



Revista de Derecho - Universidad
Católica del Norte
ISSN: 0717-5345
revistaderecho@ucn.cl
Universidad Católica del Norte
Chile

JEQUIER LEHUEDÉ, EDUARDO
TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN MUNICIPAL Y
RECLAMO DE ILEGALIDAD (LEY N.º 18.695, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE
MUNICIPALIDADES). ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA
Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, vol. 20, núm. 1, 2013, pp. 293-307
Universidad Católica del Norte
Coquimbo, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041327011>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN MUNICIPAL Y RECLAMO DE ILEGALIDAD (LEY N.º 18.695, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES). ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA*

EDUARDO JEQUIER LEHUEDÉ**

RESUMEN: El presente trabajo busca determinar, a partir del examen de dos sentencias judiciales en particular, si las municipalidades están facultadas por la ley para poner término discrecional, unilateral y de manera anticipada a un contrato de concesión válidamente celebrado, y si los administrados contratantes pueden impetrar en tales casos la tutela jurisdiccional a través del reclamo de ilegalidad contemplado en la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

PALABRAS CLAVE: Concesión municipal - contrato administrativo - facultades exorbitantes - potestad discrecional - reclamo de ilegalidad.

UNILATERAL END OF THE MUNICIPALITY (TOWN HALL) CONTRACT OF CONCESSION AND THE CLAIM OF ILLEGALITY (LAW N° 18.695, ORGANIC CONSTITUTIONAL OF MUNICIPALITIES (TOWN HALL). JURISPRUDENTIAL ANALYSIS.

ABSTRACT: The present work seeks to determine, especially from the examination of two judicial judgments, if the Municipalities (Town Hall) are authorized by the law to put discretionary, unilateral and anticipated end to a contract of concession, and if the administered contractors can demand in such cases the jurisdictional guardianship across the claim of illegality contemplated in the Law N°18.695, Organic Constitutional of Municipalities(Town Hall).

KEY WORDS: Municipal concession - administrative contract - exorbitant powers - discretionary legal authority - claim of illegality.

* Fecha de recepción: 23 de octubre de 2011
Fecha de aceptación: 18 de marzo de 2013.

** Abogado. Doctor en Derecho Universidad de Valencia, España. Magíster en Derecho de la Empresa, P. Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Comercial, Universidad de los Andes y Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: ejequier@ucn.cl

Sumario: 1) Introducción. 2) Planteamiento del problema. 3) En cuanto a la procedencia del reclamo de ilegalidad de la LOCM. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, de 11 de enero de 2010. (3.1) Actos administrativos y derecho a la tutela judicial efectiva. (3.2) La sentencia introduce un presupuesto de procesabilidad que la ley no contempla. (3.3) La sentencia desvirtúa la naturaleza jurídica del acto concesional, en cuanto fenómeno jurídico complejo. (3.4) El Decreto Alcaldicio que pone término unilateral al contrato de concesión constituye, típicamente, el ejercicio de una potestad pública del órgano administrativo; infracción del art. 12 de la Ley N° 18.695. 4) En cuanto a la facultad del municipio de poner término unilateral a un contrato de concesión; sentencia dictada por la I. Corte de Apelaciones de San Miguel, de 4 de marzo de 2011. 5) Conclusiones. 6) Bibliografía.

1) INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se desarrolla en torno a los alcances de dos sentencias judiciales dictadas en el marco de controversias sobre materias de especial interés jurídico y repercusión práctica. Ambas sentencias, además, han sido seleccionadas en cuanto tributarias de criterios jurisprudenciales que nos servirán de base para dar respuesta a las dos interrogantes que nos hemos propuesto como objeto de estudio, surgidas precisamente como resultado de la vinculación material que existe entre aquellas de cara a la solución de un mismo problema jurídico con distintas manifestaciones.

Trataremos de demostrar entonces, por una parte, que los concesionarios que contratan con un municipio, afectados por un acto administrativo derivado del ejercicio de esa facultad, se encuentran habilitados para accionar jurisdiccionalmente mediante la acción que se regula en los arts. 151 y ss. de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades –LOCM–, cuestión que ha sido negada sin embargo por una de las sentencias que comenzaremos a estudiar. Para ello, además, nos ocuparemos de analizar el correcto sentido y alcance de la facultad que el art. 36 inc. 3º de la señalada ley le concede a las municipalidades, en orden a poner término anticipado a un contrato de concesión legalmente celebrado, lo que nos llevará a precisar consecuencialmente el sentido que debe dársele al concepto doctrinal de *facultades exorbitantes de la Administración*, recogido con matices por la jurisprudencia que se cita.

