

Informe en derecho

Iván Aróstica Maldonado
Ramiro A. Mendoza Zúñiga

Profesores de Derecho Administrativo
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Consulta

Se ha solicitado nuestra opinión acerca de la validez del decreto alcaldicio N° 8, de 2 de enero de 2001, de la I. Municipalidad de Arica, por el cual el alcalde de dicha comuna resolvió acoger un reclamo de ilegalidad deducido ante él en relación al proceso de Propuesta Pública para la Concesión del Casino Municipal de Arica a que convocara el municipio en octubre de 2000, invalidando los actos municipales que habían adjudicado la propuesta pública y aprobado el contrato de concesión del Casino Municipal de Arica en favor de la sociedad Casino Puerta Norte S.A., *"así como todo lo obrado en dicho proceso de licitación"*.

En tales y tan amplios términos, la decisión edilicia ha venido a afectar también al mismísimo contrato de concesión del Casino Municipal de Arica, que, con fecha 4 de diciembre de 2000, suscribieron esa Municipalidad y la sociedad Casino Puerta Norte S.A., proponente adjudicataria, convención a la cual se le ha puesto término, como aparece de manifiesto, además, al haberse procedido a un nuevo llamado a propuesta por el ente municipal, respecto de la concesión antedicha.

De consiguiente, el problema específico que se plantea dice relación con la posibilidad de que un alcalde, conociendo de un reclamo de ilegalidad deducido por un tercero, invalide unilateralmente un acuerdo de voluntad en que es parte la propia municipalidad, en circunstancias que dicho contrato ya se encontraba afinado.

Merced a las consideraciones que siguen a continuación, hemos llegado a la conclusión que (I) el referido decreto invalidatorio es ilegal, por carecer el alcalde de competencia para dejar sin efecto un contrato precedente, al paso que ello (II) afecta concretos derechos constitucionales de que es titular el concesionario contratante. Se señalarán, además, (III) algunas objeciones finales a las actuaciones practicadas por el señor alcalde de Arica, que confirman la irregularidad de su proceder.

I. Incompetencia e ilegalidad. Los alcaldes no pueden invalidar los contratos administrativos en que participa la Municipalidad

Sobre al particular, conviene tener presente que, en lo que interesa, el artículo 140 de la Ley 18.695, orgánica constitucional de municipalidades, cuyo texto refundido fue fijado por DFL 2/19.602, de Interior, de 1999, dispone lo siguiente:

“Los reclamos que se interpongan en contra de las resoluciones u omisiones ilegales de la municipalidad se sujetarán a las reglas siguientes:

- a) Cualquier particular podrá reclamar ante el alcalde contra sus resoluciones u omisiones o las de sus funcionarios, cuando éstas afecten el interés general de la comuna. Este reclamo deberá entablarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la fecha de publicación del acto impugnado, tratándose de resoluciones, o desde el requerimiento de las omisiones;
- b) El mismo reclamo podrán entablar ante el alcalde los particulares agraviados por toda resolución u omisión de éste o de otros funcionarios, que estimen ilegales, dentro del plazo señalado en la letra anterior, contado desde la notificación administrativa de la resolución reclamada o desde el requerimiento, en el caso de las omisiones”.

1. Según es dable observar, el precepto transcrito armoniza con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado, que consagra, entre otros, el principio de la impugnabilidad de los *actos administrativos*, disposición que se complementa con el artículo 9° de la misma ley, que señala que tales *actos administrativos* serán impugnables mediante los recursos y acciones que establezca la ley. Tales normas generales son plenamente aplicables en el ámbito municipal, de acuerdo a lo que dispone el artículo 1° de esa ley.

Acorde con lo anterior, el citado artículo 140 de la Ley 18.695 consagra un procedimiento específico de reclamación, referido exclusivamente a los *actos administrativos* provenientes de la municipalidad respectiva, como quiera que su mismo texto alude a las “resoluciones” de la corporación, esto es, a las “ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios e instrucciones”, conforme la tipología que describe el artículo 12 de la misma ley.¹

¹ Desde luego, en este procedimiento especial el edil puede acoger el reclamo y ello implica la posibilidad de invalidar el acto administrativo impugnado. Con todo, conviene acotar que resulta jurídicamente improcedente que la autoridad comunal pueda dejar sin efecto, por la simple vía invalidatoria, aquellos actos administrativos que hayan generado derechos adquiridos, ni aun a pretexto de supuesta “mala fe” del destinatario, porque la determinación de esta circunstancia es de resorte exclusivo de los tribunales, según reiterada jurisprudencia judicial: v. casos *Bernal*

2. Enseguida, es útil distinguir la actividad jurídica unilateral y bilateral que desarrollan las municipalidades para el cumplimiento de sus cometidos legales. En efecto, mientras la primera se traduce en actos administrativos, en los que la entidad edilicia despliega su sola voluntad, ejerciendo un poder de imposición sobre los destinatarios de esa decisión, la segunda se expresa en contratos administrativos, en los que la voluntad de la Administración converge con otra, celebrando convenciones o acuerdos de voluntad.

