



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**Facultad de Derecho**  
**Escuela de Graduados**

**INFORME EN DERECHO**

**ESTUDIO SOBRE LAS POTESTADES DISCRECIONALES DE LA  
ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO: LA DESTINACIÓN FUNCIONARIA**

**Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al grado de Magíster en  
Derecho con mención en Derecho Público**

**MARCELA DEL CARMEN ROBERT ASTE**

**PROFESOR GUÍA: DOCTOR ROLANDO PANTOJA BAUZÁ**

**Santiago, Chile**  
**2011-**

## TABLA DE CONTENIDOS

### 1. INTRODUCCIÓN

Presentación de la materia o asunto cuestionado.....	4
--	---

### 2. ANTECEDENTES GENERALES

2. 1. Nociones Generales sobre la destinación funcionaria regulada en el artículo 73 de la ley N° 18.834.....	7
2. 2. Naturaleza del acto administrativo que la declara. Acto reglado o discrecional.....	9
2. 3. Circunstancias de hecho y de derecho que motivan la destinación funcionaria.....	11
2. 4. Razones de buen servicio. Eficacia de la función administrativa como elemento de hecho.....	12
2. 5. De los perjuicios que pudiera ocasionar la destinación funcionaria. Eventual vulneración del principio de la primacía de la persona humana y del derecho a la función.....	13
2. 6. Exteriorización del acto que determina la destinación. Defensa a la certeza jurídica.....	21

### 3. CONSIDERACIONES

3. 1. Nociones Generales sobre potestades discrecionales. Concepto y límites.....	24
---	----

3. 2. Del principio de legalidad como límite de la discrecionalidad.....	25
3. 3. Acerca del Principio de Razonabilidad como límite de discrecionalidad. Necesidad jurídica de la motivación.....	28
3. 4. Consagración positiva de la motivación. Evolución de la jurisprudencia administrativa y su consagración en la jurisprudencia judicial.....	32
3. 5. Acerca del motivo dentro de la estructura del acto administrativo y en particular de aquellos que disponen una destinación.....	40
3. 6. Acerca del contenido del motivo. Motivo de hecho y derecho en la destinación funcionaria.....	43
3. 7. Efecto de la ausencia de motivo. Eventual invalidación.....	46
<b>4. CONCLUSIONES</b>	
4. 1. Sobre los elementos que debe contener el acto administrativo que determina una destinación funcionaria.....	49
4. 2. Sobre los límites al ejercicio de tal potestad discrecional, en particular, tratándose de eventuales derechos legales y garantías constitucionales que pudieren verse vulneradas.....	52
4. 3. Sobre la invalidación de un acto arbitrario de destinación funcionaria.....	56
<b>5. BIBLIOGRAFÍA</b>	58

## 1. INTRODUCCIÓN

En relación con la potestad discrecional que los artículos 73 y 74 de la ley N° 18.834 conceden a la autoridad administrativa para destinar a sus funcionarios fuera del lugar de su residencia, se plantea la problemática relativa a los límites que tiene tal potestad, considerando que en su ejercicio no sólo se pueden vulnerar derechos fundamentales del servidor público afectado, como los derechos a la función y a la dignidad funcionaria, sino que también principios esenciales de la administración pública, como son la certeza jurídica y, por cierto, el de la razonabilidad que debe imperar en la dictación de todo acto administrativo.

En efecto, si bien la justificación normativa de esta potestad se encuentra consultada en el artículo 73 de la ley N° 18.834, conforme al cual, los funcionarios sólo podrán ser destinados a desempeñar funciones propias del cargo para el que han sido designados dentro de la institución correspondiente, en cuanto así lo ordene el jefe superior de la respectiva institución, en cualquiera localidad, en un empleo de la misma institución y jerarquía, el ejercicio de tal potestad discrecional no está ajena a dificultades, tomando en consideración que tal decisión afecta a un funcionario que puede tener hogar, familia e hijos estudiando en el lugar de su desempeño habitual, además de otros beneficios laborales asociados a este último, panorama que se agrava en situaciones en que ambos cónyuges forman parte de la misma repartición pública, caso en el cual el artículo 74 del mismo texto legal precitado permite persistir en ella, en la medida que se destine a ambos, simultáneamente y a un mismo punto.

Luego, tratándose de actos que emanan del ejercicio de una potestad administrativa discrecional, como acontece en la destinación funcionaria, es recurrente el planteamiento acerca de lo justo, razonable, discrecional o no de tal determinación administrativa, lo que frecuente y necesariamente, importa analizar los distintos elementos o antecedentes, tanto de facto como legales, que la autoridad tuvo en consideración para adoptar su decisión, toda vez que sólo dicho análisis nos permitirá concluir si un acto administrativo se encuentra o no ajustado a derecho, determinación

en la cual, el estudio de la motivación del acto, tiene una especial trascendencia, no sólo para determinar la legalidad del acto decisorio, sino también como elemento de certeza jurídica respecto de quienes se verán afectados por las determinaciones contenidas en dichas declaraciones de voluntad.

De esta manera, necesario es analizar los requisitos que deben cumplirse para la validez de la actuación administrativa en referencia, la que no se agota por el solo hecho de verificar que haya emanado de un órgano competente o haya sido adoptada a través de procedimientos debidos que guarden conformidad con la Constitución y la ley, ya que para concluir acertadamente sobre tal materia necesario es dar respuesta a una serie de interrogantes que nos permitirán dilucidar acerca de las condiciones que en relación con esta materia deben cumplirse para concluir que una destinación funcionaria se encuentra razonablemente fundada y justificada.

En efecto, en tal análisis se requiere determinar, entre otras problemáticas, las siguientes: 1) si en el ejercicio de tal potestad, basta que la autoridad enuncie el derecho aplicable o si además el acto administrativo en el que manifiesta su voluntad debe contener una motivación de hecho; 2) si en tal decisión influye el hecho de desempeñar un cargo de función genérica o específica; 3) si se debe expresar por parte de la autoridad, que la destinación obedece a la existencia de hechos objetivos y reales que inciden en un adecuado desempeño de la función pública; 4) si la destinación arbitraria afecta el principio de la primacía de la persona humana que consagra el artículo 1º inciso cuarto de nuestra Carta Fundamental por sobre el Estado, que tiene que estar a su servicio, y eventualmente a las garantías constitucionales estipuladas en los N°s. 2 y 24 de su artículo 19, además de los derechos funcionarios que ampara el artículo 38 del señalado texto.

En tal contexto, a través del presente informe en derecho se pretende determinar los límites de la potestad discrecional en análisis, arribando a conclusiones básicas, tanto respecto de los estándares mínimos que en materia de razonabilidad debe exigirse a este tipo de actos, como respecto de los efectos que en relación con su validez pudieran derivarse de la ausencia de motivación.

Lo anterior, con el objeto de demostrar que este tipo de actos, no obstante emanar de potestades discrecionales, también está sometido al principio de juridicidad, por lo que en ellos, el motivo dista de ser una mera formalidad, constituyendo un requisito o elemento fundamental dentro de su estructura, toda vez que su presencia permite distinguir claramente una potestad jurídica discrecional de una arbitrariedad.

## **2. ANTECEDENTES GENERALES**

### **2.1. Nociones generales sobre la destinación funcionaria regulada en los artículos 73 y 74 de la ley N° 18.834**

Tratándose de la figura de la destinación, es útil tener en cuenta, en primer término que el artículo 46 inciso tercero de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ordena que los funcionarios públicos sólo pueden ser destinados a funciones propias del empleo para el cual han sido designados, dentro del organismo o servicio público correspondiente.

Seguidamente, el artículo 73 de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, dispone que los funcionarios sólo podrán ser destinados a desempeñar funciones propias del cargo para el que han sido designados dentro de la institución correspondiente, agregando que las destinaciones deberán ser ordenadas por el jefe superior de la respectiva institución, precisando luego, su inciso segundo, que la destinación implica prestar servicios en cualquier localidad, en un empleo de la misma institución y jerarquía.

Por su parte, cuando la destinación implique un cambio en la residencia habitual del funcionario, el artículo 74 del mismo Estatuto establece que ella deberá notificarse al funcionario con treinta días de anticipación, a lo menos, de la fecha en que deba asumir sus nuevas labores.

Finalmente, tratándose de cónyuges funcionarios regidos por la ley N° 18.834, con residencia en una misma localidad, el inciso segundo del artículo 74 precitado, dispone que uno de ellos no podrá ser destinado a un empleo con residencia distinta, sino mediante su aceptación, a menos que ambos sean destinados a un mismo punto simultáneamente.

Al respecto es necesario precisar por una parte, que el legislador destaca en el artículo 46 de la ley N° 18.575, una de las principales características de la destinación, consistente en que ella sólo puede operar dentro del organismo o servicio público correspondiente<sup>1</sup>, y por otra, que deben considerarse como funciones “propias del cargo”, las asignadas a una determinada planta, de manera que la destinación sólo corresponde efectuarla en cargos contemplados dentro de una misma planta.<sup>2</sup>

Acorde lo anterior, no resulta legalmente procedente destinar a las personas contratadas, toda vez que en conformidad a lo dispuesto en los artículos 3º, letra c), y 10 del Estatuto Administrativo, los servidores contratados están al margen del ordenamiento permanente de personal del Servicio de que se trate y de su estructura orgánica, factores que determinan la jerarquía o vínculo jurídico que une a órganos y funcionarios en relación de superior a inferior.<sup>3</sup>

Asimismo, dado que los desplazamientos a que pueda dar lugar una destinación deben efectuarse de manera que se respete la posición jerárquica, debe procurarse que los empleados desarrollen tareas de la misma índole de las que corresponden al cargo en que fue nombrado, por lo que, tratándose de empleos de denominación genérica, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, contenida en el dictamen N° 36.550, de 2004, entre otros, ha concluido que no existe inconveniente en que opere la destinación siempre que no se produzca una disminución en la posición jerárquica y las funciones encomendadas digan relación con el estamento al cual pertenece el respectivo funcionario.<sup>4</sup>

En efecto, los empleos de denominación específica limitan, cuando no impiden una destinación, ya que esta medida no puede alterar las funciones propias del cargo que se ocupa, según la denominación indicada en la ley, en el presupuesto, en las plantas o reglamentos del Servicio.

---

<sup>1</sup> Conforme se ha señalado en dictámenes N°s 24.360, de 1990 y 29.562, de 2010, desde la vigencia de la ley 18.834, esto es, a contar del 23 de septiembre de 1989, no pueden disponerse destinaciones a una entidad distinta de aquella a la que pertenece el funcionario, porque en el nuevo Estatuto Administrativo no se contempla la destinación especial que establecía el artículo 35, inciso segundo, del decreto con fuerza de ley 338, de 1960.

<sup>2</sup> Ver dictámenes N°s 33.268 de 1993, 23.410, de 1997 y 52.685, de 2003.

<sup>3</sup> Ver dictámenes N°s 23.342, de 1990, 7.668, de 1993 y 11.805, de 2010.

<sup>4</sup> Ver dictamen N° 19.631, de 2009.



En el mismo sentido, cabe hacer presente que si bien la legislación estatutaria faculta a las jefaturas superiores para distribuir al personal de su dependencia por la vía de la destinación, para ubicarlos dentro de una determinada unidad en el Servicio, tales desplazamientos deben respetar la jerarquía de los dependientes y efectuarse en forma tal, que ellos desarrollen tareas de la misma índole que aquéllas.<sup>5</sup>

Por último, es del caso precisar que el goce de licencias médicas no obsta a que se disponga la destinación del afectado, puesto que el ejercicio de ese derecho sólo permite al servidor ausentarse del Servicio con el objeto de atender al restablecimiento de su salud, sin que suspenda su calidad de empleado público, situación que también opera respecto de las licencias maternales, por cuanto ellas tampoco configuran un impedimento para que la funcionaria sea destinada, ya que este permiso no otorga inamovilidad, por lo que en tal contexto, la medida analizada no significa transgresión a derechos estatutarios de una funcionaria que al momento de la destinación gozaba de licencia médica y además de fuero maternal, pues el ejercicio de la facultad analizada, por parte de la autoridad administrativa, no le impide seguir gozando de tales beneficios hasta su término.<sup>6</sup>

## **2. 2. Naturaleza del acto administrativo que ordena una destinación. ¿Acto reglado o discrecional?**

Sobre el particular, útil es precisar que no es la materia sobre la que versan ciertos actos la que determina su naturaleza, sino sus características, sin que sea necesario que la ley advierta expresamente cuando nos hallamos frente a un acto originado en una potestad discrecional o reglada.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Ver dictámenes N°s 6.070, de 1992, 43.301 y 52.397 ambos de 2004.

<sup>6</sup> Así lo ha resuelto la jurisprudencia administrativa en dictámenes N°s 25.468, de 1990, 17.188, de 1993 y 3.071, de 2003 y la jurisprudencia judicial en fallo emanado de la Corte de Apelaciones de Concepción en causa Rol N° 818-2003 sobre Recurso de Protección caratulado "Gisela Scheuermann Salinas y Pedro Cristián Sepúlveda Salgado con Servicio de Salud de Arauco", donde se afirma que los derechos de maternidad de la doctora Scheuermann Salinas no han resultado afectados toda vez que "ellos se ejercen sin atender al lugar donde se labore".