En otros términos, de lo que se trata es de determinar aquí si las municipalidades están facultadas efectivamente por la ley para poner término discrecional, unilateral y de manera anticipada a un contrato de concesión válidamente celebrado –como lo entendieron precisamente aquellas que intervinieron en los conflictos que originaron los fallos mencionados–; y si los administrados contratantes pueden impetrar en tales casos la

tutela jurisdiccional ante la Corte de Apelaciones respectiva, mediante la herramienta procesal diseñada precisamente por la LOCM para reclamar contra las resoluciones u omisiones ilegales de dichos órganos.

2) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Muchos y variados son los conflictos de relevancia jurídica que se generan entre los órganos municipales y los particulares, originados en la terminación administrativa unilateral y anticipada de contratos de concesión celebrados al amparo del art. 36 de la LOCM.

En tales controversias, judicializadas normalmente por los administrados a través de la interposición de recursos de protección o de reclamaciones de ilegalidad contra las decisiones de los entes municipales, destacan –en lo que aquí concierne– ciertas líneas argumentales construidas por estos últimos con base en dos presupuestos que se repiten con alguna frecuencia y que se invocan, precisamente, en las dos causas que aquí se analizan.

Por una parte, en efecto, se formula una férrea defensa de la potestad discrecional absoluta que tendrían en estos casos los municipios para terminar anticipadamente un contrato de concesión. El art. 36 inc. 3º de la ley –se dice–, autoriza la señalada terminación cuando sobrevenga un detimento o menoscabo grave al uso común o cuando concurran otras razones de interés público, cuestión de hecho cuya calificación sería una atribución privativa, exclusiva y excluyente del ente administrativo, sin injerencia ni intervención de los órganos jurisdiccionales.

Por otro lado, y en lo que constituye una suerte de *contradictio in substantia* según se dirá más adelante, se plantea también en estos casos la improcedencia de la acción de reclamación contemplada en la LOCM, afirmándose en este sentido que dicho vehículo procesal, en cuanto tal arbitrio de revisión de la legalidad de los actos municipales, no sería idóneo respecto de actos o decisiones administrativas que entroncan en relaciones de naturaleza esencialmente contractual. En tales circunstancias –se dice–, el actuar del municipio no tendría un carácter propiamente potestativo, susceptible de ser revisado por ende a través de esta vía jurisdiccional especial.

3) EN CUANTO A LA PROCEDENCIA DEL RECLAMO DE ILEGALIDAD DE LA LOCM. SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN, DE 11 DE ENERO DE 2010

Mediante sentencia de 11 de enero de 2010, dictada en la causa Rol N° 380-2009 caratulada “Ingeniería en Electrónica, Computación y Me-

dicina S.A. contra I. Municipalidad de Chillán”, la Corte de Apelaciones de Chillán rechazó un reclamo de ilegalidad que incidía en la terminación anticipada de un contrato de concesión celebrado entre la empresa adjudicataria y el municipio concedente.

A partir de la interpretación de determinadas estipulaciones del contrato, en efecto, e invocando concretamente el carácter discrecional que tendría el ejercicio de la facultad contemplada en el art. 36 inc. 3º de la LOCM, la Municipalidad mencionada puso término anticipado al referido contrato de concesión, entendiendo que para ello bastaba la sola dictación del respectivo Decreto alcaldicio.

Respondiendo el reclamo, además, la Municipalidad reclamada sostuvo que la acción contemplada en los arts. 151 y ss. de la ley, sobre reclamación de ilegalidad, no resultaba pertinente ni aplicable al conflicto planteado por la empresa concesionaria. Como se adelantó *supra*, pues, según la parte reclamada la decisión de poner término unilateral al contrato no involucra el ejercicio de una potestad administrativa propiamente tal, de manera que toda y cualquier pretensión del administrado en tal sentido debía ser actuada y resuelta en un juicio de lato conocimiento. En respaldo de tal tesis, además, el municipio citó en su favor la sentencia dictada en el año 2008 por la Corte de Apelaciones de Santiago¹, la que si bien no se refería a un contrato de concesión, se pronunciaba no obstante en el mismo sentido recién apuntado al señalar:

“5º) Que el artículo 140 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, establece un procedimiento contencioso administrativo de reclamación para impugnar aquellas resoluciones y omisiones de los alcaldes o de sus funcionarios, que emanen o se relacionen con sus potestades de derecho público y que, si se apartan de la legalidad, pueden lesionar injustamente los intereses de los particulares.

En este caso, se ha impugnado la decisión de la alcaldesa, de poner término a un contrato suscrito entre la municipalidad y el reclamante por apartarse de los términos pactados en la convención y en las bases que la integran.

6º) Que, como puede advertirse, la decisión reclamada no emana del ejercicio de una potestad administrativa de la autoridad edilicia, sino de la interpretación que asigna a un contrato celebrado con un particular, que este último objeta por estimar que contraviene lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil.

