jerárquico contra los actos del Presidente de la República, de los Ministros de Estado, de los alcaldes y los jefes superiores de los servicios públicos descentralizados. En estos casos, el recurso de reposición agotará la vía administrativa.

La autoridad llamada a pronunciarse sobre los recursos a que se refieren los incisos anteriores tendrá un plazo no superior a 30 días para resolverlos.

Si se ha deducido recurso jerárquico, la autoridad llamada a resolverlo deberá oír previamente al órgano recurrido el que podrá formular sus descargos por cualquier medio, escrito o electrónico.

La resolución que acoja el recurso podrá modificar, reemplazar o dejar sin efecto el acto impugnado".

Finalmente, está el elemento temporal. Como señalan los autores administrativistas españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, este elemento puede determinarse en un sentido objetivo o subjetivo. Al respecto han señalado:

"Finalmente, la competencia puede limitarse por razón del tiempo, en términos absolutos. (por ejemplo, disponibilidad sobre los créditos presupuestarios, que sólo es posible durante el ejercicio al que el presupuesto se refiere [...]; potestades habilitadas por legislación temporalmente limitada, como Planes de Desarrollo, etc.), bien relativos (por ejemplo: [....] una suspensión de licencias de parcelación, edificación, o demolición puede acordarse en zonas determinadas y por el plazo de un año, prorrogable –en determinadas circunstancias– por otro año más; extinguido los efectos de la suspensión no podrán acordarse nuevas suspensiones en el plazo de cinco años por idéntica finalidad)[357]";

[357] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2004), p. 556.

En su elemento objetivo, la competencia sólo puede ser ejercida en un determinado espacio temporal, por ejemplo, las atribuciones que se fijan anualmente en una ley de presupuestos, dichas competencias o atribuciones exclusivamente se ejercen en la anualidad de vigencia de dicha ley, o las competencias que surgen con ocasión del decreto de estado de catástrofe de la ley N° 19.628, atribuciones que sólo pueden ser ejercidas mientras esté vigente el estado de catástrofe.

Por otro lado, el elemento subjetivo del elemento temporal de la competencia establece que una competencia o atribución está limitada temporalmente en su extensión, es decir, no pueden ejercerse más allá del tiempo o la extensión fijada por la ley, como es el caso de las medidas provisionales preprocedimentales, que exclusivamente pueden fijarse por un plazo de 15 días hábiles conforme el artículo 32 de la LBPA; todo exceso es un vicio de competencia en su elemento temporal. En efecto, porque las competencias administrativas son improrrogables, tasadas, regladas y específicas. El elemento subjetivo se sustenta en los elementos basales y estructurales del ejercicio de la competencia.

La competencia se entiende entonces como el actuar del órgano público dentro de la esfera de sus atribuciones, siempre sujeto a los límites que impone la ley. El actuar administrativo que traspasa los límites de la competencia deviene en incompetente.

Los límites de la competencia se trazan en virtud de las atribuciones que la ley o la Constitución entrega a un organismo público, y en tal sentido todo acto de la administración no solamente debe estar previamente previsto por el legislador, sino que debe ser aplicado en la oportunidad correspondiente y sujeto a los tiempos que el legislador ha señalado. De este modo, debemos entender que el límite temporal traspasa la frontera de la competencia pública. Así lo refrenda el órgano contralor, al señalar que:

"Precisado lo anterior, se debe hacer presente que en virtud del principio de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República y 2° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que obliga a la autoridad administrativa a someter su acción a la legislación vigente, debiendo actuar dentro de su competencia, el otorgamiento de la beca Presidente de la República y los beneficios originados en ésta, debe ser concedida conforme a la normativa

que la regula, esto es, a la contenida en el D.F.L. N° 1, de 1999, del Ministerio de Planificación y Cooperación.

Lo anterior, pues cuando el legislador ha establecido un procedimiento reglado a observar por determinadas autoridades administrativas, en este caso, para conferir los beneficios de la Beca Presidente de la República, a tales autoridades les asiste la obligación de acatarlo y aplicarlo, sin que puedan alterar su contenido o recurrir a reglas diversas a las establecidas al efecto.

Siendo ello así, resulta necesario expresar que en virtud del mencionado principio de juridicidad el Ministerio de Planificación sólo puede desarrollar las funciones y ejercer las atribuciones que expresamente le encomienda el ordenamiento jurídico, por lo tanto, ante la ausencia de disposición legal que autorice mantener los beneficios propios de la beca durante el período de prórroga de ésta, resulta improcedente extender tales beneficios más allá del plazo de dos años que se establece en el mencionado artículo 3° del D.F.L. N° 1, de 1999, por lo que procede que esa Secretaría de Estado deje sin efecto, mediante la emisión de un documento formal expedido por la misma autoridad que dictó el primitivo, el citado punto de la resolución exenta N° 2.825, de 2004; ello, pues la autoridad se encuentra en la obligación de invalidar sus decisiones cuando nuevos antecedentes o elementos de juicio demuestren que ellos adolecen de ilegalidad, como ocurre en en la especie. (Aplica criterio contenido en dictámenes N° 21.227, de 2004 y 40.242, de 2005)[358]".

En efecto, podemos colegir que, si el legislador establece que determinado acto administrativo se encuentra sujeto a un límite temporal, no habiendo disposición que permita la prórroga del plazo establecido, la extensión por parte del órgano público adolecería de incompetencia manifiesta.

Una clara manifestación del límite temporal de la competencia de los organismos públicos se puede apreciar en la institución de la comisión de servicio, respecto de la cual el legislador ha establecido límites temporales expresos en la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

"Artículo 76.- Los funcionarios no ley N° 18.834, podrán ser designados en comisión servicio, durante más de tres meses, en cada año calendario, tanto en el territorio nacional como en el extranjero.

[358] Dictamen N° 51.763/2005.

No obstante, las comisiones podrán ser renovadas por iguales períodos pero no más allá de un año. En casos calificados, por decreto supremo fundado, el Presidente de la República podrá extender el período de las comisiones de servicio hasta un plazo máximo de 2 años. Vencidos estos plazos los funcionarios no podrán ser designados nuevamente en comisión de servicio, hasta que transcurra el plazo mínimo de un año.

El límite señalado en el inciso anterior, no será aplicable en el caso de funcionarios designados en comisión de servicio para realizar estudios en el país o en el extranjero hayan sido o no hayan sido beneficiados con una beca. Con todo, dicha comisión no podrá exceder de tres años, a menos que el funcionario estuviere realizando estudios de posgrado conducentes al grado académico de Doctor, caso en el cual podrá extenderse por el plazo necesario para terminar dichos estudios, siempre que el plazo total no exceda de cinco años.

El Jefe superior del servicio sólo podrá disponer estas comisiones, siempre que los estudios se encuentren relacionados con las funciones que deba cumplir la respectiva institución".

La Contraloría ha dejado en claro que el organismo público no puede exceder el límite temporal de las comisiones de servicio[359].

De este modo, toda competencia tiene que ser ejercida cumpliendo estrictamente los requisitos y condiciones que configuran una atribución, que son materia, grado, territorio y tiempo. De lo contrario, acontece lo señalado en el artículo 2° de la LBGAE, en tanto estaríamos en presencia de un abuso o exceso de poder por ejercer una competencia de forma extralimitada. En este sentido, la doctrina señala:

"Para los ciudadanos, la competencia supone el deber de soportar en su esfera los efectos que genere su implementación. La potestad habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas a través de la modificación del estado material de cosas existente.

Ello significa, por un lado, que la competencia es de derecho estricto. No cabe extender su ámbito por la vía analógica. Por la otra, en caso de conflicto entre

[359] Dictámenes N° 26.592/2001, N° 34.582/1995, N° 29.535/1993, y N° 40.233/2005.

potestades y derechos, priman estos últimos. Las potestades deben respetar los derechos de las personas; cualquier ejercicio de soberanía tiene como límites los derechos esenciales.

Si un OAE actúa sin potestades o sin observar los procedimientos establecidos por la norma habilitante, incurre en lo que la doctrina denomina 'vía de hecho'. Esta falta de cobertura en su accionar, le priva de todos los privilegios que la rodean (como la presunción de legalidad y la ejecución de oficio) y la expone al control jurisdiccional.

Pero en el ejercicio de su actividad, los órganos también pueden exceder los límites de su competencia. En tal caso, los actos que realicen están viciados.

El exceso de competencia puede consistir, por un lado, en que el órgano actuó fuera de su territorio o en materias que no le son propias o ejerciendo poderes de que carecía, sin que dicho exceso haya incidido en la competencia de otro órgano público.

Por el otro, puede consistir también en la invasión de atribuciones ajenas. En esta hipótesis, el exceso configura, además, una usurpación de competencia[360]".

La doctrina comparte nuestro criterio, en el sentido de que la competencia tiene que ser ejercida en derecho estricto y conforme a su especificidad; de lo contrario, estamos en presencia de actos administrativos que superan los límites de la competencia, y, por tanto, son actos de abuso o exceso de poder que adolecen de vicios tales que tienen que ser anulados. En este sentido se ha señalado:

"Ello significa, por un lado, que la competencia es de derecho estricto. No cabe extender su ámbito por la vía analógica. Por la otra, en caso de conflicto entre potestades y derechos, priman estos últimos. Las potestades deben respetar los derechos de las personas; cualquier ejercicio de soberanía tiene como límites los derechos esenciales. Pero en el ejercicio de su actividad, los órganos también pueden exceder los límites de su competencia. En tal caso, los actos que realicen están viciados[361]".

[360] CARMONA, Carlos (2009), pp. 185-186.

[361] CARMONA, Carlos (2008), p. 186.

Un ejemplo de lo anterior es lo acontecido en el "Caso Facturas" del Servicio de Impuestos Internos, donde la Corte Suprema señaló:

"Séptimo: Que del análisis de la legislación tributaria, es posible colegir que no existe disposición alguna que faculte al Servicio recurrido para restringir el timbraje de facturas en la forma como se ha efectuado y se impugna por la recurrente, como tampoco se contemplan las razones que esgrime la recurrida.

[...].

Décimo: Que los antecedentes expuestos denotan que el Servicio de Impuestos Internos, al adoptar la medida impugnada, ha actuado fuera del ámbito de su competencia y sin ajustar su actuar a la normativa tributaria vigente, incurriendo en un acto arbitrario e ilegal que vulnera las garantías constitucionales del artículo 19 N° 21 y 22 de la Constitución Política de la República, por lo que el recurso deberá ser acogido[362]".

