

## COSTOS DE EXPLOTACIÓN Y MOTIVACIÓN. DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y LEY DE BASES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS<sup>1</sup>

Ramiro A. Mendoza Zúñiga<sup>2</sup>

*RESUMEN: El criterio empleado por la SEC para reducir los costos de explotación de las empresas de distribución de energía eléctrica, sin expresar las causas que inducen a aquello, ya que la ley no se lo exige (DFL 1 de Minería de 1982), da pie al autor para tratar la motivación de los actos administrativos, la que define como la expresión formal de las razones de hecho y de derecho en las cuales el acto se basta a sí mismo como medio para hacer operativo el principio de legalidad y competencia. Con la motivación se podrá comprobar si se cumple con los principios de eficacia, eficiencia, oportunidad, racionabilidad y proporcionalidad en el actuar estatal y, además, dará a los particulares la posibilidad de impugnar los actos arbitrarios y a los Tribunales poder conocer la conformidad al Derecho de éstos, así se puede hablar del principio de inexcusabilidad de la motivación. La jurisprudencia judicial, administrativa y la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos están contestes en exigir la motivación, aun cuando la ley no lo exprese, esto por principios generales como el debido proceso, participación ciudadana y oportunidad impugnativa; de esta forma el criterio empleado por la SEC sería inconstitucional ya que infringiría principios garantizados por la Carta Fundamental como los mencionados.*

### INTRODUCCIÓN

A través de diversas decisiones, expresadas en sendos Oficios Ordinarios, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC, en adelante), ha notificado recientemente (2003) a distintas empresas distribuidoras de energía eléctrica, la reducción de sus costos de explotación, acto en el cual no ha expresado en su texto, de manera alguna, cuáles eran los costos precisos que se reducían, sino que tan sólo ha

consignado un monto global o innominado. Esta omisión impide a las concesionarias saber si la SEC ha ejercido dentro del marco competencial que le corresponde la facultad discrecional del artículo 116 del DFL 1 (Minería), de 1982 que le permite “rechazar los costos que considere innecesarios o la parte de ellos que estime excesivos”.

Para entender lo expuesto se debe considerar que el término “costos de explotación” es un concepto definido por la ley<sup>3</sup> que se

1 Ponencia presentada en las terceras Jornadas de Derecho Eléctrico, 2 y 3 de julio de 2003, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile.

2 Profesor de Derecho Administrativo, P. Universidad Católica de Chile, Universidad de Los Andes. El autor agradece la colaboración de su ayudante de investigación, profesora asociada en la cátedra de Derecho Administrativo que imparte en la Universidad de Los Andes, señora Blanca Oddo Beas. Comentarios y sugerencias pueden dirigirse a [rmendoza@phillippi.cl](mailto:rmendoza@phillippi.cl).

3 En efecto, el inciso 3 del artículo 116 del DFL 1, de 1982 dispone que “Son costos de explotación para las empresas distribuidoras el valor de la energía y potencia requerida para la actividad de distribución, calculado con los precios de nudo que rigen en el punto de conexión con las instalaciones de distribución, los costos de operación del sistema de distribución de energía, los de conservación y mantenimiento, administración y generales, gravámenes y contribuciones, seguros, asesoramiento técnico y demás que la Superintendencia considere necesarios para la explotación del servicio”. Por su parte, el artículo 316 del Reglamento repite esta norma en los mismos términos transcritos. Cabe señalar que la facultad dada a la Superintendencia en orden a determinar otros costos de explotación está limitada por la ley ya que nunca podrá considerar entre ellos los costos que

encuentra integrado por una serie de elementos completamente identificables respecto de los cuales la SEC puede ejercer la referida facultad discrecional de reducción. Facultad o potestad que, creemos, en ningún caso habilita a la SEC para actuar libremente, ya que en todo caso, el margen de discrecionalidad solo se refiere a la "consideración innecesaria" o a la "estimación excesiva" de esos costos. De ahí entonces que la autoridad no tenga discrecionalidad para decidir si ante gastos necesarios y comprobados los reduce o no.

Por lo tanto, la expresión formal y concreta en el acto administrativo de los antecedentes o condiciones de hecho que motivan la reducción de dichos costos de explotación (motivación), en especial de aquellos costos que se reducen, es un requisito o una exigencia razonable del acto material a través del cual la SEC informa u ordena tal decisión. Tal expresión tiene por objeto permitir que la concesionaria se defienda adecuadamente ante la eventualidad de un ejercicio excesivo de facultades discrecionales. Suerte que también la debida motivación<sup>4</sup> en el acto discrecional permite a la autoridad judicial conocer y resolver acerca de su validez y legitimidad ante el derecho.

Conforme a lo expresado, nos avocaremos en las páginas que siguen a dilucidar acerca de la obligación que tienen todos los órganos que integran la Administración del Estado y que ejercen facultades discrecionales de dejar constancia en el acto que emitan de los fundamentos de derecho y hecho que han tenido como antecedente para la emisión de un determinado acto administrativo.

## I. ANTECEDENTES

Las empresas concesionarias de distribución de energía eléctrica, en cumplimiento del inciso 4º del artículo 116 del DFL 1 (Minería), de 1982 que dispone que "*Las empresas concesionarias enviarán anualmente a la Superintendencia, antes del 31 de marzo, los costos de explotación correspondientes al año anterior acompañado de un informe auditado*", debían comunicar a la SEC en el mes de marzo de 2002 los costos de explotación correspondientes al año precedente acompañando para tales efectos un informe debidamente auditado y refrendado por auditores independientes.

