

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

**REVISTA DE
DERECHO**

AÑO XLIV — Nº 165

ENERO - DICIEMBRE DE 1977

ESCUELA DE DERECHO

CONCEPCIÓN—CHILE

EL CONTROL DE LA DESVIACION DE FIN EN EL ACTO ADMINISTRATIVO.

HUGO CALDERA DELGADO
Profesor
Escuela de Derecho
Universidad de Chile - Santiago

- Suma: I.— La Actividad de la Administración. Introducción.
II.— El Acto Jurídico y El Acto Administrativo.
III.— El Acto Administrativo. 1.—Concepto. 2.—Elementos. 2.1. La Exteriorización de Competencia. 2.2. Actos Declarativos de Voluntad. 2.3. Actos de Opinión. 2.4. Actos de Dictamen. 2.5. Actos Certificados. 2.6. Actos Registrales. 3.—Motivo. 4.—Objeto. 5.—Las Formalidades. 6.—Fin.
IV.— El Control del Fin del Acto Administrativo.
V.— Conclusión.

I.—LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION

INTRODUCCION

La Administración da origen a diversas actuaciones para el cumplimiento de su función constitucional de ejecutora de la ley, encaminada al cumplimiento de los múltiples y variados cometidos, los que realiza por medio de órganos encargados de atender de manera regular, continua y permanente en aras de la coordinada realización de lo que se ha dado en llamar el bien común o el interés general (1). Estas actuaciones administrativas se producen o manifiestan dentro del universo jurídico como consecuencia del principio rector que establece que los poderes públicos solamente pueden actuar legalmente dentro del marco de sus respectivas competencias. Este principio de la "habilitación legal previa" condiciona a la Administración a la vez que le imprime un sello que la diferencia de manera indeleble de las actividades que, en el plano material y/o jurídico, pueden desplegar las demás personas, naturales o morales, integrantes del sector privado. Decimos que la Administración está condicionada por el principio de la habilitación legal previa, lo que significa que ella solamente puede actuar legítimamente, se entiende, cuando se dan los presupuestos de hecho contenidos en la norma legal. Este condicionamiento es la consecuencia de la ausencia de un campo genérico o ilimitado de posibilidades de actuación de la Administración; muy por el contrario, de lo que, por

(1) Bien común que, como todo ideal o categoría axiológica, es por definición esencialmente relativo, dado que su contenido cambia según las épocas y, que aun dentro de un mismo espacio de tiempo, experimenta variaciones, algunas de ellas diametralmente opuestas a los valores o ideales anteriormente sustentados de acuerdo a la ideología o concepción política imperante. Nadie ha precisado, de manera inmutable, el contenido del bien común y creemos que en ninguna circunstancia podría formularse un concepto de bien común que trascendiera el tiempo y sobreviviera a los sucesivos regímenes políticos.

cierto y a lo menos en el plano meramente formal, acontece con los particulares, quienes disponen de un marco irrestricto de posibilidades de actuación, con sólo algunas limitaciones al señorío de su voluntad que, más que restricciones, vienen a constituir mecanismos que tienden a hacer posible el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, que permite, a cada individuo, alcanzar la plena realización de sus propósitos con la única prohibición de no atentar en contra de valores a los cuales el ordenamiento asigna trascendente importancia.

Nos encontramos frente a una realidad que nos muestra dos esquemas o modelos diametralmente opuestos: por una parte tenemos a la Administración que no posee otra posibilidad de actuación que la que le ha sido atribuida expresa o textualmente por una norma legal previa; es por ello que se dice que su competencia es de "atribución" y, por la otra, nos encontramos con los individuos privados —personas naturales o morales— que cuentan con una competencia genérica, lo que se traduce en el hecho que sobre ellos no existen más limitaciones que las que miran a los supra conceptos de orden público, de moralidad pública, de salubridad pública y de seguridad nacional.

La explicación que tiene la consagración de esquemas tan marcadamente disímiles debemos buscarla en el pensamiento filosófico-político que, por una parte, inspiró a la Constitución de Filadelfia del año 1787 y que, por la otra, condujo a ese trastrocamiento, sin precedentes en la historia de lo político, jurídico, y social que produjo el fenómeno revolucionario francés de 1789. Inspirado en el ideal libertario e igualitario y en la conveniencia social de la consagración de un liberalismo absoluto, sin limitaciones morales ni religiosas, el constituyente revolucionario tuvo paralelamente, muy presente, un sentimiento de desconfianza hacia el nuevo Estado a que dio lugar y por ello se escogieron las fórmulas que impidieran que el poder pudiese llegar a ser omnipotente y, consecuentemente, arbitrario y despótico, temor que de no haber sido alejado habría conducido, como imperativo categórico, al desconocimiento o al atropello de los derechos individuales que se deseaba mantener intangibles en su esencia. Motivados por el deseo de asegurar el respeto de los derechos y de las garantías individuales descompusieron los elementos constitutivos del poder político, radicando las funciones así separadas en distintos órganos, asegurándose que la función que estimaron más trascendente y por ello más temida —la legislativa— estuviera radicada en un Órgano Colegiado, en el que la extracción de sus miembros tuviera un origen electivo y que sus mandatos fuesen de duración temporal. A la Administración (Poder Ejecutivo), Órgano Unipersonal, se la redujo al rol de mero ejecutor de la ley, estableciendo como condición previa y esencial a su actuación una habilitación legal expresa, requisito infaltable para la validez de sus actos.

En el esquema descrito se elevó a la ley a un rango de tanta preeminencia que, en adelante, la palabra o el concepto "ley" vino a substituir a la voz "derecho", llegándose a denominar a las Facultades o Escuelas en que se enseñaba derecho como Facultades o Escuelas de "Leyes". Este culto a la ley formal condujo a que dicha norma fuera exaltada al rango de "norma suprema", definiéndola por sus características que fueron reconocidas como iniciales, incondicionadas e inquestionables (Carré de Malberg y, posteriormente, Georges Vedel). A dicha norma debían circunscribirse en el ejercicio de sus competencias

los demás poderes del Estado. Consecuencia de ello fue que el Ejecutivo (Administración) fuera reducido, constitucionalmente, al rol de mero ejecutor de la ley (artículo 71 de la Constitución Política de 1925 y art. 7° del DL. N° 527). Producto del rol asignado al Ejecutivo fue el desconocimiento, a su respecto, de la existencia de un poder normativo propio. Las aprehensiones que al constituyente inspiró el Poder Ejecutivo no se detuvieron allí, sino que se ideó, a su respecto, una sanción drástica para el caso en que actuara sobrepasando el marco legal, circunstancia que acarrearía la nulidad de sus actos. A las citadas cor-tapisas se añadiría toda una serie de mecanismos de control jurídico, que fueron cometidos al Poder Legislativo, a los Tribunales de Justicia e inclusive a órganos que estando integrados en la estructura administrativa, funcionalmente, actuaban, en cuanto fiscalizadores, con independencia frente a la Administración.

Es dentro de este esquema legalista, de control y de responsabilidad donde la Administración desarrolla el ejercicio de sus competencias. Esta actividad administrativa, enmarcada en la ley, es de diversa índole. En efecto, dentro de ella encontramos actuaciones propiamente jurídicas, que producen por sí mismas, directamente, o que sirven de base para originar, a partir de ellas, consecuencias en el mundo del derecho. Al mismo tiempo existen otras que, teniendo una expresión en el mundo físico, aparecen como irrelevantes o desligadas de lo jurídico, en el sentido de que ellas no tienen el efecto de alterar el ordenamiento jurídico preexistente, tanto positivo como subjetivo.

