

Técnicas y propuesta metodológica para el control de legalidad de los actos administrativos reglados y discrecionales

Techniques and methodological proposal for the control of legality of regulated and discretionary administrative acts

Fabián Huepe Artigas*

El presente trabajo propone un método práctico de control de legalidad de los actos administrativos a través de varios pasos, iniciando con la identificación y análisis de los elementos del acto administrativo, su cobertura normativa y la detección del vicio de ilegalidad del acto en relación con la norma jurídica infringida. Para ello, el autor acude a la técnica de control de los actos administrativos discrecionales, pero adaptándola para todo tipo de actos.

Palabras clave: control de legalidad, actos administrativos, poderes discrecionales.

At paper proposes a practical method of controlling the legality of administrative acts through several steps, starting with the identification and analysis of the elements of the administrative act, its normative coverage and the detection of the vice of illegality of the act in relation to the violated legal rule. The author for this uses the technique of control of discretionary administrative acts, but adapting it for all kinds of acts.

Keywords: legality control, administrative acts, discretionary powers.

RESUMEN / ABSTRACT

Introducción

Uno de los temas de mayor relevancia en el actual derecho administrativo, lo constituye el control de legalidad de los actos administrativos,

* Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Magíster en Ciencia Jurídica y Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Concepción. Correo electrónico: fhuepe@udec.cl. Dirección postal: Víctor Lamas 1290, Concepción, Chile.

Este trabajo se realiza en el contexto de incentivo a la investigación, según convenio con la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Resolución N° 2020-005.

Artículo enviado el 26 de marzo de 2021 y aceptado el 3 de junio de 2021.

en especial cuando se le analiza desde la perspectiva de la protección de los intereses y derechos de los ciudadanos, siendo aquel control un límite al poder público.

Considerando la importancia del control de legalidad de los actos administrativos, baluarte de un Estado de Derecho, y siendo uno de sus elementos cardinales el control jurisdiccional de la Administración¹, se echa de menos, en nuestra doctrina un trabajo que aborde concretamente –desde una perspectiva metodológica– el cómo puede efectuarse dicho control, ya sea en relación a determinar cuáles son las técnicas que el derecho otorga para determinar la ilegalidad (antijuridicidad) del acto administrativo y qué método utilizar para efectuarlo. Sin embargo, antes de emprender la tarea, es necesario efectuar dos precisiones, ya en relación a lo que se entiende por control de “legalidad” del acto administrativo, por una parte, y cuál es el enfoque de dicho control, si meramente objetivo o también subjetivo, por la otra.

En cuanto a lo primero, solo en honor a la tradición y al lenguaje más común, se hace presente que, cada vez se haga mención al concepto de *control de legalidad* de los actos administrativos, en realidad se entenderá que se refiere al control de legalidad en *sentido amplio*, es decir, aquel que comprende no solo a la ley, sino que al derecho (Constitución y normas dictadas en conformidad a ella como indica el artículo 6° de la Constitución Política de la República, en adelante CPR) o, lo mismo, que se trata de un *control de legitimidad, jurídico o de juridicidad* de los actos administrativos.

Por otro lado, y en relación a la segunda interrogante, es necesario destacar que la tendencia de nuestro modelo de control de legalidad en el ámbito contencioso administrativo, si bien recibió la influencia francesa de un “control objetivo” o sistema objetivo, esto es, que lo fundamental no es la existencia de un derecho subjetivo o interés legítimo afectado sino que el resguardo de la “legalidad objetiva”², todo parece indicar que actualmente se ha producido una evolución y se está en presencia de un “sistema subjetivo” de control de legalidad de los actos de la Administración, que se centra en la defensa de los intereses y derechos subjetivos, bajo la influencia de la corriente alemana³.

¹ “El control jurisdiccional de los actos de las autoridades públicas parece a primera vista como necesariamente consistente y necesario para la vigencia del Estado de Derecho”. Vid. CANDIA y URBINA 2017, 105.

² En los sistemas objetivos, y atendida la finalidad del proceso contencioso administrativo –que no es otro que el resguardo de la legalidad– aquella es entendida en términos muy amplios como equivalente a una acción popular, pues a todo ciudadano le incumbe velar por el debido respeto del ordenamiento jurídico por parte de los órganos del Estado. Vid. HUEPE et al. 2019, 65.

³ Un trabajo completo sobre el sistema de justicia administrativo chileno y la influencia objetiva y subjetiva puede verse en FERRADA 2012, 103-126. En todo caso, la misma doctrina francesa parece tener en consideración tal viraje a un sistema subjetivo, como lo indica Morand-Deviller, a propósito del recurso por exceso de poder (acción de nulidad) al expresar que, si bien se trata de un recurso principalmente objetivo, sin embargo, él no puede escapar a una cierta “subjetividad” en nombre de las garantías a las cuales los administrados requirientes tienen ese

Efectuadas las precisiones anteriores, la hipótesis de este trabajo argumenta la necesidad de un método jurídico práctico de control de legalidad de los actos administrativos (punto I), cuya metodología de análisis (punto II) consiste, como primer paso, en la identificación y análisis de los elementos del acto administrativo a partir de aquellos, identificados y consensuados por la doctrina y jurisprudencia nacional (punto II, número 1); un segundo paso consistiría en analizar dichos elementos a la luz de la normativa constitucional y legal, a fin de identificar normativamente tales elementos (punto II, número 2); para finalmente en un tercer paso, contrastar el acto administrativo con la norma jurídica infringida, detectando dónde se encuentra el vicio de ilegalidad (punto II, número 3), utilizando una técnica de control que en este caso será una adaptación de la utilizada para los actos administrativos discrecionales, esto es, una técnica basada en un control de legalidad de: a) los elementos reglados del acto administrativo, b) de los hechos determinantes (que incluye la exactitud material de los hechos, la calificación jurídica de los hechos, con mención a los conceptos jurídicos determinados e indeterminados, y finalmente la apreciación de los hechos), y c) los principios jurídicos. En todo caso, se aclara que se está frente a una metodología aplicativa (método práctico) y técnica concreta de control de legalidad⁴ del acto administrativo terminal⁵, tanto para el acto reglado como el discrecional. Finalmente, el trabajo termina con la aplicación del método a un ejemplo práctico (punto III).

A continuación, se expone esta propuesta metodológica.

I. Necesidad de la metodología propuesta

El método propuesto como un método práctico. Metodología aplicativa

Hablar en general del método es referirse a un camino a seguir, a la manera de realizar un trabajo para llegar a la meta final⁶. En este sentido, la interrogante se refiere a determinar cuál es el camino más fiable para lograr un correcto control de legalidad del acto administrativo, especialmente cuando

derecho, lo que una corriente doctrinal contemporánea se ha empeñado en hacer resaltar. Vid. MORAND-DEVILLER 2010, 767.

⁴ Esta técnica de control perfectamente podría abarcar también el control de legalidad presupuestaria, tópico que ha sido poco tratado por la doctrina. En todo caso, habría que efectuar una mayor reflexión sobre la aplicación del método a este tipo de legalidad, por las particularidades que presenta. Sobre una aproximación al tema de legalidad presupuestaria Vid. PALLAVECINI 2011, 209 y ss.

⁵ El método propuesto no está pensado para el acto trámite –sin perjuicio pudiera ser parcialmente aplicable en lo que no pugne con sus particularidades– ya sea porque su estructura no es enteramente replicable al acto terminal, ya porque su impugnación es más restringida al tenor del artículo 15 inciso 2° de la Ley N° 19.880, y además porque en alguna doctrina se establece que no son impugnables de forma independiente al acto terminal. En este último sentido, Vid. PAREJO 2014, 441.

⁶ La etimología de la palabra “método” proviene del latín *methodus*, que proviene de dos palabras griegas: *metos* y *hodos*. La palabra *meta*, significa, *más allá*, y la palabra *hodo*, significa camino. Por lo tanto, uniendo ambas palabras, método significaría “camino seguro para llegar más allá”. Vid. DICCIONARIO ETIMOLÓGICO CASTELLANO EN LÍNEA.

se le ha reclamado su ilegalidad o arbitrariedad. En lenguaje científico se suele referir por método a una forma rigurosa de proceder para llegar a un resultado que pueda presentarse como racional y, por tanto, subjetivamente controlable; en tanto que, en metodología jurídica, el método consiste en el discurso sobre las reglas de racionalidad con las que debe trabajarse con el derecho para alcanzar resultados científicamente aceptables⁷.

Atendido a que estamos en el campo del derecho administrativo, es necesario acudir a su teoría para recoger, a su vez, la teoría del acto administrativo, que nos permita identificar cuáles son sus elementos constitutivos y conectarlo con la normativa constitucional y legal de nuestro propio sistema. Ello implica un trabajo riguroso para ofrecer un modelo teórico que, según Vergara, no puede quedar entregado solo al fuero interno del jurista que lo lleve a aferrarse exageradamente a los dictados de su propia conciencia ética o política, por una parte, o a la literalidad desnuda y aislada de un texto normativo, por la otra, debiendo el jurista tener consciencia de la existencia de filtros que la cultura jurídica ha puesto a nuestro servicio: un método y una hermenéutica rigurosa⁸.

En este contexto –y siguiendo el razonamiento de Rodríguez de Santiago– cabe hacer presente que no se trata aquí de proponer, una “metodología académica” buscando construir *sistemas teóricos* para explicar alguna institución del derecho administrativo, sino que una *metodología aplicativa*⁹, esto es, un método o camino de tipo práctico para identificar el vicio de ilegalidad de un acto administrativo que ha sido denunciado como tal. Por lo dicho, lo que ofrezco es un *método práctico* y una *técnica concreta* de control de legalidad del acto administrativo, cuyos destinatarios son los operadores del derecho, esto es, jueces y abogados; los primeros para determinar, en el caso concreto que se les presenta ante ellos, “dónde” radica el vicio de ilegalidad del acto administrativo y, con ello, determinar si procede acoger o no un reclamo de ilegalidad del mismo, y los segundos, para que logren también identificar cuál es la debilidad del acto administrativo que pretenden impugnar, ya en sede administrativa o judicial, para posteriormente argumentar jurídicamente su ilegalidad, o, desde el lado opuesto del abogado o asesor de la Administración, verificar y eventualmente contar con argumentos para rechazar el reclamo de ilegalidad que se formule en contra del acto administrativo.

⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO 2016, 11.

⁸ VERGARA 2010, 22.

⁹ El autor español en su trabajo utiliza la *metodología aplicativa* no solo para el control de la decisión administrativa, sino que también para su adopción. El enfoque que planteo en este trabajo es más restrictivo solo en relación a la ilegalidad o arbitrariedad del acto administrativo y sobre cómo identificar el vicio del acto. Sobre la distinción entre *metodología aplicativa* y *metodología académica*, vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO 2016, 11-18.

II. Metodología de análisis de los elementos y vicios del acto administrativo

De acuerdo a lo ya señalado, para aplicar el método práctico propuesto, es necesario realizar los siguientes pasos:

1. Primer paso: la identificación y análisis de los elementos del acto administrativo como primer presupuesto para un adecuado control de legalidad del acto administrativo

Un control de legalidad del acto administrativo supone, como ya se ha señalado, verificar si dicho acto se encuentra conforme a derecho, de tal manera que, de no ser así, será *ilegal* o *antijurídico*. Ahora bien, para saber cuándo un acto es ilegal no basta con determinar simplemente si aquel ha infringido expresamente una norma de derecho (por ejemplo, si un órgano administrativo otorga un permiso que la ley no le autoriza, o aplica una sanción que la ley no establece), sino también si el referido acto se fundó en hechos reales o comprobados; o si la calificación jurídica del hecho fue correcta; o si los fundamentos justificantes del acto son realmente consistentes, coherentes o razonables con el hecho determinante o en sus resultados; o si esos fundamentos se expresaron en el acto que afecta al administrado, o bien, si dicho acto fue o no simplemente una excusa para encubrir una finalidad ilícita, etc. Sin embargo, estos cuestionamientos no pueden quedar entregados a una mera intuición que concluya en la ilegalidad del acto administrativo. Entonces, ¿cuáles de estas sospechas generan la ilegalidad del acto administrativo y qué elementos del acto se ven afectados con estos vicios?

Lo dicho anteriormente es relevante, porque la declaración de ilegalidad del acto administrativo está estrechamente conectada con su *invalidez*, o *nulidad*¹⁰, lo que implica estar inmersos en el análisis de los vicios de ilegalidad que puedan fundar una *teoría de nulidad de los actos administrativos*. Por lo tanto, para construir adecuadamente una teoría de nulidad de los actos administrativos, pero más importante aún, para poder identificar dónde se ubican los vicios de ilegalidad que puedan afectar al acto administrativo, es fundamental conocer *cuáles son los elementos del acto administrativo*. En otras palabras, existe una conexión recíproca entre la identificación y determinación de los elementos del acto administrativo con una teoría de nulidad o invalidez de éstos, de tal manera que, conocer e identificar los elementos del acto administrativo es fundamental para determinar la invalidez o nulidad

¹⁰ La invalidación es el nombre que toma la declaración de nulidad cuando es hecha por la propia Administración, que no por los tribunales de justicia". Vid. MORAGA 2010, 266. Este autor además señala que "Rolando Pantoja recuerda que las denominaciones revocación e invalidación derivaron de un acuerdo de los administrativistas uruguayos y chilenos en las Segundas Jornadas Chileno Uruguayas de Derecho Comparado (Santiago 1957). En ellas, y para poder alcanzar precisión jurídica, además se reservó la voz nulidad para denotar la extinción de un acto administrativo por sentencia jurisdiccional" (Vid., en pie de pág. 541).

de éste, y viceversa, para determinar la nulidad o invalidez del acto administrativo es necesario conocer sus elementos.

Con razón ha señalado Valdivia que los elementos del acto administrativo también se conciben como condiciones de validez en cuanto vienen determinados por la ley, en razón de la importancia del principio de legalidad, agregando que:

la identificación de los elementos del acto administrativo es de importancia crucial para la teoría de la nulidad de derecho público: los elementos del acto administrativo son aquellas condiciones estructurales necesarias para su validez, sin cuya concurrencia (perfecta) el acto es susceptible de ser anulado. Existe, pues, una correlación fuerte entre elementos del acto y su anverso, que configuran vicios de nulidad¹¹.

Lo anterior no es más que la adaptación del mismo razonamiento empleado para construir la teoría de nulidad de los actos jurídicos del derecho privado en función de sus requisitos de existencia y validez, con la teoría de nulidad de los actos administrativos en función de sus elementos¹².

Por las razones anteriores, y considerando que es un presupuesto básico conocer los elementos del acto administrativo para un adecuado control de legalidad y el desarrollo de una teoría de nulidad de los actos administrativos¹³, se hace necesario identificarlos a la luz de nuestra normativa constitucional y legal para vincularlo con la ilegalidad, ilegitimidad o antijuridicidad de estos.

1.1. *Los elementos del acto administrativo. Problemática*

Precisamente, uno de los problemas complejos a resolver para configurar un método práctico para el control de legalidad de los actos administrativos dice relación con la identificación de sus elementos. En España, Velasco señala que no hay acuerdo en la doctrina sobre cuáles son *los elementos del acto* y *qué es su contenido*, a lo que se une el concepto del objeto que aporta aún más oscuridad a la teoría del acto administrativo, concluyendo que no hay que culpar aquí a la doctrina administrativista, pues no ha hecho más que heredar cuestiones no resueltas de la teoría del negocio jurídico civil¹⁴. En

¹¹ VALDIVIA 2018, 216.

¹² "La teoría de la invalidez de los actos jurídicos es en la actualidad patrimonio común de la ciencia jurídica, en cuanto esquema de conceptos de teoría general del Derecho, bien que esta teoría general se haya construido y se siga construyendo fundamentalmente sobre las técnicas y conceptos del Derecho Civil". Vid GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 620.