En atención a estos antecedentes los costos de explotación de la empresa asociados al chequeo de rentabilidad ascienden al guarismo que ellas determinan, el que normalmente se desglosa en partidas generales que contienen: i) Costos correspondientes a compra de energía, y, ii) Otros costos.

En el marco de la fijación tarifaria de las empresas eléctricas de distribución, la comunicación de estos costos de explotación debidamente auditados a la SEC obedece a la necesidad de realizar cada año mientras está vigente una misma fórmula tarifaria, lo que se denomina chequeo de rentabilidad y que debe llevar a cabo la Comisión Nacional de Energía (CNE, en adelante) de conformidad al artículo 308 del Reglamento a fin de verificar que la rentabilidad anual de las concesionarias se mantenga dentro de los márgenes establecidos por la ley<sup>5</sup>. Para estos efectos la SEC también debe informar cada año a la CNE el valor nuevo de

se exceptúan en el mismo artículo reseñado, estos son "*las depreciaciones, los déficit de ganancias en ejercicios anteriores, ni ningún costo financiero, como impuestos, contribuciones por dividendos de acciones, servicio de intereses, amortización de préstamos, bonos y otros documentos*".

4 Se previene, desde ya, que la motivación se refiere a la expresión formal de las condiciones de hecho y de derecho que fundan un acto administrativo y no a los motivos, esto es, el supuesto fáctico del acto o necesidad pública. Es por ello irredarguible que todo acto tiene motivos, mas no en todo acto existe motivación.

5 Prescribe el artículo 308 del Reglamento "*Para los efectos del artículo anterior, la Comisión, al menos una vez al año efectuará un chequeo de rentabilidad de las tarifas vigentes, utilizando para ello el procedimiento regulado en los artículos precedentes y la información sobre VNR y costos de explotación que al efecto le proporcione la Superintendencia*".

reemplazo (VNR) que es el otro elemento esencial para efectuar el chequeo de rentabilidad mencionado<sup>6</sup>.

En lo que respecta a ambas comunicaciones la SEC tiene facultades distintas, pero que suponen una misma técnica de atribución potestativa ya que en ambas hipótesis el legislador ha otorgado a la SEC la facultad discrecional de rechazar, en ciertos aspectos, la información que para cada caso debe presentar el respectivo concesionario.

Así en cuanto al VNR una vez que éste ha sido recalculado para los efectos de una fijación tarifaria, esto es cada cuatro años, la SEC lo aumentará o rebajará según corresponda cada año conforme al artículo 313 del Reglamento<sup>7</sup>, y según el Índice de Precios al Consumidor. En lo que importa el artículo 313 mencionado dispone que *“las empresas concesionarias deberán comunicar a la Superintendencia los aumentos y retiros en forma anual, antes del 31 de enero de cada año. Tratándose de aumentos, la Superintendencia, dentro del plazo de tres meses contados desde la fecha de recepción de los antecedentes respectivos, podrá rechazar fundadamente aquellos que se originen en la incorporación de bienes físicos o derechos que estime innecesarios o la parte que considere excesiva. Transcurrido este plazo, si no hay comunicación de rechazo, el aumento se entenderá incorporado al VNR”*. Por su parte, esta norma guarda estricta sujeción con el artículo 117 del DFL 1 (Minería), de 1982 que otorga a la SEC la referida facultad discrecional de rechazo y que señala:

*“El concesionario dará cuenta a la Superintendencia de toda inversión posterior en*

*obras de distribución que aumenten el VNR de primer establecimiento.*

*“La Superintendencia podrá rechazar fundadamente el aumento del VNR originado por la incorporación de bienes físicos o derechos que estime innecesarios, o la parte que considere excesivos. En este caso la Superintendencia informará al concesionario, en el plazo de tres meses.*

*“A falta de esta comunicación, se entenderá incorporado automáticamente al VNR.*

*“El concesionario comunicará anualmente a la Superintendencia las instalaciones retiradas del servicio.*

*“La Superintendencia rebajará el VNR correspondiente a dichas instalaciones”.*

Entonces es el resultado de esta operación (VNR) lo que comunica la SEC a la CNE para los efectos del chequeo de rentabilidad y, para ello, ocupa el procedimiento indicado, esto es: i) Comunicación del concesionario antes del 31 de enero de cada año informando acerca de los aumentos de bienes físicos o derechos y de los retiros que se hayan verificado durante el año precedente; ii) La SEC tiene el plazo de tres meses desde la fecha de recepción de los antecedentes respectivos, para rechazar fundadamente los aumentos del VNR originados por la incorporación de bienes físicos o derechos que estime innecesarios o la parte que considere excesivos; iii) A falta de pronunciamiento de la SEC los aumentos se entenderán incorporados al VNR; y, iv) La SEC deberá informar los valores resultantes a la CNE el día 30 de abril de cada año.

Por su parte, los costos de explotación para efectos del chequeo de rentabilidad también

6 La tasa de rentabilidad que se fija cada cuatro años en el proceso de fijación tarifaria permite que las empresas concesionarias a las cuales se les ha determinado una fórmula tarifaria mantengan su rentabilidad económica, antes de los impuestos, que no difiera en más de cuatro puntos de la tasa de actualización de 10% real anual, esto es, no superior a 14% ni inferior a 6% anual. En la práctica, la tasa de rentabilidad determina o fija, dentro de márgenes razonables, la ganancia que tendrán las empresas concesionarias con el cobro de tarifas.