<sup>7</sup> Palacios Ibarra Juan Francisco. El control de la discrecionalidad administrativa. Pag.31. Revista Jurídica On Line, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

En tal contexto, es necesario establecer desde ya que la potestad que los artículos 73 y 74 de la ley N° 18.834 concede a la autoridad administrativa para destinar a sus funcionarios fuera del lugar de su residencia, es de aquellas denominadas discrecionales, situación que queda de manifiesto del examen literal de tales disposiciones, por cuanto en ellas no se especifican las condiciones, circunstancias o supuestos de hecho que permitan a la autoridad administrativa ejercer tal prerrogativa.

De esta manera, acorde lo dispuesto en las normas precitadas y conforme lo ha reconocido en diversos dictámenes la Contraloría General de la República<sup>8</sup>, las destinaciones constituyen una facultad privativa del jefe superior del servicio, quién puede decidir discrecionalmente cómo distribuir y ubicar a los funcionarios según lo requieran las necesidades de la repartición que dirige, teniendo como limitación que dichos servidores sólo pueden ser destinados a desempeñar labores propias del cargo para el cual han sido designados dentro del organismo público correspondiente, en un empleo de la misma institución y jerarquía.<sup>9</sup>

Tal libertad de acción, sin embargo, no puede confundirse con una autorización para actuar fuera de la normativa legal vigente, toda vez que el examen que debe realizar la autoridad administrativa en forma previa a tomar tal decisión, debe sustentarse en criterios justos y legítimos; sostener lo contrario importaría una aceptación de la arbitrariedad, lo que se opone al principio de razonabilidad que debe imperar en la decisión materia de estudio.

### **2.3. Circunstancias de hecho y de derecho que motivan la destinación funcionaria**

Siendo la medida de destinación una potestad jurídica de naturaleza discrecional, en su materialización a través de un acto administrativo unilateral es de especial

---

<sup>8</sup> Ver dictámenes N°s 74.135, de 2010 y 5.807,8.218 y 12.917, de 2011.

<sup>9</sup> Estatuto Administrativo Interpretado, Concordado y Comentado. Contraloría General de la República. Santiago-2008.

relevancia la consideración de los motivos que impulsan la adopción de tal determinación respecto de un funcionario en particular, toda vez que la publicidad de tales razones constituye la mejor garantía del correcto uso de las atribuciones jurídicas que la ley ha conferido a una autoridad para satisfacer necesidades públicas en su misión de promover el bien común y asegurar así que tales atribuciones sean utilizadas “en bien de la comunidad y no para oscuros intereses o fines inconfesables”.<sup>10</sup>

En tal contexto, dicha obligación no debe agotarse en la indicación del sustento normativo del actuar, sino que además debe incluir los motivos de hecho que fundamentan un determinado actuar de la Administración, es decir, las razones de hecho, concretas y existentes que impulsan a la autoridad a adoptar una medida como la que ahora se analiza, conocimiento que es de extrema importancia para el afectado con tal medida, quién al tener acceso a los fundamentos de la decisión adoptada a su respecto, podrá ejercer las acciones administrativas o judiciales que estime pertinentes, si considera vulnerados sus derechos funcionarios.

Pero, ¿a quién corresponde determinar o ponderar que la existencia de un hecho concreto habilita para destinar a un funcionario determinado?. Tal interrogante ha sido respondida por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República contenida, entre otros, en el dictamen N° 51, de 1999, el que concluye que según los principios generales que informan la gestión pública, corresponde a las autoridades de la Administración apreciar las circunstancias y razones que justifican la destinación de un funcionario, siempre que la adopción de la medida no implique una actuación arbitraria, encontrando en general su sustento en las necesidades actuales del servicio, como es el mejor aprovechamiento del personal calificado, basándose además, en la profesión del interesado o en otras circunstancias que permitan potenciar y reactivar su quehacer.<sup>11</sup>

En el mismo sentido, cabe citar el dictamen N° 67.100 de 2010, donde se concluye que los actos administrativos a través de los cuales se ejercita una potestad

---

<sup>10</sup> SOTO KLOSS EDUARDO, Derecho Administrativo, Temas Fundamentales. 2010, Legal Publishing, segunda edición, pag.369.

<sup>11</sup> Ver dictámenes N°s 26.356, de 2000, 44.702, de 2003 y 43.301, de 2004.

discrecional, deben ser motivados, señalándose en éstos las circunstancias y el raciocinio que justifica la adopción de la medida que en él se contiene, única manera de cumplir con la exigencia que pesa sobre la Administración en orden a motivar sus decisiones.<sup>12</sup>

#### **2. 4. Razones de buen servicio. Eficacia de la función administrativa como elemento de hecho**

Como la medida de destinación se adopta en ejercicio de la potestad discrecional que la ley otorga al jefe superior de un servicio, corresponderá a tal autoridad determinar si razones de buen servicio o de mayor eficacia de la función administrativa constituyen circunstancias de hecho susceptibles de sustentar tal determinación, las que sin embargo deben ser objetivas y reales, tendientes a evitar efectos que perjudiquen el buen servicio y desarrollo de la respectiva actividad del órgano administrativo de que se trate.

En tal sentido, es de utilidad precisar que la competencia que tiene el titular de un órgano de la Administración para cumplir su función administrativa, siempre debe estar orientada a satisfacer una necesidad pública determinada, criterio orientador que debe inspirar aquellas decisiones que se adopten “por razones de buen servicio”, en cuanto tales razones deben propender a lograr un objetivo determinado y concreto, consistente en cumplir el fin para el cual ha sido dictado un determinado acto administrativo, que es, precisamente, satisfacer una necesidad pública, fin que si bien en lo específico es determinado por la ley al precisar las funciones del servicio, organismo o persona jurídica a que pertenece el órgano autor del acto, en lo genérico, debe conformarse y adecuarse con el fin que le corresponde como órgano del Estado,

---

<sup>12</sup> Ver también dictámenes N°s 44.521 y 54.026, ambos de 2010.

que no es otro que el Bien Común, fin único y exclusivo del propio Estado, conforme así lo establece el artículo 1, inciso cuarto, de nuestra Carta Fundamental.<sup>13</sup>

## **2. 5. De los perjuicios que pudiera ocasionar la destinación funcionaria. Eventual vulneración del principio de la primacía de la persona humana y del derecho a la función**

Como ya se señalara en la parte introductoria del presente informe en derecho, la determinación unilateral y potestativa por parte de la autoridad administrativa de destinar a un servidor público, desde la perspectiva de los efectos que ella producirá en el funcionario afectado no está ajena a dificultades, por cuanto en algunos casos -si no en la mayoría de ellos-, y aún cuando con tal medida no se vulnere el ejercicio de las funciones propias del cargo respectivo, ella va a importar consecuencias de variada índole en el ejercicio, tanto de diversos derechos funcionarios, como también, por cierto, consecuencias en el ámbito familiar y personal del destinatario de tal decisión.

En tales circunstancias, la adopción de esta medida no debe ser ajena al cumplimiento del principio de la primacía de la persona humana por sobre el Estado, que debe estar a su servicio, debiendo promover el bien común, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Ley Fundamental establece para aquella.

Lo anterior, por cuanto entre la diversidad de medios utilizados por el Estado para el cumplimiento de su finalidad esencial, el Derecho es el más importante, siendo un medio al servicio de un fin: el bien común, y en razón de este papel instrumental, sus normas deben ser estructuradas y organizadas de la manera más perfecta para así

---

<sup>13</sup> SOTO KLOSS EDUARDO, Derecho Administrativo, Temas Fundamentales. 2010, Legal Publishing, segunda edición, pag.366. Para tal autor, las necesidades públicas, son hechos, circunstancias o situaciones que, existentes fácticamente en la realidad, vienen a constituir el "motivo" que va a impulsar a la Administración a adoptar una determinada actuación, que se traducirá en una decisión, esto es, un acto administrativo, con el fin de satisfacer dicha necesidad en un caso concreto.

alcanzar, dentro de un espíritu de justicia, de eficiencia y de eficacia, los objetivos asignados al Estado.<sup>14</sup>

De esta manera, el respeto al principio constitucional precitado importa que la decisión que se adopte en torno a una medida de destinación debe ser suficientemente motivada, tanto en el derecho como en los hechos, toda vez que un proceder contrario impediría al afectado deducir con pleno conocimiento de causa los recursos administrativos que le asisten, afectando con ello, además, el principio de impugnabilidad que debe imperar en la Administración, según lo dispone la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Asimismo, en tal hipótesis, esto es, destinación carente de motivación, también se vería afectado el derecho a la función, ya que este no sólo se refiere al derecho de permanecer en el empleo del que se es titular, sino que también a ejercerlo donde actualmente lo ejerce, salvo, por cierto, que sobrevenga una causa legal de término de funciones o que concurran las circunstancias de hecho o de derecho que permitan destinar a un funcionario a un lugar distinto, en ejercicio de la potestad discrecional que en esta materia asiste a la autoridad administrativa.

Aclarado lo que antecede, se ha considerado de relevancia hacer referencia en los acápite siguientes a diversas situaciones especialmente sensibles que pueden verse afectadas por una destinación funcionaria y en cuya resolución han tenido especial relevancia los pronunciamientos contenidos en diversos dictámenes emanados de la Contraloría General de la República.

---

<sup>14</sup> CALDERA DELGADO HUGO, Tratado de Derecho Administrativo, T.II, p. 445, Editorial Parlamento Ltda, 2001. Citado en voto de minoría redactado por el Abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Concepción en causa Rol N° Rol N° 818-2003 sobre Recurso de Protección caratulado "Gisela Scheuermann Salinas y Pedro Cristián Sepúlveda Salgado con Servicio de Salud de Arauco".

### **2. 5. 1. Sobre perjuicios relativos a franquicias económicas**

La destinación pudiera significar que el servidor afectado con tal medida deje de percibir algún tipo de franquicia pecuniaria, como sería el caso de viáticos u horas extraordinarias, situación que sin embargo no genera a su respecto el pago de algún tipo de compensación o indemnización, ya que es obligación de cada funcionario cumplir las destinaciones y las comisiones de servicio que disponga la autoridad competente, sin que la ley N° 18.834, contenga normas que contemplen el pago de beneficios compensatorios a causa de la destinación.<sup>15</sup>

Con todo, los servidores públicos que han sido objeto de una destinación formal, pero que no han asumido las funciones correspondientes a su nuevo destino por encontrarse -por ejemplo- haciendo uso de feriado o licencia médica, tienen derecho a conservar los beneficios inherentes a su antiguo desempeño.<sup>16</sup>

### **2. 5. 2. Caso de destinación cuando ambos cónyuges forman parte de un mismo Servicio**

Otro aspecto que torna compleja la destinación funcionaria se presenta en el caso descrito por el artículo 74 inciso segundo de la ley N° 18.834, que tiende a evitar que los cónyuges funcionarios regidos por el señalado Estatuto Administrativo, con residencia en una misma localidad, sean separados por un acto de la autoridad administrativa sin su respectiva aceptación, a menos que ambos sean destinados a un mismo punto simultáneamente, situación que viene a corroborar, por una parte, lo consignado en el artículo 1º de la Constitución Política, en cuanto señala que la familia es el núcleo de la sociedad y es deber del Estado protegerla, y por otra, el derecho y el deber de ambos cónyuges de vivir en el hogar común que al efecto consagra el artículo

---

<sup>15</sup> Ver dictamen N° 4.331, de 1992.

<sup>16</sup> Ver dictámenes N°s 18.908, de 1972, 16.933 y 26.565, de 2004.

133 del Código Civil, y que importa, implícitamente, reconocer la obligación del marido y de la mujer de seguirse recíprocamente al lugar donde uno u otro deba fijar su residencia.<sup>17</sup>

De esta manera, la señalada disposición contempla la posibilidad que los cónyuges funcionarios rechacen una destinación con cambio de residencia dispuesta por la autoridad respecto de uno de ellos, cuando ambos se rigen por el Estatuto Administrativo y residen en la misma localidad.

En consecuencia, el beneficio en análisis no es aplicable en el caso de aquellos cónyuges que se rijan por estatutos distintos, situación que conforme la disposición en estudio no autoriza a uno de ellos para exigir una destinación a una localidad que le permita reunirse con su marido o mujer.<sup>18</sup>

Sin embargo, si uno de los cónyuges hubiera aceptado la destinación, el otro cónyuge no puede exigir de la Administración que también se disponga su destinación, dado que no existe norma legal que lo permita, toda vez que conforme lo dispone el artículo 67, es facultativo para la autoridad disponer dicha medida cuando lo estime pertinente, en consideración a las necesidades del servicio.

Por su parte, cabe preguntarse, para el caso de destinación de ambos cónyuges en que uno de ellos tiene un cargo directivo, si ello se opone a lo dispuesto en el actual artículo 85 del Estatuto Administrativo -modificado por la ley N° 19.653-, que precisamente dispone que no podrán desempeñarse en una misma institución personas ligadas entre sí por los grados de parentesco que menciona o por matrimonio, cuando entre ellos se produzca relación jerárquica aún indirecta. La respuesta a ello debe ser necesariamente negativa, por cuanto conforme lo ha señalado la jurisprudencia administrativa contenida en dictámenes N°s 24.288, de 2002 y 29.134, de 2006, no puede entenderse que la intención del legislador de la citada ley

---

<sup>17</sup> Ver dictámenes N°s 33.327, de 2008 y 27.432, de 2010.

