

La ausencia de motivación como vicio formal de los actos administrativos

Lack of motivation as a formal defect of administrative acts

Felipe Lizama Allende

Universidad del Desarrollo

RESUMEN Pretendemos exponer el tratamiento que ha dado la doctrina chilena y comparada al efecto que trae aparejado la ausencia de motivación de un acto administrativo. Mientras que en ella vemos un análisis formalista de la motivación, aunque a veces en conexión con principios constitucionales, cierta jurisprudencia oscila en tratarla como un vicio de forma esencial o simplemente como una ilegalidad.

PALABRAS CLAVE Motivación, Acto Administrativo, Elementos del acto administrativo

ABSTRACT We intend to expose the treatment that Chilean and comparative doctrine has given to the effect that brings the lack of motivation of an administrative act. While we see in it a formalist analysis of motivation, although sometimes in connection with constitutional principles, some jurisprudence oscillates in treating it as an essential formality vice essentially or simply as an illegality.

KEYWORDS Motivation, Administrative Act, Elements of administrative act

Introducción y cuestiones previas

Este trabajo tiene por objeto analizar sucintamente de la ausencia de motivación en un acto administrativo como un vicio que da lugar a su sanción (sea nulidad, ilegalidad u otra). Ello por las siguientes razones:

Resulta clave entender que, en el ámbito de una sociedad democrática, ceñida por estándares de buen gobierno, la motivación de los actos administrativos permite a los interesados en un procedimiento comprender adecuadamente las razones que tiene la autoridad política para tomar tal o cual medida. Así, el ciudadano en su relación con la Administración puede asimilar la razonabilidad de las decisiones, y en caso de ausencia de ella, poder recurrir en cautela para el ejercicio de sus derechos. Si existe un mandato

legal (como los que veremos) que obligan a la Administración a fundar sus actos, en caso de no hacerlo ello constituye un «abuso» o «exceso», lo que, de acuerdo con la LOC núm. 18.575 «dará lugar a las acciones y recursos correspondientes».

En segundo lugar, por razones estructurales que escapan a este trabajo, hemos podido apreciar que la ausencia de fundamentos de un acto administrativo deviene -para la jurisprudencia- en una «ilegalidad», sin adentrarse en qué tipo de ilegalidad es ni qué vicio dentro de todos los que admite el acto administrativo la configuran.

En tercer lugar, al revisar algunos Dictámenes de la Contraloría (Soto Kloss, 2009: 720-721)¹ se ha planteado que los vicios que provoca la falta de motivación de un acto administrativo son «de forma» y «esenciales».

Finalmente, el tema de la motivación de los actos administrativos viene desde antiguo en el derecho administrativo chileno. Como lo ha hecho presente en nuestro medio el profesor Bocksang, ilustrándonos sobre el caso Arcos y Vásquez del año 1850, con éste hay «pequeñas luces que anticipan la relevancia que este elemento adquiriría en épocas posteriores del desarrollo de nuestro administrativismo» (Bocksang, 2015: 570).

La pregunta entonces es, ¿Qué tipo de vicio en el acto administrativo es la ausencia de motivación del mismo? A ello pretendemos adentrar en los capítulos que siguen.

La noción de acto administrativo y su conexión con el tipo de vicio que ocasiona la ausencia de motivación

Sabemos que el artículo 3º, inciso segundo, de la Ley 19.880 señala: «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,

1. Sabido es que la Contraloría General de la República, tiene una reconocida potestad dictaminante, como lo dice el artículo 7º de su Ley Orgánica Constitucional 10.336. De acuerdo con lo anterior, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en los casos a que se refiere (Art. 8º) Además, los funcionarios de la Administración Central están obligados a lo resuelto por ella, sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios (Art. 19). Por último, los dictámenes (también llamados informes por la ley) serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran. (Artículo 10, inciso 4º de la Ley de Contraloría). Es entonces de especial relevancia analizarla pues como ha sido advertido: «No se trata de una actividad dictaminante como aquella que realiza un asesor jurídico de una empresa o servicio, «ilustrando» el asunto para una mejor adopción de decisiones por parte del órgano ejecutivo; no hay aquí tampoco, una función de administración consultiva de aquella que prevén las leyes en orden a obligar a órganos ejecutivos a solicitar informe antes de decidir, pero éstos siendo libres de seguir o no lo propuesto. No, nuestro Derecho ha seguido una vía bien diferente y la ha expresado muy claramente: un «organismo autónomo», «independiente de todos los ministerios, autoridades y oficinas del Estado», en el ejercicio de sus funciones contraloras, dice el Derecho en el ámbito de la Administración del Estado, al controlar la legalidad de la actividad administrativa y determinar la correcta aplicación de la normación que la regula». Nos hemos referido a la importancia de la jurisprudencia contralora, a propósito de los conflictos de interés, en (Lizama, 2013: 119-124)

realizadas en el ejercicio de una potestad pública»² (Ley 19.880, 2003: artículo 3°, inciso segundo).