7 El artículo 313 del Reglamento dispone un mecanismo de actualización del valor nuevo de reemplazo (VNR), este mecanismo supone la existencia de un inventario de bienes que contiene la individualización de las instalaciones del primer establecimiento, los aumentos de bienes físicos o derechos que informe el concesionario y que no sean rechazados por la SEC y los retiros de instalaciones. Para los efectos de la fijación tarifaria que se hace cada cuatro años solo se puede considerar en el VNR lo que está en el inventario; lo demás es rechazado.

deben ser informados a la SEC conforme al artículo 316 del Reglamento que dispone “*Las empresas concesionarias enviarán anualmente a la Superintendencia, antes del 31 de marzo, los costos de explotación correspondientes al año anterior, acompañado de un informe auditado. La Superintendencia podrá rechazar los costos que considere innecesarios o la parte de ellos que estime excesiva*”. Norma reglamentaria que a su vez encuentra su fundamento en el artículo 116 del DFL N°1, de 1982, que otorga a la SEC la facultad discrecional de “rechazar los costos que considere innecesarios o la parte de ellos que estime excesivos”.

De la transcripción de estas normas, se advierte que la SEC tiene la facultad discrecional de rechazar tanto el aumento del VNR (cuando los bienes físicos o derechos que lo originan se estimen innecesarios o se consideren excesivos) como los costos de explotación (cuando se consideren innecesarios o se estimen excesivos), sin embargo, en relación a estos últimos, a diferencia de lo que ocurre con el VNR, ni en la ley ni en el reglamento, se ha dispuesto un procedimiento que permita establecer la forma como debe ser ejercida esta potestad discrecional.

Así lo ha entendido a ultranza la propia SEC, quien por Oficio Ordinario 736<sup>8</sup>, de 31 enero de 2003, que hemos tenido a la vista, ha sostenido que en lo que respecta al rechazo de los costos de explotación “la SEC no se encuentra obligada por normas legales o reglamentarias a comunicar a las empresas la decisión ni las razones de su decisión respecto a los eventuales rechazos de los costos de explotación”. Esto quiere decir que para esta Autoridad el ejercicio de la facultad discrecional para rechazar costos de explotación no se encuentra sujeta a formalidad alguna y es más, solo por una cuestión de transparencia se le comunica (informa) al concesionario el rechazo en términos generales, circunstancia que en ningún caso implicará una fundamentación de la actuación, puesto que tampoco se encuentra obligada a ello.

Situación distinta acontece, bajo esta perspectiva, con el VNR, ya que a su respecto señala este organismo que “la ley ordena expresamente dictar una resolución que, además, debe ser fundada”. La verdad es que al contrario de lo que expresa la SEC, ni la ley ni el reglamento exigen que el rechazo de los aumentos del VNR se materialicen en una resolución; es más, si se revisan estos cuerpos normativos encontramos que ambos exigen solamente que el rechazo sea fundado. Sorprende entonces que ante una misma fórmula de atribución potestativa, esto es, la facultad discrecional de rechazo que tiene la SEC en relación a los aumentos del VNR y los costos de explotación, la Autoridad haya entendido que en un caso su materialización debía ser necesariamente por resolución y en el otro arguya que por disposición de la ley “no hay obligación de dictar una resolución expresa y mucho menos de fundar la decisión”, por lo mismo sería suficiente su comunicación a través de un oficio ordinario meramente informativo, faltaría de toda motivación y razonabilidad.

Esta interpretación y práctica de la SEC no se condice ni con los principios básicos de derecho administrativo que deben informar su actuación, ni con la jurisprudencia judicial y administrativa que se ha vertido en relación al ejercicio de potestades discrecionales y su necesaria motivación, que es, precisamente lo que veremos a continuación.

## II. LA MOTIVACIÓN ES UN ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La Administración por disposición de la Constitución y la ley solo puede actuar cuando ha sido previamente habilitada y siempre dentro de su propio marco de competencia, de ahí que los órganos del Estado no sean libres en el ejercicio de sus potestades sino que siempre deban sujeción

8 Este oficio fue evacuado por la SEC a instancias de la Corte de Apelaciones de Valdivia, que se encontraba conociendo de un recurso de reclamación interpuesto por la Empresa Eléctrica de la Frontera S.A. (FRONTEL) en contra de la SEC.

estricta a ambas normas y, además, atendida esta sujeción se encuentran en la obligación de justificar su actuación debiendo dejar debida constancia de su competencia en el acto que materialice, invocando para tales efectos la norma que les atribuye la potestad que se supone han ejercido en el caso concreto.

Pero esta fundamentación no solo se refiere o se limita al ámbito normativo sino que va más allá, puesto que en realidad los órganos de la Administración no son libres en nada ante el derecho, por eso es natural que también se les exija demostrar que se dan, en el caso concreto, los requisitos de motivación fáctica inmersos en la norma que le atribuye de potestad, estos son, las condiciones de razonabilidad y circunstancias de hecho (satisfacción de determinadas necesidades públicas) que condicionan la validez del ejercicio de ese poder.

Así entendida, la motivación de los actos administrativos<sup>9</sup> alcanza un relieve particular, muy superior al de una simple formalidad que se puede obviar en ciertos casos cuando la ley no exige tal requisito para la validez del acto. En realidad, la motivación, es decir, la expresión formal en el acto administrativo de las razones de hecho y de derecho en las cuales el acto se basta a sí mismo, es el medio para hacer operativo el principio de legalidad y de competencia, de manera tal que cuando un acto falta a esta debida fundamentación, en verdad se están trasgrediendo ambos principios<sup>10</sup>.