<sup>18</sup> Ver dictámenes N°s 31.118 de 1991, 27.175 de 1996, 31.738, de 2001 y 13.125, de 2003.



Nº 19.653, haya sido perturbar los matrimonios existentes a la época de su vigencia, en la cual también existía el vínculo de jerarquía.

Asimismo, corresponde preguntarse si puede resolverse por aplicación de los artículos 73 y 74 de la ley Nº 18.834, la situación de dos cónyuges que como resultado de sus postulaciones a concursos públicos deben trasladarse a cumplir funciones en localidades distintas, luego de haber resultado, cada uno de ellos, ganadores del certamen.

A nuestro juicio, en el escenario descrito en el párrafo precedente, no es procedente aplicar estas normas estatutarias, toda vez que tal problemática no debe ser resuelta acorde con las normas relativas a las destinaciones, sino que de acuerdo a los artículos 18 y siguientes del mismo ordenamiento, relativos a los certámenes. Lo anterior, debido a que tanto al marido como a la mujer no se les trasladó a localidades diversas por un acto arbitrario de la autoridad, sino que los nombramientos a servir en distintos lugares han sido el resultado de un proceso de selección al cual se opusieron libre y voluntariamente, y que ganaron en forma legítima conforme a las respectivas bases del concurso. Con todo, para resguardar la unidad familiar -la que se ha visto afectada por la propia voluntad de los cónyuges-, la autoridad administrativa puede arbitrar las medidas tendientes a destinar a aquel que en definitiva decida no aceptar la nueva plaza, conservando el grado que poseía antes del concurso, al mismo lugar en que se designe al que acceda a ser promovido.<sup>19</sup>

### **2. 5. 3. Imposibilidad que por vía de destinación se efectúe un nombramiento**

La doctrina general en materia de destinaciones ha declarado que no es admisible que por la vía de esta figura jurídica se pretenda efectuar un nombramiento, por cuanto aquella supone necesariamente tener, previamente, la titularidad del cargo, de modo que mal podría incorporarse al cargo al cual ha sido destinado un funcionario que ya se

---

<sup>19</sup> Ver dictamen Nº 5.695, de 2005.

haya en posesión del empleo, el mismo que pasa a ejercer en otro lugar por la vía de la destinación. Reafirma lo expuesto, la circunstancia que el empleado tenga derecho, como retribución por sus servicios, al sueldo asignado a la categoría o grado que corresponda al empleo respecto del cual tiene nombramiento vigente, sin que la destinación sea un medio para proveer un cargo de la planta de un servicio, ya sea que este se encuentre vacante o que, sin estarlo, su titular se encuentre impedido por cualquier causa para desempeñarlo.<sup>20</sup>

#### **2. 5. 4. Destinación de funcionario sumariado**

Es improcedente disponer la destinación de un funcionario sumariado, por cuanto la adopción de tal medida implicaría infringir lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 131 del Estatuto Administrativo, precepto del cual se infiere la obligación del inculpado en un sumario administrativo de permanecer en el radio urbano en que la fiscalía ejerce sus funciones investigadoras.

Tal disposición radica al inculpado en el lugar en el que se sustancia el procedimiento y mientras dure su tramitación, de modo que no podría ser alejado de sus funciones por una medida de destinación, a menos que dicho alejamiento se produzca por aplicación de lo dispuesto en el artículo 136 del Estatuto, que prescribe que el Fiscal podrá ordenar la destinación transitoria a otro cargo dentro de la misma institución y ciudad del inculpado, la que terminará al dictarse el sobreseimiento o al evacuarse la vista fiscal.<sup>21</sup>

Asimismo, no existiría impedimento para aplicar la medida de destinación en los casos en que ella se ordene después de la emisión de la vista fiscal, por cuanto la obligación de radicación que pesa sobre el sumariado concierne sólo al período durante el cual se practican las investigaciones pertinentes, con el fin de no sustraer al

---

<sup>20</sup> Ver dictámenes N°s 87.860, de 1972, 61.981, de 1977, 2.880, de 1993 y 653, de 2007.

<sup>21</sup> Ver dictámenes N°s 27.610, de 1975 y 12.026, de 1994

implicado de la acción de la fiscalía, permitiéndose así que tal servidor preste declaraciones y aporte los antecedentes que se estimen necesarios.<sup>22</sup>

## **2. 5. 5. Destinación de funcionarios con fuero gremial**

Es improcedente destinar a otra localidad a un funcionario amparado por el fuero gremial del inciso segundo del artículo 25 de la ley N° 19.296, norma que impide trasladar de localidad y función, sin su autorización por escrito, a un dirigente gremial desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en su mandato.

Lo anterior, por cuanto la precitada norma otorga a los dirigentes de las asociaciones de funcionarios el derecho a continuar desarrollando las mismas tareas que cumplían al momento de su elección. Ello, puesto que el término “función”, empleado por el aludido inciso segundo, no puede entenderse comprensivo de cualquier labor que sea compatible con el cargo que ocupa el dirigente de que se trate, ya que ello significaría que el fuero establecido en dicho precepto no tendría ningún efecto jurídico, toda vez que un servidor público siempre debe desempeñar funciones propias de su empleo.<sup>23</sup>

No obstante, es importante precisar que lo expresado supra no obsta a la redistribución de los dirigentes gremiales dentro de las oficinas de la Entidad, aunque éstas funcionen en distintos edificios, dentro de la misma localidad, porque el fuero de que ellos gozan no puede afectar el ejercicio de las atribuciones de las autoridades para disponer su adecuación o reorganización, cuando las circunstancias así lo exijan, toda vez que el beneficio señalado consiste en el derecho a no ser cambiados de localidad. La expresión “localidad” no se asimila al vocablo comuna, sino que es sinónimo de ciudad en la cual se desempeñan los dirigentes al momento de ser

---

<sup>22</sup> Ver dictámenes N°s 39.312, de 1979 y 21.154, de 1991.

<sup>23</sup> Ver dictámenes N°s 20.166, de 1998 y 49.693, de 2000.

elegidos, puesto que no siempre el cambio de una comuna a otra significará afectar el bien protegido por el fuero, ya que ello dependerá esencialmente de la ubicación geográfica que ambas posean, situación que es distinta a la que ocurriría si uno de esos servidores es trasladado de la ciudad en que desarrolla sus labores al ser elegido, a otra diversa.<sup>24</sup>

Asimismo, y dado que el precepto en análisis tiene el carácter de especial, lo que importa que deba ser interpretado restrictivamente, no es posible extender el beneficio que allí se consagra a quien no posee la calidad de dirigente gremial, por lo que necesariamente se debe concluir que dicha prerrogativa no impide que el cónyuge de quien ostenta el fuero gremial en análisis sea objeto de destinaciones.<sup>25</sup>

## **2. 5. 6. Destinación en periodo preeleccionario**

Según los artículos 156, incisos segundo y tercero, y 157 de la ley N° 10.336, los funcionarios públicos no pueden ser trasladados o designados en comisión de servicio fuera del lugar en que ejercen sus funciones desde 30 días antes de las elecciones de Presidente de la República o de aquellas ordinarias o extraordinarias que se realicen dentro de las respectivas circunscripciones electorales. Igualmente quedan suspendidas todas las comisiones que se estuvieren desempeñando. Esa limitación afecta tanto a la destinación dispuesta por iniciativa del Servicio como a la ordenada a solicitud del interesado.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Ver dictámenes N°s 15.661, de 1999 y 34.792, de 2000.

<sup>25</sup> Ver dictamen N° 30.980, de 1999.

<sup>26</sup> Ver dictámenes N°s 28.780, de 1993, 19.597, de 1994, 40.803, de 2001, 30.157, de 2005 y 18.205, de 2008.

### **2. 5. 7. Destinación respecto de quienes no tienen la calidad de funcionarios públicos**

Al respecto, cabe señalar que para adquirir el carácter de funcionario público no basta el nombramiento contenido en el pertinente acto administrativo tramitado por la Contraloría General, sino que se precisa, además, la asunción efectiva al cargo dentro del plazo que indica la ley, vale decir, que el interesado tome posesión material del empleo en que se ha sido designado, o realice actos que permitan suponer, inequívocamente, su voluntad de desempeñarlo. De esta manera, tratándose de un servidor con nombramiento tramitado, pero que por ejemplo ha presentado licencia médica para justificar su ausencia dentro del periodo de asunción al cargo -lo que no constituye una manifestación indubitada de su voluntad de asunción de funciones- ,dable es concluir que no es pertinente su destinación.<sup>27</sup>

### **2. 6. Exteriorización del acto que determina la destinación. Defensa de la certeza jurídica**

Pese a que el legislador no ha establecido ningún procedimiento para disponer una destinación, aplicando los principios de formalidad y certeza jurídica que imperan en nuestra legislación, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República contenida, entre otros, en dictámenes N°s 5.630 de 1991, 38.429, de 1997 y 1.897, de 2001, señala que la destinación de un funcionario debe disponerse formalmente por el Jefe Superior del Servicio, notificándose al funcionario la medida adoptada, sea personalmente o mediante carta certificada dirigida al domicilio registrado en el Servicio, en caso de no poder realizarse en esa forma, hecho lo cual, el empleado no podrá excusarse de acatar la nueva destinación asignada, encontrándose obligado a cumplir las nuevas funciones, por mandato de la letra e) del artículo 61 del Estatuto Administrativo.

---

<sup>27</sup> Ver dictámenes N°s 13.401, de 1996 y 29.660, de 1996.

Empero, dable es precisar que para los efectos de perfeccionar la destinación de los servidores públicos no es suficiente contar con el respectivo acto formal de nombramiento de la autoridad competente, sino que también debe considerarse la efectiva asunción de funciones del mencionado trabajador, tal y como se indicara precedentemente.

En efecto, conforme se explica en el dictamen N° 26.565, de 2004, de la Contraloría General de la República, el perfeccionamiento de la destinación a través de la efectiva asunción de funciones en el cargo de su nuevo destino, trae aparejado como consecuencia, la desafectación del empleado en el ejercicio de sus funciones anteriores, en forma simultánea y sin solución de continuidad, pues la destinación no interrumpe la relación estatutaria que une al funcionario con el Estado, sino que, por el contrario, descansa forzosamente en la existencia previa de ese vínculo jurídico.

Ahora bien, tratándose de destinaciones que impliquen un cambio en la residencia habitual del servidor público, el artículo 74 de la ley N° 18.834, dispone que ella deberá ser notificada al funcionario con treinta días de anticipación, a lo menos, de la fecha en que deba asumir sus nuevas labores, requerimiento que tiene por objeto permitir al funcionario adoptar con la debida anticipación las medidas necesarias para solucionar sus asuntos personales<sup>28</sup>. Sin embargo, el cumplimiento extemporáneo de tal formalidad no acarrea la nulidad de la destinación y únicamente releva al funcionario de la obligación de asumir el día a partir del cual se ordenaba la medida, pudiendo hacerlo sin incurrir en responsabilidad administrativa, dentro del plazo señalado contado desde la fecha de la notificación.

Asimismo, cabe precisar que la circunstancia de no notificar la destinación con la antelación exigida, no obsta a su legalidad, cuando la asunción de funciones se produce de todas maneras en la fecha indicada por la autoridad, por cuanto con ella se perfecciona el correspondiente acto administrativo.

---

<sup>28</sup> Ver dictámenes N°s 8.261, de 1993, 11.864, de 1993 y 35.940, de 1994.

En el mismo sentido, ha de tenerse presente que tampoco afecta la validez de una destinación el hecho de no entregar al destinatario copia de la resolución que la dispone, porque la ley sólo exige que se entregue con 30 días de anticipación a la fecha en que debe asumir sus nuevas labores, sin fijar un procedimiento especial para dicha comunicación, bastando con informarle sobre la decisión adoptada por la autoridad competente, sea personalmente o por carta certificada enviada al domicilio registrado en el Servicio.<sup>29</sup>

Por su parte, y conforme lo ha señalado la jurisprudencia administrativa en dictámenes N°s 1.129, de 1996, 26.469 de 1999 y 27.422 de 1999, cuando la autoridad administrativa dispone la destinación de un funcionario debe, además, adoptar las medidas necesarias para que el nuevo lugar de trabajo del destinado reúna las condiciones mínimas de higiene, seguridad y salubridad, en cumplimiento del principio de dignidad de la función pública consagrado en el artículo 17 de la ley N° 18.575.

Finalmente, en el documento mediante el cual opera la destinación se deben señalar las funciones que desempeñará el funcionario afectado, las que deben guardar relación con el cargo que en calidad de titular sirve en el respectivo servicio.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Ver dictámenes N°s 38.429, de 1997 y 39.807, de 2003.

<sup>30</sup> Ver dictamen 37.917, de 1996.

### **3. CONSIDERACIONES**

#### **3. 1. Nociones Generales sobre potestades discrecionales. Concepto y Límites**

A diferencia de las potestades regladas en que el legislador determina en forma todos los elementos del acto administrativo, las potestades discrecionales se caracterizan porque en ellas existe un margen de libertad en la actuación por parte de la autoridad administrativa quien puede decidir de una manera o de otra, sin las limitaciones que pueda imponerle una determinada norma jurídica.