¹³ El presente trabajo no tratará sobre los efectos de la ilegalidad del acto (y su relación con la nulidad de derecho público) por requerir un análisis separado.

¹⁴ VELASCO 1996, 55. En todo caso, y tratándose de la doctrina nacional civilista, no hay discusión mayor en orden a los requisitos de existencia y validez del acto jurídico.

realidad, esta indefinición o variedad de lo que se entiende por elementos del acto administrativo también está presente en el derecho comparado¹⁵.

Esta indefinición tampoco es desconocida en nuestro país. Solo a vía ejemplar, Bermúdez indica que los elementos del acto administrativo se clasifican en: a) elementos objetivos (competencia y contenido), b) elemento causal o motivos (causa o motivo, entendida como expresión sinónima), c) elemento teleológico finalista (fin) y d) elemento formal (forma, procedimiento y motivación)¹⁶; en cambio, Cordero Vega señala que los elementos del acto administrativo se clasifican en: a) requisitos subjetivos: órgano competente de la Administración Pública con investidura regular¹⁷, b) requisitos objetivos (presupuesto de hecho y fin de la declaración), c) causa “y” motivo del acto (entendidos como conceptos distintos)¹⁸ y d) requisitos formales

¹⁵ Para la doctrina española, Velasco indica que, según Bocanegra, los elementos esenciales del acto administrativo son: causa, la voluntad, forma, el contenido en fin, y también para García-Trevijano Fos, el contenido es un elemento esencial del acto administrativo (VELASCO 1996, 55); para García de Enterría y Fernández los elementos del acto administrativo se clasifican en los elementos subjetivos (Administración, órgano, competencia, investidura regular del órgano); elementos objetivos: (presupuesto de hecho, fin, causa, y motivo, estos dos últimos como conceptos diferenciados al igual como lo indica Cordero Vega en Chile); otros elementos objetivos (la declaración y su contenido y objeto) y los elementos formales (el procedimiento y la forma de manifestación, en particular, la motivación) (GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 556-566); Parejo Alfonso indica que hay elementos objetivos (órgano que tenga atribuida la competencia, que las personas físicas titulares estén investidas formalmente, que no existan vicios en la formación y existencia de la voluntad del órgano, y que sea regular el ejercicio de la competencia) y elementos formales (procedimiento, forma externa, motivación) (PAREJO 2014, 446-450).

Maurer, para la doctrina alemana señala que los requisitos jurídicos exigidos para que sea válido el acto administrativo son los requisitos de admisibilidad (aspectos referidos a si determinadas prestaciones pueden establecerse mediante acto administrativo) requisitos de validez formal (competencia, procedimiento, forma, motivación) y requisitos de validez material (conformidad con las leyes, habilitación para actuar, ausencia de defectos en el ejercicio de la discrecionalidad, el principio de proporcionalidad, el principio de certeza, y otros presupuestos de validez) (MAURER 2011, 266-274).

En la doctrina francesa Morand-Deviller desarrolla las causales de nulidad del acto administrativo en relación a los elementos del mismo, esto es, competencia, forma, fin, objeto y motivos de acto (MORAND-DEVILLER 2010, 775).

En el caso sudamericano, en Argentina, Cassagne establece como elementos esenciales del acto administrativo, el elemento subjetivo (competencia, e incluso en algunos casos la capacidad), la causa, el objeto, la forma y la finalidad, en tanto que la voluntad es un presupuesto del acto administrativo (CASSAGNE 2006, 181-211); en Perú, Guzmán indica que los elementos esenciales del acto administrativo son la competencia, la motivación, el objeto o contenido, el procedimiento y la finalidad pública, en tanto que elementos *no esenciales* lo configuran la causa, la forma y la modalidad (GUZMÁN 2013, 327-335)

¹⁶ BERMÚDEZ 2011, 117-120.

¹⁷ Nótese que Cordero señala que la competencia es un *requisito subjetivo*, al identificarlo con el órgano y Bermúdez, que es un *elemento objetivo*, al identificarlo con la medida del poder público.

¹⁸ Cordero Vega señala que los motivos son “la razón de ser”, el fundamento, o la *causa impulsiva* en tanto que la causa es la *causa finalis*, que es la adecuación del contenido del acto a los fines que persigue concluyendo que la infracción a la “causa” afecta el estándar de legalidad, en tanto que la infracción a la motivación (que al parecer identifica con el motivo) afecta el estándar de razonabilidad. (Vid. Cordero Vega 2015, 263). A mi juicio esta distinción entre causa y motivo y esta última con la identificación a la motivación me parece un tanto confusa y compleja para

(procedimiento). Valdivia, por su parte, recogiendo la doctrina francesa, señala que los elementos del acto administrativo se dividen en: I) elementos de legalidad externa: a) la competencia (que incluye la investidura regular), y b) forma (formalidades instrumentales y procedimiento) y II) elementos de legalidad interna: a) fin, b) motivo (con su exigencia sustantiva como supuesto de hecho y su calificación jurídica, distinguiéndose de la motivación que es un requisito formal) y c) objeto (contenido resolutorio, decisión concreta)¹⁹. Por otra parte, en nuestro derecho administrativo más clásico y tradicional, Soto Kloss señala que los elementos del acto administrativo se dividen en: a) los *supuestos* de todo acto administrativo que corresponden a: 1) la investidura regular, 2) la previa habilitación jurídica para actuar (competencia), y 3) un debido procedimiento; b) un *presupuesto* del acto administrativo que es el "motivo" y c) *los elementos básicos o constitutivos* del acto que corresponden a la motivación, objeto y fin²⁰; en tanto que Pierry, recogiendo también la doctrina francesa, reconoce como elementos del acto administrativo la competencia, forma, fin, motivo y objeto del acto, indicando que las ilegalidades se darán precisamente en relación con dichos elementos (incompetencia, vicio de forma, desviación de poder, ilegalidad por ausencia de motivos legales o inexistencia de motivos invocados, y violación de la ley en cuanto al objeto)²¹.

Como puede observarse, la doctrina no es uniforme en relación a la identificación de los elementos del acto administrativo (a diferencia de lo que sucede en la doctrina nacional con los requisitos del acto jurídico del derecho civil). En este sentido, Cassagne expresa que el carácter *ius in fieri* (derecho en vías de hacerse) que posee el Derecho Administrativo y la ausencia de una regulación normativa apropiada en la mayor parte de los países, han contribuido a que los tratadistas, en la búsqueda de una mayor originalidad, muchas veces incurrieran en discrepancias de tipo semántico, donde pueden descubrirse, una vez quitados los ropajes terminológicos, desacuerdos tan solo aparentes, haciendo que un mismo elemento aparezca en la estructura del acto con otra denominación²². Dicho lo anterior, lo más adecuado y conveniente es consensuar una estructura uniforme de los elementos del acto administrativo que sea aceptada por la doctrina nacional para de esta forma, poder construir ordenadamente un método de control de la legalidad del acto y posteriormente elaborar una teoría de nulidad de los mismos que sea coherente.

entender, lo que afectaría en la aplicación que de ella hagan los operadores del Derecho para efectos de construir un control de legalidad del acto administrativo.

¹⁹ VALDIVIA 2018, 223.

²⁰ SOTO KLOSS 2010, 366-367.

²¹ PIERRY 2017, 243.

²² Aunque posteriormente el autor concluye que el problema no se reduce a una cuestión meramente terminológica. Vid. CASSAGNE 2006, 180.

1.2. *Los elementos del acto administrativo. Consenso*

Para resolver el inconveniente anterior, un buen método para consensuar una estructura uniforme sobre los elementos del acto administrativo es efectuar una observación de las jurisprudencias administrativa y judicial, a fin de determinar cuál es la estructura de elementos del acto administrativo que aquéllas han aceptado y consensuado.

En relación a la jurisprudencia administrativa, la Contraloría General de la República ha dictaminado que los elementos del acto administrativo se refieren al aspecto subjetivo, al aspecto de licitud y al aspecto formal que, en resumen, hacen referencia a la competencia (elemento subjetivo), motivo, objeto y fin (elemento de licitud) y forma (aspecto formal)²³.

Por su parte, en la jurisprudencia judicial, la Corte Suprema ha señalado que los elementos del acto administrativo son: la competencia, el motivo, el objeto, el fin y la forma, siguiendo a la corriente francesa que se incorpora probablemente bajo la influencia de Pierry. En efecto, la Tercera Sala del máximo Tribunal ha recogido y aceptado una doctrina consistente en este sentido, a lo menos desde el año 2008, en los votos disidentes y de prevención de Pedro Pierry (quien en su oportunidad fuera Ministro de la Corte Suprema), a propósito de la posibilidad de la Inspección del Trabajo para calificar jurídicamente los hechos en su fiscalización, así como para interpretar las cláusulas de los contratos de trabajo²⁴, y posteriormente se reanuda esta postura en los votos de mayoría²⁵.

En esencia, la Corte Suprema ha señalado que

(...) el control de la legalidad de los actos administrativos por parte del juez, fundamental para el Estado de derecho, consiste en examinar la legalidad de los mismos en relación con sus distintos elementos, a saber: forma, competencia, fin, objeto y motivos del acto, siendo el control en relación con los motivos el más característico del control jurisdiccional,

²³ Dictámenes N° 56.046 (2003), 17.820 (2004) y 45.191 (2004).

²⁴ Corporación Nacional del Cobre, Codelco Chile División El Salvador contra Dirección Regional del Trabajo, III Región Atacama (2008) Corte Suprema, rol 887-2008; Codelco Chile-División Andina contra Inspección Provincial del Trabajo de Los Andes (2008) Corte Suprema, rol 1062-2008; Codelco Chile-División Ventanas contra Dirección Regional del Trabajo de Valparaíso (2008) Corte Suprema, rol 1063-2008; METSO Minerals contra Codelco Chile (2008) Corte Suprema, rol 1073-2008; Corporación Nacional del Cobre, División El Teniente contra Dirección del Trabajo y Otros (2008) Corte Suprema, rol 1074-2008; Minera Escondida Limitada contra Inspección Provincial del Trabajo Antofagasta (2008) Corte Suprema, rol 1075-2008; Corporación Nacional del Cobre de Chile, División Codelco Norte contra Dirección Regional del Trabajo; Inspección Provincial del Trabajo Calama y Fiscalizadores (2008) Corte Suprema, rol 1076-2008; Asociación Gremial Proveedores Minería Chile - Dirección Trabajo Los Andes (2008) Corte Suprema, rol 1838-2008; Gastón Enrique Montero Alvarez; Francisco Vera Vera; con Inspección Regional del Trabajo de Temuco (2009) Corte Suprema, rol 4661-2009, entre otros.

²⁵ Por ejemplo, Emergencias Médicas S.A. contra Inspección del Trabajo de Concepción (2010) Corte Suprema, rol 6217-2010; Asociación Chilena de Seguridad con Inspección Provincial del Trabajo Última Esperanza (2013) Corte Suprema, rol 2523-2013 e Inspección Comunal del Trabajo de Providencia con Gestión Regional de Medios S.A. (2013) Corte Suprema, rol 8393-2013.

pues se refiere al análisis de los hechos que fundamentan el acto administrativo. En relación a los motivos, el juez controla y verifica la existencia de los motivos que sirven de fundamento al acto, la calificación jurídica que de los mismos ha hecho la autoridad, cuando ella sea necesaria para su fundamento; y, eventualmente, la apreciación de los hechos, siendo esto último muy excepcional, pues por principio corresponde a la discrecionalidad administrativa²⁶.

Esta doctrina aún se reitera en fallos actuales de la Corte Suprema, incluso para otras materias distintas a la temática de la fiscalización laboral expresada en los fallos indicados²⁷, aunque cabe hacer notar cierta vacilación en torno a la claridad para identificar los referidos elementos del acto administrativo, introduciendo, por ejemplo, el concepto de “causa” como elemento del acto administrativo, pero vinculado con el concepto de motivación²⁸ que, para la doctrina clásica es distinto del elemento motivo²⁹. En este punto es posible que alguna jurisprudencia judicial haya asimilado el motivo y motivación del acto como expresiones sinónimas³⁰.

Con todo, de acuerdo a esta observación de la jurisprudencia administrativa y judicial es posible *consensuar*, los siguientes elementos del acto ad-

²⁶ Corporación Nacional del Cobre, Codelco Chile División El Salvador contra Dirección Regional del Trabajo, III Región Atacama (2008) Corte Suprema, rol 887-2008, considerando segundo, y en los demás fallos indicados en nota anterior.

²⁷ Por ejemplo, Maureen Berger Salinas con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (2019) Corte Suprema, rol 16103-2019, considerando 4°; Yasna Sanhueza Córdova con Ministerio de Las Culturas, Las Artes y El Patrimonio (2019), Corte Suprema, rol 1497-2019, considerando 5°; Martín Delgado Tolosa con Municipalidad de Coinco (2019) Corte Suprema, rol 7815-2019, considerando 4°; Jorge Fuentes Reyes con Fondo de Solidaridad e Inversión Social (2019) 3403-2019, considerando 3°, entre otros.

²⁸ Por ejemplo, en Andrés Platero Chang con Contraloría Regional de Tarapacá (2020) Corte Suprema, rol 39649-2020, se dice en su considerando décimo que “...en este contexto, resulta necesario precisar que la causa o motivación es un elemento del acto administrativo que puede ser entendido como la razón que justifica su dictación por la Administración del Estado, en la que se encuentran elementos fácticos y de derecho”. En igual razonamiento (a mi juicio, inexacto), están los fallos Concesiones Iquique S.A. con Municipalidad de Iquique (2020) Corte Suprema, rol 20302-2018 y Cristian Jorquera Donaire con I. Municipalidad de Las Cabras (2020) Corte Suprema, rol 24049-2019, entre otros.

²⁹ “El motivo debe distinguirse de la motivación, con lo cual guarda estrechas relaciones. Mientras el motivo es un elemento de fondo de los actos administrativos, la motivación es un requisito formal consistente en la expresión de los motivos”. Vid. VALDIVIA 2018, 222.

³⁰ Sobre este aspecto, Silva Cimma señalaba que: la doctrina clásica del Derecho Administrativo inicialmente distinguía entre el motivo y la motivación del acto administrativo, identificando al primero como las circunstancias de hecho y de derecho que originaban y justificaban la emisión del acto y, al segundo, como la expresión formal de dichas circunstancias, vale decir, de lo que entonces se conocía como motivo. En la actualidad, ya no se hace tal distinción y se estima que ambos vocablos son sinónimos y significativos de las circunstancias de hecho y de derecho que justifican la emisión del acto administrativo y que se expresan formalmente en su texto. (SILVA CIMMA 1995, 112).

Sin embargo, no veo a mi juicio, que se pueda predicar que esta diferencia está superada y, en realidad, es una cuestión terminológica la separación conceptual entre motivo y motivación, que me parece es más ordenada y permite un mejor estudio de los componentes de un acto administrativo.

ministrativo: a) competencia (que incluye la investidura del titular del órgano), b) la forma (que incluye a la motivación del acto), c) el fin, d) los motivos y e) el objeto del acto. Sobre la base de esta estructura se puede construir ordenadamente una teoría de control y de nulidad de los actos administrativos.

Ahora bien, para vincular el vicio de los elementos del acto administrativo con su ilegalidad procederé a continuación a identificar el sustento normativo de los elementos del acto en nuestro ordenamiento positivo.

2. Segundo paso: identificación de los elementos del acto administrativo con la normativa constitucional y legal

Si se pudiera vincular cada uno de los elementos del acto administrativo ya señalados (competencia, forma, motivos, objeto y fin del acto) con nuestra normativa constitucional y legal, podría construirse, científicamente (en la forma como lo entiende el derecho) y de modo coherente, un sistema de control de legalidad del acto administrativo y el desarrollo de una eficaz teoría de su nulidad.