En consecuencia, el acto administrativo -al menos legalmente- es una decisión «formal», cuyos vicios «de forma», no traen aparejada necesariamente la invalidación (Ley 19.880, 2003: artículo 13, inc. 2°), y, además, sus elementos deben ser tratados como formas o procedimientos de elaboración del mismo. En este engarce debe, en principio, ser asimilada la motivación.

Cuestión distinta sería entender el acto administrativo como «una ordenación racional unilateral, emitida por un sujeto en el ejercicio de función administrativa, que, destinada a satisfacer una necesidad pública concreta, produce efectos jurídicos directos» (Soto Kloss, 2003: 36). La noción preconizada recientemente es coherente con el artículo 7°, constitucional, toda vez que el acto administrativo se introduce en el ordenamiento jurídico en la medida que se conforma con la Constitución, porque existencia y validez se funden (Soto Kloss, 2003: 44).

Al ser una noción procedimental, la *forma sería en sí un elemento de la esencia del acto administrativo*. En ello no conozco doctrina que haya reparado en ese punto. Cierro es que ha entendido recientemente sobre la noción sustancial del acto administrativo -a la que adscribimos- que no es una definición, sino que una descripción en tanto institución jurídica, pero que ello no logra «conceptualizar cabalmente la noción sino sólo identificar los márgenes dentro de los cuáles éste puede desenvolverse legítimamente» (Camacho, 2013: 73), por lo que dicha noción sustancial permita indicar cuáles son las exigencias para que la decisión sea válida e irreprochable.

A nuestro juicio esta aseveración es rebatible porque:

- La propia definición formal de la Ley 19.880 daría a entender que cualquier vicio da lugar a su invalidez y que, de entender dicha norma en su tenor literal, tendríamos el problema resuelto y estas pequeñas reflexiones carecerían de total sentido;
- Porque la modalidad de la actuación administrativa es diversa, y su exteriorización no siempre es igual, los actos administrativos no son siempre iguales (Piénsese, v.gr., en un bando, una resolución, una orden verbal de un carabinero, etc.).

Así las cosas, la crítica académica ventilada precedentemente ha señalado que la propia actividad administrativa se puede clasificar teniendo en cuenta una diversidad muy amplia de criterios, siendo estos:

- Desde la perspectiva de la efectividad, positiva o negativa;
- Desde la externalización, actividad jurídica o formal (actos administrativos) o sustancial, en la que hay hechos administrativos por los cuales se hace efectivo el comportamiento material o actividad física de los órganos administrativos;

2. Para una visión crítica del concepto legal véase (Soto Kloss, 1999: 222-230).

- Desde el punto de vista de la legalidad, legal o ilegal;
- Desde las partes que intervienen, unilateral o convencional;
- Desde la perspectiva observada, interna y externa y;
- Desde la perspectiva del régimen jurídico, de derecho público o privado (Camacho, 2010: 84).
- Por lo que mal la noción podría ser inespecífica, pues pretende englobar precisamente, al sujeto que la emite «en el ejercicio de su fundón administrativa», ello porque no solo ejercen tal los órganos de la Administración del Estado, sino también el Congreso y la Judicatura, aunque *ad intra*. Y el «sujeto» a que se refiere puede incluir privados, tales como concesionarios de obra pública, atendido que tienen «potestades expropiatorias» (Soto Kloss, 2003, 41) y;
- Con todo, reducir el problema a la mera definición nos deja en igual posición, y deberemos adentrar en el contenido del acto administrativo para ver si podremos encontrar los llamados vicios formales.

La motivación entre los elementos del acto administrativo

Como cuestión previa, y tal como señala el profesor Soto Kloss, existen supuestos, presupuestos y elementos del acto administrativo.

Esgrime que el supuesto del acto administrativo es la existencia de un debido procedimiento para actuar, el cual debe ser previo, el presupuesto está dado por un motivo previo, asociado indefectiblemente a la necesidad pública. Añade además que motivación, objeto y fin son los elementos básicos del acto administrativo, el primero es la expresión formal de la situación de hecho que mueve a la Administración a actuar jurídicamente, el objeto es la decisión o contenido esencial del acto administrativo, que confiere una orden para realizar prestaciones concretas, exigible tanto a la Administración como a los particulares. Finalmente consigna además que la firma, es un elemento «ineludible», teniendo a la vista el artículo 35 de la Constitución chilena actualmente en vigor.

Ahora, para los que se dedican al derecho público no les resultará extraño decir que no es lo mismo la fundamentación o motivación que el motivo o el fundamento. Mientras que los motivos son los presupuestos a través de los cuales se emiten determinados actos, la motivación es la expresión de este presupuesto en el acto correspondiente. Dejar constancia en el acto de aquellos presupuestos, circunstancias, en fin, que dan lugar a la emanación del acto administrativo.