7º) Que no corresponde en este procedimiento decidir los criterios que deben ser aplicados en la interpretación del contrato que liga las partes,

¹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 4 de abril de 2008. Rol N° 5664-2007. Reclamo de Ilegalidad caratulado “Eduardo Alejandro Cortés Almarza contra I. Municipalidad de Cerro Navia”.

*los cuales no se traducen propiamente en ilegalidades, sino en eventuales incumplimientos contractuales que pueden dar lugar a acciones civiles que los interesados deben hacer valer en el procedimiento y ante el tribunal que corresponda*².

Pues bien, resolviendo el reclamo respectivo y retomando la doctrina de la sentencia recién citada, la Corte de Apelaciones de Chillán señaló en esta oportunidad:

“8º Que como se ve el decreto alcaldicio reclamado no emana del ejercicio de una potestad administrativa del alcalde, sino que de la interpretación de la cláusula de reajustabilidad de las tarifas de estacionamiento estipuladas tanto en el contrato de concesión, su posterior modificación y en las bases técnicas de la licitación, que pudiera dar origen a eventuales incumplimientos contractuales que originarían eventualmente acciones civiles en un procedimiento de lato conocimiento.

9.- Que de conformidad a lo analizado precedentemente se desestimará el reclamo de ilegalidad interpuesto en lo principal de fs. 1.”

Si bien la sentencia no lo dice explícitamente, de la lectura del señalado Considerando 8º puede concluirse que según los sentenciadores el reclamo de ilegalidad, que concede el art. 151 de la LOCM –antes art. 141–, solo procedería respecto de aquellas actuaciones que involucren el “ejercicio de una potestad administrativa”. Tal arbitrio potestativo –agrega el fallo– no se verificaría sin embargo en aquellos casos en que el alcalde interpreta simplemente una determinada cláusula del contrato de concesión –y por ende de las respectivas Bases de Licitación que le sirven de antecedente–, lo que llevaría a concluir que ante un acto administrativo consumado, que pone término como se dijo al señalado contrato a partir de la interpretación unilateral del órgano municipal, solo cabría el ejercicio de acciones indemnizatorias *ex post*, actuadas en un procedimiento de lato conocimiento y no en uno especial como el que contempla la LOCM.

En síntesis, según el criterio jurisprudencial apuntado, el Decreto Alcaldicio que termina unilateral y anticipadamente un contrato de concesión no emana del ejercicio de una potestad administrativa propiamente tal, de manera que su contenido y alcance, aun cuando se impone unilateralmente y por acto de autoridad al concesionario, no sería impugnable por vía de reclamación de ilegalidad. Se trataría, en fin, de un simple ejercicio de hermenéutica contractual, cuyos efectos deben revisarse por ende en un procedimiento ordinario de lato conocimiento.

² La sentencia lleva el voto disidente del Ministro Sr. Mera, quien sostiene –acertadamente a nuestro parecer– que *“el término anticipado del contrato dispuesto unilateralmente por la autoridad municipal viola la ley del contrato y hace procedente el recurso que el afectado ha deducido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades”*.

3.1) ACTOS ADMINISTRATIVOS Y DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Nos parece que la sentencia citada en el apartado precedente, al proscribir como se dijo el acceso a la tutela judicial efectiva por la vía del ejercicio de la acción de reclamación de ilegalidad que contempla actualmente el artículo 151 de la LOCM, infringe derechosamente dicha norma legal al dejarla sin aplicación en cuanto disposición que da contenido al derecho que concede, a su turno, el artículo 38 inciso 2º de la Constitución Política de la República.

Según la norma recién citada, en efecto, “*Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño*”.

Se trata, pues, del irrestricto derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución Política le reconoce a los particulares en general, de cara a los actos de la Administración del Estado y, en lo que aquí concierne, de las municipalidades en particular. Como se desprende del tenor literal de la disposición referida, se trata además de un derecho planteado en términos tan amplios que su efectivo ejercicio no admite distinción ni discriminación alguna del intérprete, en punto a la naturaleza que puedan asumir tales actos lesivos en el caso concreto o a las circunstancias en que pueda generarse el daño reclamable a que se refiere.

Pues bien, la LOCM, en cuanto cuerpo normativo regulador del derecho constitucional de reclamación recién mencionado, incluye precisamente en su articulado la disposición contenida en el artículo 151 ya citado, según el cual cualquier particular puede reclamar ante el alcalde “*por toda resolución u omisión de éste o de otros funcionarios, que estimen ilegales...*” (art. 151, letra b). El mismo derecho de reclamación se reconoce a su turno en la letra c) de la misma disposición, esta vez en sede jurisdiccional y ante la Corte de Apelaciones respectiva para el caso en que la reclamación administrativa sea rechazada.