Y es que siendo el motivo (supuesto) lo que fundamenta fácticamente el acto administrativo concreto, éste se identifica con la satisfacción de necesidades públicas, que también es, en estricto rigor, el fin que persigue el órgano atribuido de la potestad administrativa. Es por ello que no resulta baladí, integrar como elemento de validez del acto, la expresión de este verdadero supuesto de actuación (motivación), y que es la finalidad propia para la cual existe esa función, ese órgano, las atribuciones jurídicas a él conferidas y el procedimiento de su ejercicio y para lo cual se dicta al acto administrativo.

De esta precisión, se derivan importantes consecuencias que sirven para la determinación de la validez de la actuación de un órgano del Estado, ya que a partir de esta fundamentación o motivación se podrá establecer si en el caso concreto se ha cumplido o no con los principios de eficiencia, eficacia, oportunidad, razonabilidad y proporcionalidad en el actuar estatal.

Ahora bien, la existencia de la debida fundamentación o motivación del acto administrativo como un elemento esencial del mismo obedece también al carácter racional<sup>11</sup> que necesariamente ha de tener esta clase de actos, los que, por definición, importan una decisión unilateral que concretan un juicio o dictamen de la razón y, como tal, requieren estar provistos de fundamentación, tanto normativa como fáctica.

9 Sobre motivación, vid. recientemente, Patricio Muñoz Díaz, en Informes Constitucionales N°s 2.803, 2.805, 2.809 y 2.811, todos del año 2002. Más antiguo, en cuanto a la posibilidad de diferir esta motivación, ver Alejandro Vergara Blanco, Control judicial de la motivación de los actos administrativos (comentario de sentencia), en Revista Temas de Derecho (U. Gabriela Mistral) 6n°2 (1991) p.117.

10 Se ha dicho en doctrina que "Trasladada al ejercicio de la función administrativa, la obligación de motivar los actos administrativos es también una forma práctica de imponer y de fiscalizar el imperio de la ley, o principio de legalidad, en el ámbito administrativo. Este principio, que es uno de los pilares básicos del Estado de Derecho contemporáneo (fundado en la sumisión de la Administración a la ley y al juez), excede hoy a la mera legalidad formal y abarca la íntegra juridicidad, comprensiva de la Constitución, los principios generales de derecho, las pautas axiológicas de razonabilidad y hasta la sumisión de los actos de alcance individual a las reglas emanadas de la administración misma". Alberto Ramón Real, La fundamentación del acto administrativo, en Revista de Derecho Público, Universidad de Chile N° 27 (1980), 111-132.

Se habla entonces que la obligación de fundar los actos de la administración tiene su origen fuera del derecho administrativo y más propiamente pertenece al derecho procesal, donde normalmente se ha considerado como obligatoria la debida fundamentación de las sentencias, de ahí que una sentencia fundada sea hoy condición de un debido proceso. Ahora bien, la fundamentación en el ámbito administrativo tiene su propia particularidad desde que no solo sirve para asegurar al administrado un debido procedimiento (administrativo) sino que también para controlar el actuar legítimo de la administración.

11 Esta racionalidad también significa proporcionalidad, es decir, que la decisión adoptada por el órgano administrativo debe ser la adecuada para satisfacer la necesidad pública que el legislador se ha propuesto al momento de atribuir potestades. Si esta decisión es errada el órgano incumple su función y viola el derecho (artículo 7° de la Constitución de 1980) y, si ese incumplimiento ha ocasionado daño hace incurrir al órgano en responsabilidad del Estado.

Esto significa, por una parte, que conforme al fin de satisfacción de necesidad pública que los explica, deben justificarse racionalmente de acuerdo a los hechos que importan su emisión y, por la otra, deben justificarse normativamente, puesto que solo a partir de la ley la Administración puede actuar en el mundo del derecho adoptando las decisiones que correspondan. Es más, en algunos casos, esta decisión está inequívocamente determinada por el legislador (potestad reglada) y, en otros, cabe a la autoridad un margen de elección, sea en cuanto al momento de su ejercicio o en cuanto a las posibilidades de medidas que puedan adoptarse (discrecionalidad), en cuyo evento, aquella no solo debe demostrar en el acto los antecedentes de hecho de la decisión, sino que, además, debe ponderarlos razonablemente acreditando en el mismo acto la razonabilidad de su decisión.

Asimismo, la debida fundamentación o motivación, implica también velar por otro aspecto que encierra o supone este carácter racional del acto, y este es la exigencia de que el acto para ser racional no ha de contener diferencias o discriminaciones carentes de fundamento, ya que de ser así esa decisión por ese solo hecho sería arbitraria<sup>12</sup> y en consecuencia nula, al transgredir el mandato constitucional que impone a todos los órganos del Estado la prohibición de "establecer diferencias arbitrarias".

Es entonces, innegable que la Administración al ejercer una actividad condicionada por el derecho, y por ende

subordinada a él, cada vez que materialice esa actividad a través del ejercicio de una potestad atribuida a un órgano, se encuentra el deber ineludible de justificar su decisión, es decir, a motivar su decisión, tanto en el aspecto fáctico (antecedentes de hecho), como jurídico (el derecho que habilita la decisión que se adopta). Solo así podremos pregonar que la decisión que contiene el respectivo acto se conforma a la juridicidad.