Pues bien, a mi juicio, existen normas constitucionales y legales claras y evidentes –la mayoría de ellas reconocidas por la jurisprudencia– que permiten vincular los elementos del acto administrativo con nuestro ordenamiento jurídico, y, para ello, se procederá a vincular cada elemento con la normativa constitucional y legal, para así, posteriormente, poder contrastar la ilegalidad del acto administrativo denunciado, con la Constitución, la ley y los principios jurídicos. A continuación, analizo cada uno de sus elementos:

2.1. Elementos formales del acto administrativo: son aquellos referidos a la forma o elemento adjetivo del acto, constituido por la competencia (que incluye la investidura regular) y la forma (que incluye la formalidad instrumental, en especial la motivación y el procedimiento). A continuación, analizo cada uno de ellos:

a. La competencia. Este elemento tradicionalmente se ha entendido como “la medida de la potestad que corresponde a cada órgano”³¹, siendo siempre una determinación normativa³². Si bien el concepto de competencia es problemático y pueden encontrarse varias definiciones³³, en mi opinión, la competencia, en un sentido inclusivo también se integra por las potestades y atribuciones del órgano, y no solo en un sentido más restringido de tipo orgánico³⁴. En armonía con lo anterior, a mi juicio, puede conceptualizarse

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 557.

³² *Ibidem*.

³³ También se puede definir la competencia como el conjunto de poderes jurídicos con que el Derecho dota, provee, o habilita, a un órgano para que actuando éste en la vida de relación de un sujeto jurídico (del cual es elemento y elemento intrínseco, sustancial) impute unitariamente los efectos de su actuación a este sujeto, y pueda así cumplir los fines para los cuales ha sido precisamente creado por el legislador. SOTO KLOSS 2010, 131.

³⁴ Cassagne, citando a García Trevijano Fos, sostiene que “referirse a la competencia como a la medida de la potestad o al complejo de funciones atribuidas a un órgano administrativo ha sido

la competencia como el conjunto de *funciones y atribuciones* que la Constitución y la ley otorgan al órgano administrativo para que, dentro de su ámbito espacial y en su grado respectivo, cumpla la finalidad establecida por el legislador. Dicha competencia, que se constituye a través de los clásicos elementos de territorio, materia, grado y poderes jurídicos³⁵, y que, a su vez, también entiende incluida la investidura regular del integrante del órgano, conforma un elemento constitutivo del acto administrativo que tiene un *reconocimiento normativo expreso* en los artículos 6° y 7° de la CPR³⁶ y 2° de la LOCBGAE³⁷. De lo dicho, es claro que el elemento competencia del acto administrativo tiene cobertura normativa expresa y su infracción implica un atentado a la legalidad del acto.

b. La forma. Este elemento, referido a la estructura externa del acto administrativo, involucra tanto la formalidad instrumental del acto (por ejemplo, su escrituración según lo exigen los artículos 3° y 5° de la Ley N° 19.880) como su procedimiento (el establecido en la propia Ley N° 19.880, ya sea por aplicación directa o supletoria, según la hipótesis que establece su artículo 2°)³⁸. Dicho elemento también tiene reconocimiento normativo expreso, tanto en el artículo 7° de la CPR, como en el artículo 3° de la Ley N° 19.880, al establecer que los actos administrativos son decisiones “formales”³⁹. Dentro de este elemento formal, cabe destacar la motivación que, precisamente, es un elemento de forma y no de fondo del acto administrativo, ya que se refiere a la *expresión formal (externa) de los motivos del acto* (que sí son un elemento de fondo) en el acto administrativo. Su consagración normativa para los actos administrativos desfavorables o de gravamen⁴⁰ está en el artículo 11 inciso 2° de la Ley N° 19.880⁴¹, aun cuando la doctrina mayoritaria –que yo no comparto– sostiene que la motivación también tendría

también la posición comúnmente adoptada por los juristas al abordar esta cuestión, sin reparar en que también cabe incluir en la noción, la aptitud o el conjunto de atribuciones y facultades que corresponden al ente, es decir, a la persona jurídica pública Estado o a la entidad estatal descentralizada de que se trate”. Vid. CASSAGNE 2006, 184.

³⁵ Sobre la inclusión de los poderes jurídicos dentro de la competencia, vid. SILVA CIMMA, 1995, 89.

³⁶ Artículo 7°: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”.

³⁷ Artículo 2°: Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar *dentro de su competencia* y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico”.

³⁸ Artículo 1°: “La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”.

³⁹ Art. 3° inciso 2°: “Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones *formales* que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.

⁴⁰ “El acto administrativo de gravamen o de contenido negativo supone una restricción, mera o limitación en el ámbito jurídico de una persona”. Vid. BERMÚDEZ 2011, 114.

⁴¹ Artículo 11 inciso 2°: “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”.

su justificación normativa en el artículo 41, inciso 4°, de la Ley N° 19.880 bajo la expresión de decisión “fundada”⁴².

También se ha esgrimido el artículo 16 de la Ley N° 19.880 como otro argumento más de la exigencia de motivación de los actos administrativos⁴³, ya que dicha disposición señala que “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”. Si bien comparto que es atendible considerarlo como cobertura normativa del elemento motivación, me parece que esta norma se encausa más en la finalidad de consagrar el principio de transparencia y publicidad de la Administración, que está regulada específicamente en la Ley N° 20.285 con su propio procedimiento de acceso a la información pública.

⁴² En este sentido MORAGA 2010, 222-223, BERMÚDEZ 2011, 118, LARA Y HELFMANN 2011, 274 y ss. Estos autores, tomando como base el artículo 41 inciso 4° de la ley N° 19.880 LBPA, han hecho sinónimas las expresiones “fundado” y “motivado”. Así, Moraga señala que “la resolución administrativa final contiene una decisión que debe ser fundada, es decir, el propio texto del acto administrativo debe dejar *constancia explícita...* de las razones de hecho y de derecho...” MORAGA 2010, 222. A su vez, Lara y Helfmann señalan en la introducción del análisis jurisprudencial del artículo 41 inciso 4° (que cita variados dictámenes de Contraloría que establecen la motivación en base a este artículo, tales como los Dictámenes N° 24.887/09, 27.893/08, 31.951/06 entre otras) que “se ha reforzado la obligatoriedad que tiene la Administración de indicar en el texto de su respuesta los motivos o razones que sirven de fundamento a la decisión que se adopta y que se expresa en lo razonable e imparcial de sus decisiones. Lo anterior, por cuanto los actos administrativos deben ser *motivados o fundados...*” LARA Y HELFMANN 2011, 275. Finalmente, Bermúdez analizando el artículo 11 inciso 2° de la LBPA indica que los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en los actos que afectaren los derechos de los particulares, señalando que “no solo los actos de contenido negativo o de gravamen deben ser motivados, sino que también los de contenido favorable, toda vez que por exigencia del artículo 41 inciso 4° las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada” (BERMÚDEZ 2011, 118).

En mi opinión, los conceptos “motivado” y “fundado” denotan cuestiones distintas. Un acto es motivado cuando explicita formalmente el motivo de un acto administrativo según ya se ha dicho, y un acto es fundado cuando contiene motivos o razones eficaces (según definición del DRAE Edición 22ª, 2001), o también *razones sobre base sólida* (según Diccionario Etimológico Castellano en línea), esto es, razones *suficientes* que justifican la emisión del acto, independientemente si está *motivado o no*. Entonces, un acto fundado es un acto *razonado o justificado* y, por lo tanto, una decisión fundada (art. 41 inciso 4°); es una decisión que contiene motivos suficientes, eficaces, justificados o razonados. No se trata de un acto *mínimamente justificado, sino que suficientemente justificado*.

En todo caso, me parece que si hay un argumento que demostraría que el acto administrativo terminal debe ser motivado sería por lo indicado en el inciso final del artículo 41 que señala que “La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”, y también lo indicado a continuación del mismo artículo 41 inciso 4°, al indicar la frase “Expresarán, además...” (es decir, otras expresiones o “explicitaciones”, además de la expresión de los fundamentos).

Como quiera que sea, parece ser positivo que nuestra doctrina acepte la motivación para todo tipo de actos administrativos terminales, aunque la exigencia de fundamentación de la decisión es algo distinto, a mi juicio, de la motivación, ya que la primera es una exigencia más de fondo que de forma.

⁴³ Por ejemplo, Myrna Pavez Gómez con Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género (2019); Miguel Ascencio Vidal con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (2019); Paula Inés Cruces Pérez con Gobierno Regional de Aysén (2019), entre otras.

Finalmente, el 13 inciso 2° de la Ley N° 19.880, también debe tenerse presente en este elemento, por cuanto solo un vicio esencial y que cause perjuicio puede afectar al elemento forma del acto administrativo, cuestión que se verá más adelante⁴⁴.

2.2. Elementos de fondo del acto administrativo: son aquellos referidos a los aspectos sustantivos del acto y aquí es posible encontrar a los elementos motivo, objeto y fin del acto. A continuación analizo cada uno de ellos:

a. Los motivos. Existen varias definiciones, pero podemos destacar que los motivos del acto administrativo o el elemento motivo es la razón que justifica cada acto administrativo emanado de la Administración Pública, en que están incorporados los elementos de hecho que se tuvieron a la vista para su dictación así como la causal legal justificatoria del acto administrativo. Por ello, los motivos del acto pueden ser jurídicos, que corresponden al conjunto de disposiciones legales y reglamentarias, así como los principios generales del Derecho Administrativo y, también, fácticos, que es el conjunto de elementos de hecho que se ha tenido en cuenta en la resolución⁴⁵. Entonces, a mi juicio, los motivos son los antecedentes de hecho y de derecho que justifican la dictación del acto administrativo, o las circunstancias fácticas y jurídicas que lo fundamentan o los fundamentos de hecho y de derecho que justifican la dictación del acto administrativo o, asimismo, los hechos que justifican el acto administrativo y su calificación jurídica, unido al razonamiento que justifica su emisión. Como puede verse, todas estas definiciones revelan los dos aspectos o dimensiones de los motivos del acto administrativo: los hechos y el derecho, o el aspecto fáctico y jurídico del acto administrativo.

Ahora bien, ¿tienen los motivos cobertura normativa como elemento del acto administrativo? ¿Hay alguna norma jurídica que identifica al elemento motivo? A primera vista podría ser el artículo 11 inciso 2° de la Ley N° 19.880 pero aquel solo establece la exigencia legal y *formal* de expresar los motivos de acto (ya que la norma hace referencia a la *expresión* de los *fundamentos de hecho y de derecho*), pero no a la exigencia de establecer la inclusión de los motivos como elemento constitutivo del acto administrativo. En otras palabras, esta norma otorga reconocimiento normativo a la *motivación*, pero no a los *motivos* del acto administrativo.

Sin embargo, sí hay, a mi juicio, una norma que puede dar cobertura al elemento motivo del acto administrativo y no es el artículo 11 inciso 2° de la Ley N° 19.880, sino que *el artículo 41 inciso 4°* de la Ley N° 19.880, que señala: "Las resoluciones contendrán la decisión, que será *fundada*". Es en esta expresión *fundada* en que se contiene el elemento *motivo* del acto administrativo.

⁴⁴ *Infra* III, N° 1, letra b.

⁴⁵ BERMÚDEZ 2011, 118-119.

En efecto, la expresión *fundada* proviene del verbo *fundar* que, según el Diccionario de la Real Academia Española significa “Apoyar algo con *motivos* y razones eficaces o con discursos”⁴⁶, de tal manera que el concepto “fundar” integra, a su vez, el elemento *motivo* y, de esta manera, una “decisión fundada” es una decisión “apoyada con *motivos* y *razones* eficaces”⁴⁷.

Entonces una decisión fundada es una decisión apoyada en motivos y de ahí, entonces, que el “elemento motivo” del acto administrativo está presente en la norma legal y tiene cobertura. Por lo tanto, que dicha decisión sea fundada quiere decir que está también *fundamentada*⁴⁸, esto es, que *contienen motivos*, pero no cualquier motivo, sino que *motivos suficientes, justificantes* de la decisión y ello por cuanto el concepto de decisión “fundada” es sinónima de decisión “razonada”, o decisión “justificada”, es decir, una decisión que “contiene suficientes fundamentos” o, en otras palabras, que contiene *suficientes motivos* que justifican, que *fundamentan* la decisión o razones eficaces que justifican la decisión⁴⁹.

Toda la argumentación antes señalada significa que la exigencia del elemento “motivo” del acto administrativo está inmersa, y normativamente establecida en el artículo 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880 bajo el concepto de “decisión fundada”, lo que, de por sí, ya es muy relevante; pero además se establece bajo esta norma otra trascendente garantía en la teoría del acto administrativo: que las decisiones o actos administrativos terminales siempre deben estar fundamentados, esto es, contener motivos realmente suficientes, eficaces y justificantes de la decisión administrativa, lo que es claramente diferente de su mera expresión formal en el acto final, o sea, de su motivación. Por ello he sostenido anteriormente que “fundado” no es sinónimo de “motivado”⁵⁰, ya que el primer concepto es *sustantivo o de fondo* referido a los motivos del acto administrativo, en tanto que el segundo, esto es, la motivación, es, en realidad, un elemento de forma referido solo a su expresión ex-

⁴⁶ Según definición del DRAE Edición 22ª, 2001(en línea).

⁴⁷ Lo anterior quiere demostrar argumentativamente que el concepto “decisión fundada” se refiere a que el acto administrativo debe apoyarse en el elemento motivo, que además no es cualquier motivo, sino que deben ser motivos suficientes.

⁴⁸ El verbo *fundar* viene del latín *fundare* (asentar, fundar, fundamentar) y *fundamentar* viene del latín a partir de *fundus* (base, fondo, finca), el sufijo *-mentum* que indica instrumento, medio o resultado, más el elemento *-ar* usado para crear verbos. Se refiere a la acción de establecer algo con una *base sólida*. Por otra parte, *fundamentum* propiamente tal significa en latín cimiento y en sentido figurado la base en que se sustenta cualquier cosa, como un *razonamiento*, juicio, etc. Vid. Diccionario Etimológico Castellano en línea.

⁴⁹ Según definición del DRAE Edición 22ª, 2001(en línea).

⁵⁰ Vid. HUEPE 2018, 303.

terna. Lo anterior implica que puede haber actos administrativos *motivados*, pero no fundados⁵¹ y viceversa⁵².

Finalmente, y con el objeto de colaborar a una teoría del acto administrativo, los motivos del acto administrativo deben ser siempre, como se dijo, *razonados*, sólidos, suficientes, eficaces y justificantes de la decisión, lo que también, en otro lugar, he señalado a propósito de la discrecionalidad administrativa, en cuanto a que el acto administrativo fundado es aquel acto administrativo *razonable*, esto es, consistente, coherente y proporcionado⁵³. Por ello se trata de una decisión fundada, o una decisión apoyada de motivos y razones suficientes y eficaces. Es por ello que la *razonabilidad* como un concepto englobante (tanto de la racionalidad como de la proporcionalidad) aquí es posible comprenderla para la revisión y control de los motivos del acto administrativo, precisamente con el denominado control de razonabilidad de la decisión, que García de Enterría y Fernández, proponen a través del denominado *doble test de racionalidad y razonabilidad*⁵⁴, cuestión que se ve más adelante a propósito del control de los motivos del acto.

b. El objeto. El objeto del acto administrativo corresponde a su contenido resolutorio, esto es, la decisión concreta que contiene: la regla que fija, el derecho o beneficio que confiere, la carga que impone⁵⁵. En el mismo sentido se indica que es la decisión o contenido esencial del acto administrativo y que implica una orden para realizar prestaciones concretas, exigibles tanto respecto de la propia Administración (si se trata de un acto de beneficio para su destinatario) como respecto de un tercero (a quien el acto haya impuesto

⁵¹ Por ejemplo, si una municipalidad niega la renovación de una patente de alcoholes a un particular, y expresa correctamente en el acto administrativo terminal los fundamentos de hecho y de derecho (porque, por ejemplo, expresa detalladamente la petición de renovación, que cumplió con tales y cuales trámites pero que la junta de vecinos indica que la patente es molesta para el sector sobre la base de desórdenes en el lugar –los hechos– y a su vez, que la ley autoriza al alcalde con acuerdo del concejo y oyendo a la junta de vecinos para no renovar la patente según el artículo 65 letra o) de la ley de municipalidades –el derecho– decidiendo la no renovación) entonces se trata de un acto perfectamente “motivado”. Sin embargo, si los hechos fundantes (los desórdenes) no son efectivos o no están comprobados, entonces estamos frente a una decisión “motivada” pero “no fundada” o fundamentada. Que los fundamentos sean insuficientes, no convierte la expresión de aquellos en una motivación ilegal, ya que solo se trata de un elemento formal que se cumplió en el caso. Aquí habría un vicio de fondo (motivos insuficientes) pero no de forma (motivación suficiente).