La norma legal citada no distingue entonces respecto del ámbito jurídico en que las actuaciones ilegales a que se refiere han de generarse concretamente (público o privado, contractual o extracontractual), ni lo hace tampoco en punto a la naturaleza que deben asumir dichas actuaciones para que sean efectivamente reclamables por esta vía jurisdiccional. Mal podría hacerlo, por lo demás, dado el claro tenor de la norma constitucional en la cual entraña, mencionada *supra*.

3.2) LA SENTENCIA INTRODUCE UN PRESUPUESTO DE PROCESABILIDAD QUE LA LEY NO CONTEMPLA

Como se adelantó en el apartado precedente, el derecho a la tutela judicial efectiva o al “debido proceso”, como lo denomina la Carta Fundamental en el art. 19 N°3, si bien no comprende –obviamente– el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, involucra sin embargo el derecho a que se dicte una resolución en Derecho sobre el fondo del asunto controvertido, cuando se cumplen los requisitos procesales para ello. Se trata, en otros términos, de la posibilidad de invocar con éxito la asistencia jurisdiccional por todo y cualquier ciudadano que lo requiera, siempre que se cumplan las vías procesales establecidas por la ley.

Sin embargo, al sostener la sentencia que el reclamo de ilegalidad solo procede respecto de actuaciones que importen el “*ejercicio de una potestad administrativa del alcalde*” y que, en el caso concreto, el Decreto que fuera objeto del reclamo no constituiría una manifestación de dicha potestad, introduce en la norma legal que concede la acción de reclamación un requisito de procesabilidad que, sin embargo, dicha disposición no contempla ni tolera en modo alguno. Así lo ha dicho por lo demás la jurisprudencia³:

5º) Que cabe tener presente que el reclamo de ilegalidad previsto en el artículo 136, actual artículo 140, según el nuevo texto refundido de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que lo fue por el D.F.L. N° 1º –19.704, del año 2002, constituye un procedimiento contencioso administrativo complejo a través del cual un particular puede acceder a la Corte de Apelaciones respectiva para solicitar de esta que, en el ejercicio del control jurisdiccional que le corresponde sobre un órgano de la administración –en el presente caso, la Ilustre Municipi-

³ CORTE DE APPELACIONES DE SANTIAGO. 28 de junio de 2006. Rol N° 8026-1998. Reclamo de Ilegalidad “Empresa Koppmann S.A. contra I. Municipalidad de Ñuñoa”. En el mismo sentido se había pronunciado antes la misma Corte, en sentencia de 28 de septiembre de 2001, Reclamo de Ilegalidad Rol N° 801-1999:

“Quinto: Que la municipalidad emplazada ha cuestionado la procedencia de este mecanismo tutelar, aduciendo que él ha sido instituido para la revisión de actos administrativos y no de contratos legalmente celebrados entre partes, cuyo es el objeto que se persigue por la empresa Koppmann S.A.; tesis de la que también participa el representante del Ministerio Público, según se dejó expresado en la parte enunciativa, y que invocó para proponer la desestimación del reclamo;

Sexto: Que semejante argumentación debe ser desechada, pues por su intermedio, se pretende de introducir una exigencia no prevista por el legislador, el cual, en el precitado artículo 136 de la ley N° 18.695, autoriza el reclamo de ilegalidad en contra de “resoluciones” u omisiones del alcalde o de sus funcionarios, sin distinguir si ellas inciden en el ámbito extracontractual o si se producen con ocasión de los contratos que su normativa orgánica autoriza a las municipalidades celebrar con particulares para cumplir el servicio público que le asigna entre sus funciones institucionales.”

palidad de Ñuñoa– examine determinados actos administrativos de sus agentes que considera ilegales y agraviantes.

6º) Que la reclamada ha cuestionado la procedencia de este arbitrio tutelar, por estimar que este ha sido establecido para el control de actos administrativos y no de contratos legalmente celebrados entre las partes.

7º) Que la referida argumentación de la municipalidad debe ser desestimada, pues esta pretende introducir una exigencia no prevista por el legislador en el citado artículo 136 de la Ley N° 18.695, disposición que autoriza el reclamo de ilegalidad en contra de “resoluciones” –u omisiones– del alcalde o de sus funcionarios, sin distinguir si estos inciden en el ámbito extracontractual o si se producen con ocasión de los contratos que su normativa orgánica autoriza a las municipalidades celebrar con particulares para cumplir el servicio público que le asigna entre sus funciones.

8º) Que, a mayor abundamiento, corresponde tener presente que la decisión del alcalde o de sus funcionarios en orden a aplicar multas o poner unilateralmente término a un contrato de concesión de un servicio público, no cambia, en razón de haberse pronunciado en dicho ámbito, su naturaleza de acto administrativo, susceptible de incurrir en antijuridicidad, si no se ajusta a la respectiva normativa que sobre la materia rige la actuación de esos órganos”.