Lo anterior es coherente con el "Caso Capitán de Puerto", donde se delimita la competencia sancionadora de la autoridad administrativa en razón del tipo de infracción:

"Que, en consecuencia, del mérito de las probanzas y documentación rendidas en autos, se concluye en forma prístina que la resolución recurrida, esto es, el Ordinario 12.635/47/2015, fue dictada por el Capitán de Puerto de Puerto Aguirre, don Claudio Villarroel Gutiérrez, el cual sólo se encontraba facultado para conocer las faltas graves que pudiera cometer la gente de mar, conforme al artículo 328 letra b) del decreto 1340 bis, toda vez que la autoridad competente para conocer las faltas gravísimas, conforme al mismo artículo 328 letra d), es el Gobernador Marítimo, y de este modo la autoridad recurrida se ha apartado totalmente de lo que dispone el artículo 7° de la Carta Fundamental, en cuanto a que ha actuado absolutamente fuera de su competencia y de la forma que prescribe la ley.

Que, aún más, de resultar cierto lo señalado entre paréntesis (autorizado por el señor Gobernador Marítimo de Aysén) en la resolución impugnada, referido a la sanción o multa aplicada por el recurrido, contra el recurrente, resultaría entonces que la multa o sanción fue suscrita por el Capitán de Puerto de Puerto Aguirre, en virtud de facultades delegadas por el Gobernador Marítimo de Aysén, en circunstancias de que el decreto N° 1340 bis no contempla tal delegación, y

[362] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 28390-2016.

por tanto tales atribuciones no quedan naturalmente comprendidas dentro de las potestades sancionatorias o de punición administrativa del Capitán de Puerto, por corresponderle a una autoridad superior, lo que revela que dicha resolución es absolutamente ilegal, contraria a derecho, sin respetar la norma jurídica e infringiéndola abiertamente[363]".

Asimismo, la jurisprudencia ha señalado que toda competencia o atribución tiene que ser interpretada en derecho estricto no pudiendo subsanarse los abusos o excesos de poder:

"En este sentido, cabe precisar que al contrario de lo sostenido por la reclamada, en el derecho público el aforismo esgrimido de 'quien puede lo más puede lo menos' no es aplicable desde que las potestades del órgano administrador bajo el principio de supremacía constitucional y legalidad, son aquellas determinadamente atribuidas, de manera que únicamente se puede obrar ajustado a derecho, por el competente funcionario en el ámbito de sus atribuciones y en la forma establecida por la Constitución Política de la República y las leyes dictadas conforme a ella[364]".

De este modo, para que la autoridad administrativa pueda sancionar, es indispensable que la ley le otorgue la potestad sancionadora. En este sentido, el artículo 3° de la ley N° 18.410 otorga a la Superintendencia de Electricidad y Combustible, la potestad sancionadora, asimismo, el artículo 2° de la ley N° 19.913 a la Unidad de Análisis Financiero y el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, por dar algunos ejemplos.

4.3. El elemento de forma

Como señalamos, el elemento de forma del acto administrativo constituye uno de sus requisitos de legitimidad del principio de juridicidad. El elemento de forma conforme a la doctrina de derecho administrativo se

[363] Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Coihaique, rol N° 152-2015.

[364] Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol N° 558-2016. Confirmada por sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 55090-2016. Asimismo, sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol N° 562-2015. Confirmada por sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 59000-2016.

refiere a dos cuestiones. Por un lado, a las ritualidades o solemnidades que debe cumplir un acto administrativo, y, por otro lado, las normas procedimentales que se deben cumplir para dictar un acto administrativo. Así, hay un "elemento forma formalidad" y un "elemento forma procedimiento". En este sentido se ha señalado:

"El carácter formal significa, entonces, que para la válida aplicación de las reglas que lo constituyen es preciso que la autoridad administrativa se atenga al procedimiento y a la solemnidad de expresión previstos por la Constitución o la ley.

En efecto, por una parte, la Constitución señala expresamente qué tipo de actos pueden emanar de la autoridad administrativa: reglamentos, decretos, resoluciones e instrucciones (art. 32, N° 6 y art. 99).

Por la otra, debe indicarse que la formalidad es consustancial al acto administrativo, pues está establecida como una garantía de respeto al principio de legalidad y, al mismo tiempo, como una salvaguarda de los derechos de los administrados[365]".

"[...] decisiones de jefes superiores de organismos públicos deben traducirse en resoluciones formales ya que constituye un principio básico de procedimiento administrativo el que actos de servicios públicos sean esencialmente solemnes ya sea por razones de buena técnica administrativa o como una mejor garantía de protección y amparo de derechos de los administrados y, en definitiva, de un fiel y exacto cumplimiento de la ley[366]".

"Por forma se entiende el modo como se instrumenta y se da a conocer la voluntad administrativa. Es decir, el modo de exteriorización de la voluntad administrativa[367]".

La mayor claridad sobre el sentido y alcance del elemento, en estos dos ámbitos –formalidad y procedimiento–, se encuentra en el autor argentino de derecho administrativo Rafael Bielsa, que define al elemento de forma de la siguiente manera:

[365] CORDERO, Luis (2011), p. 200.

[366] Dictamen N° 39.905/1971.

[367] DROMI, José Roberto (1985), p. 65.

"La actividad administrativa en general es formal y pública. Los actos administrativos deben formarse mediante procedimientos establecidos en las leyes, y a falta de ellas, en las prácticas propias del sistema de gobierno representativo y democrático [...].

Pero debe entenderse por forma la estructura del acto, atendiendo a la expresión formal del órgano de voluntad administrativa. Se habla, de forma con referencia a la esfera de derecho en que el acto nace o se produce y, en su virtud, a la figura jurídica que él presenta[368]".

De este modo, cabe distinguir el elemento de forma, por un lado, como solemnidades, y, por otro lado, como normas procedimentales.

Sobre las solemnidades o formalidades del acto administrativo, cabe considerar que la voluntad humana, y del Estado, sea captada en el derecho y se traduzca en un acto administrativo, es preciso que se exteriorice bajos las condiciones impuestas por el legislador[369]. La exteriorización de la voluntad en el plano jurídico recibe el nombre de forma, la cual constituye el elemento aglutinante de dicha voluntad en el acto administrativo, en miras a la consecución de un objeto determinado a través de una finalidad de interés público. En este sentido, se ha señalado:

"El procedimiento administrativo implica que los actos administrativos deben materializarse de manera objetiva y comprobable, para poder dar cuenta de su exacto contenido[370]".

"En principio, el acto jurídico unilateral debe hacerse por escrito, lo cual asegura la claridad y la estabilidad de la expresión de voluntad del órgano[371]".

Los elementos de forma-formalidad se encuentran regulados respecto al acto administrativo propiamente tal y respecto a la materialización del procedimiento administrativo en un expediente.

[368] BIELSA, Rafael (1955), p. 49.

[369] Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos (2008), p. 189.

[370] CORDERO, Luis (2003), p. 64.

[371] BARNES, Javier (1993), p. 511.

Sobre el acto administrativo sus formalidades están expresadas en el decreto supremo N° 291, de 15 de febrero de 1974, que fija las normas de elaboración de documentos en la administración pública. Dicha norma fija los estándares mínimos de existencia y validez del acto administrativo, con el objeto de disponer de un sistema administrativo de comunicación y decisión uniformado. Así, distingue entre actos administrativos secretos, reservados y ordinarios y dispone los requisitos de forma –timbre, firma, numeración, etc.– de los actos administrativos[372].

A mayor abundamiento, la doctrina complementa los elementos de formalidad señalando que un acto administrativo se compone[373]:

– Parte superior del acto administrativo: Lugar (ciudad, comuna o país), tipo de acto administrativo (ordinario, oficio, carta o resolución) individualizado del acto administrativo, (número, fecha, materia, antecedentes, referencia) y autoridad que lo suscribe y a quién va dirigido;

– Elementos considerativos y resolutivos: Parte del acto administrativo donde se analizan las circunstancias de hecho y derecho objeto del acto, las normas atributivas de competencia, y la resolución del acto, y

– Final: Resolución, individualización de la autoridad que lo suscribe, la firma, las personas que han visado el documento emitido y tipo de notificación y personas copiadas.

Sobre lo anterior, la doctrina ha señalado:

"Escrituridad. El acto administrativo se manifestará expresamente por escrito y contendrá: a) lugar y fecha de emisión; b) mención del órgano y entidad de

[372] *"Los documentos u oficio se clasificarán en Secretos, Reservados y Ordinarios.*

Los de carácter 'Secreto' serán conocidos sólo por las autoridades o personas a las cuales vayan dirigidos y por quienes deban intervenir en su estudio o resolución.

Los de carácter 'Reservado' serán los que traten de materias que, atendida su naturaleza, deban ser conocidas únicamente en el ámbito del departamento, sección u oficina a que sean remitidos.

Los de carácter 'Ordinario' serán aquellos que pueden ser de dominio público y abarcarán la correspondencia no comprendida en los dos primeros números".

[373] MORAGA, Claudio (2010), p. 115, y en el mismo sentido, JARA SCHNETTLER, Jaime (2007), pp. 36-37.

quien emana; c) expresión clara y precisa del contenido de la voluntad administrativa; d) individualización y firma del agente interviniente[374]".

"Las formalidades del acto administrativo son de dos tipos. Por una parte, debe cumplir el procedimiento que establece la ley. Este puede ser un procedimiento especial o el procedimiento común o supletorio que regula la LBPAOAE.

Por la otra, están las formalidades propiamente tales. Por ejemplo, la escrituración, la firma de la autoridad determinada, etc.[375]".

"[...] los requisitos y manera de plasmar y exteriorizar el acto administrativo. Es el cómo del acto administrativo, el cual, como hemos puesto de presente, difiere de uno a otro, toda vez que no hay una forma única del acto administrativo. Sin embargo, siempre deben tener una forma en sentido amplio, ya sea en relación con la manera como se crea o se produce el acto, esto es, los pasos y requisitos que deben cumplirse; o con su exteriorización, que comprende, además de requisitos como fecha, firma y otros, su apariencia y denominación [...][376]".

Asimismo, y continuando el análisis de las solemnidades del procedimiento administrativo, éstas están reconocidas en los artículos 5°, 18 y 19 de la LBPA. Los referidos artículos indican:

– En primer término, que el procedimiento administrativo y los actos administrativos emitidos durante la sustanciación del procedimiento se expresarán por escrito o por medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia.

– En segundo término, exige que todo el procedimiento administrativo conste en un expediente administrativo, escrito o electrónico, en el que se asentarán todos los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos, con expresión de la fecha y hora de su recepción, respetando su orden de ingreso. Asimismo, se deben agregar todas las actuaciones, documentos y antecedentes presentados por el presunto infractor.

[374] DROMI, José Roberto (1985), pp. 65-66.

[375] CARMONA, Carlos (2005) –4–, p. 33.

[376] BERRROCAL, Luis Enrique (2009), p. 95.

– En tercer término, en el expediente administrativo se incorporarán las actuaciones, los documentos y resoluciones que el órgano administrativo remita a los interesados, a terceros o a otros órganos públicos. Asimismo, integrarán dicho expediente las notificaciones y comunicaciones a que den lugar los actos administrativos, con expresión de la fecha y hora de su envío, en estricto orden de ocurrencia o egreso.