Tan diversas son estas dos dimensiones de la actividad jurídica municipal, que así como los actos administrativos han sido regulados en el mencionado artículo 12, la actividad jurídica bilateral, en cambio, ha merecido del legislador un tratamiento distinto y propio, en los artículos 8, 36, 37, 38, 63 letra II) y 65 letra i), entre otros, de la ley 18.695.²

De la preceptiva señalada, cabe subrayar que esta actividad bilateral aparece asociada a la participación del órgano colegiado que integra la Municipalidad, a saber, el Concejo Municipal, de cuyo acuerdo se precisa, por regla general, para la celebración de las respectivas convenciones. Resalta, asimismo, la configuración de un procedimiento de elaboración de los actos bilaterales de naturaleza compleja, puesto que requiere de la secuencia de una serie de etapas y de diversos actos accesorios para su perfeccionamiento final, entre los que destaca, precisamente, la aprobación de ese Concejo.

3. De consiguiente, del solo tenor del artículo 140 tantas veces citado, no cabe sino concluir la improcedencia del reclamo de ilegalidad municipal respecto de los contratos administrativos en que es parte una municipalidad, pues tal norma circunscribe esta vía de impugnación en relación a las "resoluciones" de esas corporaciones, término éste que ha de entenderse en el sentido estricto que le otorga el ya citado artículo 12, es decir, ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones.

Sostener que un alcalde se encuentra habilitado para invalidar unilateralmente un contrato vigente, importaría entronizar la inestabilidad más absoluta de las relaciones jurídicas que por vía convencional la municipalidad celebrara, con el consiguiente descrédito de todo el régimen de contratación municipal, en perjuicio de la satisfacción de aquellas necesidades públicas que tal régimen está llamado a satisfacer.

Johnson, en Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 81 (1984) 2.5, pp. 5-8; *Pacheco Becerra*, en Fallos del Mes 371 (1989) 616-619; *Arriagada Vicencio*, en Gaceta Jurídica 115 (1990) 42-45; *Lathrop Zavala*, en RDJ 88 (1991) 2.5, 310-315; *Boggiano Zelada*, en RDJ 92 (1995) 2.5, 38-41; *Castillo Dublas*, en ídem, 214-219; *Muñoz Candia*, en RDJ 93 (1996) 2.5, 250-252, y *Gallardo Muñoz*, en RDJ 94 (1997) 2.5, 252-259, entre muchos otros ejemplos.

² Disposiciones que han de relacionarse con lo dispuesto en el art. 8° bis de la Ley 18.575.

4. Por eso mismo, los tribunales superiores han concluido la improcedencia que por la vía del reclamo de ilegalidad municipal se pueda impugnar un contrato válidamente celebrado.

Así, por ejemplo, en el caso *Estrada Recabarren con Alcalde de la I. Municipalidad de Pudahuel* (1993), haciéndose cargo de la diferencia esencial entre actos unilaterales y actos bilaterales a que ya nos hemos referido, se ha sostenido que estando todos los órganos de la Administración del Estado sujetos al control jurisdiccional de sus actuaciones, "lo está también el alcalde, pero respecto de sus actos u omisiones ilegales, dicho control ha sido especialmente regulado por el procedimiento de breve tramitación indicado precedentemente, actos que constituyen declaraciones de voluntad unilateral que se deben producir en virtud de potestades que el alcalde recibe directamente del ordenamiento jurídico y cuyos efectos son también directos sobre los afectados por ellas, y por eso tanto su emisión como su omisión puede ser lesiva para los interesados". Enseguida agrega "Que, por lo tanto, los contratos celebrados por el alcalde y un particular, aun los administrativos, en que hay acuerdo de voluntades y cuyos efectos provienen de este acuerdo y no directamente de la sola potestad y voluntad unilateral del alcalde, no están comprendidos en los términos del artículo (140) de la Ley 18.695 y quedan sujetos, en cambio, al "juez del contrato", esto es, al juez competente, que es el del fuero común, según los artículos 7°, 38 y 73 de la Constitución Política, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones que emanan de tales contratos".³

El criterio expuesto coincide con el manifestado por la Contraloría General de la República, en Dictámenes 16.033 de 1984 y 25.606 de 1992, los cuales reiteran que la Administración no puede desconocer unilateralmente los contratos en que ella es parte, ni aun invocando supuestos vicios de ilegalidad cometidos durante su tramitación, ya que en tal evento la única posibilidad jurídicamente aceptable es que el organismo municipal impetre el pronunciamiento de los tribunales ordinarios de justicia, previo un racional y justo procedimiento, con audiencia del otro contratante.