Ante esta conclusión, parece razonable sostener que ningún acto administrativo puede adolecer de motivación o fundamentación, por ello el hecho de que en ciertos casos el legislador exija que determinadas decisiones se adopten fundadamente, no puede ser un argumento para sostener que en los casos en que esa prevención no se haga, las decisiones que se tomen en uso de tales potestades pueden ser materializados en actos que no hagan mención alguna a los motivos que se tuvieron en consideración para decidir. Ello implicaría desde ya aceptar la circunstancia de que algunos actos administrativos que por su naturaleza exigen ser fundados (como por ejemplo los que se dictan en ejercicio de facultades discrecionales o impongan sanciones) puedan omitir en su texto la expresión de los motivos que tuvo la autoridad para actuar, esto es, el señalamiento material de los antecedentes de hecho que tuvo a la vista para tomar una decisión<sup>13</sup>.

Semejante conclusión desnaturaliza el concepto mismo de motivación, ya que si se

12 La Corte Suprema ha sostenido que "lo no motivado es ya, por ese solo hecho, arbitrario". RDJ t.88 (1991) 2.5, 123-131.

13 Así lo han reconocido nuestros tribunales de justicia señalando "3º Que de la sola lectura del decreto transcrito, aparece su carencia de fundamentación en cuanto a los antecedentes que habría tenido en consideración la autoridad que los dictó -y que tan solo alude genéricamente- para resolver como lo hizo; 4º Que si bien es verdad que la Ley orgánica Constitucional de Municipalidades, en su artículo 58 letra b), reconoce al Alcalde la facultad de aprobar los proyectos de plan regulador y sus modificaciones, previo acuerdo del Consejo Municipal, dicha facultad no lo exime de dar razón fundamentada de las resoluciones que dicte en el ejercicio de esa facultad; 7º Que esta circunstancia, unida a la carencia de toda fundamentación a que se hizo mención en el considerando tercero precedente, hace concluir a estos sentenciadores que el decreto de marras constituye un acto arbitrario, desde que prescinde de expresar los razonamientos de hecho que llevaron a la decisión adoptada; 8º Que a mayor abundamiento, la doctrina jurisprudencial de nuestros Tribunales ha expresado que los motivos que justifican la adopción de determinado acto administrativo no pueden ser formulados en términos vagos y generales, única manera de dar validez jurídica a la decisión adoptada por la autoridad; 9º Que en armonía con lo recién expuesto, cabe sostener que con mayor razón, carece de validez en derecho un acto administrativo, como el de la especie, que no los menciona de manera alguna". RDJ t.93 (1996) 2.5 230-232.

reconoce que a través de la motivación se pretende velar por el ejercicio legítimo de potestades guardando el debido respeto a los principios de legalidad y competencia, se debe también aceptar que la motivación en sí supone la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho que el órgano del Estado tuvo en consideración para tomar una decisión, ello desde que motivar un acto significa, precisamente, la manifestación formal de las normas habilitantes y de los hechos que justifican la actuación de la Administración en un caso concreto.

Esta exigencia adquiere especial relevancia cuando se trata de aquellos actos administrativos que tienen la precisa finalidad de producir efectos jurídicos que afectan concretamente los derechos de los particulares, afección que por sí sola y de suyo, determina que el acto por el cual se imponen esos efectos se baste a sí mismo dando debida cuenta de todos los fundamentos que tuvo el órgano administrativo para darle origen a tal acto y para decidir del modo que lo hizo. Así lo ha sostenido nuestra jurisprudencia señalando "*Que los denominados en doctrina actos administrativos de gravamen, dirigidos por su naturaleza a restringir la esfera jurídica de los administrados, deben ser motivados y, aunque no importan ejercicio de jurisdicción, respetar el principio de racionalidad y justicia del procedimiento, recogido en el inciso 5° del artículo 19 de la Carta Política*"<sup>14</sup>.

No sería justo, ni razonable, que el particular cuyos derechos pueden verse limitados por una actuación estatal tenga que inferir del ejercicio de una potestad la existencia de ciertas condiciones de hecho hasta obtener la respuesta de la Administración, para solo entonces, a partir de

esa información, poder defenderse adecuadamente de un acto que bien puede ser arbitrario o ilegal. Ello, por de pronto, atentaría contra el principio de oportunidad de la impugnación administrativa e importaría, asimismo, una nueva carga impuesta por el Estado, el que bajo este ocultamiento impondría para el destinatario del acto una nueva exigencia rogatoria para acceder al fundamento de la decisión que lo afecta y que serían la justificación de él. De allí que tal exigencia no está a la disposición graciosa o benevolente de la autoridad estatal, sino que se expresa como un verdadero deber que debe cumplirse por aquella: la autoridad debe motivar expresamente su decisión administrativa, a fin de que el acto demuestre por sí solo, desde el mismo instante de su ingreso al ordenamiento jurídico, que es el resultado de una operación reflexiva, fruto de un análisis acabado de las condiciones de hecho y de derecho que deben apoyarla, encontrándose solo entonces conforme a derecho.

Ahora bien, cuando se trata del ejercicio de potestades discrecionales, este principio de motivación tiene plena aplicación e incluso adquiere mayor relevancia, ya que en realidad toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto (motivo) de la norma cuya aplicación se trata, de manera tal que la discrecionalidad jamás implica un ejercicio libre o arbitrario de potestades, ya que el supuesto de hecho (motivo-necesidad pública) no queda jamás al arbitrio o apreciación de la autoridad, sino que constituye una realidad que ante su aparición el órgano debe, necesariamente, actuar<sup>16</sup> y que por lo mismo debe expresarla en el acto, constatando allí su procedencia<sup>17</sup>.