– En cuarto término, el órgano administrativo debe llevar un registro público de todas las actuaciones en el procedimiento administrativo, con indicación de la fecha y hora de su presentación, ocurrencia o envío.

– Finalmente, cuando la administración utilice medios electrónicos deberá proveerse de los medios compatibles para ello, ajustándose al procedimiento regulado por las leyes.

Finalmente, el elemento de forma en relación a las normas procedimentales se refiere al cumplimiento del *iter* procedimiental propuesto en la legislación. Lo anterior se extrae de la definición de procedimiento administrativo que la LBPA:

"Artículo 18. Definición. El procedimiento administrativo es una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal.

El procedimiento administrativo consta de las siguientes etapas: iniciación, instrucción y finalización".

De este modo, el elemento de forma se compone de una arista de formalidad de actos administrativos y de la constitución de un expediente y otra arista centrada en las normas de sustanciación del procedimiento, por ejemplo, la notificación de la formulación de cargos, la resolución de las solicitudes de prueba, etc.

Por otro lado, cabe considerar que acontece con los vicios de forma del acto y del procedimiento administrativo. El artículo 13 de la LBPA establece que sólo los vicios de forma afectan la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado:

"Artículo 13. Principio de la no formalización. El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.

El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.

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

Un ejemplo sobre el elemento forma procedimiento es el "Caso audiencia de invalidación":

"Quinto: Que la mencionada audiencia no se ha llevado a cabo, toda vez que el acta de audiencia previa efectuada con fecha 8 de septiembre del presente año y que se encuentra agregada a fojas 67 de estos antecedentes, no da cuenta de una actuación que haya tenido la aptitud de dar al afectado una instancia para confrontar los argumentos por los que se invalida su nombramiento, de forma tal que el procedimiento invalidatorio ha contravenido [...] artículo 53 de la ley Nº 19.880, debió aplicar el procedimiento de invalidación que contempla oír al interesado, inclusión que constituye un límite a esta facultad de revisión.

Es necesario destacar que siendo la potestad invalidatoria de la Administración una facultad o prerrogativa [...] deberá sujetarse a la exigencia de audiencia previa del mismo[377]".

Así, por ejemplo, sobre el elemento de forma solemnidad, consideramos que la ausencia de firma es un vicio de forma que afecta la validez del acto administrativo. En este sentido, la doctrina ha señalado:

"a) vicios muy graves e inexistencia.

Consideramos que el acto administrativo tiene un vicio muy grave cuando: [...]

6) Carece de firma del agente que lo emite.

[377] Sentencia de la Excma. Corte Suprema rol Nº 10607-2011.

La consecuencia jurídica que corresponde a los vicios muy graves del acto es la inexistencia[378]".

"La firma es un requisito fundamental del acto, pues acredita que la voluntad efectivamente ha sido emitida en la forma que el acto indica. Si falta la firma; entonces no hay acto: No se trata de un vicio de forma, sino de la inexistencia de la voluntad administrativa de dictar el acto[379]".

"Así, pueden señalarse como casos de nulidad absoluta, los siguientes defectos: [...] ii) inexistencia de forma escrita, cuando ella es requerida por la ley o la naturaleza del acto[380]".

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha señalado que un decreto sin firma no cumple con las formalidades que exige la Constitución, por lo que debe concluirse que el acto está viciado en la forma y adolece de nulidad:

"17. Que del examen del Decreto impugnado se concluye con toda nitidez que se trata de un reglamento y no de un simple decreto por lo que para que sea válido debe cumplir con las formalidades legales, según lo prescribe el artículo 7°, inciso primero, de la Constitución Política que dice: 'Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley', y en su inciso tercero agrega 'Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale';

18. Que, en consecuencia es evidente que el Decreto objeto del requerimiento no cumple con las formalidades que exige la Constitución, pues se trata de un reglamento que no aparece firmado por el Presidente de la República, por lo que debe concluirse que el acto está viciado en la forma y adolece de nulidad, en conformidad con las disposiciones indicadas en el considerando anterior[381]";

Asimismo, se ha pronunciado la Contraloría General de la República, que ha indicado:

[378] DROMI, José Roberto (1985), p. 130.

[379] GORDILLO, Agustín (2011), p. 356.

[380] CASSAGNE, Juan Carlos (2008), p. 294.

[381] STC Nº 153.

"Devuelve decretos universidad de chile que contratan a honorarios a personas que indican, por no constar en ellos la visación previa del ministerio de hacienda, exigida por D.L. Nº 200/73 art. 3º no hay contradicción entre facultad rector delegado para contratar personal de acuerdo D.L. Nº 111/73 art. 2º Nº 5 y obligación de someter esas contrataciones a visacion ministerio de hacienda dispuesta por D.L. Nº 200/73 art. 3º no tiene aplicación en la especie estatuto orgánico universidad de chile art. 8º D.L. Nº 200/73 art. 3º se aplica a Universidad de Chile lo mismo que D.L. Nº 6/73 y D.L. Nº 22/73, ya que estos tres cuerpos legales se aplican a administración del estado en general, incluyendo a organismos autónomos, con la sola excepción de Contraloría y poder judicial. Falta además en resoluciones devueltas firma pro rector Universidad de Chile[382]".

"Devuelve resolución de la subsecretaria de salud que aprueba diversos contratos de publicidad celebrados con algunos medios de comunicación para la difusión de una campana de educación sanitaria ya que no se han cumplido los tramites de firma de los convenios por el subsecretario de salud por determinación del ministro del ramo[383]".

"La Contraloría General ha debido abstenerse de dar curso a la Resolución Nº 788, de 2008, del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, que deja sin efecto la resolución que indica, por cuanto no viene firmada por la autoridad que señala[384]".

"No obstante, el decreto con fuerza de ley en estudio contraviene la citada norma delegatoria, toda vez que ha sido emitido a través del 'Ministerio del Interior' omitiéndose, además, las firmas de tres de los ministros que indica dicho precepto.

En otro orden de consideraciones, cabe observar que el decreto ley Nº 3.063, que se cita en el artículo único del documento que se analiza, fue publicado el año 1979.

Atendido lo expuesto, se devuelve sin tramitar el decreto con fuerza de ley[385]".

"Devuelve nuevamente resolución del servicio de impuestos internos, que aprueba los contratos de prestación de servicios computacionales suscritos

[382] Dictamen Nº 48.284/1974.

[383] Dictamen Nº 14.984/1989.

[384] Dictamen Nº 39.596/2008.

[385] Dictamen Nº 30.579/2004.

con empresas que indica, porque si bien se adjuntó, en esta ocasión, copia de oficio de la dirección de presupuestos, para comprobar que se obtuvo la autorización exigida en ley Nº 18.869 art. 3º inc. 12 para la contratación de servicios de procesamiento de datos, esa disposición relacionada con su inc. 10, establece que tal medida debe constar en un decreto supremo expedido por el ministerio de hacienda cuando el monto supere los 15000 dólares, moneda de los estados unidos de américa, situación que se presenta en este caso si se considera la cifra señalada en párrafo/ii. Además, el cuadro anexo de provisión de recursos, que según considerando Nº 7 de la resolución, forma parte integrante de ella, no fue suscrito por el funcionario competente[386]".

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el voto de los ministros que estaban por rechazar el requerimiento, de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Pizza Pizza S.A. respecto de los artículos 166 y 171, inciso segundo, del Código Sanitario, señala, por ejemplo, que la firma de las actas de inspección son un requisito de forma:

"11. Que tratándose de la inspección sanitaria, el Código Sanitario la regula como una potestad de la autoridad sanitaria, estableciendo tres tipos de requisitos de validez respecto de las actas. El primero de ellos es de carácter subjetivo, pues las actuaciones de inspección deben ser realizadas por funcionarios (artículo 156 Código Sanitario). El segundo requisito es de naturaleza material, ya que en el acta debe dejarse 'constancia de los hechos materia de la infracción' (artículo 156). Finalmente, existe un requisito formal, en atención a que el acta debe ser firmada por el funcionario que practique la diligencia (artículo 156), sin perjuicio de que el resto de los concurrentes a la inspección también puedan firmarla (artículo 158)[387]";

Sin perjuicio de lo señalado, en el "Caso Frontel" la Corte de Apelaciones de Concepción señaló que la incongruencia entre la autoridad que aparece en el encabezamiento y quien suscribe el acto de formulación de cargos, no atenta contra su validez, mientras sea competente la autoridad administrativa que lo suscribe. Así, los errores de suscripción no afectan la validez del acto administrativo:

[386] Dictamen Nº 22.720/1990.

[387] STC Nº 2495. Asimismo, STC Nº 2501.

"4. Que la reclamante ha manifestado que el oficio de formulación de cargos aparece emitido por el Director Regional (S) SEC, Región del Bío Bío, y sin embargo, quien lo firma, es el Director Zonal SEC III Zona, VII y VIII Regiones, siendo esta incongruencia relevante. Es indudable que la circunstancia que exista una diferencia entre quien encabeza el texto como emisor, y quien lo firma, carece de la trascendencia que quiere darle la reclamante, puesto que, no cabe duda, es quien lo firma el que asume la responsabilidad del mismo. Por lo demás, lo que se acota, en caso alguno puede dar lugar a la nulidad perseguida por Frontel y, menos aún, si este error no es el que le ha causado el perjuicio[388]";

En este mismo sentido, la Contraloría General de la República ha señalado que eventuales errores en los timbres no vician el acto administrativo:

"Enseguida, es dable indicar que el formato de timbres que aparece en la aludida resolución exenta N° 5.035, de 2016, obedece a un modelo diseñado para el ingreso de los documentos en la oficina de partes del organismo correspondiente, pero que no implica que aquella esté afecta al trámite que ahí se detalla ni que necesariamente deba ser timbrada.

Finalmente, es menester recordar que al tenor de lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 13 de la ley N° 19.880, el vicio de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado, lo que no se aprecia que haya ocurrido en la especie[389]".

Sin embargo, destaca el caso "Cambios de Firma" de una misma autoridad en la sustanciación de un procedimiento. La Contraloría General de la República ha señalado que vician el procedimiento administrativo los cambios de firma de la autoridad. Nos referimos a "cambios de firma" cuando en la sustanciación del procedimiento administrativo la misma autoridad suscribe de manera diversa distintos actos administrativos, impidiendo determinar su autenticidad:

"Ahora bien, en los antecedentes del sumario administrativo que nos ocupa, aparece que la firma de la Fiscal estampada en la aceptación de ese cargo y en la vista fiscal, no es la misma que la que figura en la actuación agregada a fojas 94 del expediente.

[388] Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 1825-2003.

[389] Dictamen N° 82.190/2016.