En el trabajo de los profesores Lledó y Pardo se ha entendido que dentro del elemento causal o teleológico encontramos el fin del acto, y que ese objetivo habrá de ser necesariamente cumplido y reflejado -o motivado- por el acto administrativo dictado en ejercicio de aquella facultad (Lledó y Pardo, 2013: 64). También el motivo constituye un elemento teleológico (Lledó y Pardo, 2013: 68), y la motivación o «deber de fun-

damentación» como elemento formal (Lledó y Pardo, 2013: 79). En relación a nuestro tema en examen, al analizar los vicios de forma que el acto definitivo, debe expresarse en el mundo jurídico mediante una determinada forma de manifestación, que regularmente es la forma escrita. Esta última es la única que aseguraría la certeza de contenido y de los efectos del acto, y la única que posibilitaría su motivación. Así, la ausencia de motivación se subsume dentro de este vicio, citando ya el celeberrimo artículo 13, inciso 2° de la Ley 19.880.

También se ha entendido, siempre en doctrina chilena, que como consecuencia de la unidad del acto administrativo emana la autarquía o autosuficiencia del acto, que constituye un atributo diferente a la motivación del mismo, aunque lo supone, mientras que la primera requiere expresar los fundamentos de hecho y de derecho del acto, la autarquía exige que los fundamentos estén contenidos en un solo documento (Arancibia, 2014: 22). Este trabajo es clave pues trae a colación ciertos dictámenes de la Contraloría en que se ha engarzado la ausencia de motivación con los vicios de forma (Arancibia, 2014: 22).

Con un matiz interesante, el profesor Cordero aduce que debe diferenciarse causas y motivos del acto, y que mientras la infracción a la causa afecta el estándar de legalidad, la infracción a la motivación afecta el estándar de razonabilidad (Cordero, 2015: 263).

Finalmente, en un recuento de las visiones sobre lo que llama «la naturaleza jurídica del deber de motivación y el debido procedimiento», Encina nos señala que el deber de motivación resulta por ser un elemento de los actos administrativos, que nace de los principios constitucionales de juridicidad, de interdicción de la arbitrariedad y de transparencia, «la motivación se prevé a propósito de los principios de imparcialidad, de transparencia y de publicidad, y también como requisito de contenido de la resolución final» (Encina, 2015: 57).

Si revisamos doctrina comparada podemos mostrar que, por ejemplo, para Entrena los elementos formales del acto administrativo constituyen el medio de producción y exteriorización, la «forma» de producción es el procedimiento administrativo. Y son elementos formales las exteriorizaciones, la motivación, la notificación y la publicación (Entrena, 1999: 193-202).

Por su parte, Santa María indica por tales:

- Que debe producirse en conformidad a un procedimiento establecido;
- Que cuando son escritos deben ser con una estructura interna y;
- Deben contener una motivación sucinta (Santa María, 1999: 150).

Las ilegalidades relativas a los motivos darían lugar según De Laudabère a la «posible» admisión por recurso por exceso de poder (De Laudabère, 1984: 105)³.

3. En nuestro medio se ha entendido por desviación de poder como «el vicio del acto administrativo discrecional o reglado, consistente en el ejercicio de una potestad pública administrativa con infracción de las finalidades establecidas para dicho acto por la norma reguladora de dicha potestad y el ordenamiento

Ramón Martín señala que «Otras infracciones, como la falta de motivación, la omisión de informes preceptivos u otras deficiencias formales, pueden ser causa de vicios originantes de anulabilidad» (Martín, 2004: 269).

Raúl Bocanegra (Bocanegra, 2002: 77) trata el procedimiento y la forma de manifestación del acto administrativo, señalando que

La omisión de la motivación no debe provocar por sí solo la anulación del acto si del examen del expediente administrativo se permite comprobar que estaba correctamente fundamentado, o si la administración aporta la motivación en el seno del propio proceso, ya entablado [...] en estos casos, el daño que la omisión de la motivación ocasiona al particular, al que se obliga a accionar al contencioso para conocer las razones de la administración que deberían haber comunicado en la motivación, puede compensarse con otras vías, como la condena en costas (Bocanegra, 2002: 78).

Ramón Parada indica que los elementos formales del acto administrativo constituyen el procedimiento que constituye actuaciones preparatorias y conducentes al acto o resolución final (Parada, 1992: 128), la declaración que sea escrita como garantía mínima (Parada, 1992: 129) y el contenido de la declaración o motivación (Parada, 1992: 130).

Finalmente, en el reciente trabajo de Parejo se consigna la motivación como uno de los elementos formales, más en conexión con un elemento imprescindible, a saber la escrituración, señalando que la regla de producción y constancia en forma escrita o electrónica rige especialmente para los actos precisados legalmente de motivación 509, luego de revisar la jurisprudencia concluye que la motivación se entiende como un medio para el control de la causa del acto y por derivación del procedimiento seguido para su adopción (Parejo, 2016: 510). El autor conecta con la anulabilidad la desviación de poder y en esta cuadrando la motivación interna del acto (Parejo, 2016: 517). Aunque no es explícito en el vicio que constituye la falta de motivación, cuadra la anulabilidad como una categoría que encuadra todos los vicios. Previo a ello trata conforme a la normativa hispana los actos nulos de pleno derecho, entre los que no está la motivación.