La tesis jurisprudencial contenida en las sentencias de la CA de Chillán y antes de la propia CA de Santiago, por ende, vulneran la regla interpretativa de la ley contemplada en el art. 19 inc. 1º del Código Civil (elemento gramatical), que prohíbe al intérprete desatender el tenor literal de la ley, a pretexto de consultar su espíritu. Como ya se dijo, en efecto, ni el art. 38 inc. 2º de la Constitución Política, ni el art. 141 de la LOCM, discriminan –como lo hace aquí la sentencia recurrida– en cuanto a la calidad o naturaleza que debe asumir la actuación ilegal del órgano municipal, ni el ámbito jurídico en el que tal actuación debe generarse. Por el contrario, la ley es clara y precisa al señalar que “*toda resolución u omisión*” del alcalde es reclamable por esta vía procesal, si se estima por el administrado que se ha procedido en ello con ilegalidad, sin discernir si tal actuación incide en un contrato administrativo, en una gestión de simple potestad funcional, en el ámbito extracontractual, etc. Lo propio hace en términos generales el art. 10 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al consagrar en términos amplios el derecho de impugnar los actos administrativos mediante los recursos que establezca la ley.

Debe tenerse en cuenta, en síntesis, que la exigencia de presupuestos o requisitos procesales para acceder a la tutela judicial solo pueden ser establecidos por el legislador y nunca por el intérprete, como ocurre en la tesis jurisprudencial que se comenta. Todavía más, tales exigencias deben

guardar la necesaria proporcionalidad y la racionalidad suficiente para no afectar el núcleo del derecho y su efectivo ejercicio, lo que implica por ende que toda y cualquier labor interpretativa debe favorecer el ejercicio de dicho derecho fundamental, y no al revés. Así lo ha dicho precisamente el Tribunal Constitucional español⁴:

“La exigencia legal de presupuestos y requisitos procesales –como los establecidos para la viabilidad de las acciones judiciales y recursos– no puede, en principio (...), considerarse contraria al artículo 24.1 de la CE, siempre que su aplicación no traspase los límites de la proporcionalidad y finalidad pretendida, ya que la normativa vigente ha de interpretarse siempre en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental, aquí el de acceso a la jurisdicción, y por eso cuando el requisito, en su caso, haya perdido su finalidad o su incumplimiento pueda ser subsanable, es razonable concluir que su exigencia pueda convertirse en desmesurada o excesiva desde la perspectiva constitucional, en cuanto aquella produzca la inefectividad del derecho en juego (...).”

Por lo dicho entonces, al condicionar los sentenciadores el ejercicio de la acción de reclamación de ilegalidad, en la forma ya descrita, infringen sustantivamente la norma legal que la concede respecto de todo acto o resolución ilegal del alcalde, con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial y al derecho a obtener una decisión jurisdiccional sobre el fondo, cumpliéndose los requisitos procesales para ello.

3.3) LA SENTENCIA DESVIRTÚA LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO CONCESIONAL, EN CUANTO FENÓMENO JURÍDICO COMPLEJO

Debe destacarse además el error jurídico en que incurre la sentencia que se analiza, al fundar el rechazo de la reclamación de ilegalidad en el carácter meramente interpretativo de una cláusula contractual que tendría –en el caso planteado– el Decreto Alcaldicio reclamado.

Según la sentencia, en efecto, la acción de reclamación que establece la LOCM no estaría diseñada para impugnar actuaciones administrativas insertas en un contexto estrictamente contractual y de incumplimiento de las obligaciones emanadas de un contrato de concesión, pues para ello estarían las acciones civiles que deben tramitarse en un procedimiento de lato conocimiento. El decreto reclamado –se dice en tal sentido– no sería más que un simple acto interpretativo del contrato de concesión y de sus Bases Técnicas; y en ello no estaría involucrado el ejercicio de una potestad de Derecho público.

Claramente entonces, para estructurar su conclusión los sentenciadores desmenuzan instrumentalmente el proceso concesional en cuanto

⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. 22 de julio. Sentencia N°139/1987.

tal, aislando cada una de sus fases –pública y privada– como si se tratase de compartimentos estancos, que no llegan nunca a vincularse entre sí, lo que implica privarlo derechamente de su naturaleza jurídica esencial al desconocer los aspectos que lo caracterizan precisamente.

Si se infringe en efecto el contrato de concesión se infringen las Bases que le sirven de antecedente; y si se infringen las Bases se infringe necesariamente el contrato de concesión que las contiene, de manera que no puede atenderse aisladamente a una sola de estas dos vertientes del proceso concesional –como la hace precisamente la sentencia–, sin afectar necesariamente a la otra.