14 RDJ t.97 (2000) 2.5 p.115.

15 Vid. Sobre el particular el artículo de Iván Aróstica Maldonado "*La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno*", Rev. de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, X (1986) 499-520. En doctrina comparada, sin perjuicio de la numerosa bibliografía sobre la materia, sugiero ver la completa monografía de Marcos M. Fernando Pablo, *La motivación del acto administrativo*, ed. Teknos, 1993.

16 Contraloría General de la República por dictamen 43.507, de 2000, ha dicho que "*La discrecionalidad de la autoridad en la potestad disciplinaria no consiste en que pueda libremente determinar si aplica o no una sanción o absuelve pese a estar fehacientemente acreditada la falta, sino que ello se relaciona con la medida a aplicar o la decisión a adoptar, atendiendo al mérito del proceso y a las circunstancias atenuantes y agravantes*".

17 En realidad aun cuando se trate de discrecionalidad las potestades en verdad siempre tienen elementos reglados o tasados por el legislador.

Por lo tanto, a estas alturas podemos afirmar que: i) la motivación, es un elemento esencial del acto administrativo, sea en cuanto la ley lo exija, sea en cuanto a la naturaleza específica y gravosa del acto; ii) la motivación, por definición, es expresa y se refiere a las condiciones de hecho y de derecho que justifican la emisión de un acto administrativo; iii) las reglas de motivación expuestas, no se excluyen en la aplicación de potestades que puedan tildarse de discrecionales.

Por demás, un dato no menor es hoy aportado por la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos<sup>18</sup>. En efecto, su texto viene en indicarnos, legal y conceptualmente, la noción de acto administrativo<sup>19</sup> y, también, corroborando lo antes expuesto, nos indica la ineludible procedencia de motivación en casos como el que nos ocupa. De manera directa, conforme lo señalan los artículos 11 inc. 2° y 16 inc. 1°, contenidos ambos en su Capítulo Primero que contiene, bajo el epígrafe de disposiciones generales, los principios que ineludiblemente, vinculan en el procedimiento administrativo a los actos que las autoridades sujetas a su aplicación emitan. Y, de manera indirecta, y no por ello menos vinculante, igual exigencia se prevé en el incurso del procedimiento, como señalan los artículos 35, 40 y 41 de la misma ley.

Dispone el artículo 11 inciso 2° que *“Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”*. Por su parte, el artículo 16 inc. 1°, añade *“Principio de Transparencia y publicidad.*

*El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él”*.

Conforme a lo expuesto, a estas alturas del desarrollo legal, resulta indesmentible, indiscutible y carente de interpretación contraria, el deber de la SEC, en cuanto decide excluir costos de explotación que incidirán ciertamente en la tarifa a que tienen derecho las distribuidoras, a motivar la decisión que determine tal exclusión, sea que la adopte por medio de una resolución o a través de oficio ordinario que, como práctica, ha implementado en el pasado.

### III CRITERIOS CONTRALORES Y JURISPRUDENCIALES QUE EXIGEN LA MOTIVACIÓN EXPRESA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La jurisprudencia contralora y judicial está conteste en señalar que la motivación es un elemento esencial del acto administrativo y que no solo debe estar presente o expresada en el acto cuando la ley exija que debe actuarse fundadamente sino que en todo acto administrativo, especialmente, cuando se trate de aquellos que importan el ejercicio de facultades discrecionales<sup>20</sup> y que impliquen o traduzcan una alteración de las situaciones jurídicas de los destinatarios del acto<sup>21</sup>. Esta situación nos lleva a afirmar que en realidad existe un verdadero principio de inexcusabilidad de la motivación.

En efecto, muchos argumentos avalan la existencia de este principio, en particular el hecho de que “conforme a diversas normas de rango constitucional, la Administración debe obrar con

18 Ley 19.880, pub. en Diario Oficial de 29 de mayo de 2003.

19 Su concepto está claramente establecido en el artículo 3° de la Ley.

20 Así lo ha sostenido nuestra jurisprudencia, diciendo *“Que conforme a lo señalado, al existir discrecionalidad, ella debe tener como norte la ley y en especial las Garantías Constitucionales. La facultad discrecional aludida debe ser ejercida con sujeción a los antecedentes de hecho y de derecho que permitan arribar a una decisión”*. RDJ t.97 (2000) 2.5, p.153. Vid. también, Eduardo Soto Kloss, *La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos, un recuento jurisprudencial*, en Revista Actualidad Jurídica, Nº 3, 2001, Universidad del Desarrollo, pp. 303-308.

21 Vid. nota 12.

sujeción a Derecho, y que ello es susceptible de fiscalización o control, preferentemente (aunque no únicamente, pues también puede hacerlo la propia autoridad, internamente) por un tercero independiente e imparcial, el juez, y a través de una acción que debe encausarse en un debido proceso, según asegura el artículo 19 N° 3 inciso 5 CP; que de lo anterior emana el principio de la impugnabilidad de todos los actos administrativos, consecuente con el principio de juridicidad al que deben ajustarse; que el debido proceso se asienta en la institución procesal de la probidad que regula la instancia, con el objeto de obtener una contienda franca, leal y honorable entre los contradictores (ciudadano/autoridad), y para lo cual se deben establecer, desde ya, posiciones claras y precisas, tendientes a evitar dilaciones y emboscadas que los litigantes puedan provocar, fundamentalmente por el hecho de reservar alegaciones o pruebas tendientes a obtener uno u otro efecto”.