5. A propósito del procedimiento idóneo para conocer la validez y regularidad de un contrato y de las relaciones jurídicas que de él nacen, nuestra

³ Corte de Apelaciones de Santiago (rol 802-93) 6.7.1993 (consid. 2° y 3°), en Gaceta Jurídica 157 (1993) 73-75. Nótese que la jurisprudencia extractada se refiere a reclamos interpuestos en contra de la Municipalidad por el mismo cocontratante de la Administración, cuyo interés se deduce fácilmente de la relación contractual que lo une con la Municipalidad y cuyo contenido y aplicación se pretende revisar por esta vía jurisdiccional, posibilidad que se ha rechazado por las razones expuestas. En el caso consultado, en cambio, se trata de un tercero ajeno a la relación jurídica que se ha trabado entre las partes, que no ha invocado ningún interés subjetivo afectado relevante y evidente y que se ha limitado a esbozar un pretendido interés general de la comuna como fundamento de su acción.

jurisprudencia ha señalado, asimismo, que “la verificación sobre si una determinada relación contractual ha sido o no infringida por alguna de las partes y, de ser ella efectiva, en qué medida se ha producido, es una materia de suyo compleja que debe ser ventilada en un procedimiento de lato conocimiento y en la correspondiente instancia, no siendo idónea para tal efecto la vía consagrada en el artículo (140) de la Ley 18.695, puesto que la eventual ilegalidad que podría significar la infracción a la “ley del contrato” no puede quedar comprendida en la expresión “resolución u omisión ilegal” contenida en la citada disposición legal”.⁴

6. Ahora, si bien es cierto que en el caso que se consulta el reclamo fue dirigido formalmente en contra de un decreto alcaldicio –el 4.317, de 27 de noviembre de 2000, que adjudicó la Propuesta Pública 53 de 2000, denominada Concesión Casino Municipal de Arica, así como en contra del Acuerdo 500 de 23 de noviembre de 2000, del Concejo Municipal–, no lo es menos ni puede dejar de advertirse que la resolución del alcalde que acogió el reclamo ha extendido sus alcances a un ámbito que le es por completo ajeno, como es el de las relaciones contractuales constituidas, consolidadas y en plena ejecución, entre la Municipalidad de Arica y la sociedad Casino Puerta Norte S.A.

En efecto, textualmente el D.A. 8-2001 decreta invalidar los decretos 4.317 –de 27 de noviembre de 2000–, que adjudicó el contrato a la sociedad Casino Puerta Norte S.A., y 4.448 –de 5 de diciembre de 2000–, que aprobó el contrato de concesión celebrado. Sin embargo, más adelante extiende y aplica idéntica medida a “*todo lo obrado en (el) proceso de licitación*”. En los términos señalados, el D.A. 8-2001, que acogió el reclamo interpuesto, ha venido a afectar el contrato de concesión del Casino Municipal de Arica, de 4 de diciembre de 2000, celebrado entre las partes ante el notario de esa ciudad don Víctor Warner Sarria, declarando su *invalidación*, al modo de los actos unilaterales, como lo confirma, finalmente, la circunstancia de que el organismo municipal convocara a una nueva propuesta pública con el objeto de otorgar la concesión del Casino Municipal de la ciudad.

No deja de ser llamativo que el decreto impugnado invalide en términos generales e indeterminados *todo lo obrado en el proceso de licitación*, comprendiendo de esa forma al contrato de concesión, y ello por cuanto la invalidación, esto es, el medio que el ordenamiento ha establecido para poner término, de oficio o a petición de parte, a un acto administrativo unilateral, por voluntad del mismo ente emisor de él y en razón de antijuridicidad, aparece circunscrita a la esfera de los actos unilaterales,

⁴ *Sociedad Bórquez y Compañía Ltda con I. Municipalidad de Estación Central (Reclamo de ilegalidad)* CA de Stgo. (rol 767-98) 19.10.1999 (consid. 4*), en RDJ t. 96 (1999), 2.5, 231-236.

siendo impropio extenderla y aplicarla a los vínculos contractuales que el municipio ha convenido con otros sujetos.