En tal sentido, y conforme lo establece Bonnard, “Hay poder discrecional cuando la ley o el reglamento dejan a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe obrar y que contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste, pues, en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer”.<sup>31</sup>

Por su parte, para el profesor Eduardo Soto Kloss, lo discrecional es sinónimo de prudencial, término éste último respecto del cual señala que no sólo es una virtud intelectual, directiva de los actos humanos, sino que también es una virtud hasta cierto punto moral, ya que constituye un hábito cognoscitivo que perfecciona la razón. Ello, por cuanto para dicho autor, la discrecionalidad es libertad de apreciación para decidir, frente a determinados hechos objetivos –que la ley ha descrito o previsto como necesidad pública-, la adopción de la mejor medida a fin de satisfacer eficiente y oportunamente dicha necesidad, lo que le permite concluir que la discrecionalidad exige el uso de un arbitrio razonable, y en donde éste no se dé, esto es donde no concurra, habrá “arbitrariedad”, ausencia de razonabilidad y, por ende, acto nulo, viciado, contrario a Derecho, por desproporcionado, inidóneo, ineficiente, inoportuno.

---

<sup>31</sup> Bonnard. Citado por Pierry Arrau Pedro. El Control de la Discrecionalidad Administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N°8 (1984)



Así, el referido autor, aludiendo a los argumentos de Santo Tomás en la Suma Teológica, nos recuerda que la filosofía clásica nos enseña que “Dios dejó al hombre en manos de su albedrío, no porque sea lícito hacer todo lo que él quiera sino porque puede obrar por libre elección o deliberación propia, no coaccionado por una necesidad natural, como las criaturas irracionales”, y que la libertad humana al ser fruto y consecuencia de la razón constituye, entonces, el principio y norma reguladora de los actos humanos.<sup>32</sup>

### **3. 2. Del principio de legalidad como límite de la discrecionalidad**

Dentro del ejercicio de las potestades públicas es de ordinaria frecuencia la utilización del argumento de la discrecionalidad para justificar la adopción de las decisiones administrativas por parte de la autoridad, por lo que necesariamente surge el cuestionamiento sobre si dicha motivación del acto puede sobrepasar la ley, materia en la cual compartimos la opinión del profesor Silva Cimma, quien ha manifestado que si bien la discrecionalidad habilita al administrador para ejercitar en su actividad una mayor flexibilidad de juicio, no se debe olvidar que tal potestad, en razón de ser eso, constituye un poder jurídico y por lo tanto no puede dar lugar jamás a que bajo su invocación, la autoridad que pretende ejercerla simplemente crea que por esa vía puede prescindir de una norma legal.<sup>33</sup>

Lo anterior es concordante con la propia redacción de las normas legales que consagran esta facultad, ya que tratándose de potestades discrecionales, la ley, en la mayoría de los casos, utiliza expresiones como “la autoridad podrá”, “la autoridad queda facultada” o “facúltese a”, lo que simplemente importa que en dichas situaciones la autoridad puede o no hacer algo, lo que por cierto no la libera de acatar la normativa jurídica vigente.

---

<sup>32</sup> SOTO KLOSS, EDUARDO, en prologo realizado a la obra “Discrecionalidad Administrativa”. Un estudio de la jurisprudencia, del autor Pablo Andrés Alarcón Jaña. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Pags.1 a 9.

<sup>33</sup> SILVA CIMMA, ENRIQUE. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Principios Fundamentales del Derecho Público y Estado Solidario. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.1996, pags.26 a 29).

De esta manera, no cabe duda que el ejercicio de potestades discrecionales debe estar relacionado, necesariamente, con el respeto de nuestro ordenamiento jurídico, comenzando, por cierto, por la Constitución Política de la República y siguiendo, luego, por todas las normas que según se establece en el artículo 6º de la Carta Fundamental, se dictan en conformidad a ella, lo que significa, entonces, que la mayor o menor flexibilidad de juicio en la adopción de decisiones, en particular, las de orden administrativo, conlleva el respeto del principio de legalidad que dicha disposición consagra, cuya versión actualizada más bien apunta a la utilización del término de juridicidad.<sup>34</sup>

En efecto, al disponer el artículo 6º de la Constitución Política que todos los órganos del Estado tienen el deber imperativo de someter su acción, tanto a dicha ley suprema como a las normas dictadas en conformidad a ella, está extendiendo el principio de legalidad a todo el sistema jurídico chileno, cuyo deber de respeto se eleva a la categoría de universal, en la medida que no sólo es obligatorio para los titulares o integrantes de los órganos, sino que para toda persona, institución o grupo.

De esta manera, se ha concluido que integran el principio de juridicidad numerosos órdenes jurídicos: la Constitución Política; la ley y las regulaciones asimiladas a ésta, como decretos leyes y decretos con fuerza de ley; los tratados internacionales, las ordenanzas y los reglamentos, agregándose, también, los principios de derecho como la buena fe, la seguridad o certeza jurídica, la confianza legítima en la actuación de la administración y muchos otros,<sup>35</sup> materia respecto de la cual García de Enterría ha señalado, en relación con el control de las facultades discrecionales, que “la administración se halla sometida no sólo a la ley, sino también a los principios referidos, marginando, por tanto de la discrecionalidad la inequidad manifiesta, la irracionalidad, la mala fe, etc.”<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> A este respecto cabe recordar que el profesor Enrique Silva Cimma, considera elemental al principio de legalidad, entre otros principios del derecho público, para dar forma plena y revestir de atributos fundamentales al concepto de Estado Social y democrático de derecho que, en si mismo, permite hacer realidad lo que los publicistas han denominado en general las normas sobre seguridad jurídica.(Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Principios Fundamentales del Derecho Público y Estado Solidario. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.1996, pag.9).

<sup>35</sup> REYES RIVEROS, JORGE. Invalidez y nulidad de los actos administrativos. Lexis Nexis. Año 2006.Pag.29.

<sup>36</sup> GARCIA DE ENTERRIA,EDUARDO. La lucha contra las Inmunidades del Poder. Editorial Civitas. Madrid 1989, páginas 42 y siguientes.

Asimismo, se ha reconocido la existencia de otros principios que se han incorporado como subelementos al principio de juridicidad, cuales son la racionalidad, la probidad, la eficiencia y la subsidiariedad, los que se encuentran estrechamente vinculados entre sí, de tal manera que, por ejemplo, la racionalidad involucra la probidad y la eficiencia.<sup>37</sup>

Así, parece lógico el corolario que el autor Silva Cimma extrae respecto de esta materia, en cuanto señala que es inadecuado sostener que la discrecionalidad es un límite o una excepción a la legalidad administrativa, debiendo solo considerarla como un buen mecanismo de habilitación de una administración eficiente, ya que sostener lo contrario importaría una negación del derecho y por ende del principio de legalidad.<sup>38</sup>

En el mismo sentido, el profesor de Derecho Administrativo, Hugo Caldera, expresa que las potestades discrecionales no pueden tener validez alguna si sobrepasan o desbordan la Carta Fundamental; esto es, si producto del ejercicio de una atribución discrecional conferida por ley se atropella o desconoce la esencia de las libertades o derechos que la Constitución asegura a todas las personas, por cuanto dicho actuar arbitrario o ilegal tendría como consecuencia la nulidad de estos actos. De esta manera, dicho autor rechaza tajantemente que la discrecionalidad administrativa sea una suerte de excepción a la legalidad, ya que considera que tal conclusión carece de argumento racional y se contradice en forma manifiesta con el articulado de la Constitución y con los principios de Estado de Derecho que rigen nuestra institucionalidad jurídica.<sup>39</sup>

De la misma manera opina el profesor Jorge Reyes Riveros, para quién no existe ninguna alternativa de no aplicación del principio de juridicidad, respecto del cual sostiene que “es el escudo protector de las personas frente a los excesos y a la arbitrariedad de la autoridad”. En efecto, aunque por factores de dinamismo, de oportunidad, de eficiencia y de eficacia de la Administración, no niega la importancia de

---

<sup>37</sup> REYES RIVEROS, JORGE. Invalidación y nulidad de los actos administrativos. Lexis Nexis. Año 2006. Pag.49

<sup>38</sup> SILVA CIMMA, ENRIQUE. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Principios Fundamentales del Derecho Público y Estado Solidario. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.1996, pags.26 a 29).

<sup>39</sup> R.CH.D.vol. 16, págs. 423-428, 1989.

la existencia de facultades discrecionales, expresa que en su ejercicio debe aplicarse siempre el principio de la juridicidad, lo que se traduce en numerosas limitaciones, entre las que señala los motivos y el fin del acto de que se trate y la interdicción de la arbitrariedad, esta última, reconocida en diversas disposiciones de nuestro Código Político, constituyendo un límite natural al ejercicio de cualquiera atribución discrecional, puesto que ni aún con tal facultad se podría incurrir en discriminación arbitraria, en falta de proporcionalidad, o, en general, en un acto caprichoso o irrazonable.<sup>40</sup>

### **3. 3. Acerca del Principio de Razonabilidad como límite de la discrecionalidad. Necesidad Jurídica de la motivación**

En primer término, cabe señalar que precisar aquello que debemos entender por razonable constituye una tarea no menor, tomando en consideración que nuestra legislación nacional si bien alude a la razonabilidad, fundamento o motivo de una decisión, carece de un concepto de acto razonado o motivado, existiendo una gran diversidad de autores que ha intentado determinar el sentido y alcance de esa expresión.

En primer término, cabe señalar que el vocablo "razonable" deriva del latín "rationabilis", adjetivo que significa arreglado, justo, conforme a razón, según así se describe en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

Por su parte, entre los autores que se han ocupado en agrupar las distintas concepciones que se han dado al término analizado, resulta de interés mencionar el esfuerzo realizado en ese sentido por el autor Ricardo Haro, quién, entre varios estudiosos, destaca la definición de Lalande, que nos dice que "raisonable" quiere decir que posee razón; el que piensa u obra de una manera que no puede censurarse,

---

<sup>40</sup> REYES RIVEROS JORGE, Invalidación y Nulidad de los Actos Administrativos y otros Estudios. Lexis Nexis. Año 2006 Pag.33.

el que evidencia un juicio sano y normal. Asimismo, menciona a Luis Recasens Siches, quién destaca que las enseñanzas de "lo razonable", se desprenden de la experiencia de la razón vital y de la razón histórica, es decir, de la experiencia vivida por los hombres individual y colectivamente, y por ello, señala que la razonabilidad es fruto del logos humano o sea "la lógica de lo razonable", a diferencia de la lógica de tipo matemático que es "la lógica de lo racional".-

Por su parte, el mismo autor Ricardo Haro, expresa que luego de haber reflexionado a la luz de la filosofía y el derecho ha podido llegar a la conclusión que lo razonable es lo justo y equitativo, lo conforme con la Constitución, según las condiciones de persona, tiempo, modo y lugar y en función de todos los valores que, en un orden jerárquico, integran el plexo axiológico del orden jurídico (libertad, igualdad, solidaridad, paz, seguridad, orden, bienestar, etc.).<sup>41</sup>

Tratándose de la determinación de las expresiones "motivación" y "motivos" del acto administrativo, cabe destacar lo que sostiene al respecto Paulina González Vergara -opinión que compartimos-, en cuanto afirma que en el derecho chileno, mayoritariamente, se ha sostenido por diversos autores, por una parte, que la motivación o fundamentación del acto administrativo consiste en la expresión en el acto mismo de los motivos que justifican su emisión, y por otra, que sus motivos o fundamentos corresponden a las razones de hecho y de derecho que en el contexto del ordenamiento jurídico constituyen los presupuestos del acto administrativo, en tanto preceden y provocan el actuar del órgano administrativo.<sup>42</sup>

Tal planteamiento ha sido plenamente recogido por la jurisprudencia administrativa en dictamen N° 30.144, de 2007, donde al referirse al derecho de un Alcalde para nombrar como Director de Establecimiento Educacional, por resolución fundada, a quién ocupe el segundo lugar de la terna, establece que dicha exigencia, requiere la

---

<sup>41</sup> HARO, RICARDO. La Razonabilidad y las Funciones de Control. *Ius et Praxis*, 2001, vol7,Nº2, p. 179-186. ISSN 0718-0012.

<sup>42</sup> GONZALEZ VERGARA, PAULINA. "El principio de motivación de los actos administrativos en el derecho nacional", *Actas de la XXXIV Jornadas de Derecho Público*. Lexis Nexis, Santiago, 2005, pp. 471-481.

dictación de “un acto administrativo formal, cuyo contenido esté sustentado en la manifestación escrita de todos los argumentos, razones o circunstancias de carácter objetivo en que se basa la decisión que por su intermedio se adopta.”<sup>43</sup>

En el mismo sentido, cabe anotar el dictamen N° 17.355, de 2007, donde a propósito de un acuerdo de llamado a retiro adoptado por la Junta Extraordinaria de Oficiales, lo objeta, manifestando a su respecto que “no expresa en forma clara, las razones y circunstancias precisas y objetivas que determinan dicha proposición”, consignando que sólo se alude a un elemento de carácter genérico y de clara connotación subjetiva, que no cumple con la exigencia de que los actos administrativos cuenten con un debido fundamento.