Pretendí acá referirme a los autores extranjeros no por un purismo intelectual en ellas, sino que por existir referencias de legislación extranjera en la ley chilena se hace indispensable ver su tratamiento.

El contrapunto jurisprudencial

Pretendo exponer algunos casos sin afán alguno de extenderme en todos ellos y sin que esta extensión sea omnicompreensiva de todos los casos⁴, sino que para mostrar que en todos ellos hay un tratamiento distinto de la ausencia de motivación.

jurídico, mirado éste en sentido amplio, considerando para determinar las finalidades, tanto las normas positivas como los principios generales del Derecho Público, sean éstas públicas o privadas y no necesariamente inconvenientes» (Lledó y Pardo, 2013: 49).

4. Un recuento detalladísimo en (Encina, 2015: 113-122). Puede verse también un recuento de pronunciamientos en (Helfmann, 2016)

La Corte Suprema, conociendo por vía de Recurso de Protección, acogió una cautela constitucional deducida por «Ecopuertos S.A.» en contra del Ministerio de Defensa por las siguientes razones:

Quinto: Que sin desconocer las facultades que la legislación otorga al Ministerio de Defensa Nacional, como administrador del borde costero del litoral, conforme a las cuales puede otorgar o denegar las solicitudes de concesiones marítimas que se le presenten, lo cierto es que las determinaciones que en este sentido pronuncie deben ser debidamente fundadas, es decir, el acto administrativo que de ella surja debe encontrarse motivado en consideraciones que no dejen duda alguna sobre la procedencia de la decisión adoptada, en razón del interés público involucrado, como única finalidad que puede tener la actuación de la autoridad.

[...] Séptimo: 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. La causa o motivo debe expresarse en el acto de la Administración y ello deriva precisamente de que el actuar de la misma debe ser razonable, proporcionado y legalmente habilitado, a fin de posibilitar su comprensión frente a los destinatarios y evitar ser tachada de arbitraria, puesto que la inexistencia o error en los motivos de hecho, determina la existencia de un vicio de abuso o exceso de poder.

En este sentido, la propia Ley de Bases de Procedimientos Administrativos contempla esta exigencia de fundamentación al señalar en su artículo 11 que: «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», lo que es reiterado en sus artículos 16 y 41.

Octavo: [...] En relación a lo anterior, cabe consignar que aun cuando el legislador utilice conceptos jurídicos indeterminados, cuya apreciación queda sujeta a la autoridad administrativa y/o se trate del ejercicio de una potestad discrecional, en la cual se entrega un mayor margen de libertad al órgano administrativo, ello no significa que la actividad que en este ámbito ésta ejecute, esté ajena al control de los elementos reglados de la potestad y de los principios generales, como la igualdad, la no discriminación, y la buena fe, entre otros, colocando un límite a una eventual arbitrariedad.

Noveno: Que, conforme a lo razonado, se concluye que en el caso de autos ha existido un vicio en el acto administrativo impugnado, consistente en la falta del elemento de motivación, lo que determina la ilegalidad del mismo y lo hace susceptible de anulación, siendo además arbitrario por las razones ya señaladas. (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia caratulada Ecopuertos S.A. con Ministerio de Defensa, de 2016).

Predicamento semejante se encuentran en la máxima judicatura, en sede de casación, en el caso «Inima Chile Ltda. con Fisco de Chile», como puede apreciarse en el siguiente caso:

Quinto: Que la Ley 19.880 establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado y en su artículo 1º

dispone su aplicación supletoria en los casos en que la ley establezca procedimientos administrativos especiales. Por su parte, el Código Sanitario en el título II del Libro X regula el sumario sanitario, estableciendo únicamente respecto de la sentencia, en los artículos 167, 171 y 172 respectivamente, que ésta se dictará sin más trámite, la posibilidad de reclamar de las sanciones aplicadas y que ésta puede cumplirse no obstante encontrarse pendiente la reclamación, sin hacer mención alguna respecto de los requisitos y sin regular la forma en que ésta debe ser otorgada.

Sexto: Que lo anterior importa desde luego que a tal respecto rige en forma supletoria la Ley 19.880, la que en su artículo 41 regula el contenido de la resolución que pone término al procedimiento, estableciendo que ésta contendrá la decisión, que debe ser fundada. La obligación de fundamentar la decisión tiene su origen en los principios que inspiran los procedimientos administrativos que rigen a los órganos de la Administración del Estado, específicamente los de imparcialidad, transparencia y publicidad a que se refieren los artículos 11 y 16 de la Ley 19.880, señalando el primero en su inciso segundo: «Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos casos que afecten 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». Por su parte, el artículo 16 inciso primero dispone: «El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él». Es decir, la ley contempla la obligación de fundar las decisiones, lo que, sin duda, propende al respeto del principio del debido proceso consagrado constitucionalmente en el artículo 19 núm. 4 de la Carta Fundamental⁵.