⁵² Al revés, puede haber un acto inmotivado, pero perfectamente fundado. Por ejemplo, en el mismo caso anterior, el expediente municipal contiene fundamentos de hecho y de derecho sólidos y claros en orden a que en el local del particular hay desórdenes públicos frecuentes, denuncias a carabineros, peleas y ebriedad, todo debidamente comprobado, y a su vez la decisión se tomó con los quórums y formas que establece el artículo 65 letra 0) de la ley de municipalidades, esto es, por decisión del alcalde con acuerdo del concejo municipal y oyendo a la junta de vecinos. Sin embargo, en el decreto municipal no se exponen estos antecedentes de hecho y de derecho por una omisión formal.

⁵³ HUEPE 2018, 281.

⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 490-491.

⁵⁵ VALDIVIA 2018, 223.

una carga, una sanción o un gravamen)⁵⁶. Como puede constatarse, y estando consciente de las dificultades para conceptualizar este elemento del acto administrativo, el objeto se identifica con el *contenido* del acto⁵⁷, y así se ha señalado que “el objeto o *contenido* es aquello que el acto decide, certifica u opina”⁵⁸.

Pues bien, frente a la pregunta ¿cuál es la norma jurídica que identifica al elemento objeto del acto administrativo?, a primera vista podría señalarse que está en el artículo 14 inciso final de la Ley N° 19.880 que hace mención a la “desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento”. Sin embargo, como se indica en su tenor literal, la norma hace referencia más bien al objeto *del procedimiento administrativo* y no al *objeto del acto administrativo*, e implica una terminación anormal del mismo⁵⁹.

No obstante, al igual como sucede con el elemento motivo, también es posible identificar al elemento *objeto* con una norma de la Ley N° 19.880 generándose la respectiva cobertura normativa. Me refiero al mismo artículo 41 inciso 4° de dicha ley, que indica que “la resolución contendrá la *decisión*...”.

En efecto, si el objeto del acto administrativo se identifica con el *contenido* del mismo es claro, entonces, que el artículo 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880 establece que la resolución final, esto es, el acto administrativo terminal, debe contener como elemento constitutivo *el objeto* del mismo (la decisión), para luego agregar que dicho objeto será fundado, pero no en el sentido que lo “fundado” sea un *requisito del objeto* del acto administrativo, sino en el sentido que el elemento *objeto o contenido* debe estar apoyado en motivos o razones eficaces o, dicho de otra forma, que el elemento *objeto* debe ser apoyado en el elemento *motivo* del acto. En otras palabras, esta norma menciona dos elementos constitutivos del acto administrativo, el elemento motivo y el elemento objeto. Pero cabe destacar, para efectos de configuración del elemento objeto y su posible ilegalidad, que el objeto señalado dentro del artículo 41 inciso 4° debe ser el objeto que *establece la ley*

⁵⁶ SOTO KLOSS 2010, 367-368.

⁵⁷ En este sentido, Bermúdez. Define primero el contenido del acto como el elemento objetivo propiamente tal y lo entiende como la resolución o decisión en sí misma consideradas, indicando que el contenido puede ser esencial, esto es, sin el cual el acto no existiría; natural, en que se entiende el contenido en el acto, aunque nada se diga y, accidental, entendido como cláusulas accesorias al acto. Finalmente señala que *el objeto o contenido* del acto (haciendo sinónima la expresión objeto y contenido) debe ser lícito, posible, determinado o determinable e idóneo o proporcionado. Vid. BERMÚDEZ 2011, 117-118.

⁵⁸ GORDILLO 2011, VIII-6.

⁵⁹ En efecto, una cosa es el *objeto del procedimiento* y otra distinta el *objeto del acto*. Así, por ejemplo, el objeto del procedimiento sancionatorio denominado sumario sanitario es determinar si el fiscalizado incurrió o no en una infracción a normas sanitarias, que dependiendo de lo que se acredite en dicho procedimiento, podrá terminar con un *acto administrativo de absolución* o un *acto administrativo de condena*, que en este último caso puede ser de *multa de un décimo a 1000 unidades tributarias mensuales*. Pues bien, si se aplica un acto administrativo de multa entonces el objeto del *acto administrativo* será la cuantía que determine la ley. Si se excede en ella, habrá vicio en el objeto de ese acto administrativo terminal.

de tal manera que un objeto ilegal (ilícito) del acto es una infracción a la referida norma por cuanto en el acto *no se contiene el objeto que la ley señala*.

En concordancia con la idea anterior, Cassagne destaca que, si bien se ha señalado que el objeto debe ser lícito, cierto y determinado, posible física y jurídicamente, razonable y moral (este último, requisito que podría ser discutible a mi juicio), lo esencial del objeto, a mi juicio, es que reúna dos requisitos principales: por una parte, su conformidad con el derecho objetivo, es decir que sea *lícito o legal*, tanto así que algunos países como Francia denominan violación de la ley al vicio que afecta este elemento⁶⁰, y, por la otra, que dicho objeto sea *razonable en sus resultados*. Estas dos características son determinantes para analizar el objeto del acto administrativo a la luz de la normativa constitucional y legal, ya que, si bien ya se ha indicado que el objeto en doctrina debe cumplir ciertos requisitos (cierto, determinado, posible, etc.), lo fundamental es que el objeto debe estar *dentro de la ley (lícito)*, por una parte y ser *razonable* (en sus resultados) por la otra, lo que será determinante para analizar el vicio de ilegalidad en el objeto.

Efectivamente, en relación al primer aspecto indicado (objeto lícito), el vicio del objeto, más que fundarse en la infracción al artículo 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880 (objeto ilegal por ausencia de la decisión u objeto en la resolución administrativa), deberá basarse en la infracción que la propia norma establezca para el objeto en el caso específico. Por ejemplo, el objeto del acto administrativo terminal consistente en la multa sanitaria es, según el artículo 174 del Código Sanitario, la sanción pecuniaria de un décimo a mil unidades tributarias mensuales y el objeto del acto administrativo terminal consistente en la medida disciplinaria de suspensión es, entre otras medidas, según el artículo 121, letra c), la privación temporal del empleo desde treinta días a tres meses, de tal manera que una multa de mil doscientas unidades tributarias mensuales será una violación al objeto del acto por infracción del artículo 174 del Código Sanitario y la suspensión por cuatro meses, será una violación al objeto del acto por infracción al artículo 121 letra c) del Estatuto Administrativo, además de la infracción al artículo 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880 por no contener el objeto que indica la ley.

En cuanto al segundo aspecto o característica, el objeto (la decisión) también debe ser *razonable en cuanto a sus resultados*, ello por cuanto aquí se analiza la *razonabilidad*, no desde el punto de vista del procedimiento de formación del acto (más relacionado con la *coherencia o racionalidad* de los fundamentos del acto, esto es, sus motivos), sino que, desde el punto de vista de *los efectos* que el acto produce, lo que se traduce más en un aspecto de *proporcionalidad*. En efecto, resulta interesante la reflexión de Nieto, quien indica, a propósito de la discrecionalidad judicial (que remite a la "decisión judicial" o "fallo", pero que sirve para el análisis de la decisión administrativa) que una decisión, independientemente de que haya sido adoptada

⁶⁰ CASSAGNE 2006, 194.

de forma racional o irracional, puede ser razonable o no, porque la razonabilidad se predica de un resultado en atención a sus consecuencias. Por lo tanto, el fallo y solo el fallo (en el caso nuestro, una decisión, o sea, el objeto) es razonable si lo son sus consecuencias. Sostiene que la desproporción es el dato que con frecuencia convierte lo razonable en lo que no lo es. Indica que, aunque no todo lo irrazonable es desproporcionado, todo lo que carece de proporción es irrazonable. De esta forma, “la proporcionalidad es el factor que, junto con la igualdad, integra el «núcleo duro» de la razonabilidad”⁶¹.

Afirma este autor, además, que, desde una perspectiva consecuencialista, la razonabilidad se conecta, no con uno, sino que con varios fenómenos y se detecta, como mínimo, cuando: a) el fallo, por exceso o *por defecto*, no es *proporcionado* con los hechos determinantes o con los objetivos perseguidos por la norma. Como suele decirse, no se debe matar mosquitos a cañonazos. Por un vicio menor, por ejemplo, no se puede anular todo un contrato; ni por un defecto de forma, ordenar el derribo de un edificio y más cuando quizás ni siquiera lo ha solicitado la parte vendedora; b) la sentencia es de ejecución imposible. No se puede condenar a un difunto a realizar un trabajo personalísimo, ni imponer un cambio de destino a un funcionario jubilado; c) habida cuenta de que los litigios están para resolver intereses contrapuestos y para restablecer la paz jurídica, es irrazonable complicar las cosas más de lo que estaban o cerrar una cuestión abriendo otras nuevas, provocando, en definitiva, mayores conflictos que los que se pretende resolver. No es admisible –como suele decirse– que el remedio sea peor que la enfermedad; d) cuando la decisión suponga privar de eficacia un texto normativo⁶².

La explicación anterior, entonces, tiene por finalidad establecer los requisitos que el objeto del acto administrativo debe tener: debe ser lícito (permitido por la ley) pero además razonable y en este caso, la razonabilidad no está en el elemento motivo, sino que en el elemento objeto, pero analizada, como dice Nieto, desde el punto de vista del resultado, lo que se traduce en una decisión proporcionada. Por ello, el objeto del acto administrativo debe respetar el principio de proporcionalidad, de tal manera que la decisión no debe caer en desproporción por exceso o por defecto, ni debe exigir una prestación imposible, ni puede complicar las cosas más de lo que estaban, ni puede privar de eficacia un texto normativo.

Finalmente, cabe destacar que la característica de *razonable* del objeto del acto administrativo también tiene cobertura normativa, y ella puede encontrarse en el artículo 53 de la LOCBGAE, al señalar que “El interés general... se expresa en lo razonable... de sus decisiones”. Aquí las *decisiones* (el objeto) deben ser razonables, como se ha indicado.

c. *El fin*. Existiendo también varias definiciones de este elemento, puede conceptualizarse como aquello que se trata de obtener con la dictación del

⁶¹ NIETO 2000, 347.

⁶² *Ibíd.*, 348.

acto administrativo y que será siempre la satisfacción de una concreta necesidad pública, y siempre en conformidad al bien común⁶³, o el objetivo⁶⁴ a alcanzar mediante la atribución de la potestad pública⁶⁵. Es la satisfacción de aquella porción de necesidad pública que el ordenamiento jurídico le ha encargado al respectivo órgano de la Administración del Estado⁶⁶. También se ha dicho que es sinónimo de finalidad, entendida como el fin concreto de interés público o bien común que por él se persigue⁶⁷, o elemento teleológico o finalista entendida como la finalidad genérica consistente en la necesidad de perseguir un interés público que luego se particulariza en actos administrativos específicos con lo que la finalidad general pasa a ser detallada en un caso particular y se identifica con la pregunta para qué se dicta el acto administrativo⁶⁸.

Cabe destacar que todo acto administrativo debe orientarse a la persecución del interés general o bien común, que es el fin transversal a toda actuación estatal; pero, por lo general, cada potestad se reputa establecida en función de una finalidad típica específica (la *causa final* del acto)⁶⁹. En el mismo sentido se sostiene que, al configurar la potestad, la norma, de manera explícita o implícita, le asigna un fin específico que, por de pronto, siempre es un fin público, pero que se matiza significativamente en cada uno de los sectores de actividad o institucionales como un fin específico (como por ejemplo, en la potestad de policía, la seguridad pública, en las potestades sanitarias, la salubridad, etc.), debiendo ese acto administrativo, dictado en ejercicio de una potestad específica servir necesariamente a ese fin típico. Incurrirá en vicio legal si se aparta de él o pretende servir una finalidad distinta aun cuando se trate de otra finalidad pública⁷⁰, generándose el vicio de desviación de poder como se indica más adelante.

En todo caso, Cassagne expresa que ya sea por reproducir lo que acontece en el derecho privado, se designe a este requisito bajo el nombre de causa, o bien, se lo ubique dentro de la propia voluntad, lo cierto es que prácticamente toda la doctrina, reduciendo las discrepancias terminológicas,

⁶³ SOTO KLOSS 2010, 368.

⁶⁴ Desde luego no cabe confundir el *objetivo* (fin) del acto administrativo con el *objeto* (contenido) del acto administrativo. El objeto es la prestación inmediata que persigue la decisión administrativa, en tanto que el fin del acto es la porción de interés general que se pretende satisfacer. Por ejemplo, el objeto de la multa sanitaria (acto administrativo) del artículo 174 del Código Sanitario es la aplicación de una sanción pecuniaria que va desde un décimo a mil unidades tributarias mensuales, de tal manera que aplicar una multa superior al máximo, implicaría una violación al objeto, en tanto que el fin que persigue la aplicación de la multa es salvaguardar la salubridad pública, de tal manera que, aplicar la multa por persecución política, constituiría una ilegalidad en el fin de acto, esto es, una desviación de poder.

⁶⁵ VALDIVIA 2018, 220.

⁶⁶ HUEPE *et. al.* 2019, 26.

⁶⁷ CASSAGNE 2006, 209.

⁶⁸ BERMÚDEZ 2011, 119.

⁶⁹ VALDIVIA 2018, 220.

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 560.

reconoce su existencia como una condición de validez del pertinente acto administrativo⁷¹.

Frente a la pregunta acerca de la cobertura normativa del elemento fin del acto administrativo, si bien lo usual es que, tanto el elemento fin como el vicio que le puede afectar (desviación de poder), es fruto de la jurisprudencia, lo cierto es que, en nuestro sistema jurídico, sí es posible identificar este elemento en una norma jurídica concreta: me refiero al artículo 53 de la LOCBGAE que hace referencia al elemento fin a través del concepto de *interés general* que es precisamente el fin general que persigue todo acto administrativo, y luego con los requisitos que debe cumplir ese fin para que se enmarque dentro de la legalidad (sentido lato).

En efecto, el artículo 53 de la LOCBGAE señala que:

El interés general... se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones...

Como puede verse, el elemento fin está inserto en esta norma, de tal manera que los típicos casos de desviación de poder implicarían la infracción de esta disposición, ya que significaría que la autoridad ha actuado quebrantando el recto y correcto ejercicio del poder público, o basada en una decisión irrazonable y parcial como, asimismo, en la falta de rectitud en la ejecución de una norma, plan, programa o acción. También es posible ver la vinculación entre motivo, fin y objeto del acto administrativo con el principio o criterio de razonabilidad, por cuanto la razonabilidad debe estar presente tanto al momento de fundamentar la decisión (motivos del acto), tanto en su decisión concreta (objeto), como en la finalidad o interés general perseguido (fin).