Agrega el referido pronunciamiento que el ejercicio de potestades discrecionales exige un especial y cuidadoso cumplimiento de la necesidad jurídica en que se encuentra la Administración de motivar sus actos, cuyo objetivo es asegurar que las actuaciones de los organismos del Estado no se desvíen del fin considerado por la normativa al conferir las respectivas atribuciones, para que así cuenten con un fundamento racional y se ajusten plenamente a la normativa constitucional y legal. Ello, pues el principio de juridicidad en un concepto amplio y moderno, conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional y no obedezcan al mero capricho de la autoridad, pues en tal caso resultarían arbitrarios y, por ende, ilegítimos.

En tal contexto, siendo el principio de razonabilidad o motivación un elemento que forma parte del principio de juridicidad, dable es concluir que su existencia constituye un límite a la discrecionalidad en los actos administrativos, siendo innegable, como lo sostiene el profesor Reyes Riveros, “que los actos de la Administración del Estado obedecen a este principio, sobre la base genérica de que son el resultado de un proceso razonado y se concretan en una decisión razonable.” De esta manera, concluye diciendo el referido autor que no pueden existir resoluciones sin motivos

---

<sup>43</sup> Ver también dictámenes N°s 28.349, de 2002 y 58.882, de 2005.

suficientes, y si no los hay, ellas se convierten en arbitrarias y por lo tanto en ilegítimas.<sup>44</sup>

Como se puede observar, aún en el ámbito legítimo de la discrecionalidad de la Administración se debe actuar razonablemente, ya que la libre apreciación en la oportunidad y conveniencia de la acción administrativa no puede convertirse en arbitrariedad, lo cual importaría salirse de sus límites propios y constituiría ilegalidad.<sup>45</sup>

Por su parte, otros autores han señalado que la actividad administrativa, en cuanto basada en una potestad, debe ser siempre racional, coherente y orientada exclusivamente a la satisfacción de un interés público, por lo que cuando ello no ocurre, la actuación se califica de arbitraria, y contraria, por tanto, al ordenamiento jurídico.<sup>46</sup>

En tal sentido, útil resulta consignar la opinión que sobre esta materia nos presenta Pablo Alarcón Jaña, quien sostiene que la decisión administrativa no debe ser adoptada por la mera voluntad o capricho del funcionario dotado del ejercicio de la potestad jurídica con poder de decisión, sino que debe ser fruto de haber analizado con prudencia los antecedentes de hecho y de derecho aplicables al caso concreto, de manera que la decisión que se adopte, además de ser razonable, esto es, adecuada a la razón, será la mejor decisión posible frente a la concreta necesidad pública que se ha presentado para satisfacer, por cuanto lo contrario, importaría generar un acto antijurídico, arbitrario e ilegal, que no podría entrar al ordenamiento jurídico, toda vez que degeneraría en una vía de hecho que haría responsable al Estado por el eventual daño y perjuicio causado al administrado, quien en su opinión, vería lesionado sus derechos públicos subjetivos por este acto arbitrario adoptado por una autoridad que actuó de manera irracional, imprudente e injusta.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> REYES RIVEROS JORGE, Invalidez y Nulidad de los Actos Administrativos y otros Estudios. Lexis Nexis. Año 2006. Pag.51.

<sup>45</sup> SAYAGUÉS LASO ENRIQUE. Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo,1953. Págs.405 a 412.

<sup>46</sup> COSCULLUELA MONTANER LUIS. Manual de Derecho Administrativo, segunda edición. Editorial Civitas, Madrid,1991, pags.122 y sgtes.

<sup>47</sup> ALARCON JAÑA, PABLO. Discrecionalidad Administrativa. Un estudio de la Jurisprudencia Chilena. Editorial Jurídica Conosur Ltda, págs.27-34.

De esta manera, el principio de la motivación de los actos administrativos es importante en el contexto del Estado de Derecho, dada la función que cumple en la consolidación de otros principios de relevancia no menor, como son el de juridicidad, control, responsabilidad, eficiencia y transparencia. En efecto, tratándose, por ejemplo, de la juridicidad, la motivación favorece a su realización al contribuir a la legítima configuración de los motivos del actuar de la autoridad, siendo también un instrumento importante para el cumplimiento del principio de transparencia, ya que al promover el conocimiento de las razones de la Administración, la motivación contribuye al mejoramiento de las relaciones entre Administración y administrados.

Asimismo, la motivación permite ejercer el debido control de los actos administrativos, facilitando que se lleve a cabo, contribuyendo al principio de responsabilidad, al exigir que las autoridades deban dar cuenta de los motivos de su actuación, como también al principio de eficiencia, al inducir a la toma de decisiones reflexivas que cuenten con fundamentos objetivos.<sup>48</sup>

### **3. 4. Consagración positiva de la motivación. Evolución de la jurisprudencia administrativa y su consagración en la jurisprudencia judicial**

El análisis de la normativa y jurisprudencia actuales, asociadas a la motivación de los actos administrativos, si bien nos permite concluir su consagración positiva tanto en la ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado -a partir de la modificación introducida por la ley N° 19.653, publicada en el Diario Oficial el 14 de diciembre de 1999-, como en la ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, publicada en el Diario Oficial de fecha 29 de mayo de 2003, también denota que tal principio -concebido hoy como norma general-, es de incorporación reciente en nuestro sistema jurídico, siendo importante resaltar el papel que en tal proceso tuvo la evolución que respecto de tal materia experimentó la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República.

---

<sup>48</sup> (GONZALEZ VERGARA, PAULINA. "El principio de motivación de los actos administrativos en el derecho nacional", Actas de la XXXIV Jornadas de Derecho Público. Lexis Nexis, Santiago, 2005, pp. 471-481



En efecto, del estudio que sobre tal materia ha efectuado la autora Paulina González Vergara, se desprende que en la evolución de tal principio se pueden identificar dos etapas, la primera, de predominio absoluto del principio de la motivación como excepción legal, que se extiende hasta la década de los setenta<sup>49</sup>, lo que también se manifiesta en la jurisprudencia emanada de la Contraloría General de la República,<sup>50</sup> y la segunda, que se inicia de manera incipiente a partir de las décadas de los años 70 y 80, periodo en que la jurisprudencia administrativa comienza a reconocer de manera paulatina la aplicación del principio de motivación<sup>51</sup>, culminando a fines de la década de los 90 con la consagración positiva de tal principio, considerado ahora como regla general.

En la actualidad, la motivación o razonabilidad de los actos administrativos constituye un principio que reviste una gran importancia en la protección de nuestros derechos fundamentales, lo que por cierto ha sido reconocido por la Contraloría General de la República en diversos dictámenes en que se ha pronunciado sobre la materia, reconociendo que el acto administrativo debe bastarse a sí mismo, como se establece, por ejemplo, en los dictámenes N°s 33.006, de 1984, y 27.029, de 1995, al señalar que tal requisito -esencial para su validez-, importa que el acto debe contener fundamentos legales y las consideraciones de hecho que sustentan la medida adoptada, debiendo, para estos efectos, adjuntarse los antecedentes fidedignos.

---

<sup>49</sup> Etapa en la cual no existe una norma de carácter general que establezca la obligación de motivación, sino una serie de normas que la establecen respecto de determinados actos administrativos, lo cual se manifiesta señalando que la autoridad administrativa debe emitir una resolución o decreto “fundado” o “motivado”, exigencia que se presenta principalmente en materias relativas a recursos humanos, financieros o físicos del Estado, al ejercicio de la potestad sancionadora y materias procedimentales.-GONZALEZ VERGARA, PAULINA, “El principio de motivación de los actos administrativos en el derecho nacional”, Actas de la XXXIV Jornadas de Derecho Público. Lexis Nexis, Santiago, 2005, pp. 471-481.

<sup>50</sup> En tal sentido la autora citada en la nota precedente destaca el dictamen 59.671, de 1961 el que si bien reconoce a la causa o motivo como un requisito de existencia del acto administrativo, concluye que “no es necesario que ello se exprese formalmente en un acto que se emite, salvo que lo ordene expresamente, como cuando se dice que un determinado acto deberá ejecutarse por decreto o resolución fundado”, criterio que también se reconoce en otros dictámenes que menciona, a saber 47.656, de 1968, 41.556, de 1975, 40.065, de 1980, 16.586, de 1985, 21.137, de 1991 y 6.668, de 1995, entre otros.

<sup>51</sup> Al respecto, se destaca el dictamen N° 33.006, de 1984 en el cual se establece que: “el ejercicio de las facultades administrativas que compete a los Jefes Superiores de los organismos públicos se materializa a través de la dictación de actos administrativos o resoluciones que se encuentran sujetos a un procedimiento preestablecido que permite que el acto se baste a sí mismo y cuyo cumplimiento es esencial para la validez de dichos instrumentos, tales como la indicación en su texto de las normas legales y reglamentos que le sirven de fundamento, las consideraciones de hecho que hacen aplicable las medidas adoptadas..”.

De igual manera, se debe destacar el dictamen N° 8.902, de 1996, que es el que precisamente reconsidera toda la jurisprudencia anterior, y en el que se concluye que el requisito de la motivación debe satisfacerse siempre, ya que de lo contrario “constituiría una decisión arbitraria, lo que vulneraría lo establecido en el artículo 1º y artículo 19 N° 2 de la Constitución Política”.

En el mismo sentido, adquiere relevancia lo establecido en el dictamen N° 4.476, de 1996, el que con ocasión de una ampliación del plazo pactado originalmente para la ejecución de un contrato, establece que si bien la autoridad puede acceder calificando discrecionalmente la circunstancia invocada por el contratista como caso fortuito o fuerza mayor, precisa luego que la discrecionalidad tiene como límite el principio de juridicidad, entre cuyos elementos se cuenta la motivación del acto administrativo, que exige, a su vez, la razonabilidad de los antecedentes invocados para justificar la procedencia de la decisión respectiva.

Asimismo, entre otros pronunciamientos emitidos sobre el particular, no podemos dejar de mencionar el contenido en el dictamen N° 23.114, de 2007, en el cual se establece que el principio de juridicidad, en un concepto amplio y moderno, conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional y no obedezcan a un mero capricho de la autoridad, pues en tal caso, resultarían arbitrarios y por ende ilegítimos, precisando que la dictación de los actos que corresponden al ejercicio de potestades discrecionales, exigen un especial y cuidadoso cumplimiento de la necesidad jurídica en que se encuentra la Administración en orden a motivar sus actos, exigencia que tiene por objeto asegurar que ellos no se desvíen del fin considerado por la normativa que confiere las respectivas atribuciones, que cuenten con un fundamento racional y se encuentren plenamente ajustados a la normativa constitucional y legal vigente, lo cual impide, por cierto, establecer diferencias arbitrarias entre personas que se encuentran en una misma situación, cautelándose de este modo el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> En relación con tal dictamen, cabe destacar lo sostenido por el Contralor General de la República, don Ramiro Mendoza Zúñiga, quién al inaugurar, con fecha 12 de junio de 2007, el seminario “Temas de Actualidad en el Derecho

De esta manera, la evolución descrita precedentemente tiene su corolario en la necesaria positivización del principio de motivación tanto en nuestra Carta Fundamental como en las leyes N°s 18.575 y 19.880, según se analizará a continuación.

### **3. 4. 1. La Razonabilidad en la Constitución Política de la República**

Si bien no existe una disposición expresa y genérica de prohibición para los órganos del Estado de la arbitrariedad, tal interdicción se desprende de una serie de preceptos constitucionales, que además de constituir límites al ejercicio del poder, consagran su ejercicio racional, siendo de interés destacar los artículos 19 N° 2, inciso 2º, 19 N° 3 inciso 5º, 19 N° 7 letra i); 20, N°22 y 89, por citar algunos ejemplos significativos y de alto rango normativo.

Al efecto, es de particular importancia detenerse en el artículo 20 de dicha Carta Fundamental, disposición que al consagrar el recurso de protección ampara justamente a quién es privado, perturbado o amenazado en determinados derechos, por actos u omisiones arbitrarias o ilegales.

Así pues, el recurso de protección se ha constituido en la herramienta más eficaz de tutela y amparo de los derechos de las personas, principalmente frente al actuar antijurídico de la Administración del Estado, la cual en el ejercicio de una potestad pública administrativa con un elemento discrecional, podría hacer un uso arbitrario del margen de libre apreciación que la ley le concede para adoptar la decisión más idónea, proporcionada y eficaz en su función de satisfacer las necesidades públicas.<sup>53</sup>

---

Administrativo Chileno”, organizado por la Agrupación Nacional de Abogados de dicha entidad y, a propósito de la publicación del citado pronunciamiento en la semana jurídica, señaló que “.....Creo que aportes como ese le hacen muy bien al Estado de Derecho, y cuando la CGR exige la motivación del acto administrativo, se consolidan, se solidifican, hacen carne y patente los principios rectores de un derecho administrativo contemporáneo y esa es la mejor justificación de nuestra existencia”.

<sup>53</sup> ALARCON JAÑA, PABLO. Discrecionalidad Administrativa. Un estudio de la Jurisprudencia Chilena. Editorial Jurídica Conosur Ltda.