Entre las actuaciones de la Administración que provocan efectos en las relaciones jurídicas debemos distinguir dos categorías distintas. Una de ellas está representada por hechos que, sin ser portadores de sustancia jurídica, se han producido, a primera vista, como ajenos o independientemente de la exteriorización de una competencia, y que, no obstante, producen consecuencias o efectos jurídicos, generalmente, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual de la Administración, dando origen al nacimiento de una pretensión procesal en contra de la Administración, para la indemnización de un perjuicio o de un daño causado, directamente, por un hecho material emanado de aquélla. Los hechos indicados no se originan en una actuación administrativa deliberada y emitida con el propósito de vincular jurídicamente a la Administración. No obstante, ellos —los hechos— causan efectos jurídicos, alteran el ordenamiento jurídico subjetivo anterior a ellos, estableciendo una obligación de carácter patrimonial que antes no existía. Los hechos materiales que también pueden consistir en una negligencia o en una imprudencia tienen el efecto de vincular jurídicamente a la Administración, colocándola en situación de sujeto pasivo de la relación jurídica, circunstancia que la conduciría a ser condenada al pago de una indemnización en reparación del perjuicio causado, dando lugar a la categoría denominada "hechos jurídicos", que, cuando causan daño, son fuente de responsabilidad extracontractual de la Administración. La regulación de los efectos que causan los hechos jurídicos se encuentra regulada en el Código Civil, en el Tít. XXXV "De los Delitos y Cuasidelitos", arts. 2314 y siguientes, debido a que, ordinariamente, en nuestro sistema se aplican en esta materia las normas del derecho común, con algunas excepciones entre la que podemos mencionar la norma que contempla el inciso final del artículo 62 del D.L. N° 1289, de 1975 que fijó el texto de la "Ley Orgánica de las Municipalidades". Como ha quedado demostrado, la rela-

ción que se da entre hecho jurídico y responsabilidad extracontractual es una constante en la cual aquél es la causa y ésta el efecto.

Hemos hablado de las consecuencias jurídicas provocadas respecto de la Administración por actuaciones que no consisten en la exteriorización de una competencia administrativa, en las cuales no se ha perseguido producir efectos jurídicos, sino que éstos se han originado en una negligencia o en una imprudencia. (2)

Pero la Administración, en el ejercicio de sus funciones y en el desarrollo de sus cometidos, tiene actuaciones que, de manera deliberada, persiguen producir consecuencias jurídicas determinadas. Las consecuencias o los efectos que tales actuaciones deban provocar han sido señalados, de manera precisa, por la ley, dado que, como expresáramos, la Administración sólo puede actuar, válidamente, a través de un órgano con investidura legal, en el ejercicio de una atribución otorgada, previamente, por la ley para alcanzar un fin determinado. Las actuaciones jurídicas emanadas de quien no posea investidura legal o que, poseyéndola, actúe excediendo su competencia y aquellas que se desvían del fin, indicado en la ley, son sancionadas con la nulidad, sin perjuicio de originar responsabilidad, la que puede ser civil, administrativa, penal y, en casos especiales, política (3) (4). Es del caso recordar el principio de independencia de la responsabilidad administrativa respecto de la civil y de la penal. (5)

Las actuaciones administrativas señaladas pueden consistir en actos unilaterales o bilaterales —contratos—; estos últimos no serán tratados en este trabajo (6), en atención a que sólo los primeros se integran dentro del concepto de acto administrativo, de cuyo control nos ocuparemos.

(2) Aunque no es el tema —objeto— tratado en este trabajo, hacemos presente que hay omisiones que producen idénticos efectos a los propios de una actuación negligente o imprudente de la Administración, a condición que se cause un perjuicio.

(3) El art. 6° del Acta Constitucional N° 2 (D.L. 1551 de 1976) dice: "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma y con los requisitos que prescriba la ley".

"Ninguna magistratura, ninguna persona, ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes".

"Todo acto en contravención a este artículo es nulo y origina las responsabilidades y sanciones que señale la ley".

(4) En relación con la cita anterior creemos indispensable reproducir el art. 7 del Acta Constitucional N° 3 (D.L. 1552 de 1976) que expresa: "El deber de acatar las Actas Constitucionales, la Constitución y las leyes, obliga a toda persona, institución o grupo, a obedecer las órdenes que, dentro de sus atribuciones, impartan las autoridades constituidas".

(5) El art. 176 del D.F.L. N° 338, de 1960, Estatuto Administrativo en la primera parte de su inciso 1° dice: "La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en consecuencia, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al empleado una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos".

(6) Ver nuestro trabajo "El Contrato de la Obra Pública" que será publicado en el curso del presente año 1978, en el N° 2 del Anuario de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

II.—EL ACTO JURIDICO Y EL ACTO ADMINISTRATIVO

Dejando de lado la teoría que consideró la actividad de la Administración, tanto la material como la propiamente jurídica, como constitutiva del concepto de acto administrativo, nos detendremos a examinar la posición que estima que el concepto de acto administrativo corresponde a lo fundamental, con el de acto jurídico del derecho común; esta teoría aún tiene defensores, aunque minoritarios en nuestra doctrina nacional (7), no obstante, intentaremos demostrar que la analogía o la asimilación propuesta carece de todo fundamento jurídico, por las siguientes consideraciones:

a) La Constitución Política de 1925 y el Acta Constitucional Nº 2, como dijéramos, confiere a la Administración una competencia de atribución, restringida, la que sólo puede ejercerse dentro del marco de una habilitación legal expresa y previa, en circunstancias que a los individuos les ha reconocido una esfera ilimitada de posibilidades de actuación jurídica, con la única limitación de no contravenir las buenas costumbres, la moralidad y el orden público y la seguridad nacional; de manera general, los particulares pueden realizar todos los actos y convenir todos los contratos con la sola excepción de lo que les está expresamente prohibido por la ley;

b) En segundo lugar, y como corolario de lo anterior, la causa o motivo psicológico que determina a un particular a emitir y/o celebrar un acto jurídico o contrato es irrelevante para la ley, a menos que la causa o el objeto sobre que recaiga sea ilícito (8). En el caso de la Administración la situación es diametralmente opuesta, debido a que ésta solamente puede actuar en ejercicio de una atribución legal expresa;

c) El fin que el particular persiga al emitir un acto o celebrar un contrato tiene la misma característica que se indicó para la causa o motivo, es decir, que el fin del acto jurídico privado es irrelevante para el Derecho, al punto que puede permanecer oculto y sólo es susceptible de presumirse a partir de la naturaleza del acto o del contrato (9). La Administración, por el contrario, solamente puede perseguir un fin público, un fin de interés general, fin que está condicionado por él o los "cometidos" contenidos en la ley orgánica del ente. Más adelante, veremos al tratar del control del fin del acto administrativo las consecuencias que produce su falta de conformidad con el o con los cometidos o tareas esenciales confiados al ente administrativo por el ordenamiento jurídico;

d) También encontramos diferencias substanciales en la capacidad para actuar. En efecto, respecto de los particulares la capacidad, esto

(7) Ver Derecho Administrativo - Teoría del Acto Administrativo y Contencioso Administrativo. Aylwin A., Patricio. Editorial Universitaria, Santiago, 1969.

(8) Ver los artículos 1462, 1464, 1466 y 1467 del Código Civil.