Lo que corresponde ahora, para continuar con la explicación de esta metodología práctica, de control de la legalidad, es contrastar el acto administrativo dictado por la Administración con la norma jurídica que está infringiéndose para detectar el vicio y la técnica de control adecuada para lograr este objetivo.

3. Tercer paso: contrastación del acto administrativo reclamado con la norma jurídica infringida, detectando dónde se encuentra el vicio de legalidad y la técnica de control requerida, como tercer paso

Habiéndose identificado y analizado los elementos del acto administrativo (primer paso) y habiéndose relacionado e identificado aquellos elementos con la normativa constitucional y legal chilena (segundo paso) procede ahora contrastar el acto administrativo con la norma jurídica infringida para saber cuál es el vicio de legalidad que afecta al acto, lo que se relacionará estrechamente con la ilegalidad en uno o varios elementos del mismo.

⁷¹ CASSAGNE 2006, 209.

En efecto, es posible encontrar una estrecha correspondencia y coherencia entre los elementos del acto administrativo consensuados por la doctrina y jurisprudencia nacional de corriente francesa (competencia, forma, motivo, objeto y fin) con los vicios de legalidad de estos elementos (incompetencia, vicio de forma, ilegalidad por ausencia de motivos legales o inexistencia de motivos invocados, violación de la ley en cuanto al objeto y desviación de poder) también recogidos por la misma corriente. Entonces un vicio de legalidad en el elemento competencia del acto, generará un vicio de incompetencia; un vicio en el elemento forma (incluida la motivación) generará un vicio de forma; un vicio en el elemento motivo, generará un vicio por ausencia de motivos legales (si el vicio fue en la errónea calificación jurídica del hecho, o de los fundamentos jurídicos esgrimidos) o inexistencia en los motivos invocados (cuando hay un error o falsedad en los hechos que fundan el acto); un vicio en el elemento objeto, generará una violación de la ley en cuanto al objeto y por último, un vicio en el elemento fin, generará desviación de poder⁷².

Pero es ahora que corresponde aplicar una técnica concreta para efectuar un adecuado control de legalidad del acto administrativo, a fin de analizar si aquél adolece de un vicio de legalidad, pero más importante aún, en caso de existir, identificar *dónde* se ubica el vicio y, consecuentemente, analizar si corresponde, o no, declarar la ilegalidad del aquel acto administrativo. Para ello, como se anunció al principio de este trabajo, se utilizará una técnica de control propia para el control de los actos discrecionales⁷³, pero adaptada a todo tipo de actos, esto es, tanto a los actos reglados, como a los discrecionales⁷⁴.

En efecto, postulo que esa misma técnica de control de los actos administrativos discrecionales (que constituye una metodología aplicativa para resolver casos prácticos), sirve en general para el control de legalidad de

⁷² Un interesante análisis acerca de las causales de nulidad del acto administrativo, y por ende, de los vicios de ilegalidad, puede verse en CORDERO QUINZACARA 2013, 195 y ss.

⁷³ Se trata de la técnica de reducción de discrecionalidad postulada por García de Enterría en su célebre artículo "La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo", mediante un control de: a) los elementos reglados del acto administrativo, b) de los hechos determinantes, c) de los conceptos jurídicos indeterminados y d) de los principios jurídicos. Para mayor detalle, GARCÍA DE ENTERRÍA 1962, 159-205.

⁷⁴ Marienhoff señala que algunos tratadistas sostienen que no hay "acto" discrecional, sino únicamente "actividad" o "poder" discrecional de la Administración, por lo que hablar de "acto discrecional" implicaría una impropiedad. Sin embargo, no comparte ese criterio. Expresa que el acto discrecional no es otra cosa que la expresión concreta de la "actividad discrecional" y por lo demás acto discrecional no es acto "arbitrario", sino acto dotado de juridicidad. Siendo así, y en el sentido indicado, concluye que hablar de "acto discrecional" es completamente correcto. Algo similar cuadra decir de los "actos reglados", que no son otra cosa que la expresión de la actividad reglada de la Administración Pública. Por lo tanto –reafirma este autor– las expresiones "acto discrecional" y "acto reglado" son utilizadas por calificados tratadistas. Vid. MARIENHOFF 1988, 420-421.

todo tipo de actos, esto es, tanto de actos administrativos reglados⁷⁵, como discrecionales⁷⁶, con las adaptaciones que se indicarán. En todo caso, lo importante es que, con esta técnica de control, los operadores del derecho (jueces, abogados y funcionarios de la Administración) pueden construir correctamente un acto administrativo válido como, asimismo, pesquisar sus irregularidades.

En consecuencia, procederé a continuación a analizar la técnica de control de legalidad de un acto administrativo utilizando el mismo orden que ha planteado su autor, pero no solamente como un control de reducción de discrecionalidad administrativa, sino que como un control de legalidad de todo tipo de acto administrativo, tanto discrecional como reglado, sobre la base del control de: 1) los elementos reglados del acto administrativo 2) los hechos determinantes (que incluye la exactitud material de los hechos, la calificación jurídica con alguna mención a los conceptos jurídicos determinados e *indeterminados* y la apreciación de los hechos 3) los principios jurídicos, estos dos últimos controles, situados en relación con el elemento motivo del acto administrativo.

En todo caso, este orden sugerido no necesariamente debe ser seguido por el operador del derecho. Perfectamente puede comenzar a hacer la revisión del acto, según el *orden* de los elementos del acto administrativo (así revisar primero la competencia, luego, el motivo, el objeto, fin y forma) o bien podría comenzar por aquellos que le parezcan los vicios más notorios, pero lo importante es que pueda detectar con claridad los elementos del acto administrativo y sus posibles vicios.

3.1. El control de los elementos generalmente reglados del acto administrativo: competencia, forma, fin y objeto

Se trata de efectuar un primer análisis del acto administrativo –sea reglado o discrecional–, precisamente analizando los elementos más indubitados y evidentes del acto, esto es aquellos en que su ilegalidad puede ser más patente y clara, como ocurre especialmente tratándose de los elementos generalmente reglados del acto administrativo, puesto que ellos no son objeto de un margen de apreciación discrecional o de elección de alternativas por parte de la Admi-

⁷⁵ “La competencia es reglada cuando la norma jurídica impone al poder público la decisión que se tome, en atención a la existencia de ciertos requisitos que ella establece. La autoridad en este caso no queda en libertad para elegir el camino que más le conviene, ya que en presencia de determinadas circunstancias deberá actuar en el sentido prescrito por la norma”. Vid. PIERRY 2017, 385.

⁷⁶ “La discrecionalidad se caracteriza por una debilitación de la programación o vinculación positivas efectivas de la acción administrativa por parte de la norma. De esta suerte pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por conformes con el Derecho Aplicable”. Vid. PAREJO 1993, 121. También se ha dicho que “hay poder discrecional cuando la ley o el reglamento dejan a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe o no abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste, pues, en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer”. Vid. PIERRY 1984, 162.

nistración, ya que la ley los ha establecido, en general, de manera específica y completamente predeterminada, sin margen de movilidad, o de libertad de parte del órgano administrativo para alterar aquel elemento, lo que también implica generalmente una mayor facilidad para detectar su ilegalidad.

De lo dicho, si analizamos los elementos del acto administrativo, consensuados por la doctrina y jurisprudencia nacional podremos constatar que son, en general⁷⁷, elementos reglados del acto administrativo, la competencia, la forma, el fin y el objeto del acto, en la medida que sea reglado (podría serlo parcialmente), y no contenga márgenes de discrecionalidad en la decisión, puesto que en tales elementos el legislador no le ha otorgado, usualmente, a la Administración, un margen de libertad o de apreciación. De esta manera:

a. Tratándose del elemento competencia, la Contraloría Regional del Bío Bío o de Ñuble no tienen margen de apreciación o libertad de elección para determinar que su competencia esté fuera de los límites de la Región del Bío Bío o de Ñuble respectivamente, ni puede *elegir* su ámbito de competencia (competencia territorial), ni la Dirección del Trabajo tiene competencia para alejarse de sus funciones de fiscalización en materia laboral y decidir que también tiene función de fiscalización en educación (por citar un ejemplo extremo en elemento materia de la competencia), es decir, o se tiene o no se tiene competencia, pero no hay margen de discrecionalidad o de elección para establecerla.

Por lo tanto, si se detecta que el acto administrativo ha sido dictado por un órgano incompetente, ya sea porque el órgano no tenía competencia territorial (elemento territorio), o porque el contenido sustantivo de la decisión administrativa, la función, no se encontraba dentro del ámbito de sus funciones (elemento materia), o porque la ley no le había otorgado las potestades que aplicó en un caso determinado (elemento relativo a los poderes jurídicos), en este último caso, por ejemplo, el SERNAC, aplicando directamente sanciones a los infractores de la ley de protección a los consumidores, cuando solo tiene la potestad el juzgado de policía local⁷⁸, el acto administrativo será ilegal por vicio en su competencia.

⁷⁷ Es importante hacer esta aclaración sobre los elementos reglados por cuanto también hay casos, y no pocos, en que en estos elementos tradicionalmente considerados como reglados, existan de todas formas complejos "márgenes de apreciación" que se asimilan claramente a una actividad discrecional. Por ejemplo, el elemento fin de un acto administrativo, como lo es la salubridad pública y que constituye un concepto jurídico indeterminado, puede generar problemas de apreciación del concepto (actividad cognitiva) que para la corriente francesa constituirían verdadera discrecionalidad al momento de apreciar el alcance de lo que es la salubridad pública en un caso concreto, aunque no así para la corriente alemana que sería solo interpretación o proceso de juicio o estimación pero no auténtica discrecionalidad. Lo mismo con el elemento objeto, como, por ejemplo, aplicar multa de una a diez unidades tributarias mensuales, en que existe cierta discrecionalidad en la multa concreta a aplicar.

⁷⁸ Como es ya sabido, el Tribunal Constitución declaró inconstitucional las normas que otorgaban a este órgano administrativo potestades sancionatorias en la Ley N° 19.496 (TC rol 4012-17 de 18 de enero de 2018).

En suma, en caso de concurrir un vicio de ilegalidad en el elemento competencia del acto administrativo, se reclamará que dicha ilegalidad se produce por infracción al artículo 2° de la LOCBGAE en relación con los artículos 6° y 7° de la CPR, por vicio de competencia.

b. Tratándose del elemento forma, el jefe de servicio no tiene potestad para aplicar una medida disciplinaria sin un sumario administrativo previo (procedimiento formal) o dictar un acto administrativo final sin motivación. En consecuencia, o aplica o no la formalidad, o motiva o no el acto, pero no tiene un margen de discrecionalidad para hacerlo o no.

Con todo, cabe destacar que no toda infracción al elemento forma implica la ilegalidad del acto administrativo, ya que ese vicio formal debe ser sustancial o esencial y causar perjuicio al interesado. Así lo ha establecido el legislador en términos generales en el artículo 13 inciso 2° de la Ley N° 19.880⁷⁹ y también en términos específicos para ciertas materias como por ejemplo, en el sumario administrativo artículo 144 del Estatuto Administrativo, Ley N° 18.834 y sus modificaciones⁸⁰. En este punto, Vergara indica que “la incorporación de los vicios en el artículo 13 LBPA obligará a depurar las interpretaciones, con el objetivo de aprender a ponderar las magnitudes, esto es: habrá que distinguir entre lo esencial y no lo esencial y, como eso no lo declara expresamente ley alguna, es el intérprete el que tendrá que ponderar”⁸¹.

En derecho comparado, García de Enterría y Fernández argumentan que el vicio de forma “solo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración”⁸², señalando en síntesis que este vicio opera si el vicio de forma ha influido realmente en la decisión de fondo, siendo presumible que esta hubiera podido variar de no haberse cometido el vicio formal y todo ello en la medida que la decisión de fondo afectada por el vicio formal sea jurídicamente incorrecta⁸³, o incluso en aquellos casos en que no es posible saber si la decisión de fondo es correcta o no,

⁷⁹ Art. 13 inc. 2°: “El vicio de procedimiento o de forma solo 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”.

⁸⁰ Art. 144: “Los vicios del procedimiento no afectarán la legalidad de la resolución que aplique una medida disciplinaria, cuando incidan en trámites que no tengan una influencia decisiva en los resultados del sumario”.

⁸¹ VERGARA 2017, 338.

⁸² GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 653.

⁸³ Los autores sostienen que, si aún con el vicio de forma la decisión sigue siendo correcta jurídicamente, procede declararlo así y confirmar el acto impugnado, expresando que el propio principio de economía procesal obliga a ello, ya que tampoco tendría sentido en este caso repetir el procedimiento viciado si se sabe de antemano que la decisión final es ajustada a Derecho. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 656.

porque precisamente la infracción formal cometida ha sustraído elementos de juicio necesarios para una valoración justa de la decisión adoptada⁸⁴.

Finalmente, la propia Corte Suprema, en relación al vicio de forma (aunque en realidad lo enuncia para todo tipo de vicios) y en armonía con el principio de conservación del acto administrativo, ha señalado, ya de manera uniforme:

(...) que el vicio que permite anular un acto o procedimiento administrativo debe ser grave y esencial, pues éste es un remedio excepcional que opera frente a la ilegalidad de un acto administrativo. En efecto, no puede soslayarse que en materia administrativa debe atenderse al principio de conservación del acto administrativo, en el cual subyacen además otros principios generales del Derecho como la confianza legítima que genera el acto, así como la buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica⁸⁵.

En definitiva, en caso de concurrir un vicio de ilegalidad en el elemento forma del acto administrativo, se reclamará que dicha ilegalidad se produce por infracción a los artículos 3° y 13 inciso 2° de la Ley N° 19.880, en relación con el artículo 2° de la LOCBGAE (que proscribe el abuso o exceso de poder) y artículo 7° de la CPR, por vicio de forma grave o esencial que ha causado perjuicio al interesado.

c. En el caso del elemento fin, que sin duda es de difícil constatación, por lo general, solo se revisará este elemento cuando el reclamante indique en su acción que hay desviación de poder⁸⁶ y siempre que suministre prueba o, al menos, indicios claros de existir tal desviación, pero más allá de la dificultad probatoria, si existen, por ejemplo, antecedentes serios de que un funcionario público ha sido destituido por persecución política, gremial, venganza personal u otro motivo distinto al fin que el acto debe tener según la ley (probidad administrativa, transitoriedad del cargo etc.) será ilegal el acto administrativo por ilegalidad de sus fines, pues la Administración no tiene discrecionalidad ni libertad para elegir si aplica o no una finalidad pública determinada por la ley para tal acto. En todo caso, es probable que el análisis de este elemento, por su complejidad, sea dejado para el final o como téc-

⁸⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 656-657.

⁸⁵ Alfredo Fuentes Valdivia y otros con Municipalidad de Antofagasta. (2016) considerando 8°.

⁸⁶ "El concepto de 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, o el 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". (Wara Ortiz Mella con I. Municipalidad de Santa Cruz, 2016, Corte Suprema, rol 55119-2016). Como puede verse, hay desviación de poder no solo cuando el fin oculto es particular, sino cuando también es público, pero distinto del fin perseguido por la ley que sirvió de fundamento al acto.

nica subsidiaria, a menos, naturalmente, que la desviación de poder sea muy clara, lo que no ocurre usualmente⁸⁷.