Esto es así, precisamente, por la naturaleza jurídica compleja del proceso concesional, integrado por una fase precontractual pública (preparación y aprobación de Bases, licitación y adjudicación) y una fase *iusprivatista* (celebración y ejecución del contrato de concesión) cuyo objeto se integra precisamente con el contenido de esas Bases.

Ambas fases, si bien no se confunden en su orden secuencial, forman parte de un mismo y único proceso global, al punto que no pueden concebirse la una sin la otra. Por lo mismo, al aprobarse las Bases de la licitación y al ser aceptadas por los oferentes interesados (y especialmente por el adjudicatario), se crea entre las partes un vínculo jurídico de naturaleza mixta o *sui generis*, que se caracteriza, precisamente, por una falta de definición entre lo público y lo privado y que, como apunta GÓMEZ⁵, está situado en las fronteras del Derecho público y del Derecho privado.

La concesión, por ende, no es ni puramente pública ni puramente privada. Por ello, cuando el órgano administrativo vulnera una disposición del contrato de concesión atenta también contra las Bases y, desde allí, contra el principio de estricta sujeción a las mismas Bases y por ende al principio de juridicidad que rige su actuar como ente público. Su estatus jurídico no es asimilable entonces al de un simple particular que incumple sus obligaciones contractuales a la luz del derecho común, pues aquí la imposición de su criterio como ente público –lo que constituye claramente el ejercicio de una potestad funcional– no repercute en un ámbito de derechos e intereses puramente privados y disponibles, sino incluso en el ámbito competencial que la Constitución y la ley le asignan al propio órgano administrativo (art. 6 CP), que en este caso no puede apartarse de lo que señalan las Bases de la Licitación y del contrato que de ellas deriva. El señalado criterio por lo demás, que reconoce precisamente el carácter vinculante que asume un contrato de concesión válidamente

⁵ GÓMEZ BERNALES, Gastón (2005) *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, pp. 466, 467 y 468.

celebrado por los particulares y la Administración del Estado, ha sido reforzado en distintas ocasiones por la jurisprudencia⁶.

3.4) EL DECRETO ALCALDÍCIO QUE PONE TÉRMINO UNILATERAL AL CONTRATO DE CONCESIÓN CONSTITUYE, TÍPICAMENTE, EL EJERCICIO DE UNA POTESTAD PÚBLICA DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO; INFRACCIÓN DEL ART. 12 DE LA LEY N° 18.695

Por último, constituye también un error –a nuestro entender–, sostener que la dictación de un Decreto Alcaldicio como el que originó la sentencia comentada, no involucra el ejercicio de una potestad administrativa del alcalde respectivo.

Como lo señala el art. 7º de la Constitución, al consagrar el principio de legalidad que rige el actuar de los órganos públicos, “*Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.*” En similares términos se pronuncia el art. 2º de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

El artículo 12 inc. 1º de la LOCM, N° 18.695, por su parte, establece que “*Las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldíos o instrucciones*”.

De lo anterior se desprende entonces que la dictación de un Decreto Municipal, por el funcionario –alcalde– designado por la ley para ese fin, involucra típica y necesariamente el ejercicio de una potestad pública funcional; máxime si por esa vía se le impone unilateralmente al administrado el criterio del administrador, como ocurre precisamente en la especie.

Por lo demás, entender que un órgano administrativo –concretamente el alcalde como se dijo– puede actuar en el ámbito jurídico sin ejercer no obstante una potestad pública, implicaría aceptar entonces que los entes administrativos son titulares de derechos subjetivos, en cuanto necesario presupuesto de la tutela de los intereses públicos que la ley les encomienda, lo que no resulta dogmáticamente aceptable. Como dice SANTI ROMANO⁷, en efecto, el poder o potestad no se transforma en derecho subjetivo por el solo hecho de generar relaciones jurídicas de las que se deriven obligaciones determinadas, pues esas obligaciones, cuando surgen a la vida del Derecho, lo hacen precisamente como consecuencia

⁶ Por todos, CORTE SUPREMA, 17 de marzo de 2004. Rol N° 816-2004. Recurso de Protección “ECM Ingeniería S.A. con I. Municipalidad de Antofagasta”, que confirma la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 11 de febrero de 2004, Rol N° 57-2004. En igual sentido CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. 28 de junio de 2000. Rol N° 65-2000. Recurso de Protección “ECM Ingeniería S.A. con I. Municipalidad de Puente Alto”, confirmada por la Corte Suprema mediante sentencia de 27 de septiembre de 2000, Rol N° 2202-2000.