Por otro lado, es dable advertir que de acuerdo a lo prevenido en el inciso primero del artículo 75, del decreto N° 118, de 1982, del Ministerio de Defensa Nacional, Reglamento de Sumarios Administrativos –que faculta al jefe que ordenó la instrucción de una indagación, para disponer que se realicen diligencias que estime necesarias–, la anotada autoridad, en la providencia que rola a fojas 62 del expediente en estudio, ordenó a la Fiscal de dicho proceso, la práctica de determinadas actuaciones, y que la rúbrica estampada en tal instrumento es diferente de la firma que se registra sobre el nombre de la mencionada superioridad en la orden de instruir el mismo, que rola a fojas 19 del procedimiento.

En este contexto, resulta menester destacar –en el evento de que los documentos objetados hubieren sido firmados por otro servidor y no por la aludida Fiscal y la citada jefatura, pese a indicarse su nombre en éstos–, que los actos administrativos únicamente pueden ser suscritos por la autoridad o empleado que en aquéllos se consigna que los emite, ya que no existe norma legal alguna que faculte la rúbrica de ellos por poder, conforme se precisó en los dictámenes N°s. 10.666, de 1999 y 2.098, de 2002, de esta Contraloría General.

Por consiguiente, considerando que las anotadas diferencias, por recaer en gestiones esenciales, podrían constituir vicios que afectarían la validez de dicho procedimiento, corresponde que Carabineros de Chile, disponga la reapertura de éste, con el objeto de subsanar las observaciones descritas, si es pertinente, y luego realizar los trámites tendientes a afinar aquél[390]".

De este modo, la ausencia de firma de la autoridad administrativa en un acto administrativo es un vicio de forma del acto administrativo que afecta la validez del mismo. Asimismo, si existen cambios de firma de la autoridad a lo largo de la sustanciación del procedimiento, en tanto se impide determinar la autenticidad de los actos administrativos o la presencia de una adulteración de instrumentos públicos.

Así, un elemento de forma solemnidad puede viciar el procedimiento.

De este modo, conforme el artículo 13 de la LBPA sólo los vicios de forma afectarán la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del orde-

[390] Dictamen N° 32.360/2016.

namiento jurídico, y genera perjuicio al interesado, cuestiones que deberán ser analizadas caso a caso, sin perjuicio del ejemplo de ausencia de firma que examinamos. En efecto, pueden existir otros vicios de forma-formalidad o forma procedimiento que vicien el procedimiento.

En suma, el procedimiento administrativo debe cumplir con las formas y formalidades que le imponga la ley. Asimismo, el vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico, y genera perjuicio al interesado, cuestión que deberá ser analizada caso a caso.

4.4. El elemento de finalidad

Las potestades atribuidas por el ordenamiento jurídico a las autoridades públicas y administrativas no sólo fijan los ámbitos de acción, competencia y ejercicio de las autoridades, también fijan fines por los cuales tienen que ser ejercidos y puestos en marcha. En efecto, la actuación pública tiene que siempre satisfacer el fin típico y especial que tiene el ejercicio de sus funciones, que se funda en causas materiales, formales y eficientes conforme a los principios del ordenamiento jurídico administrativo. De ahí que un elemento trascendental del principio de juridicidad o legalidad es el elemento del fin como determinación teleológica de las competencias y potestades.

En efecto, la competencia y fin están íntimamente ligadas. Sólo es legítima la actuación administrativa ejercida para la satisfacción de las causas dispuestas en el ordenamiento jurídico administrativo. Lo anterior ha sido ratificado por la doctrina que ha señalado:

> "El poder que implica la competencia es finalizado. Ello implica, en primer lugar, que se entrega para cumplir una función. Las potestades están asociadas a un fin definido por el legislador, del cual su titular no puede apartarse. Es la satisfacción de ese fin lo que explica y funda el ejercicio de una potestad.
>
> En segundo lugar, la competencia se otorga para cumplir un fin, para satisfacer un interés o una necesidad ajena al titular de la misma. Ello exige proscribir los motivos personales como elementos que justifican su ejercicio. La existencia de un fin excluye el favoritismo y la venganza, como factores que legitiman la potestad.
>
> Finalmente, la existencia de un fin al que el ejercicio de la competencia debe apuntar, exige que éstas deban extremarse, pues hay de por medio la satisfacción de una necesidad pública. Si la potestad no se ejerce en plenitud, o con la flexibilidad necesaria, dicha necesidad puede no quedar cubierta[391]".

Es más, para el autor de derecho administrativo Enrique Silva Cimma el fin del órgano administrativo debe satisfacerse y reflejarse en el fin del acto administrativo, es forzoso que toda actuación pública cumpla con dicho requisito copulativo. En este sentido señala:

> "El fin del acto es la materialización del objeto del acto administrativo, vale decir, de la prestación que contempla. Ejemplo: En un acto administrativo de nombramiento de un funcionario público el fin de dicho acto es aumentar la dotación del Servicio Público de que se trate.
>
> Y como el objeto de ese mismo acto, vale decir, la prestación que contiene, es investir a una persona de la calidad de funcionario público, resulta que en último término el fin del acto de la especie –aumentar la dotación del Servicio Público– se logra mediante la materialización del objeto del mismo acto: investir a un particular en funcionario público.
>
> Finalmente y relacionando, ahora, el fin del acto administrativo con el fin del órgano o servicio que emite dicho acto, forzoso es concluir que debe existir concordancia y armonía entre ellos, tanto porque el fin del primero será la forma de concretar el fin del segundo, cuanto porque de acuerdo con el principio de legalidad, el fin del acto será legítimo en la medida que se ajuste a la competencia del órgano o servicio que lo emite. De no darse dicha concordancia, el acto emitido carecerá de eficacia por abuso o desviación de poder[392]".

El elemento de la finalidad se configura como otro requisito esencial del acto administrativo que se relaciona con el aspecto funcional del acto presentado. El acto administrativo sólo puede seguir el fin concreto de in-

---

391 CARMONA, Carlos (2009), p. 185.

392 SILVA CIMMA, Enrique (1995), p. 114.

terés público o bien común establecido en la norma atributiva de potestad y competencia[393].

La finalidad como elemento del acto administrativo[394] se encuentra reconocida en la legislación, en los artículos 2° y 3° de la LBGAE.

De este modo, todo acto de un funcionario público debe dirigirse a la consecución de un fin determinado, expresa o tácitamente, por la norma legal o regulación sectorial que lo disponga. De lo contrario, adolecerá el vicio administrativo de "desviación del fin" o "desviación de poder", al constituirse como un acto administrativo ilegítimo que debe ser anulado. Al respecto ha señalado el autor de derecho administrativo Carlos Carmona:

> "[...] Si la autoridad u órgano de la Administración se apartan de ese fin que condiciona el ejercicio de su competencia, el acto o la decisión que adopten en consideración a un fin distinto, deja de ser legítimo y debe ser anulado. Los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad; son poderes fundacionales, otorgados por el ordenamiento en vista a un específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad[395]".

Lo anterior ha sido reconocido por diversos fallos de la Corte Suprema, al exigir a todos los actos administrativos cumplir con la finalidad que les dispuso el legislador. Al respecto ha señalado:

> "Quinto: Que la desviación de poder consiste, según la doctrina, en que el fin del acto, que es uno de sus elementos constitutivos, es distinto del fin general de interés público, que debe ser el de toda actividad pública, del fin particular establecido para determinados actos por la norma respectiva. Fin que puede ser de interés particular de la autoridad, como político, religioso o personal, y que también puede ser de interés general pero distinto de aquel específico que según la norma permitía la dictación del acto [...][396]".

[393] Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos (2008), p. 209.

[394] Cfr. CARMONA, Carlos (2005).

[395] CARMONA, Carlos (2005), p. 47.

[396] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 1148-2012. En este mismo sentido, sentencias de la Excma. Corte Suprema, roles N° 862-2012, N° 2391-2012, N° 50-2005, entre otras.

También, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República establece el deber de todos los actos administrativos de cumplir la finalidad o causa dispuesta por la ley, al señalar:

> "Precisado lo anterior, corresponde advertir, en armonía con la jurisprudencia administrativa de este Órgano Contralor, contenida en el dictamen N° 14.178, de 2004, que si la autoridad administrativa llegare a hacer uso de su facultad de autorizar actividades de pesca de investigación con una finalidad distinta a la perseguida por la ley, tal decisión quedaría afectada por una desviación de poder y viciado el acto que la sanciona, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades administrativas que podrían generarse respecto de los funcionarios y autoridades involucradas[397]".

De esta manera, el ejercicio de una potestad, por amplia que ésta hubiese sido concedida, sólo puede ser ejercida para los fines públicos para el cual fue otorgada. De lo contrario, incurre en la denominada desviación de fin o de poder:

> "En este aspecto, es imperioso recordar que los actos de la Administración persiguen un interés público, por lo que siempre su fin último debe ser la protección del interés general de la comunidad. En consecuencia, el acto puede ser anulado si se constata que ha sido dictado con desviación de poder, lo que puede configurarse si su fin es distinto de aquél. En tal sentido, cabe señalar que esta causal de nulidad se erige como un sistema de control jurisdiccional ante el ejercicio de facultades discrecionales de la Administración, la que, como se señaló, no puede actuar sino amparándose en la persecución de un interés público[398]".

Sobre lo señalado, destaca el "Caso Destinación Hospital de Petorca" que señala:

> "Tercero: Que la ausencia de una fundamentación adecuada y clara puede hacer presumir que lo pretendido por la autoridad no es precisamente un fin de interés general o particular del Servicio que dirige, en este caso dotar al Hospital de Petorca de un 'profesional idóneo y con las competencias técnicas suficientes y necesarias' (considerando 6° de la resolución N° 5837) para que implemente la nueva unidad de

[397] Dictamen N° 40.152/2012. Es este mismo sentido, dictámenes N° 7.259/2011, N° 72.596/2010, N° 31260/2010, N° 24.056/2010.

[398] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 55119-2016.

estudios y proyectos de dicho recinto hospitalario, sino uno distinto, como obligar al funcionario a renunciar o alejarlo del lugar en que se encontraba actualmente prestando servicios. En efecto, si no aparece debidamente justificado por qué se optó por ese empleado y no por otro, ni qué procedimiento de selección se siguió para decidir a quién se trasladaba, conduce a presumir que pudo haber existido lo que la doctrina denomina 'desviación de poder', en que el objetivo perseguido por la autoridad es otro distinto al que formalmente invoca[399]".