(9) Circunstancia que ha dado origen a la doctrina de la simulación.

es la posibilidad de actuación jurídica, es genérica, puesto que ella es la regla general con tan sólo las excepciones que expresamente indica la ley. (10)

Respecto de la Administración tenemos que los órganos individuos —los funcionarios— carecen de capacidad genérica que los habilite para actuar jurídicamente de modo indeterminado; dicha capacidad de actuación exige la investidura legal previa, la cual únicamente se obtiene en la forma y con los requisitos señalados en el Estatuto Administrativo. En este sentido tenemos el Acta Constitucional N° 2 art. 6° (11) y los artículos 139 inciso 2°, 161 y 235 letra b del D.F.L. N° 338, de 1960; (12)

e) La actuación jurídica de los particulares no está sujeta a solemnidades, con las solas excepciones contenidas en la ley, entre las que podemos citar a vía de ejemplo los arts. 1801, inciso 2° y 2409 del Código Civil. Por el contrario, la actuación jurídica de la Administración es siempre solemne, partiendo por la exigencia mínima que es la escrituración de los actos. Los actos administrativos están sometidos a un procedimiento preestablecido, cuya inobservancia es causal de nulidad de los mismos, ver Acta Constitucional N° 2 art. 6°. Como ejemplo de las formalidades a que están sujetos los actos administrativos, respecto del Decreto Supremo, podemos señalar que ellas están, especialmente, indicadas en el art. 75 de la Constitución Política, en el art. 17 del D.F.L. 7912, de 1927, "Ley Orgánica de Ministerios", y en los arts. 10 y 154 de la Ley 10336, "Orgánica de la Contraloría General de la República";

f) Los vicios o la falta de requisitos legales de los actos jurídicos de los particulares pueden ser objeto de saneamiento, por parte de su autor o por voluntad de las partes, en el caso de las convenciones, a través de la ratificación y por el transcurso del tiempo. Dichos vicios o defectos legales pueden dar origen a dos tipos de sanciones o de consecuencias jurídicas, la nulidad absoluta, que no se sana por el transcurso del tiempo ni es susceptible de ratificación y la nulidad relativa, que sí es susceptible de aquellos remedios. Los vicios de legalidad de los actos administrativos sólo dan lugar a un tipo de sanción, la nulidad, la cual no admite saneamiento ni por el transcurso del tiempo ni tampoco por la ratificación y la convalidación (13). La convalidación

(10) Art. 1447 del Código Civil, cuyo inciso final dice: "Además de estas incapacidades —absoluta, incisos 1° y 2°, y relativa, inciso 3°— hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos".

(11) Ver nota 3.

(12) El art. 161 del D.F.L. N° 338, de 1960, Estatuto Administrativo dice: "Ningún funcionario podrá tomar la representación del Fisco o del Servicio a que pertenezca para ejecutar actos o celebrar contratos que excedieren de sus atribuciones propias o que comprometan el Erario Nacional o el patrimonio del Servicio, salvo que una disposición legal o una orden de autoridad competente le hubiere facultado para tal efecto. Las obligaciones que nazcan de los actos realizados por el empleado con infracción de estas normas, serán de su exclusiva responsabilidad, y si fueren varios los que hubieren intervenido la responsabilidad será solidaria".

(13) Los incisos 2° y 3° del art. 123 del D.F.L. 338, de 1960, Estatuto Administrativo, respectivamente, dicen: inc. 2° "También son revisables las pensiones de jubilación en el caso de que se hubieren otorgado por aplicación errónea de las leyes". inc. 3° "La revisión procederá solamente dentro del término de tres años contados desde la fecha del decreto o resolución que haya concedido la pensión, salvo el caso del inciso anterior".

de un acto administrativo nulo no es, jurídicamente, posible, al menos en nuestro derecho, básicamente por razones de texto, en la especie, el art. 4° de la Constitución Política de 1925, reemplazado por el art. 6 del Acta Constitucional N° 2, disposiciones que confirman el art. 139 inciso 2° y el art. 235 letra b) del Estatuto Administrativo, al consagrar la figura del funcionario de hecho; (14)

g) En séptimo lugar, los actos de los particulares no pueden hacer nacer derechos ni imponer obligaciones en favor o a cargo de terceros sino mediante la aceptación de éstos, aun cuando el acto signifique una liberalidad hacia los terceros, como serían los casos de la estipulación en favor de un tercero, en la donación o en la herencia o legado (15) (16). Por el contrario, la Administración actúa normal y ordinariamente en forma unilateral, en ejercicio de "son pouvoir exorbitant du droit commun" que, en virtud de la ley administrativa, la faculta para imponer cargas o conferir derechos a los administrados sin tomar en consideración la aquiescencia o el consentimiento de éstos;

h) En octavo lugar, los particulares no pueden por sí y ante sí exigir de los terceros el cumplimiento de las obligaciones que éstos tengan respecto de aquéllos; una solución semejante llevaría a consagrar la posibilidad de hacerse justicia por su propia mano, y que de admitirse, significaría la negación del derecho. La Administración, como es sabido, a través del principio de la ejecutoriedad —decisión exécutoire— puede obtener, por sí misma, el cumplimiento forzado y directo de las obligaciones o cargas impuestas por ella en base a sus actos administrativos;

i) Los actos jurídicos de los particulares necesitan, por regla general, ser probados en cuanto a su fecha y a lo que en ellos se expresa, con la sola excepción, parcial, de las escrituras públicas, que sólo hacen fe respecto de su otorgamiento y de las personas que aparecen suscribiéndolas, pero no así de la verdad de lo que en ellas se afirma o expresa (17). Por su parte, el acto administrativo goza de una presunción legal de veracidad, por lo cual quien desee impugnarlo debe probar lo contrario, es decir, se altera el "onus probandi"; (18)

(14) Las disposiciones indicadas se refieren a dos situaciones distintas en las que el agente público no tenía investidura legal, circunstancia que vicia de nulidad todas sus actuaciones. Precisamente, con el propósito de evitar las consecuencias propias de las actuaciones irregulares a causa de la ausencia de dicha investidura legal —en la especie, carecía de algún o algunos de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo—, la ley creó, expresamente, la figura de funcionario de hecho, al establecer, textualmente, que "las actuaciones del empleado, efectuadas durante ese período, serán válidas y darán derecho a la remuneración correspondiente". Si hubiese sido procedente la convalidación no habría sido necesario texto expreso de la ley para validar las actuaciones irregulares de un agente público.

(15) El art. 1225 inciso 1° del Código Civil, dice: "Todo asignatario puede aceptar o repudiar libremente".

(16) El art. 1386 del Código Civil, expresa: "La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta".

(17) El inciso 1° del art. 1700 del Código Civil, expresa: "El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los otorgantes".

(18) Ver Arrêt Monpeurt, C.E. 31 de Julio de 1942 y Arrêt Bouguen, C.E. 2 de Abril de 1943 en "Les grands arrêts de la Jurisprudence Administrative", M. Long, P. Weil y G. Braibant, Sirey, 1965 Paris.

j) Cabe agregar que los actos jurídicos de los particulares, para la producción de sus efectos normales, no requieren de ningún trámite posterior a su emisión para su eficacia, lo que no sucede con los actos administrativos que consisten en una declaración de voluntad orgánica, los cuales precisan para producir sus efectos de un trámite previo, representado por la toma de razón, según se expresa en los arts. 10 y 154 de la Ley N° 10336 "Orgánica de la Contraloría General de la República".

Con las diferencias expuestas estimamos haber dejado de manifiesto la imposibilidad de admitir cualquiera analogía o semejanza entre el acto jurídico y el acto administrativo, sin considerar una última e importante diferencia que viene a reafirmar nuestro acerto, y que consiste en que el acto jurídico está concebido, siempre, como una declaración de voluntad, exigencia que no se da en todos los actos administrativos, desde el momento que hay actos administrativos de certificación, de opinión, registrales, etc.

III.—EL ACTO ADMINISTRATIVO

1.—Concepto.