En el mismo sentido, el profesor Eduardo Soto Kloss, expresa que es precisamente en el Recurso de Protección donde se ha establecido una jurisprudencia firme y constante en orden a afirmar que requisito de validez ineludible de los actos administrativos es que debe fundarse, basarse o sustentarse en hechos concretos, existentes al momento de dictarse y que son precisamente los que la ley ha previsto para tal dictación, citando varios fallos que concluyen en tal sentido, como aquel que dispone que “al carecer de toda fundamentación un acto administrativo ...ello hace concluir al tribunal que el decreto impugnado constituye un acto arbitrario, desde que prescinde de expresar los razonamientos de hecho que llevaron a la decisión adoptada”, y es que “los motivos que justifican la adopción de determinados actos administrativos, no pueden ser formulados en términos vagos y generales, sino precisos, única manera de dar validez jurídica a la decisión adoptada por la autoridad” (Empresa Magallánica Industrial y Comercial S.A., en RDJ t.93 (1996) 2.5, 226-232, consid. 3º, 4º, 7º, 8º y 9º).<sup>54</sup>

Finalmente, debe destacarse también que el artículo 100 de la Constitución Política, reiterado por los artículos 56 y 147 de la Ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General, al referirse a la fundamentación jurídica que deben exhibir los actos que ordenen egresos fiscales -principio de legalidad del gasto- aplica los conceptos concernientes a las exigencias del motivo o motivación de derecho de los actos administrativos.

### **3. 4. 2. La razonabilidad en la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado**

Sin lugar a dudas que la ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado tiene mucha importancia a la hora de analizar la

---

<sup>54</sup> SOTO KLOSS EDUARDO, Derecho Administrativo, Temas Fundamentales. 2010, Legal Publishing, segunda edición, pag.371.

consagración positiva del principio de razonabilidad, por cuanto en varias de sus disposiciones se alude a la fundamentación del acto administrativo.

Al efecto conviene destacar, en primer término, lo consignado en el artículo 13 de dicho texto legal. Ello, por cuanto tal disposición, establece en su inciso primero, la obligación de respetar el principio de la probidad administrativa y en su inciso tercero, consagra el principio de publicidad de los actos administrativos. El inciso décimo de la misma norma -a propósito de los casos en que jefe superior del servicio se encuentra autorizado para negarse a proporcionar la documentación que se le solicite-, expresa que “En este caso, su negativa a entregar la documentación deberá formularse por escrito y fundadamente, especificando las razones que en cada caso motiven su decisión”.

Viabilizando dichas disposiciones la jurisprudencia administrativa, contenida entre otros, en dictamen N° 25.928, de 2006, señala en relación con procedimientos concursales que en conformidad a lo dispuesto en los artículos 16 de Ley N° 19.880, y 13 de Ley N° 18.575, tales certámenes se deben realizar “con tal claridad que permitan y promuevan el conocimiento, contenido y fundamentos de los elementos que sirven de sustento a las decisiones que adopten sus instituciones”.<sup>55</sup>

Por su parte, el artículo 52 del mismo ordenamiento precisa que las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa.

El inciso segundo del mismo precepto señala que el principio de probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular, frase esta última que en conformidad a lo consignado en el Acta de la Sesión 2da de la comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, sobre

---

<sup>55</sup> En el mismo sentido ver dictámenes N°s. 41.695, de 2002, 11.115, de 2005 y 43.492, de 2006.

el proyecto de ley sobre probidad administrativa de los órganos de la Administración del Estado, celebrada el jueves 23 de mayo de 1996, “expresa bien la idea que se desea, interés público o interés general juridizado puesto bajo la responsabilidad de un organismo del Estado y que resguarde al funcionario”.<sup>56</sup>

Ahora bien, el legislador consideró necesario definir lo que debe entenderse por interés público, señalando que aquél exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Pero no sólo se limitó a establecer sus exigencias, sino que además precisó la forma o manera en que se manifiesta, señalando que se expresa, en lo que ahora importa, en lo razonable e imparcial de las decisiones de las autoridades administrativas.

De este modo, la razonabilidad de las decisiones de la Administración constituye un expresión de la probidad administrativa, de modo que allí, en aquellas decisiones que carezcan de razonabilidad, se atenta principalmente en contra de dicho principio, tal como se reconoce, por ejemplo en el dictamen N° 43.507, de 2000, de la Contraloría General de la República, que en síntesis concluye que el ejercicio de potestades discrecionales debe ser suficientemente motivado y fundamentado, con el objeto de asegurar que las actuaciones de la Administración sean consecuentes con el fin considerado por la preceptiva pertinente al conferir las, debiendo estar desprovistas de toda arbitrariedad, de manera que no importen, en definitiva, una desviación de poder.<sup>57</sup>

### **3. 4. 3. La exigencia de motivación incorporada por la ley N° 19.880.**

Si bien en nuestro ordenamiento positivo encontramos una serie de disposiciones que en forma expresa exigen que el acto administrativo exponga sus fundamentos, es

---

<sup>56</sup> Boletín N° 1510-07-01.

<sup>57</sup> En el mismo sentido se sugiere analizar los dictámenes N°s. 36.661 y 46.815, ambos de 1999 y N° 47.181, de 2002.

a partir de la dictación de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado - vigente a partir del 29 de mayo de 2003-, que se establece de manera general en Chile que las decisiones administrativas deben ser motivadas.

En efecto, del análisis del artículo 41 del señalado texto legal y en particular de lo expresado en su inciso cuarto, se desprende que la resolución final de un procedimiento administrativo debe contener la decisión que resuelve las cuestiones planteadas por los interesados, la que en conformidad a lo dispuesto en el precitado inciso, debe ser fundada, lo que acorde con el criterio sustentado por la Contraloría General de la República, entre otros, en sus dictámenes N°s. 23.114, de 2007, y 23.708, de 2010, importa que en ella se expresen las circunstancias y el raciocinio que justifican la decisión adoptada, pues a través del correcto cumplimiento de dicha exigencia se garantiza tanto que el acto se conforme al fin previsto por la ley, como que cuente con un fundamento racional.<sup>58</sup>

Ahora bien, el mandato en análisis tiene aplicación general, por cuanto, conforme a la frase final del inciso primero del artículo 1° del texto legal recién citado, “En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”, siendo útil precisar que la reiterada jurisprudencia administrativa –contenida, entre otros, en los dictámenes N°s 33.255 de 2004, 45.503 de 2005, 20.119 de 2006, 17.329 de 2007 y 32.762, de 2009–, ha precisado que la supletoriedad a que se refiere este artículo 1° implica que en aquellos aspectos o materias respecto de las cuales la preceptiva especial no ha previsto regulaciones específicas, la aludida ley de bases viene a “suplir” la omisión del procedimiento especial, esto es, “a cumplir o integrar lo que falta a una cosa, o remediar la carencia de ella”, en conformidad con el significado dado por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Ver dictámenes N°s 23.114, de 2007, 4.168 y 19.080, ambos de 2008 y 40.152, de 2011, de la Contraloría General de la República.

<sup>59</sup> Ver dictamen N°957, de 2010.

### **3.5. Acerca del motivo dentro de la estructura del acto administrativo de destinación.**

El determinar acerca del motivo o razón como requisito de validez del acto administrativo importa establecer, necesariamente, la configuración de dicha exigencia dentro de la estructura de la potestad pública administrativa, materia que ha sido tratada por diversos autores nacionales, entre ellos Jorge Reyes Riveros y Eduardo Soto Kloss, quienes, precisamente, entre otros elementos, consideran al motivo, dentro de la referida estructura.

En efecto, sostiene Reyes Riveros que dentro de la teoría de los actos administrativos se ha señalado la existencia de una serie de elementos reglados que siempre deben concurrir en dichas decisiones, a saber, los siguientes:

a) Atribución normativa y competencia: Proviene de la ley que confiere la competencia y la facultad discrecional. Es la norma la que señala cuál es el órgano competente y cuál es la facultad discrecional otorgada.

b) Procedimientos: Todo acto terminal de la administración es el resultado de un procedimiento legal que contiene reglas (proceso razonado).

c) Motivos: La prohibición de proceder injustificadamente, esto es, sin motivo, o sea, sin antecedentes fácticos que hagan procedente la decisión. De esta manera se ha vinculado el motivo a la razonabilidad, pues si se carece de motivos hay capricho o arbitrariedad.

d) El fin: El fin que encierra la ley que confiere la facultad discrecional también acota la decisión que se elija como procedente, elemento de licitud que tiene su fundamento positivo mediato en el artículo 1º, inciso 4º, de la Constitución Política.

e) Interdicción de la Arbitrariedad: Consiste en la limitación o prohibición de adoptar una resolución arbitraria, es decir caprichosa, irrazonable o insensata, con manifiesto error de justicia, o bien desproporcionada.



f) El respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana: Estos derechos, que emanan tanto de la Constitución Política como de tratados internacionales ratificados por Chile, deben ser respetados y promovidos, por todo agente público y por todo órgano del Estado, aún cuando se trate de facultades discrecionales. De esta manera, toda opción de decisión que importe trasgredir este deber queda marginado de la conducta de agente público.<sup>60</sup>

Por su parte, Eduardo Soto Kloss considera que sólo la Constitución y las leyes pueden atribuir potestades administrativas públicas a los órganos estatales, y que al realizar esta atribución, el legislador determina tanto la estructura de la potestad pública administrativa como el ámbito de su ejercicio. Así, este autor analiza el quién, el cómo, el porqué, el cuando, el para qué y el qué, de la potestad administrativa, incorporando en el porqué a los motivos del acto administrativo.

- a) El quién: alude al titular del órgano a quién se le atribuye la potestad.
- b) El cómo: esto es, el procedimiento para emitir el acto administrativo.
- c) El por qué: importa la existencia de un motivo de actuar, que a juicio de dicho autor, no es otro que un hecho configurado como necesidad pública que resolver, debiendo siempre ser explicitado por la respectiva ley que confiere la potestad administrativa.
- d) El cuándo: alude al momento o la oportunidad en el cual debe actuar para satisfacer una necesidad pública.
- e) El para qué: fin o finalidad que persigue la potestad atribuida. El fin específico que debe perseguir el acto concreto que se dicte o emita para satisfacer una necesidad pública puesta bajo la órbita del órgano habilitado.
- f) El qué: esto es, la decisión que adopta la autoridad, lo que constituye el objeto del acto, lo que ordena. Al respecto, el legislador puede configurar un deber de actuar concreto, en cuyo caso estaremos en presencia de una potestad reglada; o bien, el legislador puede establecer la actuación confiriéndole a la Administración un margen de libre apreciación para elegir la

---

<sup>60</sup> REYES RIVEROS JORGE, Invalidez y Nulidad de los Actos Administrativos y otros estudios. Lexis Nexis, pag.54.

decisión más adecuada, más idónea y más proporcionada, para satisfacer la necesidad pública de que se trata, caso este último, donde estaremos en presencia de una potestad con un elemento discrecional.<sup>61</sup>

En resumen, para este autor, motivación, objeto y fin son los elementos básicos o constitutivos del acto administrativo que, junto con los supuestos: (1) investidura regular del titular del órgano que lo dicta (artículo 7º inciso 1º de la Constitución); (2) competencia, esto es, previa habilitación jurídica para actuar (artículo 7º inciso 2º, en relación con inciso 1º), y (3) existencia de un debido procedimiento legal, justo y racional (artículos 7º inciso 1º, 19 Nº 3 inciso 5º y artículo 61 inciso 2º de la Constitución), unidos al presupuesto indispensable de todos ellos, cual es la existencia de un “motivo” para actuar -vale decir una necesidad calificada como pública por el legislador y que ha sido puesta por éste a cargo de un específico órgano de la Administración para que él concorra a su satisfacción-, constituyen las piezas fundamentales de aquella ordenación racional dispuesta unilateralmente por un órgano en ejercicio de la función administrativa del Estado, destinada a producir efectos jurídicos directos.<sup>62</sup>

De esta manera, la motivación dista de ser una mera formalidad, constituyendo un requisito esencial de la estructura del acto administrativo, por cuanto si bien alude a condiciones externas del acto, se encuentra en estrecha conexión con los motivos (elemento de fondo del acto), permitiendo su debido control y legítima configuración, pues la obligación de motivación induce a la autoridad a la toma de decisiones más reflexivas, más eficientes y que cuenten con un sustento objetivo, en definitiva, decisiones no arbitrarias.<sup>63</sup>

Así, tal como concluye el autor Iván Aróstica Maldonado, es evidente que todo acto administrativo debe obedecer en cuanto obra humana que es a ciertos motivos,

---

<sup>61</sup> SOTO KLOSS EDUARDO, Apuntes sobre principio de juridicidad, Universidad de Chile. Departamento de Derecho Público. 1989.

<sup>62</sup> SOTO KLOSS EDUARDO, Derecho Administrativo, Temas Fundamentales. 2010, Legal Publishing, segunda edición, pag. 366-367.