Asimismo, el "Caso Terminación de Contratas IPS-Sumario":

"Cuarto: Que las circunstancias antes relatadas, permiten razonablemente presumir que el fin que tuvo a la vista la autoridad no fue un fin de interés general o particular del Servicio, en la especie, desvincular a un funcionario cuyos servicios habían sido requeridos sólo de manera transitoria y por tanto ya no estaba justificado mantener su contratación, sino otro, como separar a un funcionario que fue parte de un sumario administrativo respecto del cual no se pudieron comprobar responsabilidades disciplinarias que habilitaran aplicar las sanciones correspondientes, lo cual conduce a concluir que pudo haber existido lo que en doctrina se denomina 'desviación de poder', en que la finalidad buscada por la autoridad es otra distinta[400]";

En razón de lo señalado, la autoridad sancionatoria debe cumplir el fin por el cual se tramitan los procedimientos administrativos, que es investigar y develar la existencia de incumplimientos administrativos, que puedan dar origen a sanciones administrativas, poniendo igual énfasis en la determinación de responsabilidad o absolución del inculpado y en la protección del bien jurídico encomendado por el legislador. Así, los procedimientos sancionadores y su resolución de término no podrán fundarse en razones personales, políticas, económicas u otras, de lo contrario se atenta contra su fin o causa del ejercicio de la potestad pública.

4.5. El elemento de motivación

El deber de fundamentación o motivación del acto administrativo consiste en la exposición clara y precisa de los motivos que indujeron al órgano de

[399] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 2391-2012.

[400] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 862-2012.

la administración del Estado a la emisión del acto administrativo. En este sentido, la doctrina ha señalado:

"Así, la motivación [o fundamentación] comprende la exposición de las razones que han llevado al órgano a emitirlo, y en especial, la expresión de los antecedentes de hecho y derecho que preceden y justifican el dictado del acto[401]".

"El acto administrativo emitido o confirmado por escrito debe ser motivado (39 I VwfG), pues en la motivación se contienen los puntos de vista de hecho y de Derecho relevantes para la decisión. Si el órgano administrativo gozase de discrecionalidad, debería explicitar también las consideraciones discrecionales. Esta limitación a una mera recomendación de la exigencia de motivación es criticada justamente, porque para la validez de una decisión discrecional son importantes, precisamente, las consideraciones discrecionales del órgano, y éstas sólo pueden ser declaradas, en último término, por el propio órgano[402]".

Por su parte, la jurisprudencia en el "Caso UAF" señaló que la motivación es la razón que justifica cada acto administrativo emanado de la Administración pública:

"Duodécimo: Que la doctrina ha conceptualizado el motivo del acto administrativo 'como la razón que justifica cada acto administrativo emanado de la Administración Pública. En ella están incorporados los elementos de hecho que se tuvieron para su dictación como, asimismo, la causa legal justificadora del acto administrativo'. (Bermúdez Soto, Jorge. 'Derecho Administrativo General'. Editorial Legal Publishing Chile. 2011. Pág. 118).

El control de los motivos por parte de los tribunales es, según lo expuesto, un control de legalidad del acto administrativo (C.S. rol N° 1119-2015)[403]".

Asimismo, la motivación es la subsunción de los hechos en una norma jurídica, determinando cuáles son las circunstancias que hacen aplicable dicha norma; en este sentido la doctrina ha señalado:

[401] CASSAGNE, Juan Carlos (2008), p. 202.

[402] MAURER, Harmut (2011), p. 272.

[403] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 5120-2016.

"[...] motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y en segundo lugar a razonar, cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto[404]".

Por otro lado, el deber de fundamentación del acto administrativo permite cumplir con uno de los pilares fundamentales de un Estado democrático, que es la rendición de cuentas de la administración. En efecto, la fundamentación del acto administrativo permite realizar el adecuado control sobre el razonamiento de la administración, por las autoridades judiciales o administrativas, lo que elimina la sensación eventual de arbitrariedad o error de la administración y posibilita la efectividad de los recursos administrativos y jurisdiccionales, al conocerse las razones o motivos de la decisión.

De esta manera, la exigencia de motivar los actos administrativos asegura la vinculación de la administración con la legalidad, garantiza el cumplimiento del debido proceso[405] y el derecho a la defensa, lo que concreta la plena satisfacción de las garantías de los ciudadanos frente la administración en sus manifestaciones de voluntad. En este sentido, el profesor Eduardo Soto Kloss señala:

"11. Motivación, objeto y fin son los elementos básicos o constitutivos del acto administrativo que, junto con los supuestos 'investidura regular' del titular del órgano que actúa, 'motivo/hecho', 'competencia' y 'debido procedimiento legal', y el presupuesto indispensable 'motivo/hecho', vienen a constituir las piezas fundamentales de aquella ordenación racional dispuesta unilateralmente por un órgano en ejercicio de la función administrativa del Estado, destinada a producir efectos jurídicos directos, en que consiste.

[404] PÉREZ BENECH, Viviana (2009), p. 37.

[405] En este sentido, las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución: "El señor Diez señala que, en este evento, habría que aclarar que por órgano que ejerce jurisdicción se entiende a los tribunales administrativos, fiscales, Impuestos Internos, Contraloría General de la República, tribunales arbitrales, etc. O sea todo órgano que tenga facultad para dictar una resolución o fallo llámese como se llame, que afecte la situación de una persona [...]. El señor Evans acota que ello significa establecer que la norma se aplicará en toda controversia que se suscite en orden temporal".

Motivación o fundamentación, esto es, la expresión formal de aquella situación de hecho (motivo) que mueve a la Administración a obrar jurídicamente, pues constituye dicha situación una necesidad pública que satisfacer, habiéndose encargado por el ordenamiento el lograr su cumplida satisfacción.

Y es que la publicidad de las razones que han llevado a la autoridad a adoptar una determinada decisión/acto administrativo resulta la mejor garantía del correcto uso de las atribuciones jurídicas que la ley le ha conferido para satisfacer las necesidades públicas en su misión de 'promover el bien común' y asegurar así que sean utilizadas en bien de la comunidad y no para oscuros intereses o fines inconfesables[406]".

En el ordenamiento jurídico chileno, desde la reforma constitucional del año 2005, se exige a todos órganos estatales la fundamentación o motivación de sus actuaciones, porque el artículo 8° de la Carta Fundamental establece como elemento de legitimidad de toda actuación estatal los fundamentos o motivaciones del acto.

Respecto a los órganos de la Administración del Estado, el legislador dispuso expresamente la obligación de fundar y motivar sus actuaciones en los artículos 11 inciso segundo y 41 inciso cuarto de la LBPA[407].

[406] SOTO KLOSS, Eduardo (2009), p. 350.

[407] En este sentido, la jurisprudencia ha señalado: "Trigésimo cuarto: Que la ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de la Administración del Estado, cuerpo legal aplicable supletoriamente a la SMA, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62 de la Losma, contiene las siguientes disposiciones relativas a la motivación de los actos administrativos, a saber: i) el inciso segundo del artículo 11, en virtud del cual 'los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos'; y ii) los incisos.
cuarto y sexto del artículo 41, según los cuales 'las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada' y 'la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma'. Por su parte, la propia Losma en su artículo 54 establece que, emitido el dictamen y una vez elevado los antecedentes al Superintendente, este deberá resolver en un plazo de diez días 'dictando al efecto una resolución fundada en la cual absolverá al infractor o aplicará la sanción, en su caso'". Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, rol N° R-6-2013. En este mismo sentido, sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, rol N° R-14-2014.

Sobre el principio de motivación, el autor de derecho público Ivan Aróstica ha señalado:

"[...] la motivación –consignación de los motivos en el mismo acto administrativo– aparece como fundamental para asegurar el adecuado control jurídico de la decisión por parte del juez quien tampoco conocería los fundamentos del acto impugnado ante él, posibilitando, por ende, que el proceso por medio del cual se encauce la acción que un particular ejerce en su contra, se armonice adecuadamente con aquella garantía constitucional del debido proceso y también resulta esencial para el adecuado cumplimiento del acto, permitiendo la efectiva participación y acatamiento de los llamados a cumplirlo[408]".

El principio de motivación y fundamentación del acto administrativo también ha sido reconocido por la Contraloría General de la República, que ha señalado:

"[la] necesidad jurídica en que se encuentra la Administración en orden a motivar sus actos, exigencia que tiene por objeto asegurar que los actos de la Administración no se desvíen del fin considerado por la normativa que confiere las respectivas atribuciones, que cuenten con un fundamento racional y se encuentren plenamente ajustados a la normativa constitucional y legal vigente[409]".

"[...] es menester señalar, que la dictación de actos administrativos que corresponden al ejercicio de potestades discrecionales –como sería aquel que establece la jornada de trabajo del personal de Carabineros de Chile–, exigen un especial y cuidadoso cumplimiento de la necesidad jurídica en que se encuentra la Administración de motivar sus actos, lo que tiene por objeto asegurar que tales actos no se desvíen del fin considerado por la normativa que confiere las respectivas atribuciones, esto es, que dichos actos cuenten con un fundamento racional y se encuentren plenamente ajustados a la normativa constitucional y legal vigente.

La mencionada obligación tiene su fundamento en el principio de juridicidad que, en un concepto amplio y moderno, conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional y no obedezcan al mero capricho de la autoridad pues, en tal caso, resultarían arbitrarios y, por ende, ilegítimos. (Aplica dictamen N° 42.268, de 2004)[410]".

[408] ARÓSTICA, Iván (1986), pp. 508-509.

[409] Dictamen N° 23.114/2007.

"Sin perjuicio de lo señalado, cumple con precisar que aun cuando la calificación de la postulación constituye en la especie un aspecto de mérito del Comité de Evaluación, la apreciación y juzgamiento de ella no puede reducirse sólo al establecimiento de una determinada puntuación, ya que tanto el citado decreto N° 664, como las bases del concurso, exigen que se considere para la estimación del criterio 'programas específicos de estudios', la opinión de los propios evaluadores, y de acuerdo con los antecedentes tenidos a la vista, no se evidencia en este aspecto el juicio o raciocinio que explicaría la asignación de los puntajes otorgados a las preferencias designadas por el recurrente.

En este orden de ideas, y en armonía con lo dispuesto en los dictámenes N° 44.114, de 2005, 2.783 y 23.114, de 2007, entre otros, de esta Entidad de Fiscalización, cabe consignar que el principio de juridicidad conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional de los antecedentes que se invocan para justificar la procedencia de la decisión adoptada[411]".

La Contraloría General de la República en relación a la solicitud de la Universidad Autónoma de Chile acerca de la procedencia del rechazo por parte del Consejo de Rectores a su ingreso al "Sistema Único de Admisión Universitaria", que se fundó en un acuerdo adoptado por el Consejo, señala que el deber de motivación exige la determinación pormenorizada de los fundamentos fácticos y jurídicos de las decisiones administrativas:

"De tal manera, consta que la autoridad administrativa omitió expresar en detalle los motivos que incidieron en esa determinación, situación que contraviene lo prescrito en el inciso segundo del artículo 13 de la ley N° 18.575, de acuerdo con el cual 'La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella'.

Consecuente con lo anterior, el Cruch deberá arbitrar las medidas pertinentes a fin de fundamentar debidamente la decisión cuestionada –en caso de mantener-

[410] Dictamen N° 44.114/2005.