Para nosotros el acto administrativo consiste en la exteriorización unilateral de competencia por parte de un órgano administrativo en el ejercicio de potestades administrativas, en cumplimiento de los fines públicos específicamente cometidos al órgano. El concepto emitido nos merece la siguiente puntualización —su análisis lo dejaremos para el punto siguiente—:

a) Se dice que consiste en la exteriorización de una competencia. Esta característica del concepto permite incluir en la idea de acto administrativo no solamente a las declaraciones de voluntad de la Administración sino que a cualquiera manifestación jurídica que actúe o dinamice una competencia administrativa; por lo tanto el concepto engloba a todas las exteriorizaciones de competencia sea que ellas signifiquen una certificación, una opinión, un razonamiento o juicio, un dictamen, etc. La exteriorización se comprende a partir de la consideración de que sólo puede ser constitutivo de acto administrativo —para el acto jurídico es igual— una conducta que sea perceptible en el mundo sensorial, lo que tratándose de la Administración, que está sujeta al cumplimiento de formalidades, consiste principalmente en su escrituración;

b) La exteriorización debe ser unilateral, sea que ella tenga efectos particulares o generales, lo que excluye a las convenciones o acuerdos de voluntades que la Administración pueda celebrar con los administrados, trátase de contratos de la Administración —expresión genérica— o propiamente, de contratos administrativos. La unilateralidad restringe el concepto de acto administrativo solamente a aquellos actos que actúan una competencia de derecho administrativo, en los cuales, para la producción de los efectos buscados con la emisión del acto, no se requiera del consentimiento de los administrados;

c) La actuación debe ser ejecutada en ejercicio de una competencia o atribución legal, requisito esencial para constituir un acto administrativo, debido al principio de la habilitación legal previa (ver nota 3). Si este requisito esencial no se diere, no estaríamos en presencia de un

acto administrativo, sino tendríamos una simple vía de hecho, dado que ni siquiera habría un acto administrativo nulo, aún más, no habría acto administrativo alguno.

Esta exigencia está consagrada, expresamente, por el art. 6° del Acta Constitucional N° 2;

d) La exteriorización de competencia tiene, necesariamente, que emanar de un ente integrante de la Administración del Estado en su expresión estructural-orgánica; de esta manera, en principio, se excluye la posibilidad de emitir actos administrativos a un órgano no estatal, salvo que por expresa disposición de la ley se hayan conferido poderes exorbitantes del derecho común o potestades de poder público a un ente privado, en cuyo caso cuando dicho ente actuara unilateralmente y en uso de las potestades de poder público, de que fue expresamente investido, estaríamos en presencia de un acto administrativo y, aun así, a condición de que se cumpla con las demás exigencias contenidas en el concepto propuesto;

e) De acuerdo a un fin público específicamente asignado al órgano. No nos merece duda alguna que la Administración deba actuar, jurídicamente, con miras a un fin público, de interés general o de bien común, pero esta finalidad pública que es genérica para la Administración en su conjunto es, sin embargo, específica para cada uno de los Servicios que la integran. En efecto, cada Servicio no sólo debe actuar dentro de su competencia o atribuciones, sino que debe, conjuntamente con dicha exigencia, actuar con miras al logro del fin específico para el cual fue creado, es decir, dentro del contexto de su cometido propio, de la necesidad pública para cuya satisfacción fue creado o que, luego de su creación, le fue asignado.

Al respecto, estimamos conveniente adelantar una opinión, en atención a que a menudo se estima, según nosotros, erróneamente, que el o los fines públicos específicos del órgano administrativo se encuentran en la competencia, en las atribuciones, que es lo mismo. Esta posición adolece de un serio error de apreciación o de perspectiva; ello se pone de manifiesto si pensamos que la competencia, conjunto de atribuciones conferidas a un órgano administrativo, no es sino un medio a través del cual dicho órgano podrá obtener el logro de sus fines propios, o, lo que es igual, lo habilitará para la consecución de su cometido específico. Las atribuciones que configuran las competencias constituyen un haz o facetas de medios, supuestamente idóneos, para alcanzar el fin último cometido al órgano, pero dichas atribuciones, aisladamente, carecen de un determinismo que, de manera exclusiva o excluyente, conlleven a la obtención del fin. Esto resulta aun más evidente si se piensa que, generalmente, hay muchas atribuciones comunes a todos los órganos administrativos, en circunstancias que los fines específicos asignados a cada órgano son distintos; de otra manera se incurriría en una duplicación de fines o cometidos que revelarían anarquía o, en todo caso, una defectuosa organización administrativa. Por otra parte, es posible constatar que no siempre la ley al conferir las atribuciones a un órgano lo haga de manera adecuadamente ideal en relación con los medios que sería necesario contar para obtener una optimización en el logro de los fines confiados al órgano administrativo, las constantes y reiteradas modificaciones a las leyes orgánicas de los Servicios como asimismo sus reestructuraciones ilustran nuestro acerto.

2.—Elementos.

2.1. La Exteriorización de Competencia.

Entre los elementos que integran el Acto Administrativo resalta en primer lugar la exteriorización o actuación de una competencia administrativa, la cual representa y traduce la fase dinámica o el ejercicio de las atribuciones legales —medios jurídicos— de que ha sido dotado el órgano administrativo para el cumplimiento de sus fines propios —específicos. En la exteriorización de la competencia administrativa, fase dinámica constituida por la puesta en juego de las atribuciones del ente, se dan o se encuentran ínsitos todos los demás elementos, los que serán analizados, básicamente, con una intención pedagógica, en su expresión estática, como una forma de determinar el o los elementos que es necesario considerar, preferentemente, para establecer si se ha incurrido en una desviación de fin. Es en este elemento donde convergen dos aspectos esenciales para la validez del Acto Administrativo, en la especie, la competencia y la investidura legal del órgano-funcionario de quien emana el acto o que interviene en su dictación. (19)

Al primer elemento lo hemos definido como exteriorización de competencia, en lugar de decir —como lo hacen algunos de nuestros colegas de la Cátedra— que es una “declaración de voluntad orgánica”, pues si bien es cierto que la mayoría de los actos y sin lugar a dudas, los más relevantes, desde el punto de vista del Derecho, consisten en declaraciones de voluntad orgánica, decretos supremos y resoluciones de jefes de Servicios, ambas modalidades de expresión jurídica, a través de las cuales, preferentemente, se cumple con el deber constitucional de gobernar y administrar el Estado, no son las únicas formas jurídicas existentes para la actuación de las competencias administrativas. Existen otros actos administrativos —aunque no de tanta prosapia jurídica como las declaraciones de voluntad—, tales como dictámenes, juicios o razonamientos, opiniones, certificaciones, etc.

En lo que atañe a la investidura legal, es necesario recordar que la Administración no puede exteriorizar su competencia directamente, por la limitación propia de toda persona moral que le es inherente, sino que debe actuar por intermedio de una persona humana, es decir, a través de un funcionario. Ahora bien, dicho funcionario debe desempeñar el cargo o empleo público —que es la función pública administrativa que se especifica por su cometido— previa investidura legal, lo que equivale a que su instalación en el cargo se haya efectuado con sujeción a todos los requisitos legales y reglamentarios exigidos a la época del nombramiento o de la provisión del empleo, previo Acto Administrativo tramitado en conformidad a la ley. Si el Acto Administrativo ha sido emitido dentro de la competencia atribuida al Órgano, pero con el defecto consistente en que su emisor, el agente público que intervino en su emisión, carecía de investidura legal, la consecuencia sería la nulidad del acto, conforme a lo establecido en el citado art. 6° del Acta Constitucional N° 2.

(19) Ver notas 3 y 4.