<sup>63</sup> GONZÁLEZ VERGARA, PAULINA. “El principio de motivación de los actos administrativos en el derecho nacional”, Actas de la XXXIV Jornadas de Derecho Público. Lexis Nexis, Santiago, 2005, pp. 471-481.

justificaciones o fundamentos, a un móvil o a un por qué que le habrá de servir de causa, ya que -especialmente tratándose de sus antecedentes de hecho-, ellos son supuestos del acto; su efectiva ocurrencia presuponen al acto administrativo, de modo que de no existir o de no darse estos motivos, resulta imposible la emisión del acto.<sup>64</sup>

### **3. 6. Acerca del contenido del motivo. Motivo de hecho y de derecho en la destinación funcionaria.**

Tal como destaca el profesor Silva Cimma, el motivo puede presentar dos variantes específicas: motivo o motivación de hecho y motivo o motivación de derecho, señalando respecto del primero, que son las circunstancias materiales o fácticas que anteceden y justifican la emisión del acto administrativo, agregando que a su respecto se debe cumplir con dos requisitos: a) que el motivo exista, esto es, que sea real y efectivo, concreto y cierto, y b) que el motivo de hecho esté jurídicamente bien calificado, lo que significa que debe existir concordancia y armonía entre la causal legal que se invoca y las circunstancias de hecho que mueven a dictar el acto.

Seguidamente, en cuanto al motivo de derecho, expresa que son los fundamentos jurídicos que anteceden y justifican la emisión del acto administrativo, los que según la doctrina, deben cumplir los siguientes requisitos: a) ser idóneos, esto es, que importen la invocación de normas jurídicas vigentes y no derogadas, b) ser concretos, lo que significa que deben individualizar la fuente legal específica que sirve de fundamento al acto, y c) ser precisos, exigencia que demanda la obligación de individualizar con exactitud la norma que se invoca como fundamento del acto administrativo que se dicta.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN. La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno. Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen X, 1986, págs. 501-502.

<sup>65</sup> SILVA CIMMA, ENRIQUE. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes. Editorial Jurídica de Chile, 1995. págs. 111 a 115.

Ahora bien, tratándose en particular de la decisión administrativa de destinación, es indudable que el motivo de derecho está determinado por las disposiciones estatutarias que permiten a la autoridad administrativa adoptar tal decisión, a saber, los artículos 73 y 74 de la ley N° 18.834, como asimismo todas aquellas en que se sustenta la investidura regular y competencia del jefe superior del servicio que suscribe el respectivo acto administrativo.

Por su parte, los motivos de hecho en que se basa la potestad discrecional, deben existir al momento de adoptar tal determinación y aludir a circunstancias fácticas que explican el actuar de la Administración, los que en todo caso deben ser congruentes con el fin de todo acto administrativo, cual es la satisfacción de una necesidad pública.

En tal sentido, se ha resaltado que la fundamentación de los actos administrativos no puede ser de cualquier índole, sino que debe ser suficiente y congruente. Suficiente, en cuanto debe dar razón y dar cuenta exacta del iter o camino lógico/racional que lleva al autor del decreto o resolución a adoptar la decisión, la cual significa dar solución efectiva y concreta a una necesidad pública específica que el legislador ha puesto a su cargo; luego, ha de ser también congruente, en cuanto la decisión que se adopta sea la conclusión lógica y racional de las normas de competencia y de la necesidad pública que la Administración debe resolver, satisfaciéndola.<sup>66</sup>

De esta manera y a modo ejemplar, tratándose de la medida en análisis, ella podría estar justificada por la existencia de un problema determinado que exija la presencia de personal calificado con mayor experticia o conocimiento en un área determinada, por la urgencia de reestructurar un determinada unidad de servicio, por la necesidad de suplir un determinado cargo vacante, entre otras muchas situaciones que pueden motivar la destinación funcionaria.

En tal contexto, cabe mencionar el dictamen N° 20.102, de 2011, que valida la “optimización de los recursos”, dentro de los motivos que pueden sustentar una

---

<sup>66</sup> SOTO KLOSS EDUARDO, Derecho Administrativo, Temas Fundamentales. 2010, Legal Publishing, segunda edición, PAG. 367.-

destinación funcionaria, toda vez que en el análisis del caso de destinación allí expuesto, señala que “corresponde a la Administración adoptar todas aquellas medidas que sean indispensables para la buena marcha de los servicios, entre otras, la optimización de los recursos humanos con que cuenta cada institución para el logro de sus fines, siempre que ello no signifique alguna arbitrariedad y que las labores que deban ejecutar sus servidores, sean propias del cargo para el cual fueron designados, situación que, conforme con los antecedentes acompañados, ocurriría en la especie, al conservar la recurrente el empleo de administrativo, grado 25, para el cual fuera nombrada y desempeñarse en funciones propias de éste, por lo que no se observa irregularidad en la destinación de que fuera objeto”.<sup>67</sup>

Luego, tratándose de la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales de justicia, la Corte de Apelaciones de Concepción en fallo dictado en causa Rol N° 818-2003, sobre Recurso de Protección, confirmado por la Excelentísima Corte Suprema, en relación con la motivación fáctica de la destinación considerada ilegal y arbitraria por los actores, a saber, carácter poco conciliador del recurrente, lo que genera problemas en las relaciones laborales entre los médicos del recinto hospitalario de que se trata, lo que puede redundar en que el servicio que se presta a la comunidad se deteriore, concluye expresando en su considerando 6° que “ No cabe duda que la autoridad de salud debe velar por la eficacia de la función administrativa, la que debe buscar a través de sus decisiones. Y a la luz de los mencionados antecedentes aparece razonable que para un mejor servicio de la comunidad, se adoptara la medida de destinación contenida en la resolución objetada”, agregando en su considerando 7° que “la decisión de la autoridad administrativa de destinar a los recurrentes a un determinado lugar de desempeño, dentro del mismo servicio, no obedeció a su mero arbitrio o voluntad, sino que derivó de razones objetivas consideradas como de buen servicio, atendido el deterioro de las relaciones profesionales que se suscitaron entre uno de ellos y otros médicos en la sede que servía antes de adoptarse tal medida, lo que excluye arbitrariedad en dicha actuación”.

---

<sup>67</sup> En el mismo sentido ver dictámenes N°s 24.336, de 2004, 46.645, de 2007, 5.807 y 8.218 ambos de 2011.

### **3. 7. Eventual invalidación frente a la ausencia o inexistencia de los motivos.**

Establecidos los elementos que forman parte del acto administrativo, entre ellos, por cierto, aquel que es materia fundamental de nuestro estudio, esto es, el motivo del acto, sus fundamentos, cabe preguntarse si la ausencia de tal motivo puede o no afectar la validez de tal acto y, por consiguiente, ser causal de invalidación.

Al respecto, la doctrina acostumbra sostener con bastante fundamento que la discrecionalidad puede darse preferentemente en los motivos o causas que inducen al órgano a actuar en un determinado sentido, y se habla por ello de la discrecionalidad en los motivos del acto administrativo, sosteniéndose en cambio, que si el acto administrativo nace sin un motivo que lo justifique, es decir, si no hay una motivación, el acto es simplemente arbitrario y, por lo tanto, la voluntad estaría viciada y se daría paso a una eventual declaración de nulidad.<sup>68</sup>

De ahí, entonces, la importancia de lo afirmado por el autor Pedro Pierry, quien expresa que la ilegalidad en cuanto a los motivos del acto puede manifestarse, en primer lugar, por la ausencia de los motivos que la ley ha exigido y que se encuentran en el origen de la decisión, y en segundo término, en la inexistencia de los motivos, no ya que la ley exige, si no aquellos que la autoridad ha tenido en vista al tomar la decisión.

Precisa el citado autor que la ilegalidad por ausencia de los motivos legales sólo se presenta en los casos de competencia reglada, ya que en tal situación es la norma la que está señalando las condiciones en que la Administración puede actuar, caso en el cual el control recaerá precisamente en la verificación de la existencia de tales motivos legales, lo que no acontece en cambio, en la ilegalidad por ausencia de los motivos invocados, donde el control recae en el aspecto netamente discrecional del acto administrativo, pudiendo tal ausencia de motivos consistir tanto en un error de derecho como en un error de hecho, siendo este último el que reviste mayor importancia, tanto

---

<sup>68</sup> SILVA CIMMA, ENRIQUE. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Principios Fundamentales del Derecho Público y Estado Solidario. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.1996, pags.26 a 29).

por su aplicación práctica como por su incidencia en la discrecionalidad, por cuanto si la ley ha querido que un determinado acto sólo pueda ser dictado en presencia de determinados hechos, le corresponde a quien controle la legalidad entrar a conocer de la exactitud o inexactitud de tales hechos.<sup>69</sup>

De esta manera, dable es concluir que tanto la ilegalidad por ausencia de motivos legales como aquella ilegalidad referida a la ausencia de los motivos de hecho y de derecho invocados en el acto administrativo, debe traer como necesaria consecuencia la invalidación del acto administrativo, toda vez que al carecer de motivo se priva de causa a la decisión de autoridad.

En tal sentido, es de interés recordar las palabras del tratadista Agustín Gordillo, quién sostiene que la garantía de fundamentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible, subsanable, ya que así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa inmotivada es abuso de poder, es arbitrariedad, sistema autoritario de gobierno, si no tiene la simple y humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres.<sup>70</sup>

Aclarado lo que antecede, cabe preguntarse entonces, ¿cuales serían las consecuencias de un acto administrativo que cumple con la exigencia de contar con motivos de derecho y de hecho, pero donde el fin perseguido por tal medida se aparta de la satisfacción de una necesidad pública, estando asociado por ejemplo, a una medida más política que administrativa o a situaciones de acoso laboral?

En tal caso, de comprobarse que el acto administrativo que decide una destinación funcionaria se dicta con una finalidad distinta de la perseguida por la ley, tal decisión, conforme lo ha establecido la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, contenida en el dictamen N° 14.178, de 2004, quedaría afectada por una

---

<sup>69</sup> PIERRY ARRAU PEDRO. El Control de la Discrecionalidad Administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N°8 (1984), pag. 487.

<sup>70</sup> GORDILLO, AGUSTIN. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 3. El Acto Administrativo. Quinta Edición. Año 2000.

desviación de poder y, en consecuencia, viciado el acto que la sanciona, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades administrativas que podrían generarse respecto de los funcionarios y autoridades involucradas.<sup>71</sup>

En el mismo sentido, el dictamen N° 4.168, de 2008 de esa Entidad de Control, señala que “la ausencia de motivación del acto administrativo constituye un vicio que recae en un requisito esencial del mismo, ya que tratándose de actos administrativos discrecionales, como es el caso, la motivación es un elemento necesario para cautelar la juridicidad del acto, acorde con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, y el principio de interdicción de la arbitrariedad, según lo prescrito por el artículo 19, numeral 2, de la misma Carta Fundamental”.

---

<sup>71</sup> Ver dictamen N° 40.152, de 2011.



#### **4. CONCLUSIONES**

La potestad jurídica normada en los artículos 73 y 74 de la ley N° 18.834, si bien es de aquellas denominadas discrecionales, no es ajena al principio de juridicidad que impera en nuestra legislación, lo que importa que el acto administrativo que la materializa debe cumplir con los supuestos y elementos básicos que debe reunir tal manifestación de voluntad, la que sin embargo, se encuentra limitada en su ejercicio por diversas situaciones que se desprenden del propio contexto normativo que regula a los servidores regidos por dicho Estatuto, según interpretación que de tales normas ha efectuado la Contraloría General de la República.

##### **4. 1. Sobre los supuestos y elementos básicos del acto administrativo que determina una destinación funcionaria**

###### **4. 1. 1. De los supuestos**

Según lo antes dicho, los supuestos del acto de destinación están conformados por la investidura regular del titular del órgano que lo dicta, la competencia, esto es, previa habilitación jurídica para actuar, y la existencia de un debido procedimiento legal, justo y racional.

En primer término, tratándose de la Investidura y competencia, dable es concluir que el acto administrativo que dispone la destinación, por disposición expresa debe ser suscrito por el jefe superior del órgano administrativo que lo dicta, quien debe estar dotado de previa investidura regular, encontrándose dentro de la esfera de sus competencias la de disponer tal medida respecto de un funcionario determinado.

Luego, en cuanto al Procedimiento del Estatuto Administrativo, se debe indicar que la decisión unilateral de destinación, debe adoptarse a través de un procedimiento más o menos formalizado, acorde a las normas consignadas en la ley N° 19.880, y con pleno respeto a los principios que se consagran en tal texto legal.

Asimismo y en relación con lo anterior, se debe precisar que no obstante que el legislador no ha establecido ningún procedimiento para llevar a cabo el acto en estudio, en aplicación de los principios de formalidad y certeza jurídica que imperan en nuestra legislación, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República contenida, entre otros, en dictámenes N°s 5.630 de 1991, 38.429, de 1997 y 1.897, de 2001, señala que la destinación de un funcionario debe disponerse formalmente por el Jefe Superior del Servicio, notificándose al funcionario de la medida adoptada sea personalmente o mediante carta certificada dirigida al domicilio registrado en el servicio, en caso de no poder realizarse en esa forma, hecho lo cual, el empleado no podrá excusarse de acatar la nueva destinación asignada, encontrándose obligado a cumplir las nuevas funciones, por mandato de la letra e), del artículo 61 del Estatuto Administrativo.

Lo anterior es concordante con el criterio general sostenido por tal Entidad de Control en dictámenes N°s 70.970, de 1970, 39.905, de 1971, 18.449, de 1984 y 9.763, de 1985, en cuanto señalan que “Constituye un principio básico administrativo que los actos de los servicios públicos sean esencialmente solemnes, ya sea por razones de buena técnica administrativa o como una mejor garantía de protección y amparo de los derechos de los administrados y, en definitiva, de un fiel y exacto cumplimiento de la ley”.