[411] Dictamen N° 55.132/2011.

la–, pues la remisión al anotado acuerdo no constituye un 'motivo suficiente' que describa las razones de fondo que llevaron a adoptar aquella[412]".

En este mismo sentido se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema señalando:

"[...] Semejante deber aparece también contemplado de manera implícita dentro de nuestro ordenamiento constitucional, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 8° de la Carta Política, donde se consagra el principio de publicidad de los actos y resoluciones emanados de los órganos del Estado así como de sus 'fundamentos'[413]".

"Octavo: Que, por otro lado, cabe señalar que es presupuesto indispensable de cualquier acto administrativo, discrecional o reglado la fundamentación del mismo, pues a través de esta modalidad se exteriorizan las razones que conducen a la Administración a dictar el acto, lo que permite controlar su legalidad. En nuestro ordenamiento jurídico, expresamente en el artículo 11 inciso 2° de la ley N° 19.880, se exige a la Administración que las decisiones que afecten los derechos de los particulares, contengan la expresión de los hechos y fundamentos de derecho en que se sustentan. A su turno, el artículo 41 inciso cuarto del mismo cuerpo legal establece que las resoluciones que contengan una decisión han de ser fundadas[414]".

[412] Dictamen N° 94.064/2014. En este mismo sentido dictámenes N° 94.587/2014, N° 94.589/2014, N° 94.592/2014.

[413] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 3.965-2011. Asimismo, ha señalado: "Tercero: Que si bien es cierto que de los artículos 2° y 6° del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales puede colegirse que la autoridad se encuentra facultada para poner término al empleo a contrata antes del vencimiento del plazo consignado en el nombramiento, no lo es menos que la referida potestad debe ejercerse con arreglo a la ley. A este respecto, de los artículos 11 inciso segundo, 16 y 41 inciso cuarto de la ley N° 19.880 se colige que es un requisito de validez del acto administrativo la expresión del motivo o fundamento.

Cuarto: Que la mencionada exigencia no concurre en el caso de autos, en que ni siquiera se entrega como argumento para prescindir del cargo del afectado que ya no son necesarios sus servicios, que corresponde al motivo que se tuvo en cuenta en la resolución de designación. Ello convierte al acto impugnado en ilegal por falta de motivación y atentatorio de la garantía constitucional de igualdad frente a la ley". Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 12565-2011.

[414] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 55119-2016.

"Tercero: Que tal como lo ha sostenido esta Corte para asuntos como el que nos ocupa, el ejercicio de una atribución discrecional o facultativa de la administración, como es la relativa a conceder el beneficio de la libertad condicional a quienes cumplen con los requisitos previstos en la ley para acceder al mismo, debe concluir con una decisión debidamente fundada por aplicación del artículo 11 de la ley N° 19.880, que exige que los actos administrativos deben ser motivados[415]".

"Décimo tercero: Que, entre los principios previstos en esa ley se encuentran aquéllos sobre transparencia y publicidad consagrados en el artículo 16, en el cual se dispone que el procedimiento administrativo debe realizarse con transparencia de manera que permita y promueva el conocimiento, contenido y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.

A su turno se consigna en dicho cuerpo legal la obligación contenida en el artículo 11 inciso segundo, consistente en motivar o fundamentar explícitamente en el mismo acto administrativo la decisión, los hechos y los fundamentos de derecho que afecten los derechos de las personas.

Por último, es útil destacar que el artículo 41 inciso cuarto, primera parte del aludido texto legal ordena: 'Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada'.

De lo expresado, sólo cabe colegir que es un requisito de validez del acto administrativo –y por lo mismo sustancial– la expresión del motivo o fundamento.

Décimo cuarto: Que en este contexto jurídico, es manifiesto que la autoridad reclamada sí cumplió con la exigencia de explicitar las razones o motivos de hecho que fundamentaron la aplicación de la sanción, pues como se ha visto, se expresaron los específicos incumplimientos de deberes de supervisión en que incurrió el reclamante en su calidad de contratista de la obra en una determinada labor respecto de un trabajador del subcontratista y se pormenorizaron las normas que con dicha conducta habían sido contravenidas[416]".

Por otro lado, el Segundo Tribunal Ambiental, analizando el elemento de motivación de la sanción administrativa en el "Caso Pascua Lama", señaló

[415] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 1596-2012.

[416] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 2968-2010.

que los motivos constituyen el elemento causal del acto administrativo y la motivación es la expresión formal de los antecedentes de hecho y de dérecho que le sirven de fundamento, permitiendo conocer las razones de su adecuación a la finalidad que lo justifica y, en el caso de ejercicio de potestades discrecionales, las circunstancias que aconsejan la opción por una solución concreta de entre las legalmente posibles:

"Vigésimo octavo: Que, en primer lugar, se debe tener presente que los motivos constituyen el elemento causal del acto administrativo y la motivación es la expresión formal de los antecedentes de hecho y de derecho que le sirven de fundamento. En cuanto a su determinación, se distingue entre actuación reglada y discrecional de la Administración. En la primera, los motivos o presupuestos del acto están establecidos en la ley, en cambio, en la segunda hay una determinación genérica de los motivos, pero la calificación jurídica la hace la autoridad administrativa llamada a pronunciarse. De esta forma, la motivación suficiente del acto administrativo ilustra sobre los fundamentos de hecho y de derecho que lo justifican, permitiendo conocer las razones de su adecuación a la finalidad que lo justifica y, en el caso de ejercicio de potestades discrecionales, las circunstancias que aconsejan la opción por una solución concreta de entre las legalmente posibles.

Vigésimo noveno: Que la Contraloría General de la República en numerosas oportunidades se ha pronunciado sobre el deber de motivación de los actos administrativos, como exigencia del principio de juridicidad. Así, en dictámenes N° 42.268, de 18 de agosto de 2004, 37.496, de 11 de agosto de 2005, 46.223, de 29 de septiembre de 2006, 12.360, de 20 de marzo de 2007 y 17.7011, de 17 de abril de 2008, entre otros, ha señalado que 'el principio de juridicidad, en un concepto amplio y moderno, conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional y no obedezcan al mero capricho de las autoridades, pues, en tal caso, resultarían arbitrarios'. En términos similares se ha manifestado en dictámenes N° 44.114, de 21 de septiembre de 2005, 2.783, de 17 de enero de 2007, 23.114, de 24 de mayo de 2007 y 55.132, de 31 de agosto de 2011, al sostener que 'el principio de juridicidad conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional de los antecedentes que se invocan para justificar la procedencia de la decisión adoptada'. Asimismo, en dictamen N° 7.453, de 15 de febrero de 2008, señaló que 'la exigencia de motivar algunos actos administrativos, expresando los hechos y sus fundamentos de derecho, se vincula tanto con los principios de imparcialidad y de probidad como con los de impugnabilidad de los actos administrativos y de transparencia de los procedimientos' y en dictamen N° 24.887, de 13 de mayo de 2009 hizo presente

'la necesidad que, en lo sucesivo, tratándose de actos administrativos, deben indicarse en su texto, de manera expresa, los motivos o razones que sirven de fundamento a la decisión que en ellos se adopta'. Por su parte, en dictámenes N°s. 60.170, de 19 de diciembre de 2008 y 54.968, de 6 de octubre de 2009, entre otros, ha señalado que 'la exigencia de fundamentación de los actos administrativos se relaciona con el recto ejercicio de las potestades otorgadas a la Administración activa, toda vez que permite cautelar que éstas se ejerzan de acuerdo a los principios de juridicidad –el que lleva implícito el de racionalidad, evitando todo abuso o exceso, de acuerdo con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 2° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado–, y de igualdad y no discriminación arbitraria –contenido en el artículo 19, N° 2, de la Carta Fundamental–, como asimismo, velar porque tales facultades se ejerzan en concordancia con el objetivo considerado por el ordenamiento jurídico al conferirlas[417]"".

Asimismo, diversas normas administrativas exigen que la autoridad administrativa emitan resoluciones fundadas o motivadas, por ejemplo, el artículo 35 de la LBPA, que impone a la autoridad administrativa motivar la aceptación o rechazo de la prueba solicitada por los interesados. Sobre el sentido y alcance de la expresión "motivada o fundada", la Corte ha señalado que no basta la mera transcripción de la norma y de la decisión:

"Séptimo: Que, por otra parte, además de las mencionadas exigencias para el afectado por una resolución que le aplica multa, la ley impone también obligaciones a la autoridad administrativa que ejerce la facultad de que se trata, entre ellas, la de fundar su decisión y tan claramente que para confirmarlo basta con transcribir el texto de la disposición, en tanto señala 'hará uso de esta facultad mediante resolución fundada', expresiones que, sin duda, se refieren a las motivaciones de la decisión sea ésta afirmativa o negativa–. En otras palabras, debe explicar las razones que originan su determinación.

Octavo: Que la conclusión precedentemente anotada se encuentra corroborada por los principios que orientan los procedimientos administrativos regulados en la ley N° 19.880 que establece las bases de los procedimientos de esa naturaleza y que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, la cual establece en su artículo 16 el principio de transparencia, a propósito del cual señala: 'El procedimiento administrativo se realizará con

[417] Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, rol N° R-6-2013.

transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él', es decir, la necesidad de fundar las decisiones, lo que, sin duda, propende al respeto del principio del debido proceso consagrado constitucionalmente en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental.

Noveno: Que tal exigencia no aparece cumplida en la resolución N° 0718 de fecha 7 de octubre del año 2008, en la medida que ésta no contiene las motivaciones exigidas para determinar que, en el caso en estudio, se daban o no los presupuestos legales para dejar sin efecto o rebajar la multa impuesta. En efecto, esta resolución aparece escrita en un formulario tipo en que sólo aparece detallada la resolución que aplicó las multas y su monto; y mediante la letra, se informa que respecto de la primera se decide rebajarla de 60 a 6 UTM y la otra, mantenerla, sin haberse hecho cargo de las argumentaciones expresadas por el reclamante[418]".

En este mismo sentido, el ex Contralor General de la República Ramito Mendoza ha destacado que las resoluciones administrativas deben cumplir con un mayor estándar de motivación y fundamentación; en este sentido ha señalado:

"Las decisiones que se contienen en los actos administrativos no pueden consistir en una mera manifestación de voluntad –arbitrio o voluntad desnuda–, sino que deben ser decisiones sustentadas en fundamentos o razones que los justifiquen, de modo que todo acto administrativo debe ser una manifestación de voluntad razonable y razonada, esto es, obedecer a razones, motivos o fundamentos que los sustenten.

En efecto, descartando que el acto pueda ser una mera expresión de voluntad, el artículo 10 de la ley alude a los 'elementos de juicio' que, en cualquier momento del procedimiento, pueden aportar los interesados en él, con miras a la decisión que el órgano administrativo está llamado a emitir.