EL CONTROL DE LA DESVIACION DE FIN EN EL ACTO ADMINIST. 151

En este sentido se pronuncia también el inciso 2° del art. 139 del D.F.L. N° 338, de 1960, Estatuto Administrativo, desde el momento en que dicha norma ha tenido que validar, expresamente, las actuaciones de un funcionario, a quien, en definitiva, faltaba la investidura legal. La ley ha convalidado las actuaciones realizadas por un funcionario de hecho, en el ejemplo indicado, pues, de no haber mediado la convalidación legislativa, todas las actuaciones emanadas del funcionario de hecho habrían sido nulas.

La exteriorización de competencia, que constituye, en esencia, el continente del Acto Administrativo en sí, está indisolublemente ligada a las atribuciones de que da cuenta el acto —o a la actuación o puesta en ejercicio de dichas atribuciones— y a la investidura legal del órgano-funcionario, por cuyo intermedio se produjo la citada exteriorización.

Como expresamos más arriba, el Acto Administrativo puede consistir en alguna de las siguientes exteriorizaciones: a) en una declaración de voluntad orgánica; b) en una opinión, como por ejemplo la que de acuerdo a los DL. 575 y 1289 deben emitir ciertos órganos consultivos (20); c) en un dictamen v.g. los del art. 6 de la Ley 10336 (21); d) en una certificación; e) en el registro de un Acto Administrativo.

Examinaremos a continuación cada una de estas especies de Actos Administrativos.

2.2. Actos Declarativos de Voluntad.

Estos actos tienen la característica de estar directamente dirigidos a provocar una alteración del ordenamiento jurídico vigente, sea positivo o subjetivo. Esta alteración del ordenamiento jurídico preexistente es voluntariamente querida por la Administración y, además, constituye el vehículo jurídico a través del cual la Administración, principalmente, cumple con su función de administrar, es decir, llevar a cabo su misión esencial, consistente en el cumplimiento de sus cometidos específicos, a través de sus Organos o Servicios.

Estos actos están sometidos al trámite esencial de la toma de razón por parte de la C.G.R., sin el cual, salvo excepciones, no producen efectos jurídicos. En consideración a la preeminencia jurídica de estos actos y en atención a los efectos que están llamados a producir y al peligro que su ilegalidad puede representar para el interés general y respecto de los administrados, la ley ha cuidado de someterlos a un procedimiento especial que incluye su control. Por regla general estas declaraciones de voluntad orgánica constituyen actos finales, en el sen-

(20) El art. 11, N°s 1 y 2, del D.L. 575, de 1974, de "Regionalización del País", expresa: art. 11 "Al Consejo Regional de Desarrollo le corresponderá":

1.—Formular las observaciones y proposiciones que estime necesarias a los proyectos de políticas y planes de desarrollo de la respectiva región, que le deberá presentar el Intendente Regional.

2.—Formular las observaciones y proposiciones que estime necesarias al proyecto de Presupuesto Regional, que le deberá presentar el Intendente Regional.

(21) El inciso final del art. 6 de la Ley 10336 dice: "...sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere el art. 1°".

tido de que ellos persiguen la obtención de un propósito último, cual es la producción de los efectos, determinados por la ley, necesarios para alcanzar la finalidad propia, el cometido específico del Órgano.

2.3. Actos de Opinión.

El ordenamiento jurídico a veces requiere, expresamente, que, con antelación a la dictación de un acto declaratorio de voluntad orgánica, se consulte la opinión o el criterio de un órgano asesor, el cual normalmente reviste la doble circunstancia de ser colegiado y participativo, en el sentido de que por su intermedio se busca la integración y la colaboración efectiva de los sectores públicos con los privados, es decir, de representantes de órganos integrantes de la Administración del Estado y de personeros de las actividades privadas (22). La consulta del órgano participativo, en ocasiones y por mandato expreso de la ley, es obligatoria para el órgano resolutorio llamado a adoptar una acción, que se traducirá en una manifestación de voluntad orgánica, por intermedio de un acto declarativo y finalista. La falta de consulta al órgano asesor, en estos casos, acarreará la nulidad del acto declarativo (23). Distinta es la situación que se presenta cuando habiendo sido consultado el órgano asesor, éste no emite su opinión dentro del término establecido por la ley, caso en que estimamos que el órgano resolutorio podrá actuar válidamente, ya que no le es imputable la omisión del órgano de opinión o consultivo (24). Por otra parte, generalmente, la opinión del órgano asesor no es vinculante en el sentido de que su criterio —expresado en el acto de opinión— no obliga al órgano resolutorio, el que podrá decidir, válidamente, en forma contraria (ver art. 11 del D.L. 575 de 1974 y 16 del D.L. 1289 de 1975). Sin embargo, el acto resolutorio —que contiene la declaración de voluntad orgánica— debe dejar constancia en su parte considerativa del hecho de haberse solicitado la opinión del órgano de consulta, dado que este acto de opinión es requisito de validez del acto declarativo. Cuando la ley exige que previo a la dictación de un acto resolutorio —declaratorio—

(22) Precisamente, uno de los propósitos perseguidos por la Regionalización, en nuestro país, consiste en dar participación a los representantes de los distintos sectores económicos y sociales en el proceso de elaboración de las decisiones administrativas. En este sentido, de búsqueda de la participación, tenemos que el art. 8° del D.L. N° 573, de 1974, y el art. 7° del D.L. N° 575, de 1974, dan buen testimonio de lo afirmado. La última disposición citada da mayoría al sector privado sobre el público en la integración de los Consejos Regionales de Desarrollo.

(23) Es la situación que se da respecto de la formulación de proyectos de políticas y planes de desarrollo y del Presupuesto Regional, cuyos proyectos deben, necesariamente, antes de ser adoptados, ser sometidos en consulta al Consejo Regional de Desarrollo (art. 11 N°s 1 y 2, del D.L. N° 575).

(24) Esta hipótesis es bastante compleja puesto que si la ley exige que previo a la adopción de una resolución se consulte la opinión de un órgano de participación, no imponiendo como condición que dicha opinión sea favorable a la adopción del proyecto, y el órgano consultado no emite parecer alguno dentro del plazo que la ley le señale o del que el órgano resolutorio le indique podría resultar que, en definitiva, la resolución que se proyecta emitir sería imposible, por falta de un acto trámite. Estimamos que esta solución sería ilógica, dado que dejaría entregada en manos del órgano asesor el ejercicio de una potestad resolutoria. Creemos que, en esta hipótesis, bastaría con un certificado en que constara que el órgano asesor habiendo sido consultado no emitió el informe pedido, para, enseguida, poder dictar el acto resolutorio. La omisión del órgano asesor se traduciría en un asunto de responsabilidad para los funcionarios culpables de la mora y en la eliminación del órgano asesor respecto de los que no sean funcionarios.

se deba consultar la opinión de otro Órgano, aun cuando el Órgano Resolutivo no esté obligado a seguir el criterio del ente consultado, tenemos que aquél es un acto trámite y el último un acto final, pero según la doctrina cuando para adoptar la resolución final deban intervenir dos o más órganos resolutivos —que no es el caso del Ente Consultivo—, estaríamos frente a un acto complejo. Aun cuando es necesario hacer la salvedad de que hay opiniones que rechazan la figura del acto complejo, considerando que solamente hay un solo acto, el resolutivo, y que los demás serían actos trámites que se inscriben dentro de la idea de procedimiento.