Finalmente, es útil señalar que, en la concepción tradicional de la desviación de poder, existe una aparente regularidad externa del acto, en tanto que el vicio presenta una condición clandestina, oculta, disfrazada en la intención íntima del agente, lo que implica que debe determinarse el móvil subjetivo del agente. Ha de indagarse la finalidad querida realmente por el autor del acto cuya legitimidad se impugna siendo un examen particularmente complejo y dificultoso⁸⁸. Ello corresponde a la denominada tesis subjetiva de la desviación de poder. Ella, ha sido matizada con la tesis objetiva, según la cual no es necesaria la concurrencia de un móvil o elemento voluntarista en la desviación de poder, sino que basta un vicio contrario a principios jurídicos y en tal condición constituiría un ilícito atípico, que vincula el motivo del acto y el fin subjetivo. En suma, el fin (subjetivo) perseguido se descubre a la luz de los motivos (objetivos), es decir, una inexistencia de los motivos podría acusar una desviación en los fines⁸⁹. Todo lo dicho lleva a concluir que, en doctrina la desviación de poder ha pasado a ser una técnica subsidiaria, pero no en el sentido de menor importancia, sino que a través de ella se indaga la conformidad de la decisión con los principios jurídicos que son en sí subsidiarios a las normas o reglas positivas⁹⁰.

En conclusión, en caso de concurrir un vicio de legalidad en el elemento fin del acto administrativo, se reclamará que dicha ilegalidad se produce por infracción al artículo 53 de la LOCBGAE, ya que la decisión ha infringido el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; o ha sido irrazonable o parcial su decisión, o ha infringido la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; todo ello en relación con el artículo 2° de la LOCBGAE que proscribe el abuso o exceso de poder.

d. Tratándose del elemento "objeto" habría ilegalidad en este elemento, cuando el mismo es contrario a la ley (ilícito) o cuando es irrazonable. Tal vicio se conoce como violación de la ley (o del derecho) en cuanto al objeto.

⁸⁷ El gran inconveniente que plantea la técnica de la desviación de poder es la dificultad de la prueba de dicha desviación, considerando que se trata de un vicio generalmente clandestino, oculto; que, a pesar de estar viciado el acto, éste reúne todas las condiciones de regularidad externa, ya que aparentemente es un acto válido; y el recurrente alega que el vicio que pretende se ha apartado del fin normal de sus funciones y por eso la prueba debe ser concluyente. Vid. PRAT 1957, 237 y ss., y CLAVERO 1992 153 y ss.

⁸⁸ JARA 2013, 224-229.

⁸⁹ En síntesis, la concepción objetiva permite que, a través de un análisis del elemento objetivo, que puede aparecer con problemas de coherencia, o derechamente ilegalidad en los mismos, permita descubrir y determinar la ilegalidad en el fin, o hacer más fácil determinar la desviación de poder, y no solo como ocurre en la tesis subjetiva, en que se requiere indagar directamente en la finalidad no declarada, oculta, disimulada o disfrazada. Un mayor análisis en un tema puede verse en JARA (*Op. cit.*) 232 y ss.

⁹⁰ JARA, 2013, 224.

Lo usual es que el objeto sea un elemento reglado, pero a veces solo lo es parcialmente. Así, por ejemplo, cuando el legislador establece que en caso de infringir un particular una norma administrativa, se aplicará una multa que va desde una a diez unidades tributarias mensuales o que se podrá multar al infractor o suspender una actividad infractora. En tal caso hay un margen de discrecionalidad: por el contrario, si a cada conducta se asigna una consecuencia específica, entonces no habrá tal discrecionalidad y se tratará de una potestad reglada.

De esta manera, el acto administrativo estará viciado por ilegalidad del objeto, por ejemplo, si aplica una sanción de quince unidades tributarias mensuales cuando la norma dispone que la sanción máxima sea de diez unidades tributarias mensuales (o en el mismo caso, si la decisión tiene margen de discrecionalidad, cuando establece que se debe sancionar con multa de una a diez unidades tributarias y la Administración aplica quince) o cuando el órgano administrativo dispone una medida disciplinaria no permitida por la ley (por ejemplo, aplicar a un funcionario público que no entregó un informe a tiempo, la medida disciplinaria de destitución en una *investigación sumaria* que por norma no admite tal sanción)⁹¹.

Pero también el objeto puede ser calificado como *no razonable* en relación a sus resultados ya que como se dijo en este trabajo, la razonabilidad juega aquí un rol en los efectos del acto desde el punto de vista de la proporcionalidad⁹², de modo tal que también habrá ilegalidad del objeto por infracción al principio de proporcionalidad por exceso o por defecto en la decisión.

En consecuencia, siguiendo este método aplicativo, lo primero que debiera hacer el observador del acto administrativo es revisar si los elementos reglados están o no ajustados a derecho, es decir, si es posible advertir una ilegalidad o irregularidad clara en los elementos competencia, forma, objeto y fin para luego, de no advertir ilegalidad o antijuridicidad, pasar a la segunda etapa de control del acto, que se centrará en el elemento motivo del acto. Si detecta la ilegalidad en esta primera fase, entonces el acto se declarará ilegal, sin necesidad de hacer revisiones en la siguiente fase, aun cuando hay que admitir que, en la práctica judicial, el litigante indicará todos los posibles vicios, tanto principales como secundarios, ya que no sabe con precisión si el juzgador considerará los vicios que él estima principales o más evidentes.

Finalmente, es usual que el objeto del acto administrativo sea ilegal o irrazonable porque hay ilegalidad o irrazonabilidad en otro elemento del acto. Ello por un efecto de "contaminación" del acto administrativo en su totalidad o en gran parte porque existe un vicio de legalidad en otro elemento

⁹¹ El artículo del Estatuto Administrativo en su inciso penúltimo establece que "Como resultado de una investigación sumaria no podrá aplicarse la sanción de destitución, sin perjuicio de los casos contemplados en el presente Estatuto".

⁹² *Supra* II N° 2 letra d.

(vicio principal), de tal manera que la ilegalidad del objeto sería una “ilegalidad consecuencial” o por consecuencia.

Así, por ejemplo, si el órgano que dicta el acto es incompetente, desde luego que el objeto (decisión) también será ilegal (si el Ministerio de Vivienda y Urbanismo aplica una sanción sanitaria, desde luego que es un órgano incompetente para ello y es lógico que la decisión –el objeto del acto– también sea ilegal) o si, por ejemplo, el órgano dicta un decisión por manifiesto vicio en el motivo del acto (el hecho determinante) también la decisión (objeto) será ilegal (por ejemplo, el jefe de servicio destituye a un funcionario por falta de probidad, fundado en el hecho falso de haber sustraído especies del servicio, lo que implica ilegalidad en el motivo invocado, pero también que la decisión sea ilegal) pero en todos esos casos, la ilegalidad del objeto es solo una consecuencia del vicio principal en otro elemento del acto, ya sea, como en los ejemplos indicados, por vicio en la competencia o en el motivo de acto. Así por ejemplo, Cordero Quinzacara indica que “en muchos de estos casos, el objeto será ilegal como consecuencia de un vicio en los motivos, pero también puede ser posible que la ilegalidad recaiga solo en el objeto, como consecuencia de una determinación que no guarda relación o coherencia con los motivos”⁹³. Por eso, la idea es identificar un vicio en el objeto cuando los demás elementos aparecen en regla.

En conclusión, en caso de concurrir un vicio de ilegalidad en el elemento objeto del acto administrativo, se reclamará que dicha ilegalidad se produce por infracción al artículo pertinente de la ley que infrinja el objeto del acto (ilegalidad del objeto), en relación al artículo 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880, ya que la resolución “no contendrá la decisión” que la ley prevé, en tanto que si ese objeto en sus efectos o resultado es desproporcionado, se infringirá el artículo 53 de la LOCBGAE, por falta de razonabilidad de la decisión.

3.2. El control de los motivos del acto

Una vez revisados los elementos generalmente reglados del acto administrativo, y no habiéndose detectado vicio de legalidad en los mismos, procede pasar a una segunda fase o etapa del control jurídico, que es más compleja y requiere de mayor análisis. Se trata de un control más sustancial del acto administrativo, a través de una revisión o control de los motivos del acto.

En efecto, en este elemento –que consiste en las circunstancias fácticas (los hechos) y jurídicas (el derecho) que justifican la emisión del acto administrativo– es posible encontrar altos niveles de apreciación e incluso de discrecionalidad en la aplicación de la norma al caso concreto y, por tal razón, su análisis es más complejo.

Pues bien, adaptando esta técnica de control, tanto para los actos administrativos reglados, como discrecionales, es posible señalar que, en esta

⁹³ CORDERO QUINZACARA 2013, 201.

segunda fase o etapa, el control debe recaer: a) sobre los hechos determinantes del acto administrativo y b) sobre los principios jurídicos.

a. El control de los hechos determinantes (que incluye la exactitud material de los hechos, su calificación jurídica, con mención a los conceptos jurídicos determinados e indeterminados y la apreciación de los hechos).

García de Enterría y Fernández en la doctrina española han indicado a propósito de la actividad discrecional que:

la potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico de la norma cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho y ocurre que la realidad es siempre una y solo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera u otra: la valoración de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar si algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo.

Además, agregan que:

el control de los hechos determinantes ha entrado, pues, en los hábitos de nuestros Tribunales contencioso-administrativos. Quedaron atrás ya, por tanto, los pronunciamientos jurisprudenciales, frecuentes en el pasado, que reconocían a simples informes policiales “veracidad y fuerza probatoria al responder a una realidad de hecho apreciada directamente por los agentes”, reconocimiento que venía a invertir la carga de la prueba contra los más elementales principios y reglas procesales⁹⁴.

En la doctrina francesa se hace referencia a la ilegalidad en los motivos como una ilegalidad interna que puede afectar a los motivos de derecho (error de derecho) y los motivos de hecho (error sobre la realidad material de los hechos y error en la calificación jurídica de los hechos)⁹⁵. A mi juicio, este control de los motivos de hecho y de los motivos de derecho obedece a la misma dimensión fáctica (circunstancias de hecho) y jurídica (circunstancias de derecho) de los motivos a los que he hecho mención. Pero, además, la doctrina francesa señala que el control de los motivos de hecho de una decisión administrativa puede revestir tres formas: control de la exactitud material de los hechos, de la calificación jurídica y de la apreciación de los hechos⁹⁶.

En relación a la exactitud material de los hechos, un acto administrativo carece de base legal y es, por lo tanto, nulo, cuando ha sido motivado por

⁹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 480 y 482.

⁹⁵ MORAND-DEVILLER 2010, 781-787.

⁹⁶ CHAPUS 2001, 109 y ss., RIVERO y WALINE 2002, 250 y ss., VEDEL, GEORGES y DELVOLLE 1958, 313.

hechos que no se han producido o por hechos materialmente inexactos⁹⁷. Esta definición coincide, entonces, con la idea de control de los hechos determinantes señaladas por la García de Enterría y Fernández. Lo importante es destacar entonces que, un error en la exactitud material de los hechos (o hechos determinantes) es un problema de legalidad del acto, por ilegalidad en los motivos invocados. Con razón Pierry señala que, “si la Administración ha basado una decisión discrecional en determinados hechos, su control forma parte del control de la legalidad de aquella decisión”⁹⁸.

Sin embargo, no basta con el control de la exactitud material de los hechos, sino que también es necesario el control de la calificación jurídica de los hechos. En relación a la calificación jurídica que forma parte del aspecto jurídico del motivo –aunque también relacionado con el hecho que califica– ya se ha dicho que no basta el mero control de los hechos determinantes, sino que también es necesaria dicha calificación jurídica. Solo hay que aclarar que la calificación jurídica (del supuesto de hecho) consiste en la aplicación de la ley a una determinada situación de hecho, que presupone un enfrentamiento de ésta con el supuesto de hecho (legal) previsto por la norma. Se trata de verificar si y en qué medida la situación de hecho concreta corresponde al supuesto de hecho legal, en el cual se asume que deba reentrar y reencontrar los lineamientos relevantes para el tratamiento jurídico⁹⁹.

En este mismo sentido, García de Enterría y Fernández sostienen que:

el control de la exactitud o realidad de los hechos que sirven de base o de presupuesto al ejercicio de un poder discrecional, con ser muy importante, no lo es todo. Tras esa verificación se abre la de calificación jurídica de los hechos, realizada en cada caso por la Administración. Tal calificación, en cuanto realizada con conceptos legales, es un problema estricto de calificación legal (si hay o no infracción y cuál en el caso concreto, etc.)...¹⁰⁰.

En la doctrina nacional, Pierry indica que la apreciación jurídica (calificación jurídica) de los hechos cobra real importancia como medio de control de la discrecionalidad al momento de controlar los motivos invocados (hechos):

⁹⁷ PIERRY 2017, 396.

⁹⁸ *Ídem*. Esta conclusión debe desterrar un mito difundido en alguna práctica jurídica, que dice que un reclamo de ilegalidad de un acto administrativo solo implica una revisión de la legalidad formal del acto, esto es, solo si el acto infringió o no la ley, pero que inhibe o impide al juez revisar y controlar si los hechos ocurriendo o no, o si son verdaderos o no, o si están o no comprobados, porque ese control no sería de legalidad, sino que mera discrecionalidad. Aquello es un evidente error que llevaría a que el juez no ejerciera un verdadero control jurisdiccional de la Administración, baluarte de un Estado de Derecho, y permitiría que la Administración pudiera *inventar hechos*, con el riesgo de que “el milagro sí tuviera cabida en el Derecho Administrativo”, como en términos contrarios dice García de Enterría.

⁹⁹ BETTI 2015, 78.

¹⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2008, 483.

ya que, si la ley ha señalado expresamente los motivos por los cuales una decisión debe ser tomada, el control a través de la calificación jurídica de los hechos recaerá sobre el aspecto reglado de tal decisión, sin afectar el poder discrecional de la Administración¹⁰¹.

Dentro de la calificación jurídica de los hechos podemos encontrar los denominados conceptos jurídicos tanto determinados como indeterminados. En efecto, los conceptos jurídicos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca (mayoría de edad, jubilación, etc.). En el concepto jurídico indeterminado, en cambio, la ley refiere a una esfera de realidad que no aparecen bien precisados en su enunciado¹⁰². Desde luego es mucho más fácil detectar el error en la calificación jurídica cuando se contrasta un concepto jurídico determinado (por ejemplo, la Administración erróneamente califica de mayor de edad a una persona que tiene 17 años, en circunstancias que el concepto de "mayoría de edad" corresponde al mayor de 18 años), pero se complica cuando se trata de calificar un hecho sobre la base de un concepto jurídico indeterminado (por ejemplo, orden público, utilidad pública, necesidad manifiesta, etc.). Los conceptos jurídicos indeterminados se han conceptualizado como "aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de unos hechos concretos"¹⁰³. Para la doctrina clásica de corriente francesa, la apreciación de estos conceptos implica un ámbito de discrecionalidad para la Administración, en tanto que para la corriente más contemporánea de raigambre alemana no es discrecionalidad, sino que fundamentalmente de un problema de interpretación del concepto¹⁰⁴.

Finalmente, dentro de este control de los motivos es posible encontrar el control en la apreciación de los hechos, que es un control máximo sobre éstos y genera alguna polémica doctrinaria, ya que supone una valoración mayor que para algunos es una potestad discrecional no controlable, aunque ya la doctrina y jurisprudencia comparada aceptan la anulación del acto si se incurre en error manifiesto de apreciación, aunque sea de forma más excepcional¹⁰⁵. Sin embargo, en mi opinión, el tratamiento, de acuerdo a la normativa nacional, no debiera diferir del control de los hechos determinantes o la exactitud material de los hechos. Es efectivo que la apreciación de un hecho es más compleja que la determinación de aquél, pero, al final de cuentas, remite igual a una calificación e interpretación de los hechos y, por lo tanto, plenamente fiscalizable por los tribunales, si la apreciación efectuada por la Administración es arbitraria o irrazonable.

¹⁰¹ PIERRY 1984, 179.

¹⁰² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2008, 467 que analiza estos conceptos.

¹⁰³ Según lo ha definido el Tribunal Supremo español. Vid. PARADA 2002, 102.