Séptimo: Que no obsta a la obligación de fundamentar la decisión lo dispuesto en el artículo 166 del Código Sanitario, en cuanto dispone que basta para dar por establecida la existencia de una infracción a las leyes y reglamentos del ramo el acta que levante el funcionario del Servicio al comprobarla, toda vez que ello se refiere a la prueba, otorgándole pleno valor a dicha diligencia. Pero no importa eximir a la autoridad de emitir una resolución fundada. En efecto, de estimar la autoridad respectiva acreditada la infracción con el mérito de tal documento deberá así señalarlo expresamente al momento de resolver y será justamente ello el fundamento de su decisión; y, de existir descargos, deberá hacerse cargo de ellos señalando los motivos por los que los desestima, además de establecer concretamente las infracciones por las que sanciona. (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, caratulada Inmia Chile con Fisco de Chile, de 2010)

Empero, este tratamiento minucioso no ha sido del todo continuo. En un Dictamen reconocido por sus consecuencias en materia de función pública el Ente de Control adujo:

Ahora bien, analizados los documentos adjuntos, se advierte que en el caso de don Jorge Neira Herrera, la autoridad administrativa a través de una simple comunicación informó al interesado de la no renovación de su contrata para el año 2016, por no ser necesarios sus servicios, sin hacer referencia a ningún antecedente que dé cuenta de

5. La referencia debe entenderse, naturalmente, al numeral 3° del art. 19 de la Constitución.

las circunstancias de hecho que justifiquen su decisión, es decir, de manera infundada.

Por su parte, en relación a don Jorge Figueroa Pallet, no consta que se haya dado cumplimiento a lo señalado en el párrafo anterior.

Lo precedentemente expuesto, no se condice con el deber derivado del principio de la confianza legítima de tener los órganos de la administración del Estado una actuación coherente, y en el caso de determinar una decisión distinta a la que ha venido adoptando, dar comunicación de dicho cambio de criterio a través de un acto de carácter positivo debidamente motivado a través del cual este se manifieste.

En este sentido, se debe tener presente que el artículo 11 de la Ley 19.880, dispone, en lo que importa, que «Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afecten los derechos de los particulares», razón por la cual resulta necesario que el acto que se dicte al efecto contenga el razonamiento y la expresión de los hechos y fundamentos de derecho en que se sustenta su decisión (aplica criterio contenido en dictamen núm. 13.207, de 2010).

Por consiguiente, teniendo en cuenta que las reiteradas renovaciones de las contrataciones -desde la segunda renovación al menos-, generan en los servidores municipales que se desempeñan sujetos a esa modalidad, la confianza legítima de que tal práctica será reiterada en el futuro, para adoptar una determinación diversa, es menester -al amparo del referido principio-, que la autoridad municipal emita un acto administrativo, que explicita los fundamentos que avalan tal decisión (Dictamen núm. 22.766, de 24 de marzo de 2016).

La motivación del acto administrativo constituyó en otros casos requisito formal esencial al tenor de lo dispuesto por la Contraloría, como lo ha expuesto la doctrina comparada al tratar los requisitos formales del acto administrativo:

En el mismo sentido, acorde con lo señalado en el dictamen núm. 4.168, de 2008, de esta Contraloría General, se debe manifestar que ante un acto administrativo que adolece de un vicio que afecta un requisito esencial del mismo -como es la motivación-, de conformidad con lo previsto por el artículo 6° de la Constitución Política y los artículos 13 y 53 de la Ley 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado, procede que la autoridad que lo emitió disponga su invalidación, correspondiendo a la Presidenta de la República, a través del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Investigaciones, que invalide el respectivo decreto, provocando la reincorporación del afectado, luego de lo cual se le deberán enterar a dicho servidor sus remuneraciones y demás beneficios de carácter previsional y de salud que le habría correspondido percibir durante el tiempo que se mantuvo alejado de la Institución Policial, atendido que su ausencia fue motivada por una fuerza mayor imposible de resistir

En este orden de ideas y a la luz del criterio expresado en el dictamen núm. 19.080, de 2008, de esta Entidad de Control, cabe señalar que no obstante que en las actas de la Junta Extraordinaria de Oficiales de la Policía de Investigaciones de Chile se contienen las razones que justificarían la decisión de disponer el retiro del aludido funcionario, expresando la motivación que se habría tenido en vista para sancionar esa medida, ello no subsana la irregularidad ocurrida en el procedimiento que sirvió de sustento al

decreto que se viene impugnando, consistente, precisamente, en la falta de motivación, por cuanto dicho requisito esencial, en tanto constituye el fundamento de ese acto administrativo y, por ende, se encuentra íntimamente vinculada a la decisión adoptada, debe concurrir al momento de la dictación del mismo. Sostener lo contrario, precisa el citado dictamen, conduciría a admitir la facultad de la Administración de dictar actos discrecionales, en lo que interesa, extintivos de derechos o situaciones jurídicas, con la consiguiente privación del afectado, en contravención al ordenamiento jurídico, para complementarlos con posterioridad, sin que dicha posibilidad se encuentre amparada por la normativa aplicable. (Dictamen núm. 56.391, de 28 de noviembre de 2008)

Posiblemente, la multiplicidad de criterios no se da por una falta de fundamentación jurídica, sino que a las particularidades de cada caso sometido a control o requerimiento frente al órgano Contralor. Pero sí es cierto que existen «razones de derecho» distintas al momento de calificar la ausencia de motivación, en un primer caso como «vicio formal» y con caracteres de esenciales, y por otra como una «ilegalidad», asilándose en la preceptiva de la Ley 19.880 que lo regula.