En consecuencia, si un particular se siente afectado por un determinado acto de la autoridad, deberá –necesariamente– conocer sus fundamentos para poder impetrar adecuadamente la acción judicial correspondiente, sin que sea racional, ni justo, que se le imponga primero demandar, a ciegas, para que después, en el curso del proceso, recién la autoridad dé cuenta o exponga los motivos fundantes del acto contra el cual se ha alzado el particular afectado, motivos que, por lo demás, son básicos y determinantes de la piedra fundamental en la que subyace la validez del acto mismo (competencia –derecho– y necesidad pública –hecho–). Además, cabe tener presente que difícilmente podría tener éxito una acción sin hacer mención expresa a los fundamentos de hecho y de derecho que la ley procesal exige, si quien la deduce se enfrenta con una sola decisión, que carece de la explicitación formal de los motivos, los que solo conocerá en el transcurso del juicio si es que no pudo conseguir oportunamente de la Administración la información necesaria para fundar su defensa.

Es por esta razón que, sin perjuicio de lo que hoy aporta la ley de procedimientos

administrativos, podemos afirmar que cuando la ley nada dice acerca de la fundamentación o motivación de un acto, son los principios básicos del debido proceso, la participación ciudadana y la oportunidad impugnativa, los que obligan a hacerlo. Así lo ha entendido la Contraloría General de la República, la que por dictamen 33.006, de 1984, ha precisado que *“El ejercicio de las facultades administrativas que compete a los jefes de servicio 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 reglamentarias que le sirven de fundamento, las consideraciones de hecho que hacen aplicable la medida adoptada, la manifestación de voluntad de la autoridad respectiva que resuelve la materia y ordena trámites posteriores que correspondan, como ser su toma de razón, notificación, comunicación o publicación según proceda, y, finalmente, la firma del funcionario facultado para ello que ha dictado el acto administrativo de que se trata”*.

Este criterio ha sido corroborado por este órgano de control en varios dictámenes, por ejemplo, en dictamen 9.763, de 1985, que señaló que *“Decisión de autoridad recaída sobre solicitud de devolución de derechos aduaneros debe traducirse en acto formal afecto a toma de razón en casos previstos en resolución 1050/80 Contraloría, el que deberá indicar las normas legales y reglamentarias que lo fundamentan, consideraciones de hecho que hacen aplicable medida adoptada, manifestación de voluntad de autoridad que resuelve y ordena trámites posteriores y firma del funcionario facultado para ello”*.

Pero en especial, la mayor parte de la jurisprudencia contralora vertida en torno a la motivación de los actos de la administración hace énfasis en la procedencia de la debida motivación, frente a casos en que son ejercidas facultades discrecionales. Así la Contraloría General de la República ha sostenido en dictamen 45.307, de 2000, que *“El ejercicio de potestades discrecionales*

*como la analizada, debe ser suficientemente motivado y fundamentado, asegurando que las actuaciones de la administración sean consecuentes con el fin considerado con la preceptiva pertinente al conferirlas desprovistas de arbitrariedad, de manera que no importen una desviación de poder, sin que signifique una realización caprichosa, sino que proporcional al mérito del proceso sumarial, debidamente fundada y así establecerse en el decreto o resolución". En igual sentido se pronunció en dictamen 36.661, de 1999, diciendo que "La debida motivación de los actos de la autoridad administrativa posee particular relevancia cuando, como en el caso en examen, ésta ejerce facultades discrecionales. Lo expuesto ya que tiene por objeto garantizar que su actuar no se desvía del fin considerado por la preceptiva pertinente al conferir las atribuciones respectivas, que cuente con un fundamento racional admitido por el ordenamiento y que no signifique establecer de modo arbitrario una diferencia entre las personas que se encuentran en una misma situación".*

Por estas razones, es que sorprende la actitud de la SEC en orden a establecer, como práctica, el excusarse de la obligación de fundar aquellos actos administrativos mediante los cuales informa a las empresas distribuidoras de energía eléctrica el rechazo de los costos de explotación, siendo que en ese caso se trata, precisamente, del ejercicio de una facultad discrecional y que por lo mismo debería con mayor razón ser fundada. La SEC en virtud del artículo 116 del DFL 1, de 1982, puede rechazar los costos de explotación que considere innecesario o la parte de ellos que estime excesiva, pero como los efectos de dicha decisión afectan, necesariamente, los derechos patrimoniales de las distribuidoras de energía eléctrica, ya que a partir de ese monto se fijarán las tarifas que podrá cobrar a sus usuarios, para que esa facultad sea ejercida legítimamente debe justificar o indicar en forma determinada cuáles

son los costos de explotación rechazados y el monto rebajado que a cada uno de ellos correspondió. Solo así los concesionarios se pueden imponer acerca del adecuado ejercicio de la señalada potestad, en especial, si el rechazo responde al supuesto de hecho que el legislador ha contemplado.

De esta manera, cuando la SEC pretende argüir que la ley no le exige fundar la decisión de rechazo<sup>22</sup> de los costos de explotación, fuera de incumplir actualmente con la Ley de Bases de Procedimientos, priva al acto material en el cual consta tal decisión de un elemento de validez y juridicidad del mismo, que no se puede suplir, tal como lo ha hecho, señalando que los fundamentos existen y, que precisamente para ello existe un procedimiento general y objetivo aplicable a todas las concesionarias por igual, cuya tramitación para el caso concreto de la distribuidora afectada puede ser solicitada en cualquier momento. Tal justificación solo revela la confusión del ente fiscalizador en orden a dar el mismo significado que tiene la motivación a los motivos, lo que como hemos visto, no es correcto ya que la motivación de un acto es la expresión de las condiciones de hecho y de derecho que le dan origen.