El artículo 16 deja en evidencia que la decisión que se adopte en un procedimiento administrativo debe apoyarse en 'fundamentos', cuyo conocimiento la ley permite y promueve, y para lo cual ordena que aquél se realice con transparencia.

[418] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 6361-2010.

Del artículo 34 se extrae la idea de que el acto que se pronuncie al cabo del procedimiento debe basarse en "datos" y que éstos deben ser determinados, conocidos y comprobados –reales y verdaderos–, para cuyos efectos existen los actos de instrucción.

El artículo 35 insistirá en que la decisión que afina un procedimiento debe basarse en hechos y que los mismos deben ser acreditados, agregando que la alegación de algunos de ellos por parte de los interesados debe dar lugar a la apertura de un período de prueba para tales fines.

Finalmente, por lo mismo que la decisión final debe basarse en datos o hechos reales, verdaderos y demostrables, el artículo 60 regula el recurso de revisión estableciendo que éste procede cuando en la dictación del acto firme se ha incurrido en manifiesto error de hecho, en la medida que haya sido determinante para la decisión adoptada; cuando aparecieren documentos (elementos de juicio) que, ignorados al dictarse el acto o no pudiendo acompañarse al expediente en esa oportunidad, sean de valor esencial para la decisión del asunto, y cuando el acto firme se haya basado, de modo esencial, en documentos o testimonios declarados falsos.

[...].

La aplicación de la preceptiva enunciada a todos los actos administrativos y la exigencia que de ella se deduce en orden a que los mismos cuenten con su necesario fundamento, se refuerza en su imperatividad tratándose de actos que imponen sanciones, comoquiera que por medio de ellos se pone en ejercicio aquella peculiar potestad por la que el Estado puede afectar los derechos de los sancionados[419]".

En este mismo sentido, el profesor Luis Cordero ha señalado:

"En efecto, tradicionalmente los administrativistas están de acuerdo con que debe existir especial motivación del acto en los siguientes casos: (1) cuando se dictan actos de gravamen; (2) los que resuelven recursos administrativos; (3) cuando la Administración actúa al margen de sus criterios previamente establecidos o bien los sustituye (precedentes); (4) cuando se aparta de un informe solicitado a otro organismo público, que aunque no sea vinculante exige una argumentación para explicar por qué se aparta de él; (5) cuando

[419] MENDOZA, Ramiro (2016).

se suspenden los efectos de un acto administrativo; (6) cuando se adopta una medida provisional en el procedimiento administrativo; (7) cuando se ejerce una potestad discrecional; (8) cuando se dicta un acto administrativo en base a un procedimiento de selección o competencia en asuntos de personal, bienes o asignación de recursos públicos; (9) cuando se autoriza la ampliación de plazos en el procedimiento administrativo[420]".

Por su parte, la doctrina comparada ha señalado:

"La suficiencia de la motivación a imponer, supone que el interesado conoce cumplidamente las razones que justifican la decisión administrativa para, posteriormente, poder alegar cuanto le convenga en su defensa. A tal efecto, el requisito de motivación de la graduación de la sanción a imponer no se cumple con las formulas convencionales sino proporcionando alguna razón del proceso lógico y jurídico que determina la decisión administrativa, resultando frecuente, en la práctica, una motivación derivada del contexto de las actuaciones o de los informes técnicos precedentes[421]".

Por otro lado, Eduardo Soto Kloss considera que el elemento de motivación de un acto administrativo no puede ser subsanado, en su insuficiencia de motivación, por un acto administrativo posterior, que incluya "nuevos e inéditos" fundamentos jurídicos. Así, sobre la materia el autor considera pertinente tener presente las siguientes sentencias:

"Es improcedente pretender fundamentar una decisión administrativa en la instancia judicial, puesto que el acto que dicta la autoridad debe tener su fundamentación en la resolución misma que lo contiene, y que es la que se ha aplicado y ha producido el agravio en el recurrente que la impugna; jamás puede esgrimirse ella a posteriori, ni puede fundamentarse con hechos producidos tiempo después de su dictación (Acevedo de Alarcón, Corte de Apelaciones de Santiago, 17.05.84, en Gaceta Jurídica N° 47, 50-53, consid. 6°; también Fantuzzi Alliende, Corte Suprema, 30.12.1985, RDJ, y. 82 (1985) 2.5, 283-288, consid. 5°).

Es ilegal y arbitraria una decisión administrativa revocatoria de un acto anterior que carece de fundamentación fáctica, ya que los fundamentos de

[420] CORDERO, Luis (2015) –2–.

[421] MANZANO, Ángela (2011), p. 47.

ella 'deben contenerse en la resolución dictada al efecto y no esgrimirse a posterior' [...]"[422]".

Por consiguiente, todo acto de la administración del Estado debe contener los siguientes elementos: a) enunciación de los hechos; b) consideraciones de derecho; c) los fundamentos propios del acto administrativo[423] y resolver todas las cuestiones que se han alegado en el procedimiento.

En este mismo sentido, en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Pizza Pizza S.A. respecto de los artículos 166 y 171, inciso segundo, del Código Sanitario, el Tribunal Constitucional señaló:

"Como los actos decisorios de la administración, que se pronuncian sobre la cuestión de fondo y en los cuales expresan su voluntad, son producto de un procedimiento administrativo (artículos 8° y 41 de la ley N° 19.880), fundado en el principio de contradictoriedad, que permite a los interesados en cualquier momento aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio (artículo 10 de la ley N° 19.880), no se llega al tribunal sin haber pasado por esta sucesión de actos trámite (artículo 18 de la ley N° 19.880), destinados a dar garantía de los derechos de los que resulten afectados por la decisión de la administración. En este sentido, el procedimiento adminis-

[422] SOTO KLOSS, Eduardo (2009), p. 356.

[423] "Sexto: Que la conclusión precedente se encuentra corroborada por las directrices que orientan las gestiones administrativas reguladas en la Ley N° 19.880 que establece las bases de los procedimientos de esa naturaleza y que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, en cuyo artículo 16 contempla el principio de transparencia y de publicidad, a propósito del cual señala: "El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él", es decir, la necesidad de fundar las decisiones, lo que, sin duda, propende al respeto del principio del debido proceso consagrado constitucionalmente en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental.

Séptimo: Que, por consiguiente, la omisión de los fundamentos en la resolución dictada por la autoridad administrativa, en el ejercicio de la facultad que le entrega el artículo 481 del Código del Trabajo, hace también procedente el reclamo establecido en el artículo 482 inciso 2° del mismo texto legal y su constatación conduce a acoger la reclamación interpuesta en aras del resguardo del principio del debido proceso, consagrado constitucionalmente, sin que resulte pertinente entrar al examen de la comisión o no de un error de hecho en la aplicación de las multas impuestas a la recurrente". Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 8445-2009.

trativo es también parte del racional y justo procedimiento a que se refiere la Constitución en su artículo 19, N° 3° (STC roles N° 1413/2009, 2301/2012, 2036/2011). De ahí que algunos vicios del acto se construyan en relación al procedimiento administrativo. Así, por ejemplo, pueden haber vicios vinculados al procedimiento propiamente tal, como la falta de emplazamiento (artículo 60 letra a) del cuerpo legal precedentemente citado), la omisión de trámites (artículo 10), no llevar el expediente (artículo 18). También vicios vinculados a la decisión, como la ausencia de motivo (artículos 8° y 41), la ausencia de motivación (artículos 11 y 41), la motivación insuficiente (artículos 17 f), 30, 31, 35, 38, 39) o la incongruencia de la motivación (artículos 30 letra b) y 41)[424]".

Los requisitos de la resolución administrativa son las condiciones que debe cumplir todo acto administrativo terminal, que se encuentran regulados en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, el artículo 2° de la LBGAE y los artículos 3°, 13, y 41 de la LBPA.

De este mismo modo, se ha señalado que los requisitos del elemento de motivación son los siguientes:

"Siguiendo, ahora, al profesor Silva Cimma, para identificar los requisitos del motivo o motivación distinguiremos entre las motivaciones de hecho y las de derecho.

Las motivaciones de hecho, son las circunstancias materiales o fácticas que anteceden y justifican la emisión del acto administrativo, las que deben reunir los siguientes requisitos:

a. Debe existir, esto es, deben ser reales y efectivas, verídicas y ciertas.

b. Deben ser jurídicamente bien calificadas, es decir dichas circunstancias fácticas deben ser concordantes y armónicas con la causal legal que se invoca, deben estar efectivamente comprendidas en dicha causal. El grado de correspondencia exigible a la calificación estará determinado por la naturaleza de la potestad atribuida, o dicho de otro modo, por el mayor o menor grado que permiten ejercer la competencia.

[424] STC N° 2495. Asimismo, STC N° 2501.

Las motivaciones de derecho se identifican con los fundamentos jurídicos que anteceden y justifican la emisión del acto administrativo, esto es, la fuente legal que permite su dictación. Para estas motivaciones se exigen los siguientes requisitos:

a. Deben ser idóneas, es decir, debe tratarse de normas vigentes y aplicables.

b. Deben ser concretas, esto es, debe individualizarse la fuente legal específica que sirve de fundamento al acto.

c. Deben ser precisas, esto es, que deben identificarse con exactitud y circunstanciadamente[425]".

Por otro lado, cabe señalar que la ley impone determinadas motivaciones o fundamentos que deberán cumplir determinados actos administrativos en el ejercicio de determinadas competencias. Por ejemplo, el artículo 35 de la LBPA sólo permite el rechazo de la prueba, a través de una resolución motivada que se pronuncie si la prueba es improcedente e innecesaria. Asimismo, hay normas de procedimientos administrativos sancionadores que exigen una fundamentación especial de determinados actos administrativos, entre otros, la formulación de cargos, las resoluciones respecto a la prueba, medidas provisionales o la fundamentación de la sanción o absolución administrativa.

De este modo, es indispensable que la autoridad administrativa dé cumplimiento, estricto, al deber de fundamentar sus actos administrativos, de lo contrario, estos serán considerados ilegales o arbitrarios, al carecer de razones que funden la decisión administrativa. Asimismo, el regulado debe revisar detalladamente los procedimientos sancionatorios especiales e identificar aquellos actos que exigen un mayor estándar para no ser víctima de decisiones infundadas y solicitar el control administrativo o jurisdiccional que corresponda.

Sobre el control del elemento de la motivación la jurisprudencia ha fijado diversos criterios que son ilustrativos al momento de determinar la juridicidad y legalidad de un acto administrativo a la luz del elemento de motivación.

[425] Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2008), p. 341.

Así, la jurisprudencia ha señalado:

– Los actos administrativos deben ser debidamente fundados omitiendo dudas sobre la procedencia de la decisión adoptada, en razón del interés público involucrado;

La autoridad pública no puede sustentar su actuar en apreciaciones subjetivas, vagas, confusas e imprecisas.