2.4. Actos de Dictamen. (25)

Estos actos administrativos no importan una resolución destinada a producir alteraciones en el ordenamiento jurídico positivo u objetivo preexistente. El dictamen en el caso de ser vinculante, es decir, de ser obligatorio (26), puede dar lugar a las siguientes situaciones:

a) Permitir la dictación del acto declarativo que se conforme a la opinión jurídica contenida en el dictamen;

b) Impedir la dictación del acto declarativo que se deseaba emitir de distinta manera o con sentido diferente por el órgano de la Administración Activa o bien impedir absolutamente la dictación del acto proyectado. En este sentido el dictamen constituye un obstáculo para la emisión del acto constitutivo de voluntad orgánica, resolutivo, decisorio o finalista; y,

c) El dictamen puede obligar a emitir un acto que la Administración consideraba que no podía dictar. Este caso se presenta cuando un administrado o un funcionario solicita el reconocimiento de un derecho o pretende ejercitar un derecho o un interés legítimo que la Administración estima que no le correspondía ejercitar.

2.5. Actos Certificatorios.

Estos actos expresan la constatación oficial de una situación o de un hecho que consta a la Administración por antecedentes que obran en su poder o que le han sido revelados. Ellos —los actos de certificación— no crean situaciones jurídicas nuevas, no pueden pro-

(25) Para Agustín Gordillo, Profesor de Derecho Administrativo en las Universidades Nacionales de Buenos Aires y La Plata, los dictámenes no integran el concepto de Acto Administrativo, y dice al respecto: "Quedan así excluidos del concepto todos los actos preparatorios (informes, dictámenes, proyectos, etc.) y, en general, cualquier acto que por sí mismo no sea suficiente para dar lugar a un efecto jurídico inmediato en relación al particular; estos actos no son impugnables por recursos administrativos ni judiciales aunque adolezcan de algún vicio, mientras que, a la inversa, sí lo son los actos administrativos". Gordillo, Agustín A. "El Acto Administrativo". Abeledo - Perrot 2ª Edición, Buenos Aires, 1969.

(26) El dictamen emitido por un órgano de control, por ejemplo la Contraloría General de la República, ¿puede comprometer, directamente, la responsabilidad del Estado?, ¿puede recurrirse a los Tribunales de Justicia —en la hipótesis en que éstos fueran competentes para ello— solicitando la anulación de un dictamen? Ambas preguntas estimamos que deben contestarse negativamente, puesto que, en definitiva, el Acto Administrativo supuestamente dañoso o irregular no radicaría en el dictamen, que es un acto trámite, sino en el acto terminal, puesto que el órgano de control no es quien administra, quien resuelve.

vocar una alteración del ordenamiento jurídico preexistente, limitándose a la constatación oficial de una situación que ya existía con anterioridad. Constituyen medios de prueba o bien son actos intermedios o de trámite, dentro de un procedimiento, sobre cuya base se puede emitir un Acto Administrativo distinto, sea declarativo o de dictamen.

2.6. Actos Registrales.

Consisten en dejar constancia en un registro de un Acto Administrativo anterior. Este tipo de actos tiene aplicación tratándose de actos declarativos relacionados con el personal de la Administración —funcionarios públicos— y con los actos declarativos relativos al patrimonio del Estado, en la especie, con los bienes corporales o físicos, particularmente, con los bienes raíces. Estos actos registrales no persiguen una modificación del ordenamiento jurídico preexistente; su propósito es el de formar un rol o registro en que de manera ordenada dé cuenta de la situación en que se encuentra el personal de la Administración y del género especie y demás características de los bienes nacionales. (27)

3.—Motivo.

Este elemento está constituido por los hechos que, de acuerdo con la ley, permiten exteriorizar, válidamente, una competencia administrativa. El motivo es reglado cuando es la propia ley la que ha calificado los hechos que, de acuerdo con ella, habilitan para activar una competencia. Por el contrario, cuando la ley "delega" en el administrador la calificación o apreciación de los hechos que permiten la dictación del acto o, lo que es lo mismo, cuando la descripción que la ley hace de los hechos eficaces para determinar la dictación del acto es genérica, nos encontramos frente a una potestad discrecional (28). Es aquí, en los motivos —en los hechos que permiten la emisión del acto— donde se puede apreciar la naturaleza de la potestad conferida por la ley al Organo; la descripción integral del hecho habilitante para la dictación

(27) El inciso 3° del art. 2° de la Ley N° 10336 "Orgánica de la Contraloría General de la República" dice: "Estará —la Contraloría General— constituida por los Departamentos Jurídico, de Contabilidad y de Inspección General de Oficinas y Servicios Públicos; por la Fiscalía; por los Subdepartamentos de Toma de Razón, de Registro de Empleados Públicos, de Contabilidad Central, de Control de Entradas, de Control de Gastos, de Crédito Público y Bienes Nacionales, y por la Secretaría General". Los Subdepartamentos de Toma de Razón y de Registro de Empleados Públicos, refundidos, pasaron a formar el Departamento de Toma de Razón y de Registro.

(28) "Junto a conceptos unisignificativos, llenos de connotación y denotación precisa, unívoca, existen conceptos que padecen de cierta imprecisión, de alguna fluidez y que, por eso mismo, se caracterizan como plurisignificativos. Cuando la ley se vale de nociones del primer tipo se tendría la vinculación. Al revés, cuando se vale de nociones un tanto vagas se tendría la discrecionalidad"

"Siendo imposible a la norma legal —por la propia naturaleza de las cosas— sustraerse al manejo de conceptos de las dos clases, la discreción resultaría de un imperativo lógico, en función de lo cual siempre permanecería en pro de la Administración el poder y el deber de apoyarse en uno de entre los conceptos posibles".

"Vale decir, la libertad administrativa se extendería a lo largo del trayecto de imprecisión del concepto utilizado". Celso Antonio Bandeira de Mello, "Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial", Anuario de Derecho Administrativo, 1975/1976, Ediciones Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, página 450.

del acto nos dirá por sí sola que nos encontramos frente a una facultad o atribución reglada; la mayor amplitud o generalidad en la descripción del hecho hará que la facultad sea más o menos discrecional. El problema está en dilucidar si el motivo —los hechos habilitantes para la actuación de la competencia— podrían o no ser íntegramente discrecionales o, por el contrario, totalmente reglados. Estimamos que no es posible, desde un punto de vista lógico, aun desde el más elemental que pudiera concebirse, que la ley no contenga algún tipo de descripción o algún indicador referente al hecho o motivo que permita la activación de una competencia. Los hechos habilitantes como quiera que representan aspectos relacionados, aunque tan sólo sea de manera indirecta, con la necesidad o cometido, para cuya satisfacción se otorga la competencia, deben estar, a lo menos, indicados en la ley; distinto es que la calificación o apreciación jurídica del hecho corresponda, con mayor o menor latitud, a la Administración. El otorgamiento de una atribución o competencia en blanco, estando ausente del todo la indicación o determinación del hecho habilitante para el ejercicio del Poder Jurídico, equivaldría a otorgar una atribución ilimitada o genérica al órgano administrativo, circunstancia que contravendría gravemente al principio constitucional o de filosofía política que establece que las atribuciones de los órganos estatales, y particularmente de los administrativos, son restrictivas, que no se presumen y que, además, requieren, expresamente, de una habilitación legal previa específica. La situación inversa, representada por la hipótesis en la cual todos los requisitos que deben darse para la dictación del acto se encuentren descritos absoluta, íntegra o taxativamente en la ley, sin que quede a la Administración ni el más mínimo margen de libertad en cuanto a la calificación o apreciación de los motivos, parece imposible, pues aun en el caso del ingreso de una persona a la Administración en calidad de funcionario, por la vía del nombramiento de acuerdo con los artículos 9 al 15 del D.F.L. Nº 338, de 1960, deja, de todos modos, un margen, aunque sea pequeño, de discrecionalidad, a la Administración, desde el momento en que la ley entrega la elección del funcionario a la Administración.

Este elemento, que es la causa determinante del Acto Administrativo, no debe confundirse con el fin, que es distinto del motivo, como tendremos oportunidad de ver más adelante.