¹⁰⁴ Sobre los conceptos jurídicos indeterminados y la concepción clásica y contemporánea de discrecionalidad vid. HUEPE 2019, 141 y ss.

¹⁰⁵ PIERRY 1984, 180.

b. El control a través de los principios generales de derecho

Corresponde a una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substractum mismo del ordenamiento destacando que en parte alguna de él, la aplicación de los principios generales es más necesaria que en el derecho administrativo. Hay principios tales como de la iniquidad manifiesta, de la irracionalidad, buena fe, proporcionalidad de los medios a los fines, igualdad¹⁰⁶. Uno que ha tenido una aplicación relevante en nuestro medio es el principio de confianza legítima, con recepción tanto en la jurisprudencia administrativa¹⁰⁷ como judicial¹⁰⁸.

En este tópico cabe destacar el principio de razonabilidad o interdicción de la arbitrariedad, que sería el gran aporte de la jurisprudencia y doctrina españolas en el control de la actividad discrecional¹⁰⁹. En efecto, el autor español Tomás-Ramón Fernández indica que la discrecionalidad no es arbitrariedad, sino que constituyen conceptos antagónicos, pues lo discrecionalidad debe hallarse cubierta por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo arbitrario o no tiene motivación respetable, o la que ofrece es tal que, escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefendible y su inautenticidad¹¹⁰. En este sentido, la motivación es el primer deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario¹¹¹ y la necesidad de justificación objetiva es el segundo nivel de distinción, para terminar concluyendo que el dilema entre legalidad y oportunidad es un sofisma puro y simple¹¹².

Esta forma de control es importante, ya que analiza la razonabilidad de los fundamentos en el elemento motivo, es decir, si los fundamentos jurídicos (faz jurídica del elemento motivo) son realmente suficientes, sólidos, consistentes con la evidencia, coherentes en el procedimiento de razonamiento y proporcionados en sus resultados, en suma, fundados¹¹³. Para ello la doctrina española de la mano de García de Enterría y Fernández ha elaborado el de-

¹⁰⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA (ob. cit.) 81-95.

¹⁰⁷ Principalmente a través de los Dictámenes N° 22.766 (2016), 23.518 (2016), 85.700 (2016) y 6400 (2018).

¹⁰⁸ Por ejemplo, Conrado Muñoz Hormazábal con I. Municipalidad de Padre Las Casas (2021) Corte Suprema, rol 119277-2020, Fundación Instituto Profesional DUOC con Subsecretaría de Educación (2021) Corte Suprema, rol 62663-2020, Castañeda con Universidad de Santiago de Chile (2020) Corte Suprema, rol 112869-2020, entre otras.

¹⁰⁹ SAAVEDRA 2011, 130.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ 1997, 82.

¹¹¹ De ahí la célebre frase "Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario". FERNÁNDEZ 1997, 82.

¹¹² FERNÁNDEZ (ob. cit.) 81-91.

¹¹³ En relación a la exigencia de motivos fundados del acto administrativo, el artículo 41 inciso 4° de la LBPA establece que "Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada". Lo anterior demuestra que las decisiones de la Administración que se contienen en los actos administrativos deben ser consistentes, coherentes, y proporcionadas, esto es, basadas en la prueba o evidencia, lógicas y razonadas en su procedimiento (adoptadas racionalmente), y razonables en

nominado “doble test de racionalidad y razonabilidad”. Es así como indican que en aplicación del primer test (de racionalidad) el Tribunal deberá comprobar: a) si la realidad de los hechos ha sido respetada o falseada, porque a los hechos no alcanza, la libertad característica del poder discrecional¹¹⁴. La prueba que se practique en el curso del proceso será aquí determinante; b) si se ha tomado o no en consideración por la Administración algún factor jurídicamente relevante o se ha introducido por ella en el procedimiento de elaboración de la decisión algún otro factor que no lo sea¹¹⁵ c) si se ha tenido en cuenta o se ha obviado el mayor peso o mayor valor que, eventualmente, otorgue el ordenamiento jurídico a alguno de esos factores¹¹⁶ y d) si, caso de tener todos los factores de obligada consideración el mismo valor jurídico, se ha razonado o no la concreta opción en favor de uno de ellos o el razonamiento aportado adolece de errores lógicos o, en fin, resulta inconsistente con la realidad de los hechos¹¹⁷.

Estos autores señalan que:

Si el resultado de este primer test es desfavorable para la Administración, el juez habrá de anular la decisión sometida a su control, como lo hicieron correctísimamente las Sentencias que acaban de citarse. Si, por el contrario, es favorable, el juez no tendrá más remedio que confirmar, le guste o no, la solución concretamente elegida por la Administración y cualquiera sea su opinión sobre la bondad o eficacia de la misma, a menos que (test de razonabilidad) esta solución adolezca de incoherencia

sus resultados. En una palabra: se trata de decisiones fundadas, siendo el fundamento normativo precisamente la norma que se comenta. Vid. HUEPE 2018, 300.

¹¹⁴ Citan los autores: “Los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos”.

¹¹⁵ Citan los autores: “un ejemplo claro de lo primero en la Sentencia de 15 de diciembre de 1986: «aun guardando la distancia de catorce metros no resulta racional el establecimiento de una guardería infantil en la misma manzana en la que figuraba una industria como la descrita [insalubre y peligrosa]. Por muy severas y eficaces que sean las medidas correctoras aplicadas... resulta por lo menos inquietante la estancia habitual de niños en las proximidades de la mencionada industria, y lo propio puede sostenerse respecto de un destino socio-cultural». Un ejemplo de lo segundo es la Sentencia de mayo de 1985: «los antecedentes del actor, delitos cometidos con ocasión del tráfico rodado utilizando vehículos de motor, no pueden ser causa que determine la denegación de posesión de un arma para cazar»”.

¹¹⁶ Indican: “En el caso de las Sentencias de 3 de noviembre de 1980 y 16 de noviembre de 1982, producidas a propósito de sendas denegaciones de autorización de la instalación de dos industrias, se subraya que la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución tiene que prevalecer necesariamente sobre la legislación de dimensiones mínimas aplicable a las nuevas industrias, que pretende garantizar la viabilidad y rentabilidad de las industrias ya existentes”.

¹¹⁷ Indican que un buen ejemplo en la Sentencia de 11 de junio de 1991: en igualdad de capacitación, experiencia y medios para realizar una obra entre las dos empresas concursantes, la Administración adjudica el contrato a la que hizo la oferta más cara. La Sentencia de 18 de febrero de 2002, por su parte, contempla un supuesto paradigmático de error lógico, cuando advierte que «no guarda relación alguna de causa a efecto el hecho de que pueda haber duda sobre cuál sea la oferta más ventajosa y la decisión de declarar desierto el concurso cuando resulta que aquella duda no deriva de la idoneidad de las antiguas condiciones, sino de los informes emitidos para adjudicar el contrato con arreglo a las mismas».

por su notoria falta de adecuación al fin de la norma, es decir, de aptitud objetiva para satisfacer dicho fin, o que resulte claramente desproporcionada... no ya a sus ojos, sino a los de cualquier persona sensata, según el parámetro al uso en la jurisprudencia anglosajona, que apela a un standard de conducta muy semejante a los habituales en el derecho privado y, al igual que éstos, perfectamente objetivable¹¹⁸.

En definitiva, en caso de concurrir un vicio de ilegalidad en el elemento motivo del acto administrativo, ya sea por error en los hechos determinantes, en su calificación jurídica o en los fundamentos (ya sea por ausencia, insuficiencia o falta de racionalidad o razonabilidad en los motivos) se reclamará que dicha ilegalidad se produce por infracción a los artículos 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880, 2° y 53 de la LOCBGAE en relación con el artículo 19 N° 2 de la CPR que garantiza la igualdad ante la ley, y con ello excluye la arbitrariedad.

III. Aplicación del método práctico en un ejemplo. Verificación

Por último, a fin de verificar cómo concurren (o no) los diversos elementos del acto administrativo utilizando este método práctico, se analizará el siguiente caso de laboratorio de la emisión de un acto administrativo:

Mediante Resolución Exenta Número 1, de fecha 3 de mayo de 2021, la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Ñuble, luego de tramitado un sumario sanitario, aplica multa de 100 Unidades Tributarias Mensuales a una empresa de secado y envasado de arena, por infringir normas del Código Sanitario. En el caso concreto se señaló que los trabajadores que realizaban esas labores lo hacían sin mascarilla y, según se consignó en el acta de fiscalización que levantaron los inspectores sanitarios, también estaban expuestos a sílice, un compuesto mineral que afecta la salud de los trabajadores, no habiendo advertido la empresa de ese riesgo mediante la información y capacitación pertinente.

El primer análisis de ese acto (que puede estar en carácter de proyecto aún) deberá hacerlo el asesor jurídico del Secretario Regional Ministerial de Salud, antes de notificarse dicho acto a la empresa. ¿Estará correctamente dictado el acto? He aquí el fin preventivo del método práctico propuesto: el asesor utilizará la metodología aplicativa expuesta para revisar si el acto administrativo ha sido dictado conforme a derecho.

¹¹⁸ Las Sentencias de 18 de julio de 1988 (estrechamiento de diez a cinco metros de una calle, que la estrangula en su parte central creando un auténtico cuello de botella causante de graves dificultades circulatorias, sin razón alguna que pudiera justificar la medida), 4 de abril de 1990 (previsión de un nuevo vial de circunvalación de una ciudad, con pendientes superiores al 25 por 100, de costosísima ejecución e innecesario por estar situado a pocos metros de otro que cumple idéntico objetivo, que, además, inutiliza un camping debidamente autorizado y en funcionamiento y afecta a una captación de agua potable) y 18 de marzo de 1992 (apertura de un nuevo vial, que el propio Ayuntamiento considera innecesario y que parte en dos una industria importante imposibilitando su funcionamiento) aplican de forma impecable este segundo test". GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 490-491.

En efecto, siguiendo el orden de los elementos del acto administrativo expuesto en este trabajo (primero revisando su legalidad externa: competencia, y forma y, después la legalidad interna: motivo, objeto y fin) el asesor identificará y constatará si ellos concurren de manera jurídicamente correcta. De este modo observará:

1) si el acto administrativo fue dictado por el funcionario investido regularmente y dentro de su competencia. Si detecta algún vicio aquí, lo observará antes de su notificación¹¹⁹;

2) si el acto se dictó respetando la forma establecida en la ley, esto es, mediante el procedimiento correspondiente consistente en el sumario sanitario, y si en la Resolución Exenta, constan los “considerandos” que explican los hechos (fecha y día de la inspección, hechos constatados etc.) las infracciones detectadas (indicándose la normativa) y el razonamiento jurídico que lleva a la conclusión, todo lo cual constituye la *motivación* del acto, o de lo contrario lo observará¹²⁰;

3) si el acto contiene motivos y estos son suficientes, para lo cual tendrá que revisar el expediente del sumario sanitario y ver si los hechos (aspecto fáctico de los motivos) están correctamente comprobados por la autoridad administrativa, es decir, si es efectivo que los trabajadores estaban sin mascarilla, si estaban expuestos a sílice y si la empresa informó de este riesgo, para lo cual tiene que examinar la prueba rendida tanto por la autoridad sanitaria (el acta, informes, etc.) como por la empresa (la prueba que haya rendido en la audiencia y contestación de cargos)¹²¹. Por otra parte, una vez comprobado que los hechos son efectivos, deberá revisar si están correctamente calificados desde el punto de vista jurídico como una infracción sanitaria, y si las normas citadas son las correctas. Finalmente revisará si el razonamiento jurídico que enlaza los hechos con la norma está desarrollado de forma coherente y con argumentos suficientes, y si son coherentes con la motivación

¹¹⁹ Por ejemplo, la empresa no está situada en la comuna de Quillón como se creía erróneamente, sino que unos pocos kilómetros más al sur, en la comuna de Yungay, que pertenece a la Región del Biobío, por lo que la Secretaría Regional Ministerial de Ñuble es incompetente; o la dictó el jefe de gabinete que no tiene la investidura para ello, o un erróneo funcionario subrogante, o un funcionario sin delegación o delegación improcedente, etc. El asesor entonces debe cuidar que la resolución la haya dictado efectivamente el Secretario Regional Ministerial, en funciones, dentro del territorio correspondiente, etc.

¹²⁰ Por ejemplo, en el sumario sanitario se omitió la audiencia de contestación y prueba del artículo 163 del Código Sanitario para que el afectado se defendiera, lo que implica un vicio de forma grave (vicio esencial y que causa perjuicio afectando el derecho de defensa) o si en la Resolución Exenta solo se dicta la sanción, pero se *omitió* la exposición de los hechos y fundamentos jurídicos (falta de motivación) lo que llevará al asesor a observar el acto o que se corrija antes de su notificación.

¹²¹ Sobre la forma de probar los hechos y la ponderación de la prueba, habrá que estarse a las reglas procesales que regule el respectivo procedimiento administrativo o jurisdiccional, con las interesantes particularidades que plantea el contencioso administrativo, cuyo análisis excede el presente trabajo.

que se expresa en el acto terminal. Si observa vicios, tendrá que pedir que se orrijan¹²².

4) si el acto contiene un objeto lícito y proporcionado. Así analizará que la decisión concreta en esta Resolución Exenta (aplicar multa por 100 Unidades Tributarias Mensuales) esté dentro del rango legal (el artículo 174 del Código Sanitario acepta desde un décimo a mil Unidades Tributarias Mensuales) y si esa decisión es *proporcionada* a la falta cometida. Si detecta un error en la tipificación de la sanción o en su proporcionalidad, deberá corregirlo¹²³.

5) si el acto tiene como fin resguardar las normas de higiene y seguridad, así como la salud de los trabajadores, a menos que detecte del análisis de todo el expediente que se persigue una finalidad distinta, caso en el cual, deberá observar el acto¹²⁴.

Una vez dictado y notificado el acto administrativo, el mismo método se puede aplicar por el abogado litigante que recibe en su consulta al dueño de la empresa, reclamando *el abuso* de la autoridad sanitaria que, de acuerdo con el relato de los hechos y antecedentes, lo guiará a buscar el posible vicio de ilegalidad del acto. Así por ejemplo, si el cliente dice que la multa es abusiva, habrá que revisar en el elemento objeto y su proporcionalidad; o que se trata de una persecución del Secretario Regional Ministerial en su contra

¹²² Por ejemplo, los hechos *no son efectivos*, porque los inspectores se equivocaron ya que, quienes no poseían mascarilla eran los funcionarios administrativos que no tiene contacto con la arena, y en cambio, los trabajadores que manipulaban los sacos de arena sí las usaban; o la empresa acompañó un informe de la Mutualidad respectiva que acredita que no hay presencia de sílice en la obra y por lo tanto mal podía sancionarse por ello. En estos casos, *no existen los hechos determinantes* del acto administrativo (circunstancias fácticas del elemento motivo). Otro ejemplo: se califica como infracción no usar mascarilla en la oficina de contabilidad de la empresa y resulta que la normativa es exigible solo para los trabajadores que laboran fuera. En esta última situación, *el hecho existe* (no usar mascarilla) pero su calificación jurídica, como *infracción sanitaria*, es errónea (circunstancia jurídica del elemento motivo). Finalmente, podría suceder que acreditado que no hay hecho constitutivo de infracción, el razonamiento jurídico se desarrolle en sentido contrario de culpabilidad, o con cita errónea de normas de derecho, lo que implica un error en el razonamiento o fundamento jurídico justificante del acto. (Error en los motivos por incoherencia, falta o insuficiente fundamentación o, en suma, los hechos y su fundamento no resistan el *doble test* de racionalidad y razonabilidad).