Algunos breves comentarios

Lo cierto es que el tratamiento doctrinal que hemos expuesto discurre en que la motivación es un elemento de forma del acto administrativo. No compartimos bajo ninguna circunstancia ese predicamento, lamentablemente arraigado casi totalmente en la doctrina.

Algunos autores –hasta antes de la Ley 19.880- formulaban una distinción. Motivos siempre existirán, pues ellos constituyen la causa del acto administrativo; esto es, aquel conjunto de hechos por los cuales se toma la decisión administrativa; y es esta causa la que no debe ser, nunca, ni ilegal ni arbitraria. Por tanto, para verificar la ilegitimidad de un acto, deberá enjuiciarse su fondo, su causa, su motivo. En ese sentido, Alejandro Vergara agrega que:

Por otro lado, la motivación es un aspecto formal, que puede o no puede concurrir en el acto de exteriorización de la voluntad administrativa, y ello en la medida que el ordenamiento jurídico lo exija. Entonces, si la ley, luego de establecer la potestad, a renglón seguido no establece expresamente que los actos deban motivarse, para su validez, no es necesario hacerlo (Vergara, 2002: 348).

Afortunadamente, hoy en nuestro país esa distinción no tiene cabida, ni tampoco la falta de exigencia legal que exima del deber de motivar. En nuestro país -normativamente hablando- la motivación del acto administrativo significa que el contenido de este, esto es que la decisión sea «fundada» (Ley 19.880, 2003: artículo 41). A ello se suma que el Art. 11 Inc. 2° de la Ley 19.880 señala:

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 aquéllos que resuelvan recursos administrativos (Ley 19.880, 2003: artículo 11, inciso 2°).

Si la motivación no concurre en un acto administrativo, ¿Esa actuación se sana por el hecho que el particular concorra a tribunales o ante Contraloría para recién allí conocer las razones de la decisión? Ello subordina la posibilidad de conocimiento de los actos administrativos a la capacidad que tengan los particulares de impugnar, con los naturales costos, lo cual no parece racional ni justo. No es racional porque es una exigencia reglada en la Ley, y tampoco es justo porque subordina a la eventualidad de la impugnación en sede administrativa lo que implica coartar la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos que protege la Carta de 1980 (Constitución Política de la República de Chile, 1980: artículo 19 núm. 3) y el principio impugnatorio franquado tanto en la Ley 18.575 como en la Ley 19.880. Además, no debe olvidarse que la motivación tiene un fundamento constitucional evidente al tenor del inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental (Incorporado por la Ley 20.050) al señalar que «Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen» (Constitución Política de la República de Chile, 1980: artículo 8°)

Sobre el tema, que lo llama «fundamentación» -luego de exponer abundante jurisprudencia- el profesor Soto Kloss concluye que

En el derecho chileno el acto administrativo debe bastarse a sí mismo, debiendo contener todos los elementos que la Constitución y la ley exigen para su validez jurídica, ya que entra al ordenamiento jurídico como tal sólo y únicamente en la medida que ha cumplido todas esas exigencias, pues en tal caso tiene aplicación ipso iure el mandato de la Constitución que declara nulo «todo acto en contravención» a ella (art. 7 inc. 3) (Soto Kloss, 2001: 307-308).

En uno de los primeros trabajos sobre el tema sostuvo el profesor Iván Aróstica (Aróstica, 1986: 499-520) que, si un particular se siente afectado, deberá poder conocer sus fundamentos para impetrar la acción judicial. Si no se da así puede pensarse que internando la autoridad pudiese haber adoptado inmediatamente para el juicio los motivos que en realidad consideró originalmente, estando en serias desventajas en hechos nuevos. Además, así se posibilita el adecuado control jurídico de la decisión por parte del juez (Aróstica, 1986: 508).

La motivación es necesariamente un elemento –si es que se nos admite la distinción—de fondo, no es ni puede ser sostenido un mero elemento formal y no es razonable que su ausencia en un acto administrativo sea considerada un vicio de forma, ello porque desplaza el contenido de la decisión y obliga mediante reclamo o pronunciamientos sobre la juridicidad a descubrir las razones que se tuvieron en cuenta para emitir un acto administrativo, porque:

- Aun existiendo expediente administrativo, lo que corresponde a la Administración es materializar dicha tramitación en un acto terminal, ¿Qué sentido tendría entonces tener un expediente administrativo si después el particular debe investigarlo con celo con posterioridad a la dictación del acto?;

- Porque la motivación es ante todo un procedimiento racional que -aunque tenga su origen en la escrituración- debe ser comprendido cabalmente como un elemento de fondo. Si lo entendemos como un mero elemento formal bastará con reconducir su examen al artículo 13 tantas veces citado y se permitirá obviar, o bien esperar que en sede contenciosa la Administración recién «saque sus cartas», dejando al ciudadano en indefensión.