El motivo es fácilmente susceptible de control jurídico cuando es reglado; sin embargo, cuando su determinación legal es amplia o cuando su descripción es más o menos ambigua, el control, si bien es cierto que se dificulta, no por ello se hace imposible. De pronto, en el derecho francés, el juez de lo contencioso-administrativo controla este elemento, factor de la discrecionalidad administrativa, a través de los siguientes mecanismos: a) el error de derecho en la calificación jurídica de los motivos, caso del arrêt Barel C.E. 28-V-1954; b) el error de hecho, cuando la Administración ha podido equivocarse en cuanto a la existencia de los elementos de hecho que forman la situación que ella debía apreciar, caso del citado arrêt Barel C.E. 28-V-1954; c) la desviación de poder, cuando la Administración no ha cometido un error de hecho ni de derecho, pero ha utilizado mal su poder discrecional si ella lo ha usado para fines diferentes del interés general que la Administración está encargada de asegurar, como por ejemplo cuando la Administración niega un ascenso a un funcionario por razones de enemistad personal del

Jefe del Servicio hacia el funcionario afectado; y, d) El error manifiesto de apreciación, la apreciación de los hechos en el caso de discrecionalidad corresponde a la Administración, pero si existe un error "manifiesto" de apreciación, es decir, un error evidente, muy grave, que resalta a los ojos de cualquiera, la decisión viciada de dicho error deberá ser anulada.

4.—El Objeto.

Este elemento está constituido por el móvil, es decir, por el propósito inmediato que se pretende alcanzar directamente con el acto.

Este es un elemento que, necesariamente, debe relacionarse con la competencia y con el fin o cometido específico otorgado al órgano administrativo. En primer término, el objeto está relacionado con la competencia desde el momento en que a partir de ésta es posible verificar si puede, válidamente, perseguir aquél. Sin embargo, esta posibilidad de verificación resulta un tanto difícil de llevar a cabo, puesto que la competencia indica posibilidades de actuación jurídica que permiten abarcar una gama genérica de objetos, es decir, que el objeto aparece como un elemento que solamente es posible inducir a partir de la atribución. Por otra parte, debemos considerar que este elemento del Acto Administrativo, aisladamente considerado, es común a la mayoría, y en algunos casos a la totalidad, de las posibilidades de contenido material del Acto Administrativo, sea que éste emane o provenga de cualquier órgano administrativo. Pensemos por ejemplo en la facultad de expropiación, otorgada por la ley a numerosos servicios públicos, y coincidiremos en que el objeto de todos los actos expropiados persigue directa e inmediatamente operar la transferencia del dominio de un bien de un particular al Estado y, aún más, estadísticamente, podremos constatar que, en la generalidad de los casos, el objeto está —en la expropiación— representado por un bien raíz que cambia de dueño. Otro ejemplo lo encontraremos en el Acto Administrativo que provee un cargo vacante por la vía del nombramiento; en este caso el objeto está representado por el ingreso de un particular a la función pública, objeto que se habrá cumplido totalmente desde el momento en que, de acuerdo con la ley, el funcionario recién nombrado queda instalado en su empleo. Los ejemplos antes indicados nos muestran que existen numerosos objetos determinados que son comunes a la generalidad o a todos los servicios de la Administración.

Es necesario considerar el objeto en relación con el fin, aunque la constatación de la correspondencia con el fin no es siempre determinable con precisión. Por este motivo sólo del contexto de una serie más o menos abundante de actos administrativos podrá revelarse la correspondencia o el divorcio entre el objeto de un acto y el fin del mismo.

5.—Las Formalidades.

La actuación jurídica de la Administración es siempre solemne. Esta solemnidad o formalidad, que es consubstancial al Acto Administrativo, está establecida como una garantía de respeto al principio de la legalidad y, al mismo tiempo, como una salvaguarda de los derechos de los administrados. De manera general podemos advertir que en nuestro derecho no existe una regulación orgánica y sistemática que deter-

mine, de modo expreso, la tramitación a que deben sujetarse los actos administrativos. En todo caso, la ausencia o la falta de una formalidad establecida por la ley acarrearía, inexorablemente, la nulidad del acto. Aún más, en el caso de un acto de alcance particular, respecto del cual un reglamento hubiera establecido determinada tramitación, que el acto omitiera, la sanción también sería la nulidad.

Solamente encontramos normas relativas a la tramitación a que deben sujetarse los actos declarativos de voluntad orgánica, en la especie, los decretos supremos y las resoluciones en el art. 17 del D.F.L. 7.912 (5.12.1927); en los arts. 1, 10 y 154 de la Ley 10.336 Orgánica de la C.G.R.; en el D.S. Interior 2.710 (25.5.1942) y en el art. 75 de la Constitución Política del Estado.

6.—Fin.

La finalidad como elemento integrante del Acto Administrativo está indicada por el cometido específico que la ley ha conferido al Órgano Administrativo. La apreciación acerca de la conformidad o disconformidad del fin particular de un acto específico con el fin propio del Servicio, representado por el cometido específico o genérico a que hemos aludido, presenta las siguientes dificultades:

a) El cometido específico o fin esencial del órgano está determinado en la propia ley orgánica del ente administrativo, pero la obtención de dicho fin esencial se alcanza a través de una serie indeterminada de actos, que son los medios por los cuales se busca cumplir dicho fin. Medios que son variados y que permiten ejercitar una vasta gama de atribuciones, las cuales, de manera aislada, no conllevan, a lo menos de manera exclusiva y excluyente, a un fin único, sino que son mecanismos jurídicos que, en la realidad, pueden resultar idóneos para alcanzar objetivos —fines— de naturaleza variada, a condición de que se inscriban dentro de un fin público o de interés general;

b) Por la razón antedicha no siempre resulta posible establecer de manera irrefragable —a través del control jurídico— si determinado Acto Administrativo, que actúa o aplica una competencia, efectiva y realmente, coincide o se aleja del fin propio del Órgano. Esta dificultad del control del fin presenta su máximo interés y, consecuentemente, una mayor complejidad, cuando en la determinación de los presupuestos de hecho que habilitan para actuar la competencia, la ley ha dejado un amplio margen de discrecionalidad a la Administración, lo que —como viéramos— tiene lugar cuando la ley ha descrito de manera genérica o ambigua los hechos que permiten el ejercicio de la competencia; y,

c) El fin propio del acto, en la mayoría de los casos, y por la fuerza de las cosas, no se identifica unívocamente, con el fin o cometido esencial del ente. Esto es así porque el fin particular —propio del acto— es un propósito o fin intermedio para alcanzar el fin esencial. Por este motivo, frente a la discrecionalidad contenida en los motivos, aparece sumamente incierto determinar con certidumbre, en casos aislados, si el fin particular se inscribe o no dentro del ámbito propio del fin esencial. En nuestra ponencia —Cap. IV— indicamos cómo, en nuestra opinión, es posible controlar el fin, es decir, si el fin particular, inmediatamente, conduce al fin propio del ente administrativo.

En la doctrina nacional y a propósito de la toma de razón, un distinguido colega ha elaborado una interesante teoría que, a partir de la idea de procedimiento en la elaboración del Acto Administrativo, basándose en textos positivos, considera que dicho trámite de toma de razón forma parte del procedimiento de elaboración del Acto Administrativo controlado, el cual, consecuentemente, antes de ser cursado por la Contraloría General de la República sería solamente un proyecto de acto, lo que, en su opinión, quedaría demostrado cuando se representa el acto, circunstancia que haría imposible su nacimiento. De acuerdo con la tesis señalada la toma de razón sería un trámite esencial integrante del cuerpo mismo del Acto Administrativo, por lo cual formaría parte del procedimiento de elaboración del acto, circunstancia que la hace integrante del elemento formalidad, es decir, que la toma de razón sería una formalidad esencial del Acto Administrativo, sin cuya existencia no habría acto, y la sanción estaría representada por la inexistencia jurídica del acto.