¹²³ Por ejemplo, si la norma del Código Sanitario hubiese señalado que la multa va de un décimo a 90 Unidades Tributarias Mensuales y se sancionó con 100, aun cuando todos los otros elementos del acto jurídico estuvieren correctos, el acto adolecería de un vicio de ilegalidad en el objeto. Sin embargo, aquí no es el caso, porque la multa máxima es hasta 100 Unidades Tributarias Mensuales según el referido Código; pero con todo, si las decisiones anteriores de la autoridad sanitaria en casos muy similares ha sido el aplicar solo 10 Unidades Tributarias Mensuales, o la falta es muy menor, no hay reincidencia, solo un trabajador no tenía la máscara, etc., podría establecerse que la cuantía de la multa es excesiva y corregirla a la baja para evitar un vicio del objeto por falta de proporcionalidad, o por el contrario, subirla si en los casos anteriores similares se aplicaban, por ejemplo 500 Unidades Tributarias Mensuales, y no hay elementos para una multa más baja.

¹²⁴ Es bien difícil aquí poner un ejemplo, ya que implicaría que el asesor jurídico, constata una *desviación de poder* de su jefe, por animosidad personal contra la empresa, o animosidad política, o fines meramente recaudatorios, etc., lo que llevaría a efectuar alguna denuncia por falta de probidad de su jefatura.

ya que tiene antecedentes de rivalidad personal o política evidente, caso en el cual habrá que revisar el fin del acto y si hay alguna desviación de poder, o que no entiende por qué la autoridad sanitaria de la Región de Ñuble lo fiscalizó si su empresa es de Yumbel, lo que llevará a analizar el elemento competencia, o que los inspectores sanitarios se equivocaron de trabajadores ya que los que requerían mascarilla eran otros, lo que implicaría revisar los hechos, o finalmente, que no entiende por qué lo sancionan por no informar los riesgos del sílice si tiene un informe de la Mutualidad que dice que no existe tal riesgo en su empresa, lo que llevará también a revisar los hechos, o por último, que habiendo presentado reposición administrativa contra las 100 Unidades Tributarias Mensuales y habiendo demostrado que no hay sílice, le acogen parcialmente la reposición pero le mantienen la misma multa sin rebajarla, lo que llevará nuevamente a analizar el objeto del acto y su proporcionalidad¹²⁵. Desde luego, el caso planteado puede ser también una suma de irregularidades que involucran varios vicios, o que un vicio en un elemento del acto administrativo genere también ilegalidad en el resto de los elementos.

Finalmente, este método práctico sirve para el asesor de la Administración que recibe un reclamo en su contra, para verificar si el vicio que se reclama es efectivo o no, y desde luego, también sirve para el juez a fin de verificar si el vicio reclamado es o no procedente.

Conclusiones

1.- Para efectuar un adecuado y eficiente control de legalidad de los actos administrativos, es conveniente acudir a un método práctico y una técnica concreta cuyos destinatarios son los operadores del derecho, con el objeto de determinar, en el caso concreto que se les presenta, *dónde* radica el vicio de legalidad del acto administrativo o cuál es su debilidad, ya sea para argumentar una ilegalidad del acto o bien defender su legalidad.

2.- Un primer paso para concretar este método, consiste en identificar y analizar los elementos del acto administrativo. Atendida la problemática chilena y comparada para identificar de manera uniforme los elementos del acto, el trabajo plantea reconocer aquellos que en nuestro país han generado algún consenso, principalmente en la jurisprudencia judicial y administrativa, con algún apoyo de la doctrina. Dichos elementos son la competencia (que incluye la investidura regular), el motivo, el objeto, el fin y la forma del acto administrativo (dentro de la cual se considera la motivación).

3.- Un segundo paso ha sido constatar que cada uno de los elementos del acto así consensuado cuentan con la correspondiente cobertura normativa que permite identificar dicho elemento con la normativa constitucional

¹²⁵ Este caso de laboratorio, en la última parte, referida a la inexistencia del riesgo de sílice y falta de proporcionalidad de la sanción por concurrir solo una de las dos infracciones imputadas, es el fallo "Arenera Costanero Biobío con Secretaría Regional Ministerial de Salud" (2018).

y legal chilena. Así el elemento competencia, cuenta con la cobertura normativa de los artículos 6° y 7° de la CPR, concretado en el plano legal en el artículo 2° de la LOCBGAE; el elemento motivo, está bajo la cobertura de los artículos 41 inciso 4°, 2° y 53 de la LOCBGAE, en relación con el artículo 19 N° 2 de la CPR; el elemento objeto, con los artículos 2° y 53 de la LOCBGAE, y en la expresa norma legal específica que para el caso se infrinja; el elemento fin, en los artículos 2° y 53 de la LOCBGAE, y el elemento forma en los artículos 3° y 11 inciso 2° y 16 de la Ley N° 19.880 (estos dos últimos, tratándose de la motivación) y del artículo 13 inciso 2° de la Ley N° 19.880 tratándose del vicio de forma.

4.- Un tercer paso consiste en la contrastación del elemento del acto administrativo reclamado con la norma jurídica infringida, detectando dónde se encuentra el vicio de legalidad. Para ello es necesario acudir a una técnica de control de los actos administrativos, utilizándose aquella que la doctrina enuncia para el control de los actos administrativos discrecionales, pero que en este trabajo ha sido adaptada para el control de todo tipo de actos, tanto reglados como discrecionales.

5.- Utilizando la técnica de control de los actos discrecionales así adaptada es posible analizar y controlar primeramente los elementos generalmente reglados del acto administrativo. De este modo, se puede analizar los vicios de la competencia, de la forma, del fin y del objeto, cuya ilegalidad podría ser más patente, en especial, el vicio de incompetencia por exceso de potestades o atribuciones, la violación de la ley en cuanto al objeto y la desviación de poder por ilegalidad en el fin del acto, constandingo el vicio a la luz de la infracción de la normativa constitucional y legal ya señalada.

6.- También es posible efectuar un segundo control del elemento más sustancial del acto administrativo, esto es, un control sobre los motivos del acto. En dicho control que contiene elementos más discrecionales, es posible controlar los hechos determinantes del acto, que incluye la exactitud material de los hechos, de tal manera que, si ellos no existen o no están comprobados, habrá una ilegalidad en los motivos invocados; pero también se puede controlar la calificación jurídica del acto que de ser si es errónea, implicará ilegalidad, pero en los motivos legales, teniendo importancia también la calificación, tratándose de los conceptos jurídicos, tanto determinados, como indeterminados, y además es posible controlar la apreciación de los hechos con algunas discusiones en orden si ello debe ser o no excepcional.

7.- Tiene una gran importancia en el elemento motivo, el control a través de los principios generales de derecho, tales como la buena fe, la proporcionalidad, la irracionalidad, y en nuestro país también el principio de confianza legítima. Sin embargo, cabe destacar el principio o criterio de la razonabilidad también conocida como interdicción de la arbitrariedad, considerando que nuestra legislación nacional ha recogido tal principio o criterio en el artículo 53 de la LOCBGAE, en relación con el artículo 19 N° 2 de la CPR, considerando que la razonabilidad atraviesa todo el espectro del acto admi-

nistrativo, tanto en su procedimiento (consistencia, coherencia, racionalidad), como en sus resultados (a través de la proporcionalidad de la decisión en relación medio a fines), siendo interesante la elaboración doctrinaria del *doble test* de racionalidad y razonabilidad.

8.- Finalmente, se ha pretendido demostrar que, utilizando el método propuesto en este trabajo, es posible identificar o detectar de manera más clara, ordenada y sistematizada, él o los vicios de ilegalidad que pueden afectar a un acto administrativo concreto, así como determinar cuáles son los vicios principales y secundarios que concurren en él, pudiendo además identificarse las fortalezas y debilidades del acto administrativo para su corrección. Incluso este método puede jugar un rol preventivo para que el asesor de la Administración pueda revisar que el acto administrativo cumple con todos sus elementos correctamente antes de su dictación o notificación.

Bibliografía citada

- ANDERS, V. et al. (s.f.). Método. En *Diccionario Etimológico Castellano*. Recuperado en 23 de septiembre de 2020, de <http://etimologias.dechile.net/?me.todo>
- ANDERS, V. et al. (s.f.). Fundamentar. En *Diccionario Etimológico Castellano*. Recuperado en 30 de septiembre de 2020, de <http://etimologias.dechile.net/?fundamentar>
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2011). *Derecho Administrativo General* (2ª edición). Abeledo Perrot Thomson Reuters.
- BETTI, E. (2015). *Teoría de la Interpretación Jurídica* (trad. A. Vergara Blanco). Ediciones UC.
- CANDIA FALCON, G. y URBINA, F. (2017). Estado de Derecho y control jurisdiccional: desafíos y tensiones. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 24 (1), 105-132.
- CASSAGNE, J. (2006). *Derecho Administrativo* (Tomo II) (8ª edición). LexisNexis Abeledo Perrot.
- CLAVERO AREVALO, M. (1992). *Estudios de Derecho Administrativo*. Editorial Civitas S.A.
- CORDERO QUINZACARA, E. (2013). La nulidad de los actos administrativos y sus causales. En J. Ferrada (coord.), *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno, IX Jornadas de Derecho Administrativo* (pp. 224-229). Thomson Reuters.
- CORDERO VEGA, L. (2009). *El control de la Administración del Estado* (2ª edición). LegalPublishing.
- CORDERO VEGA, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo* (2ª edición). Thomson Reuters.
- CHAPUS, René (2001) *Droit administratif général*. Tome I. Montchrestien.
- FERNÁNDEZ, T. (1997). *De la Arbitrariedad de la Administración* (Segunda Edición ampliada). Editorial Civitas.
- FERRADA, J. (2009). *Estudios de justicia administrativa* (2ª edición). LegalPublishing.
- FERRADA, J. (2012). El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXV(1 – Julio), 103-126.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1962). La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). *Revista de Administración Pública (Madrid)*, 159-205.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. (2008). *Curso de Derecho Administrativo I* (14ª Edición). Editorial Thomson Civitas.
- GORDILLO, A. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo 3, el acto administrativo). (10ª Edición). Fundación de Derecho Administrativo.
- GUZMÁN NAPURÍ, C. (2013). *Manual del procedimiento administrativo general*. Pacífico Editores.
- HUEPE ARTIGAS, F. (2018). *Discrecionalidad administrativa y razonabilidad*. Thomson Reuters.
- HUEPE ARTIGAS, F.; SANTIBÁÑEZ YÁÑEZ, F. y MORALES VÉJAR, B. (2019). *Los vicios del acto administrativo* (Ediciones Der).

- HUEPE ARTIGAS, F. (2019). Las potestades discrecionales de la Administración en la tramitación y decisión de los sumarios administrativos. Técnicas para su control jurídico, con especial énfasis en el control de razonabilidad" la facultad de la Administración para poner término unilateral al contrato y su impugnación. En M. Guiloff Titium (coord.), *Desafíos y tendencias de la función pública: XIII Jornadas de Derecho Administrativo* (pp. 141-165). RF Ediciones.
- JARA SCHNETTLER, J. (2013). Desviación de poder y nulidad de los actos administrativos. En J. Ferrada (coord.), *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno, IX Jornadas de Derecho Administrativo* (pp. 224-229). Thomson Reuters.
- LARA ARROYO, J. y HELFMANN MARTINI, C. (2011). *Repertorio Ley de Procedimiento Administrativo*. Abeledo Perrot – LegalPublishing.
- MAURER, H. (2011). *Derecho Administrativo, parte general* (trad. Coordinada por Gabriel Doménech Pascual). Marcial Pons.
- MORAGA KENNER, C. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo, la actividad formal de la Administración del Estado* (Tomo VII). Abeledo Perrot LegalPublishing.
- MORAND-DEVILLER, J. (2010). *Derecho Administrativo* (trad. Z. Rincón y J. Peláez). Universidad Externado de Colombia.
- NIETO, A. (2000). *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel S. A.
- PALLAVECINI, J. (2011). El principio de legalidad del gasto público en materia financiera. *Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales*, 209-230.
- PARADA, R. (2002). *Derecho Administrativo I Parte general*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- PAREJO ALFONSO, L. (1993). *Administrar y juzgar: dos funciones distintas y complementarias: un estudio al alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*. Madrid, Tecnos.
- PAREJO ALFONSO, L. (2014). *Lecciones de Derecho Administrativo* (7ª edición). Tirant lo Blanch.
- PIERRY ARRAU, P. (1984). El control de la discrecionalidad administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (8), 161-183.
- PIERRY ARRAU, P. (2017). *Derecho Administrativo, obra reunida*. Escuela de Derecho PUCV.
- PRAT, J. A. (1957). *De la desviación de poder*. Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo.
- RIVERO, Jean y WALINE, Jean (2002). *Droit administratif*. Dalloz.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. (2016). *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Marcial Pons.
- SAAVEDRA FERNÁNDEZ, R. (2011). *Discrecionalidad administrativa*. Abeledo Perrot LegalPublishing.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Editorial Tecnos S.A.
- SILVA CIMMA, E. (1995). *Derecho Administrativo chileno y comparado, el servicio público*. Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA CIMMA, E. (1995). *Derecho Administrativo chileno y comparado, actos contratos y bienes*. Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, E. (2010). *Derecho Administrativo, Temas Fundamentales*. Abeledo Perrot, LegalPublishing.
- VALDIVIA OLIVARES, J. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch.
- VEDEL, Georges y DELVOLLE, Pierre (1958). *Droit Administratif*. Tome 2. Puf.
- VELASCO CABALLERO, F.(1996). *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*. Tecnos.
- VERGARA BLANCO, A. (2010) *El Derecho Administrativo como sistema autónomo, el mito del Código Civil como "Derecho Común"*. Abeledo Perrot LegalPublishing.
- VERGARA BLANCO, A. (2017). *Derecho Administrativo: identidad y transformaciones*. Ediciones UC.

Jurisprudencia citada

- Contraloría General de la República. Dictamen N° 56.046 (2003), 9 de diciembre de 2003.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 17.820 (2004), 12 de diciembre de 2004.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 45.191 (2004), 6 de septiembre de 2004.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 887-2008, 12 de mayo de 2008.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 1062-2008, 12 de mayo de 2008.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 1063-2008, 12 de mayo de 2008.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 1073-2008, 12 de mayo de 2008.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 1074-2008, 12 de mayo de 2008.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 1075-2008, 12 de mayo de 2008.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 1076-2008, 12 de mayo de 2008.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 1838-2008, 19 de junio de 2008.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 6297-2008, 16 de diciembre de 2008.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 4661-2009, 21 de julio de 2009.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 6217-2010, 21 de octubre de 2010.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 15.300 (2012), 15 de marzo de 2012.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 2523-2013, 10 de junio de 2013.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 8393-2013, 11 de noviembre de 2013.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 22.766 (2016), 24 de marzo de 2016.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 23.518 (2016), 29 de marzo de 2016.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 21192-2015, 6 de julio de 2016.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 85.700 (2016), 28 de noviembre de 2016.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 55119-2016, 29 de diciembre de 2016.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° Rol N° 34.277-2017, 7 de marzo de 2018.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 6.400 (2018), 2 de marzo de 2018.
- Corte de Apelaciones de Concepción. Sala. Rol 1605-2018, 18 de enero de 2019.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 16103-2019, 24 de julio de 2019.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 1497-2019, 24 de julio de 2019.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 7815-2019, 30 de julio de 2019.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 3404-2019, 3 de julio de 2019.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 4787-2019, 13 de mayo de 2019.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 5733-2019, 14 de mayo de 2019.
- Corte Suprema. Sala. Rol 5457-2019, 13 de mayo de 2019.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 9.762 (2020), 10 de junio de 2020.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 24049-2019, 30 de junio de 2020.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 20302-2018, 7 de julio de 2020.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 39649-2020, 18 de agosto de 2020.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 112869-2020, 21 de diciembre de 2020.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 62663-2020, 5 de enero de 2021.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 119277-2020, 24 de febrero de 2021.