#### **4. 1. 2. Elementos básicos: Objeto, fin y motivo**

Además de los supuestos señalados en el acápite anterior, siendo el objeto, el fin y la motivación, elementos básicos o constitutivos del acto administrativo, su existencia debe verificarse en aquellas resoluciones que disponen una destinación funcionaria.

En efecto, el objeto del acto de destinación alude al contenido del acto, esto es, a la determinación concreta del lugar físico en que ha de ejercerse un cargo público dentro del organismo público correspondiente.

Luego, el fin de tal decisión administrativa se refiere a la necesidad pública que se pretende solucionar con la medida de destinación, y que en general está asociada a resolver diversas circunstancias de buen servicio con el propósito de dar cumplimiento a las funciones propias del organismo que aplica la medida.

Seguidamente, y como contenido esencial del acto, está la motivación, debiendo consistir ella en la expresión de los motivos tanto de derecho como de hecho de la decisión administrativa, requisito que constituye un elemento de relevancia dentro del estándar de juridicidad, qué, como tal, debe existir y exigirse en todos los actos administrativos aún en aquellos que emanan del ejercicio de potestades discrecionales.

Así, en primer término el motivo de derecho dice relación con el fundamento normativo del acto administrativo, el cual debe ser idóneo, concreto y preciso, en el sentido que debe contener la expresión de las normas constitucionales y/o legales vigentes y específicas que habilitan al autor del acto administrativo para adoptarlo, requisito que formalmente se cumple bajo la fórmula de “vistos” de una determinada resolución o decreto.

Ahora bien, tratándose en particular de la decisión administrativa de destinación, es indudable que el motivo de derecho está determinado por las disposiciones estatutarias que permiten a la autoridad administrativa adoptar tal decisión, a saber, los artículos 73 y 74 de la ley N° 18.834, como asimismo todas aquellas en que se sustenta la investidura regular y competencia del jefe superior del servicio que suscribe el respectivo acto administrativo.

Por su parte, en cuanto a los motivos de hecho en que se sustenta la potestad discrecional en análisis, debe destacarse que ellos deben existir al momento de adoptar la determinación de destinación funcionaria, no pudiendo ser tal

fundamentación fáctica de cualquier índole, sino que debe ser suficiente y congruente. Suficiente, en cuanto debe dar razón y dar cuenta exacta del iter o camino lógico/racional que lleva al autor del decreto o resolución a adoptar la decisión, lo que permite entender su actuar y luego, congruente con el fin de todo acto administrativo que es dar solución efectiva y concreta a una necesidad pública específica que el legislador ha puesto a su cargo.

De esta manera y a modo meramente ejemplar, la medida de destinación podría estar justificada en la existencia de una determinada emergencia del servicio, en la urgencia de reestructurar una determinada unidad, en la necesidad de atender una calamidad pública, en razones objetivas de buen servicio o en la imperiosa necesidad de resolver conflictos funcionarios que alteran el ambiente laboral, todo ello por cierto, en la medida que a través de la solución de tales circunstancias se pretenda dar cumplimiento a las funciones propias del organismo que aplica la destinación y con ello a necesidades actuales del servicio.

#### **4. 2. Sobre los límites al ejercicio de la potestad discrecional normada en los artículos 73 y 74 de la ley N° 18.834, en particular, tratándose de eventuales derechos legales y garantías constitucionales que pudieran verse vulneradas**

Si bien la autoridad administrativa, en ejercicio de la potestad discrecional conferida por los artículos 73 y 74 de la ley N° 18.834, puede disponer la destinación funcionaria, las consideraciones precedentemente expuestas nos llevan a concluir que tal facultad no está exenta de limitaciones, por cuanto su ejercicio no puede amparar actos que no tengan por objeto satisfacer una necesidad pública, fin que si bien en lo específico es determinado por la ley al precisar las funciones del servicio, organismo o persona jurídica a que pertenece el órgano autor del acto, en lo genérico debe conformarse y adecuarse con el fin que le corresponde como órgano del Estado, que no es otro que el Bien Común, fin único y exclusivo del propio Estado, conforme así lo establece el artículo 1º, inciso cuarto de nuestra Carta Fundamental.

Asimismo, esta libertad de acción no puede confundirse con una autorización para actuar fuera de la normativa legal vigente, por cuanto el examen que debe realizar la autoridad administrativa en forma previa a tomar tal decisión, debe sustentarse en criterios justos y legítimos, toda vez que sostener lo contrario importaría una aceptación de la arbitrariedad, lo que se opone al principio de razonabilidad que debe imperar en la decisión materia de estudio.

Ahora bien, no obstante que en las disposiciones legales aludidas no se especifican las condiciones, circunstancias o supuestos de hecho en que la autoridad administrativa podrá ejercer la prerrogativa de destinar a funcionarios de su dependencia, tanto de su tenor literal como de lo concluido en diversos pronunciamientos emanados de la Contraloría General de la República -que han sido citados en el cuerpo del presente informe-, se pueden desprender las siguientes limitaciones en el ejercicio de tal potestad:

1. No es posible que por la vía de la destinación se efectúe un nombramiento, por cuanto aquella supone necesariamente, tener, previamente, la titularidad del cargo, de modo que mal podría incorporarse al cargo al cual ha sido destinado un funcionario que ya se halla en posesión del empleo, el mismo que pasa a ejercer en otro lugar por la vía de la destinación.

2. Si bien la destinación puede significar que el servidor afectado con tal medida deje de percibir algún tipo de franquicia pecuniaria, como sería el caso de una asignación especial, viáticos u horas extraordinarias, mientras no asuma las funciones correspondientes a su nuevo destino, por encontrarse haciendo uso de feriado o licencia médica, tiene derecho a conservar los beneficios inherentes a su antiguo desempeño.

3. Los empleos de denominación específica limitan, cuando no impiden una destinación, ya que esta medida no puede alterar las funciones propias del cargo que se ocupa según la denominación indicada en la ley, en el presupuesto, en las plantas o reglamentos del Servicio.

4. No resulta legalmente procedente destinar a las personas contratadas, toda vez que en conformidad a lo dispuesto en los artículos 3º, letra c), y 10 del Estatuto Administrativo, los servidores contratados están al margen del ordenamiento permanente de personal del Servicio de que se trate y de su estructura orgánica, factores que determinan la jerarquía o vínculo jurídico que une a órganos y funcionarios en relación de superior a inferior.

5. Es irregular que cónyuges funcionarios regidos por la ley N° 18.834, con residencia en una misma localidad, sean separados por un acto de la autoridad administrativa, sin su respectiva aceptación, a menos que ambos sean destinados a un mismo punto simultáneamente, de manera que de no verificarse esta última situación los cónyuges funcionarios se encuentran habilitados para rechazar una destinación con cambio de residencia dispuesta por la autoridad respecto de uno de ellos.

6. La destinación de un funcionario sumariado no se ajusta a derecho, por cuanto la adopción de tal medida implicaría infringir lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 131 del Estatuto Administrativo, precepto del cual se infiere la obligación del inculpado en un sumario administrativo de permanecer en el radio urbano en que la fiscalía ejerce sus funciones investigadoras.

7. Es improcedente destinar a otra localidad a un funcionario amparado por el fuero gremial del inciso segundo del artículo 25 de la ley N° 19.296, norma que impide trasladar de localidad y función, sin su autorización por escrito, a un dirigente gremial desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en su mandato.

8. Vulnera lo dispuesto en los artículos 156, incisos segundo y tercero, y 157 de la ley 10.336, la circunstancia que funcionarios públicos sean trasladados o designados en comisión de servicio fuera del lugar en que ejercen sus funciones desde 30 días antes de las elecciones de Presidente de

la República o de aquellas ordinarias o extraordinarias que se realicen dentro de las respectivas circunscripciones electorales.

9. La destinación no puede operar respecto de quienes no tienen la calidad de funcionarios públicos, por lo que tal medida no puede afectar a aquellos servidores que tienen su nombramiento en trámite o que por alguna razón—por ejemplo licencia médica—, no han podido asumir su cargo.

10. Es improcedente que la medida de destinación funcionaria se desvincule del cumplimiento del principio de la primacía de la persona humana por sobre el Estado, que tiene que estar a su servicio, debiendo éste promover el bien común, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Ley Fundamental establece para aquella, conforme así lo dispone el artículo 1º inciso 4º, de la Constitución de la República de Chile. En efecto, el respeto al principio constitucional precitado, importa que la decisión que se adopte en torno a una medida de destinación debe ser suficientemente motivada, tanto en el derecho como en los hechos, toda vez que un proceder contrario impediría al afectado deducir con pleno conocimiento de causa los recursos y acciones que le asisten, afectando con ello el principio de impugnabilidad que impera en la Administración.

11. Asimismo, en la hipótesis de una destinación carente de motivación, también se vería afectado el derecho a la función, ya que este no sólo se refiere al derecho de permanecer en el empleo del que se es titular, sino que también a ejercerlo donde actualmente lo sirve, salvo, por cierto, que sobrevenga una causa legal de término de funciones o que concurran las circunstancias de hecho o de derecho que permitan destinar a un funcionario a un lugar distinto, en ejercicio de la potestad discrecional que en esta materia asiste a la autoridad administrativa.

12. Por último, se debe señalar que es improcedente que la autoridad que dispone la destinación de un funcionario no adopte las medidas necesarias para

que el nuevo lugar de trabajo del destinado reúna las condiciones mínimas de higiene, seguridad y salubridad, toda vez que ello vulneraría el cumplimiento del principio de dignidad de la función pública consagrado en el artículo 17 de la ley 18.575.

#### **4. 3. Sobre la invalidación de un acto arbitrario de destinación funcionaria**

Sobre el particular, ya hemos señalado que la motivación constituye un subelemento del principio de juridicidad, y como tal, pensamos que es un elemento de legitimidad de los actos administrativos, por lo que siendo indispensable que este descansa sobre una justificación que lo fundamente racionalmente, la ausencia de tal elemento importa que el acto se encuentra viciado de nulidad. Ello, por cuanto según señala la doctrina, la falta de fundamentación implica no sólo un vicio de forma, sino también y principalmente, vicio de arbitrariedad, que como tal determina normalmente la nulidad del acto, constituyendo para la gran mayoría de los autores un vicio insubsanable.

Así lo ha establecido también la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, entre otros en dictamen N° 1770, de 1997, donde junto con concluir que el caso de destinación allí analizado no se ajusta a derecho, se instruyó al respectivo servicio emitir un documento formal que invalide la resolución de destinación funcionaria irregular, regularizando la situación funcionaria de la interesada.

Ahora bien, tal efecto de invalidación no sólo se origina cuando el acto carece de motivos o estos son insuficientes, lo que generaría un abuso de poder, sino que también cuando el acto administrativo que decide una destinación funcionaria se dicta con una finalidad distinta a la perseguida por la ley, caso en el cual dicha decisión quedaría afectada por una desviación de poder, dando origen a un acto viciado.



## 5. BIBLIOGRAFÍA

1. ALARCON JAÑA, PABLO. Discrecionalidad Administrativa. Un estudio de la Jurisprudencia Chilena. Editorial Jurídica Conosur Ltda, 2000.
2. ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN. La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno. Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen X, 1986.
3. COSCULLUELA MONTANER, LUIS. Manual de Derecho Administrativo, segunda edición. Editorial Civitas, Madrid, 1991.
4. HARO, RICARDO. La Razonabilidad y las Funciones de Control. Ius et Praxis, 2001, vol7, N°2, ISSN 0718-0012.
5. ESTATUTO ADMINISTRATIVO INTERPRETADO, CONCORDADO Y COMENTADO. Contraloría General de la República. Santiago-2008
6. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. La lucha contra las Inmunidades del Poder. Editorial Civitas. Madrid 1989.
7. GONZALEZ VERGARA, PAULINA. "El principio de motivación de los actos administrativos en el derecho nacional", Actas de la XXXIV Jornadas de Derecho Público. Lexis Nexis, Santiago, 2005.
8. GORDILLO, AGUSTIN. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 3. El Acto Administrativo. Quinta Edición. Año 2000.
9. REYES RIVEROS, JORGE. Invalidación y nulidad de los actos administrativos. Lexis Nexis. Año 2006.

10. REVISTA CHILENA DE DERECHO. Volumen 16. 1989.
11. SAYAGUES LASO, ENRIQUE. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo,1953.
12. SILVA CIMMA, ENRIQUE. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Principios Fundamentales del Derecho Público y Estado Solidario. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.1996.
13. SILVA CIMMA, ENRIQUE, Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes. Editorial Jurídica de Chile, 1995.
14. PIERRY ARRAU, PEDRO. El Control de la Discrecionalidad Administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N°8 (1984)
15. SOTO KLOSS, EDUARDO, en prologo realizado a la obra “Discrecionalidad Administrativa. Un estudio de la jurisprudencia”, del autor Pablo Andrés Alarcón Jaña. Editorial Jurídica Conosur, 2000.
16. SOTO KLOSS, EDUARDO, Apuntes sobre principio de juridicidad, Universidad de Chile. Departamento de Derecho Público. 1989.
17. SOTO KLOSS, EDUARDO, Derecho Administrativo, Temas Fundamentales. Legal Publishing, segunda edición, 2010.
18. Jurisprudencia administrativa extraída de la pagina web de la Contraloría General de la República.([www.contraloria.cl](http://www.contraloria.cl))