Personalmente estimo que la tesis indicada —si quisiéramos adecuarla al presente trabajo— nos conduciría, en primer término, a subsumir la idea de procedimiento en la de formalidad, elemento del Acto Administrativo, y la toma de razón, al considerarse como un trámite de un procedimiento de elaboración del Acto Administrativo, sería una parte del acto en sí, todo ello tomando en consideración el hecho de que el acto o proyecto de acto —según la tesis comentada— tiene lugar en la Administración activa, y la toma de razón se origina en un órgano cuya finalidad esencial —para este caso— no es la de administrar sino la de controlar si el acto se encuentra o no circunscrito dentro del respecto a la juridicidad. Todo ello sin perder de vista que la Contraloría por su independencia orgánica y funcional de “todo Ministerio” es independiente del Ejecutivo, tanto desde el ángulo de la jerarquía como, igualmente, desde el de la tutela o supervigilancia. Luego, ¿podría considerarse a la toma de razón como parte integrante del Acto Administrativo?, o ¿no será más bien un trámite relacionado con el acto, pero independiente de él y que incide en la eficacia y en la presunción de validez o legalidad del mismo?

IV.—EL CONTROL DEL FIN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Nuestra ponencia planteará una teoría a partir de la cual se pueda orientar la discusión en torno a determinar el o los elementos del Acto Administrativo que son susceptibles de indicarnos si el fin particular del acto se inscribe o coincide dentro del fin esencial o genérico propio del Órgano Administrativo.

1.—En primer lugar, nos parece imprescindible hacer una consideración previa que consiste en la independencia de los fines particulares e inmediatos del Acto Administrativo, específicamente considerado, y el fin esencial contenido en el cometido específico del Servicio. La independencia señalada no significa, de modo alguno, que el fin particular del acto no deba entenderse encaminado en la dirección a que apunta el fin genérico o esencial, sino que quiere destacar la individualidad de cada uno de ellos, individualidad que, a veces, dificulta la identidad de uno y de otro.

EL CONTROL DE LA DESVIACION DE FIN EN EL ACTO ADMINIST. 159

2.—Por eliminación iremos acercándonos al o a los elementos cuyo control nos permita determinar la conformidad o disconformidad del fin particular con el fin genérico, a que hiciéramos alusión.

3.—Estimamos que, de acuerdo a las razones que a continuación expondremos, los siguientes elementos no son determinantes para controlar la desviación de fin del Acto Administrativo:

a) **La exteriorización.**—Consideremos de este elemento únicamente la competencia o esfera de atribuciones legales del órgano administrativo. Como dijéramos más arriba, este elemento es un medio, una posibilidad jurídica, conferido para el logro del fin genérico o esencial. Como todo elemento instrumental la competencia en sí misma constituye un medio o mecanismo que, aisladamente considerada, puede servir para alcanzar los más variados fines. Por ello, el ejercicio de una atribución legal no es siempre índice suficiente para confrontar el fin del acto con el fin genérico o esencial;

b) **El objeto.**—Elemento que consiste en la prestación, en el propósito inmediato sobre que recae el Acto Administrativo, también, salvo en casos excepcionales, resulta no ser un indicador adecuado para la constatación de la desviación del fin. Esta conclusión se explica por sí misma al considerar que los objetos, en su inmensa mayoría, son similares a la generalidad de los órganos administrativos; pensemos tan sólo en aquéllos relacionados con la función pública —ingreso de funcionarios, aplicación de medidas disciplinarias, promoción, otorgamiento de derechos, etc.; y,

c) **Las formalidades.**—Este elemento adjetivo o procedimental a que debe sujetarse en su elaboración el Acto Administrativo, también resulta inapropiado para establecer una posible desviación de fin del Acto Administrativo, básicamente, por su carácter no sustancial, no determinante de contenido, de los motivos y del fin propio del acto.

4.—Producto de eliminación de algunos elementos como indicadores apropiados a la determinación de la conformidad o a la desviación del fin particular del acto con el fin genérico o esencial del Servicio, solamente nos quedan dos elementos: a) el motivo, y b) el fin particular. Analizaremos a continuación el primero de los elementos indicados.

5.—**El motivo.**—Como dijéramos más arriba, este elemento está constituido por los hechos que habilitan para ejercer la competencia. El problema no se presenta cuando ha sido la propia ley la que se ha encargado de definir con precisión la naturaleza y las características de los hechos que permiten la puesta en ejercicio o la activación de la competencia. En este caso la determinación del fin propio o particular del acto no ofrece mayor dificultad y su confrontación con el fin genérico del Órgano aparece exenta de problemas. Distinta es la situación que se presenta en los casos en que la ley confía a la propia Administración la calificación jurídica del hecho habilitante para la emisión del acto. La discrecionalidad en la apreciación de los motivos influye, directamente, en el fin particular del acto, en el sentido de que aquél comanda al último. En este caso, aparentemente, al menos, la discrecionalidad legitimaría el acto, esto hace sumamente difícil determinar una posible desviación de poder o de fin.

Para controlar el fin del acto habría que examinar detenidamente los hechos constitutivos del motivo, aun cuando exista una acentuada discrecionalidad para la calificación jurídica de los hechos. Este examen del motivo debe hacerse por el Contralor Jurídico, de manera objetiva, considerando los hechos habilitantes dentro de la perspectiva del fin general o esencial del Órgano. La intangibilidad de los hechos, en caso de existir discrecionalidad amplia, determinó en el pasado, más o menos reciente, el rechazo del contralor de juridicidad —sea preventivo o represivo— de adentrarse en lo que se denominó la calificación o examen de la "oportunidad" del acto, que se consideró algo exclusivo de la Administración. Sin embargo, no podemos convenir, dentro de un Estado de Derecho, en una posición que beneficiaría a la Administración con una suerte de inmunidad de control y/o de jurisdicción, desde el instante que la discrecionalidad no puede, legalmente al menos, estimarse como absoluta e ilimitada lo que, necesariamente, llevaría a la arbitrariedad, además que con ello se vulneraría el principio de la habilitación legal previa de atribución. Ello significa que la ley no podría habilitar a un órgano para actuar cuando quiera, como quiera y, consecuentemente, para lo que quiera. (29)

El control del motivo —o de los hechos— ya ha sido efectuado en Francia por el Consejo de Estado, en los casos en que la calificación de ellos corresponda a la Administración. (Ver punto 3 del Cap. III).

V.—CONCLUSION

Nuestra ponencia se reduce a postular que el control del fin del Acto Administrativo sólo es posible establecerlo analizando los motivos del acto en relación con el fin público o de interés general establecido por la ley con el fin esencial o genérico del Órgano Administrativo; ello puede hacerse a través de alguno de los siguientes mecanismos:

- a) Control de un posible error de derecho;
- b) Control de un probable error de hecho;
- c) Control de una posible desviación de poder; y,
- d) Apreciación de un posible error manifiesto de apreciación.

De todas formas, esta ponencia, que es integrante de un trabajo mayor, que esperamos publicar dentro de breve plazo, sólo persigue estimular a la Cátedra en la búsqueda de medios más perfectos y ciertos para el control de la juridicidad de la actuación unilateral, exorbitante del derecho común, de la Administración, único camino que nos conducirá, a no dudarlo, a vivir más plenamente dentro de un Estado de Derecho.

(29) Ver nuestro comentario al arrêt "Nouvelle Ville Est" Conseil d'Etat Français 28 de Mayo de 1971, que será publicado en la Revista de Derecho Público N° 23.