No basta la mera referencia a las normas o informes técnicos, estos deben ser analizados pormenorizadamente; y,

– El control de los motivos puede referirse tanto a la verificación de la existencia de los motivos invocados por la autoridad, como a la calificación jurídica de los mismos.

Sobre lo anterior, por ejemplo, se ha señalado:

"[...] lo cierto es que las determinaciones que en este sentido pronuncie deben ser debidamente fundadas, es decir, el acto administrativo que de ella surja debe encontrarse motivado en consideraciones que no dejen duda alguna sobre la procedencia de la decisión adoptada, en razón del interés público involucrado, como única finalidad que puede tener la actuación de la autoridad. [...] que la ausencia de una fundamentación adecuada no permite conocer las razones de interés público en base a las cuales se adopta la decisión (puede hacer presumir que el fin querido por la autoridad no es precisamente el de interés general o particular) [...].

En efecto, no basta la mera referencia que hace la autoridad en la cuestionada resolución en cuanto a haber considerado como fundamento para su decisión lo que aconsejan o expresan los informes técnicos evacuados durante el proceso de tramitación de la solicitud de la recurrente, sin mayor análisis y explicitación de los parámetros o criterios utilizados[426]".

"Que de acuerdo con la jurisprudencia sentada por esta Corte –y que recoge una doctrina que ha gozado de general aceptación– la ilegalidad de un acto

[426] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 19585-2016.

administrativo, que puede acarrear su anulación, puede referirse a la ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, defectos de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y violación de la ley de fondo aplicable.

El capítulo de nulidad en examen se refiere a la motivación del acto administrativo impugnado. Siendo el motivo uno de los elementos del acto administrativo, que puede conceptualizarse como 'los hechos objetivos, anteriores y exteriores al acto y cuya existencia ha llevado a su dictación'. Como todos los elementos del acto, puede ser objeto de control por el juez. Dicho control puede referirse a motivos legales, cuando la norma exige la existencia de determinados motivos para la dictación del acto administrativo; pero también puede referirse a los actos de contenido discrecional.

En efecto, tratándose de la discrecionalidad administrativa, esto es, cuando la norma no le impone una determinada conducta a la Administración, el control de los motivos puede referirse tanto a la verificación de la existencia de los motivos invocados por la autoridad, como a la calificación jurídica de los mismos. Es por ello que según la importancia y la complejidad del acto administrativo, los motivos deben explicitarse mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, de manera de verificar su existencia. El juez puede en ciertos casos además, controlar la discrecionalidad administrativa mediante el control de la apreciación de los hechos, en que el acto sería ilegal por una errada apreciación de los mismos. (Pedro Pierry. El Control de la discrecionalidad administrativa en Revista Chilena de Derecho, Vol. II N° 2 y 3. mayo-diciembre 1984. Pág. 479 y siguientes). Este aspecto cobra mayor relevancia tratándose de actos que suprimen exigencias de naturaleza ambiental contenida en actos anteriores[427]".

Por otro lado, la jurisprudencia es clara en señalar que la autoridad pública no puede sustentar su actuar en apreciaciones subjetivas, vagas, confusas e imprecisas, debe fundar sus actuaciones en convicciones y certezas:

"18.- Que en cuanto a este argumento cabe distinguir, el CRUCH tiene facultades para pronunciarse acerca de las solicitudes que le presenten las diversas Universidades, pero las tiene para determinar si una entidad tiene o no fines de lucro, la cuestión es otra, el Ministerio de Educación ya le había reconocido a la recurrente que podía adscribirse al Financiamiento de acceso gratuito, como

[427] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 1119-2015.

ya se analizó en la motivación décimo cuarta, mal podía entonces el Consejo recurrido discrepar con aquel y resolver que la Universidad Autónoma no puede hacerlo, porque según su entender no le ha quedado claro si persigue fines de lucro.

Su decisión carece entonces de la debida razonabilidad, al sustentarse en apreciaciones y no en convicciones, como lo demuestran diferentes frases que contiene la Resolución en análisis, tales como; "estimó que los antecedentes son insuficientes para garantizar el cumplimiento del requisito", no permiten afirmar o desvirtuar fehacientemente que dicha institución lucre, "no logró formarse la convicción".

Todo ello en abierta contradicción con lo decidido por el Ministerio del ramo[428]".

"Uno de estos principios, tal como ha sido reiteradamente sostenido por esta Corte Suprema, es la motivación del acto administrativo, debiendo éste contener los fundamentos en que se sustenta con el fin de legitimar la decisión de la autoridad, razones que no pueden ser meramente formales, toda vez que caerían dentro de la categoría de arbitrarios y, por lo tanto, ilegales. Es por ello que si el acto aparece desmotivado o con razones justificativas vagas, imprecisas y que no se avienen al caso concreto, se debe concluir que el acto carece de uno de sus elementos esenciales[429]".

Razonamiento confirmado en un reciente fallo de la Corte Suprema sobre el "Caso Universidad Autónoma SUA", donde el CRUCH sustentaba su decisión en un supuesto lucro de la Universidad:

"Octavo: Que, el acto impugnado, esto es la decisión del CRUCH de no acceder a la solicitud de incorporar a la Universidad Autónoma de Chile al SUA, más allá de la ambigua fundamentación, se basó en que los antecedentes acompañados, a juicio de la recurrida, no permitían afirmar o descartar que la referida institución o sus controladores lucraran con la actividad educacional, en razón de las ocho composición societaria que ha tenido aquella desde su creación, la que se describe. Efectivamente, de la lectura del acto recurrido, su fundamentación resulta ininteligible, pues no se señala concretamente porqué la configuración societaria de la recurrente no permite descartar el lucro,

[428] Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 48119-2016.

[429] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 27467-2014.

cuestión que, tal como lo analiza el fallo en alzada, deviene en una falta de motivación que torna arbitrario el acto recurrido[430]".

Asimismo, la doctrina ha señalado que la autoridad pública debe actuar conforme a razones sólidas, verdaderas y demostrables, en especial en los procedimientos administrativos sancionadores. En este sentido, el ex. Contralor General de la República Ramiro Mendoza analizando un procedimiento administrativo sancionador de una autoridad pública señala:

"En esa misma línea, demostrativo del criterio expuesto, el legislador progresivamente ha venido exigiendo que los actos administrativos obedezcan a razones –sólidas, verdaderas y demostrables–, mismas que puedan ser conocidas por cualquiera –sea o no su destinatario–, lo que procede no sólo cuando la ley establece que la decisión de un determinado asunto lo sea mediante "decreto o resolución fundado", expresando en el mismo acto sus fundamentos y motivos, sino que respecto de todo y cualquier acto administrativo[431]".

En suma, las autoridades públicas deben fundar o motivar sus actos administrativos conforme lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, la doctrina y jurisprudencia.

Conforme a lo señalado, es posible distinguir, principalmente, tres tipos de vicios del elemento motivación del acto administrativo: la ausencia de motivación, la insuficiente motivación y la errada motivación.

– Ausencia de motivación: es el vicio del acto administrativo relacionado al elemento de motivación cuando el acto administrativo carece de motivos jurídicos y fácticos para ser emitido. Por ejemplo, cuando la autoridad pública emite una resolución sin indicar los motivos o fundamentos de su acto.

– Insuficiente motivación: es el vicio del acto administrativo relacionado con el elemento de motivación que acontece cuando la autoridad administrativa emite un acto con ausencia de suficientes motivos. Por ejemplo, cuando se decreta una medida provisional administrativa sin indicar detalladamente

[430] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 58973-2016.

[431] MENDOZA, Ramiro (2016).

la situación de peligro o daño que la sustenta y la proporcionalidad –idoneidad y necesidad– de la medida adoptada.

– Errada motivación: es el vicio del acto administrativo relacionado con el elemento de motivación cuando la autoridad administrativa yerra en el fundamento de su acto administrativo. Por regla general, será el único vicio de motivación, que en principio, no vicia el acto administrativo, porque es simplemente una errada descripción normativa de competencias.

De este modo,el principio de legalidad del procedimiento, exige a la autoridad competente, el respeto irrestricto a la Constitución, las leyes, reglamentos, normas técnicas, Decretos Supremos, decretos con fuerza de ley y otro acto administrativo que se dicte con carácter vinculante. Asimismo, deberá cumplir con el procedimiento administrativo fijado por ley, para concretar la decisión pública administrativa, asegurando cada una de las etapas, en especial la contrariedad, y adoptando una resolución razonable, conforme a los antecedentes que compongan el expediente administrativo.

Finalmente, deberá resguardar que todas las actuaciones que se dicten en el procedimiento administrativo, cumplan con los elementos que han sido exigidos por la doctrina y jurisprudencia, que luego serán analizados con más detalle a lo largo del presente libro.

II. Principio del debido proceso

1. Concepto

El debido proceso es el conjunto de garantías y derechos que debe considerar un procedimiento judicial, disciplinario o administrativo, con el objeto de resguardar la libertad y autonomía de las personas y como límite al ejercicio de las actuaciones del poder público, exigiendo su sujeción al derecho y la interdicción de la arbitrariedad. Así, el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre el Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el Banco de Crédito e Inversiones respecto de los artículos 289, letra a) y 292, inciso primero, del Código del Trabajo y del artículo 4°, inciso primero, parte final, de la ley N° 19.886 consideró la siguiente definición de debido proceso:

"Octavo: Que, por definición el derecho al debido proceso debe entenderse como todo aquel que franquea el acceso a la jurisdicción, permite que el proceso se desarrolle con todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario. Este Tribunal lo ha definido sosteniendo que "el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso" (STC rol N° 1838-10, considerando 10°; citado por García, Gonzalo, y Contreras, Pablo, Diccionario Constitucional Chileno, Cuaderno del Tribunal Constitucional N° 55, 2014, Santiago de Chile, p. 245);

Noveno: Que, al tenor de los elementos expuestos se infiere que para que exista vulneración del debido proceso desde la perspectiva constitucional deben afectarse aspectos que la Carta Fundamental resguarda y que requieren ser calificados como derechos integrantes del debido proceso, teniendo para ello como baremo el conjunto de garantías procesales, orgánicas y penales que el legislador ha desarrollado como presupuestos mínimos del debido proceso, tales como: el derecho a la acción y al debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador (STC rol N° 1518-09, Cons.23°);

Décimo: Que la doctrina y la jurisprudencia comparada han definido el debido proceso legal como aquel que "abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial" (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9, § 28; Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C N° 99, § 124; Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003; Corte IDH. Caso Mémoli vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C N° 265, § 191; Corte IDH. Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C N° 275, § 258)[432]";

[432] STC N° 2722.

Cristóbal S. Osorio V
7/9/17

MANUAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

PARTE GENERAL

SEGUNDA EDICIÓN REVISADA,
AUMENTADA Y ACTUALIZADA

CRISTÓBAL SALVADOR OSORIO VARGAS

THOMSON REUTERS