⁷ ROMANO, Santi (2002) *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*. Granada: Editorial Comares, p. 236.

del ejercicio del poder que le sirve de antecedente. Sin embargo, la sentencia comentada sostiene precisamente lo contrario, cuando afirma que el Decreto Alcaldicio reclamado no involucra una manifestación potestativa ni deriva por lo mismo del ejercicio de una “*potestad administrativa del alcalde*”.

Según lo dicho entonces, el referido criterio jurisdiccional infringe también a nuestro entender el art. 12 de la LOCM. Tal disposición legal, en efecto, señala que una de las resoluciones que puede adoptar el alcalde, en cuanto acto formalizado de administración por el que se manifiesta precisamente el ejercicio de las potestades públicas que la ley le confiere, se denomina –en lo que aquí concierne– “Decreto Alcaldicio” cuando versa sobre asuntos particulares. Para los sentenciadores, sin embargo, la resolución administrativa reclamada por el concesionario no sería a fin de cuentas un “Decreto Alcaldicio” propiamente tal, desde que dicho acto o resolución no evidenciaría –como ya se explicó– el ejercicio de una potestad administrativa que se impone al administrado, sino un mero criterio interpretativo contractual.

Semejante criterio, en síntesis, atenta contra la norma precitada al dejarla sin aplicación. El Decreto Alcaldicio reclamado constituye típicamente un acto formalizado de ejercicio de una potestad administrativa funcional, por parte de una autoridad pública que impone su criterio como tal al particular y que, al infringir la legalidad vigente –sin distinción–, se torna reclamable por la vía de la acción que concede el art. 151 de la LOCM.

4) EN CUANTO A LA FACULTAD DEL MUNICIPIO DE PONER TÉRMINO UNILATERAL A UN CONTRATO DE CONCESIÓN; SENTENCIA DICTADA POR LA I. CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, DE 4 DE MARZO DE 2011

Para completar nuestro análisis sobre la materia propuesta resulta indispensable determinar por otra parte el verdadero alcance de la facultad que concede a la Municipalidad el art. 36, inc. 3º, de LOCM. Para ello, como se señaló *supra*, se revisará la doctrina contenida en la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, referida en el epígrafe, dictada en el recurso de protección Rol N°323-2010. La señalada sentencia fue confirmada además por la E. Corte Suprema, mediante sentencia de 18 de mayo de 2011, causa Rol N° 2228-2011.

Pronunciándose entonces respecto de la norma legal referida, invocada por cierto con un alcance de discrecionalidad absoluta por el municipio recurrido, la Corte señaló:

“Octavo: Que el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Interior, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la

Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, publicado en el Diario Oficial con fecha 26 de julio de 2006, en su artículo 36 inciso 1°, señala: "Los bienes municipales o nacionales de uso público, incluido su subsuelo, que administre la municipalidad, podrán ser objeto de concesiones y permisos"; más adelante, el inciso 3°, dispone: "Las concesiones darán derecho al uso preferente del bien concedido en las condiciones que fije la municipalidad. Sin embargo, esta podrá darles término en cualquier momento, cuando sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común o cuando concurran otras razones de interés público". Noveno: Que de los términos expresados precedentemente resulta que la atribución del Municipio de poner término unilateral a la concesión otorgada al recurrente, no es ilimitada, sino que en los casos expresamente previstos aun cuando son calificados por la misma autoridad municipal, lo que constituye una de las denominadas cláusulas exorbitantes que van inmersas en los contratos administrativos que recogen el interés público que orientan a su celebración, interpretación y ejecución, alterando el principio de igualdad que ordinariamente gobierna las convenciones que suscriben los particulares y que se sujetan al derecho común, al facultar a la autoridad municipal para resolver administrativa y unilateralmente la concesión sobre la base de su propia calificación de la gravedad del incumplimiento de las obligaciones del concesionario reprochado a este. (Excma. C.S Rol N° 4.919-2001).

(...) Decimotercero: Que del mérito de los antecedentes resulta que la recurrente Municipalidad de Melipilla al poner término al contrato de concesión con la actora, se excedió en sus facultades. En efecto, la atribución municipal de poner término unilateral a la concesión otorgada a la empresa recurrente no se encontraba prevista en las normas jurídicas acordadas; y, la facultad prevista en el artículo 36 inciso tercero de la Ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, que autoriza a la autoridad edilicia para darle término a las concesiones en cualquier momento, requiere de alguno de los dos presupuestos que allí se contemplan, ninguno de los cuales concurre en la especie."