Así las cosas, aun cuando el trabajo que citaremos a continuación versa sobre las sanciones administrativas, es perfectamente aplicable a todo acto administrativo, el desplieguen que debe formularse en el ejercicio del control, comprende en lo que toca la fundamentación, «testear la verdad o falsedad del hecho invocado por el acto» y en lo concerniente a la justificación, «valuar si ese evento posee o no las dimensiones requeridas que le permiten subsumirse o quedar comprendido dentro de aquella predeterminada fórmula legal (si aquel acontecimiento cuadra o encaja dentro de los supuestos de hecho previstos genéricamente en dicha premisa mayor)» (Aróstica, 2012: 237).

Ello nos hace compartir lo expresado por nuestro ex contralor Ramiro Mendoza ha señalado en muy precisos términos que la motivación es un elemento esencial del acto administrativo, «muy superior a la de una simple formalidad que se pueda obviar por la ley para establecer la validez del acto» (Mendoza, 2004: 94). Si bien la trata como un medio formal, es el instrumento para hacer operativo el principio de legalidad y de competencia (Mendoza, 2004: 95), constituye la motivación un elemento esencial sea en cuanto la ley que lo exija sea en cuanto a la naturaleza específica y gravosa del acto (Mendoza, 2004: 98).

Respecto a incorporar nuevos motivos ya iniciado el contencioso administrativo y el empleo del principio de economía procesal por la jurisprudencia, fenómeno ya analizado al compulsar la doctrina comparada, huelga decir que se sostiene su empleo siempre «*contra civem*» (Luengo Horta, 1998: 93). Sostiene Luengo Horta además que es la audiencia un trámite formal típico, cuya omisión no da lugar a la nulidad del acto, salvo cuando sea un procedimiento sancionador (Luengo Horta, 1998: 101), (en lo que es un lugar común en la doctrina comparada). Indica que el cumplimiento del trámite formal que convierte el vicio en «irregularidad no invalidante», no se produce nunca en el caso de la motivación, ello porque una de las finalidades principales del deber de motivar los actos administrativos es asegurar que el particular conozca, al recibir la notificación del acto, los fundamentos del mismo, de modo que, al decidir aquietarse o interponer un recurso, lo haga con pleno conocimiento de los obstáculos que debe superar para lograr la anulación del acto, es decir, de los motivos que debe refutar para lograr ese objetivo (Luengo Horta, 1998: 102).

Conclusiones

Hemos advertido una discordancia entre lo planteado por la doctrina y la jurisprudencia sobre la calidad jurídica que tiene la motivación como elemento del acto ad-

ministrativo. Así, se le trata como elemento formal, pero para justificarla se alude o a principios constitucionales o a normas sustantivas.

Calificar la motivación de un acto administrativo como un elemento formal es coherente con la noción formalista que tiene la normativa chilena sobre la materia. El problema de ello es que, de entenderla únicamente así, sería fácilmente soslayarla en un examen de juridicidad.

A mayor abundamiento, de la jurisprudencia expuesta (que sin dudas no es omnicomprensiva ni pretende serlo) se transita desde una «ilegalidad» a un «vicio formal esencial», para conectarla con otros principios como la «confianza legítima» o la «buena fe»

Creemos, parafraseando a Ponce Solé, que la necesidad del procedimiento administrativo en Chile es un imperativo constitucional, y que el principio de formalización concurre por un cauce separado, aun siendo dos realidades distintas son inextricables (Ponce Solé, 2001: 500-501), de tal guisa que desconectado éste del modo de desarrollo de la función administrativa conduce a un paulatino menosprecio por la exigencia de adecuada motivación. La motivación constituye una etapa sustancial y un elemento de fondo dentro de un *íter* procedimental pero que no por ello debe ser calificado con criterios formalistas. Su omisión acarrea la ilegalidad del acto, por razones sustanciales, y no por razones adjetivas o de ser su ausencia un «vicio formal». De aceptarla así pronto llegaremos al absurdo que es un requisito «no esencial», y asilándose los operadores jurídicos en el art. 13 de la Ley 19.880, prescindirán de calificar su ilegalidad ante su ausencia. Ello erosionaría severamente el principio de juridicidad consagrado constitucionalmente.

No es ocioso recordar que en nuestro país existe una prohibición de la arbitrariedad en la Constitución como lo prohíbe el artículo 19 en su numeral 2° en conexión con el artículo 20, y que el principio de interdicción de la arbitrariedad «no solo actúa como tamiz de decisiones manifiestamente absurdas, sino que su vertiente positiva exige decisiones racionales, pero además motivadas» (Ponce Solé, 2001: 503). El motivar es parte del deber constitucional de buena administración (Ponce Solé, 2001: 507). Así, el propio empleo de principios de economía, o eficiencia en abstracto pueden resultar contrarios a la motivación, pues bastaría con invocar uno de estos para que la Administración se escude de no fundamentar sus decisiones. Ello simplemente no resiste análisis.