Enseguida, lo que debiera constar en el acto, para ser motivado, es el señalamiento de esos supuestos de hecho que facultan a la SEC para ejercer la potestad discrecional de rechazo; estos son la indicación precisa de los elementos que integran los costos de explotación que han sido rebajados y su monto.

Otro tanto también ha dicho la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, estableciendo criterios que nos llevan a las mismas conclusiones ya vertidas. En tal sentido se puede citar el recurso de inaplicabilidad presentado por la Empresa Nacional de Electricidad, en el cual la Corte Suprema declaró que para la validez de los actos administrativos "Es necesario que quien lo ejecute tenga competencia para ello, que sea legítimo o sea que tenga motivos, objetos y fines

22 En realidad, al ser una potestad de rechazo su ejercicio debía haberse manifestado por una resolución propiamente tal y no por oficio. La propia naturaleza de la decisión implica esta exigencia, desde que afecta directamente derechos de particulares y manifiesta el ejercicio de una facultad discrecional, antecedentes que desde ya suponen la máxima posibilidad de impugnación y control de dicho acto.

legítimos y que se cumplan las formalidades prescritas por la ley. El acto debe emanar de un agente público titular de un órgano de la Administración, que obre dentro de sus atribuciones”<sup>23</sup>.

En consecuencia, de este fallo se infiere con claridad que para la Excm. Corte Suprema, la motivación es el elemento que permite determinar si la Administración ha actuado dentro de su competencia y en ejercicio de sus facultades legales. En el caso de las distribuidoras que puedan ser afectadas, tal ausencia de motivación en el acto por el cual se informa el rechazo de los costos de explotación impide saber si la SEC actuó dentro de su competencia, esto es, si rechazó costos que deben ser considerados como de explotación o no.

Lo mismo se advierte en un antiguo precedente jurisdiccional, el recurso de protección Mitsui, que señala *“Que de lo expuesto se desprende que aun cuando el acto administrativo que se viene examinando pueda considerársele comprendido dentro de las funciones que competen al Director Regional de Aduanas (Quinta Región) es no obstante, ilegítimo, en cuanto a la causa o motivo, desde que... se libró sin existir el hecho o antecedente que debió servirle de necesario fundamento”*<sup>24</sup>.

Por último, en relación a la finalidad que tiene la debida motivación, se ha dicho *“Que en orden a los motivos, para que el acto sea válido, debe existir una adecuada correlación entre la potestad ejercida y su fin específico, la que se producirá solo en la medida que los presupuestos de hecho invocados concurren efectivamente y estén jurídicamente bien calificados, cuestión que se resuelve en un juicio de valor relacionado con la proporcionalidad y razonabilidad de la sanción aplicada”*<sup>25</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

1. En ausencia de una ley general que precisara en forma sistemática cuáles actos administrativos deben especialmente

motivarse, surgía de diversos preceptos constitucionales, relacionados con la participación de los particulares y la garantía a un racional y justo procedimiento, como afirmación básica, con el aporte serio de criterios doctrinarios y jurisprudenciales, que todo acto administrativo que afectara las situaciones o derechos de terceros o que implicara el ejercicio de facultades discrecionales debía contener, en su texto, los fundamentos de hecho y de derecho que le servían de justificación.

2. Así lo había entendido también la jurisprudencia administrativa, declarando en diversos dictámenes, la imperiosa necesidad de motivar los actos de la administración en términos generales, pero poniendo especial énfasis en aquellos que importan el ejercicio de facultades discrecionales.
3. A iguales conclusiones había también arribado la jurisprudencia judicial, entendiendo que, por regla general, todos los actos discrecionales de la administración debían contener motivación.
4. Hoy, conforme a la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, es inconcuso y pacífico, legalmente, el deber de motivación cuando resulten afectados, directa o indirectamente, las situaciones patrimoniales de las personas.
5. Conforme a lo dicho, la facultad de la SEC para rechazar los costos de explotación es una facultad discrecional que con arreglo a los criterios, doctrinarios, jurisprudenciales y legales, exige para su ejercicio la correspondiente motivación del acto. No basta con tener los motivos a disposición del particular cuando los necesite sino que, para que el acto sea

23 Fallos del Mes, 221 (1977) 7.4, 59-64.

24 RDJ t.78 (1981) 2.5, 52-58.

25 RDJ t.97 (2000) 2.5, p.115.

válido, debe contener la expresión formal de ellos tanto en lo que se refiere a los hechos, como al derecho, que es precisamente el sentido y concepto de la motivación.

6. Por lo tanto todo acto administrativo de la SEC que pretenda excluir costos de explotación, resulta hoy, desde luego, arbitrario cuando por mero capricho, falta en aquél la motivación que, como hemos destacado, es un elemento esencial que debería contener. Y, además, es hoy

indiscutiblemente ilegal porque –como hemos demostrado– atenta de modo expreso con exigencias perentorias impuestas por la Carta Fundamental y con directos y específicos preceptos que contiene tanto la ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado, en particular los artículos 2, 3, 10, 11; y, especialmente, porque así lo estipula expresamente la ley que rige las bases de los procedimientos administrativos.