Sin detenernos en el análisis de la doctrina de las "cláusulas exorbitantes" que cita esta sentencia –prácticamente abandonada por cierto en el Derecho comparado⁸–, nos interesa destacar simplemente que, como lo

⁸ Así lo aclara la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia N° 405/2003 de 17 julio (AC 2003\2085), al señalar: "Que al estudiar la distinción entre los contratos privados y los administrativos, la doctrina científica y la Jurisprudencia prescinden del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del derecho común y atienden básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de manera que una relación jurídica concreta presentará naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, expresión ésta entendida en la más amplia acepción posible para comprender cualquier actividad que la Administración desarrolle como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y por lo mismo propio de sus funciones peculiares (...)" El mismo criterio viene

advierte aquí la Corte, la facultad contemplada en el art. 36 de la LOCM no puede entenderse como una autorización genérica para poner término unilateral y anticipado a un contrato de concesión válidamente celebrado. “*Cláusula exorbitante*”, por lo demás, no es sinónimo de discrecionalidad y menos de arbitrariedad administrativa para disponer de los efectos de un contrato, de manera que la LOCM no ha podido consagrarse un extremo semejante ni ha querido otorgarle a la Municipalidad funciones jurisdiccionales que no le corresponden.

Lejos de eso, pues, la ley condiciona el ejercicio de la mencionada facultad a la concurrencia de circunstancias materiales determinadas (“*cuando sobrevenga un menoscabo o detrimiento grave al uso común o cuando concurran otras razones de interés público*”), cuyos presupuestos por ende, plasmados en el acto administrativo, deberán ser siempre susceptibles de una revisión jurisdiccional ulterior, en un proceso con todas las garantías que asegure el respeto de los derechos fundamentales que la Constitución le asegura al administrado contratante. Como apunta MAYORAL⁹, en fin, “para la gestión de un gran número de sus negocios, la Administración pública se sirve de los mismos medios jurídicos que el Código Civil ha puesto a disposición de las personas privadas. En este sentido obra como un sujeto de Derecho privado y, por tanto, de igual a igual en sus relaciones con los ciudadanos. Sin embargo, esta utilización de técnicas *iusprivatistas* no significa que las necesidades o funciones de la Administración queden desatendidas, al contrario, la actividad administrativa a través de la institución contractual resulta, en ocasiones, más efectiva”.

En síntesis, el Estado y sus órganos se encuentran sometidos a la Constitución y a la ley en términos estrictos y sin excepciones, lo que por cierto involucra el respeto de los derechos que adquieren los particulares que contratan con la administración. Por lo mismo, afirmar que una Municipalidad estaría facultada para terminar unilateralmente un contrato de concesión legalmente celebrado y vigente, por su sola determinación y voluntad y aun cuando no exista causa real para ello, constituye una tesis imposible de incardinarse en el entramado constitucional chileno. La CP de 1980, en efecto, consagra como derechos fundamentales la igualdad ante

planteándose hace mucho por el Tribunal Supremo español (por todas, y entre las más recientes, Sentencia N° 18/2007 de 24 enero, RJ 2007\710). Todavía más, quienes defienden la existencia de las precitadas “*cláusulas exorbitantes*”, en cuanto criterio diferenciador entre los contratos administrativos y los privados, reconocen a la vez que se trata de cláusulas de aplicación eventual o coyuntural, ya que su finalidad es garantizar la efectiva realización de las obras contratadas o el funcionamiento del servicio gestionado, en el caso de que surjan discrepancias entre la Administración y el administrado [Comparar con MAYORAL BENITO, Raúl (1999). “Consideraciones sobre la actividad contractual de la Administración”. *Boletín Aranzadi Administrativo*, N° 7/1999. Pamplona: Aranzadi].

⁹ MAYORAL (1999)

la ley, el derecho a la tutela de jueces y tribunales, la libertad en materia económica y el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, corporales e incorporales, de manera que los efectos de un contrato legalmente celebrado, ley para las partes al tenor del art. 1545 del C. C., alcanzan no solo a los particulares que contratan entre sí sino también –y especialmente– al Estado y a sus órganos, cuando actúan en el ámbito jurídico-contractual vinculándose con dichos particulares.

5) CONCLUSIONES

Las Municipalidades carecen de la facultad para terminar discrecionalmente un contrato de concesión que no contempla tal posibilidad, como derivación –fase *iusprivatista*– de las respectivas Bases de Licitación –fase *iuspublicista*–.

La calificación de las circunstancias a que se refiere el art. 36 inc. 3º de la LOCM, además, involucra el ejercicio de funciones jurisdiccionales que el art. 76 de la CP de 1980 solo le concede a los tribunales establecidos por la ley, en el marco de un proceso con todas las garantías.

En aquellos casos en que la Municipalidad pone término unilateral al contrato de concesión, actuando discrecionalmente como se dijo, la acción de reclamación de ilegalidad, contemplada actualmente en los arts. 151 y ss. de la LOCM, constituye una herramienta procesal perfectamente idónea para revisar jurisdiccionalmente la legalidad de dicha determinación administrativa.