Referencias

- ARANCIBIA M., Jaime (2014). «La autarquía de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República». En *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*. Santiago de Chile: Ed. Legal Publishing-Thomson Reuters.
- ARÓSTICA M., Iván (1986). «La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno». *Revista de Derecho PUCV*, 10.
- ARÓSTICA M., Iván (2012). «El motivo de hecho en las sanciones administrativas: notas

- sobre procedimiento, fundamento y justificación». En La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional. Santiago de Chile: Unidad de servicios gráficos de la Contraloría General de la República.
- BOCANEGRA S., Raúl (2002). Lecciones sobre el acto administrativo. Madrid: Civitas.
- BOCKSANG H., Gabriel (2015). El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- CAMACHO C., Gladys (2010). Tomo IV. La actividad sustancial de la Administración del Estado. En Rolando Pantoja (coordinador), Tratado de Derecho Administrativo. Santiago: Ed. Abeledo- Perrot Legal Publishing.
- CAMACHO C., Gladys (2013) «El concepto de acto administrativo». En Gabriel Bocksang H., Gabriel y José Luis Lara A, Procedimiento Administrativo y contratación pública» Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes 19.880 y 19.886. Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing Thomson Reuters.
- CORDERO V., Luis (2015). Lecciones de derecho administrativo. 1º Edición. Santiago de Chile: Ed. LegalPublishing.
- DE LAUBADÈRE, A (1984). Manual de Derecho Administrativo. Bogotá: Ed. Temis.
- ENCINA B., Juan Andrés (2015). Motivación de los actos administrativos: doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile: Ed. Librotecnia.
- ENTRENA C., Rafael (1999). Curso de Derecho Administrativo. 13º Edición. Madrid: Editorial Tecnos. Madrid.
- HELFMANN M., Carolina (2016). «La motivación como elemento esencial de los actos administrativos y su relación con el Principio de Razonabilidad». En El Mercurio Legal. Disponible en: <<http://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2016/07/22/la-motivacion-como-elemento-esencial-de-los-actos-administrativos-y-su-relacion-con-el-principio-de-razonabilidad.aspx>>.
- LIZAMA A., Felipe (2013). «La iniciativa privada y la propiedad en entredicho (la sobreinterpretación de los conflictos de interés)» Ius Publicum (Revista de Derecho Universidad Santo Tomás), 31.
- LLEDÓ V., Camilo y José Pardo D. (2013). El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters.
- LUERGO HORTA, Alejandro (1998) «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo». En Revista de Administración Pública, 165.
- MARTÍN M., Ramón (2004). Manual de Derecho Administrativo. Thomson Aranzadi.
- MENDOZA Z., Ramiro (2004). «Costos de explotación y motivación. Doctrina, jurisprudencia, y ley de bases de los procedimientos administrativos». Revista de Derecho Administrativo Económico UC, 12.
- PARADA V., Ramón (1992). Derecho Administrativo I. 4ª edición, Madrid: Marcial Pons.
- PAREJO A., Luciano (2016). Lecciones de Derecho Administrativo. 8º Ed. Revisada y actualizada. Valencia: Ed. Tirant. Lo Blanch.
- PONCE SOLÉ, Julio (2001). Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento adminis-

- trativo y del ejercicio de la discrecionalidad. Primera Edición. Valladolid: Editorial LexNova.
- SANTA MARÍA P., Juan: Alfonso (1999). Principios de derecho administrativo. Vol. II. Madrid: Editorial Ceura.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2001). «La Fundamentación del Acto Administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos». Revista Actualidad Jurídica, 2 (3), Universidad del Desarrollo.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2003). «La noción de acto administrativo en el derecho chileno, una perspectiva sustancial». En Ley 19.880 sobre procedimientos administrativos. Conferencias Santo Tomás de Aquino. Santiago de Chile: Ed. Andros Impresores.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2009). Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Editorial AbeledoPerrot (Legalpublishing).
- VERGARA B., Alejandro (2002). «La motivación de los actos administrativos». En La Contraloría General y el Estado de Derecho. Conmemoración por sus 75 años de vida institucional. Santiago de Chile: Ediciones de la Contraloría General de la República.

Normas citadas

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, publicada el 21 de octubre de 1980.
- LEY 19.880, «sobre bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado», publicada el 29 de mayo de 2003.

Jurisprudencia citada

- DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA 22.766, de 24 de marzo de 2016.
- DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA 56.391, de 28 de noviembre de 2008.
- SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA ROL 19.585-2016, «Ecopuertos S.A. con Ministerio de Defensa», de 22 de julio de 2016.
- SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA ROL 5315-2008, «Inima Chile Ltda. con Fisco de Chile», de 3 de marzo de 2010.

Sobre el autor

Felipe Lizama Alliende es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.