7. Y si el reclamo de ilegalidad municipal y la invalidación administrativa, decretada unilateralmente, no son aptos para dejar sin efecto el contrato celebrado por la Municipalidad de Arica, ¿cómo entonces se puede impugnar la actividad jurídica bilateral –contratos– que despliega dicha corporación?

Establecida la existencia de un contrato, el cuestionamiento de su validez, si es que ello se pretende, sólo puede tener lugar por la vía que el mismo ordenamiento ha dispuesto, que no es otra que la de los tribunales ordinarios de justicia –el juez del contrato–, invocando las causales que en ese ordenamiento se establecen y a través de un procedimiento que permita la adecuada defensa de los intereses de las partes.

Del tenor del reclamo interpuesto por don Guillermo Campos Fauzé y dirigido formalmente en contra del decreto alcaldicio 4.317, de 27 de noviembre de 2000, que adjudicó la Propuesta Pública, y del Acuerdo 500, de 23 de noviembre del mismo año, que aprobó la concesión, se infiere la alegación de una serie de vicios de que adolecerían esos actos municipales. Aplicados tales vicios por extensión al contrato de concesión que se celebró en virtud de tales actos, se estaría frente a aquella hipótesis a la que se refiere el artículo 1462 del Código Civil, que declara existir objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público chileno.

Si tal es, en definitiva, el reproche que se formula al contrato de concesión celebrado, lógico resulta que su declaración se efectúe por la vía que ese mismo cuerpo legal preceptúa, ante la jurisdicción ordinaria y por el procedimiento legal establecido.

II. Los efectos, derechos y obligaciones emanados de un contrato son intangibles para la autoridad, al encontrarse amparados por el derecho de propiedad

1. En este predicamento, no resulta conforme a derecho que una de las partes de la relación contractual pueda resolver el conflicto que supone la existencia de supuestos vicios en el contrato, en términos de ser capaz de declararlos por sí sola. Tal predicamento no sólo no se soporta jurídicamente, sino que de aceptarlo conduciría naturalmente al descrédito de la actividad convencional de la Administración, al dejar en una inaceptable precariedad los vínculos jurídicos establecidos y los derechos de quienes se han relacionado con ella.

Por otro lado, conviene subrayar que en el caso consultado la empresa concesionaria, que válidamente ha celebrado y suscrito un contrato con la Municipalidad y que es ajena al reclamo que dio lugar a la invalidación del contrato de concesión en el cual es parte, se ha visto impedida de exponer defensa alguna frente a la invocación de vicios que afectarían al contrato celebrado, los que han terminado por ser declarados por el alcalde en su decisión.

Tal proceder convierte al alcalde en una comisión especial, de aquellas que proscribe el artículo 19 N° 3 de la Constitución, al pretender resolver un asunto que está entregado al conocimiento de otro órgano y en virtud de un procedimiento que impide la debida intervención de una parte legítimamente interesada.

2. Resulta fundamental, asimismo, dejar establecido que el contrato de concesión del Casino Municipal de Arica, legítimamente celebrado por las partes y de que da cuenta la escritura pública suscrita el 4 de diciembre de 2000, ha producido sus efectos propios y naturales: los derechos y obligaciones recíprocos respecto de ambos contratantes. Tales efectos se han producido en el instante mismo en que se perfeccionó el contrato en cuestión, esto es, y atendida la solemnidad dispuesta, al suscribirse la escritura pública señalada. En esa inteligencia, la sociedad concesionaria ha adquirido y se ha hecho dueña de una serie de derechos, cosas incorporales, que merecen protección y estabilidad, sin que pueda aceptarse que por decisión unilateral de su contraparte en el contrato tales derechos puedan verse afectados.

Acerca de los efectos de los contratos administrativos y particularmente de la concesión de servicio público como un tal contrato, existe ya una abundante jurisprudencia que se ha orientado en el sentido de otorgar estabilidad y seguridad al concesionario, reconociéndole los derechos que de esas convenciones se derivan. Al respecto, se pueden consultar las sentencias recaídas en *Amatil*, CA Stgo. 11.5.1986 (consid. 11) CS 3.6.1986, en RDJ t. 83 (1986) 2.5, 84-90; *Labbé Campos*, CA San Miguel 21.1.1987 (consid. 10) CS 4.3.1987, en GJ 81 (1987) 23-25; *Sociedad de Agregados Pétreos Ltda.*, CS 21.8.1989, en RDJ t. 86 (1989) 2.5, 92-95; *Productora Ingeniería y Construcciones S.A.*, CA Stgo. 17.10.1989, en RDJ t. 86 (1989) 2.5, 206-210; *Sociedad de Transportes Intermodales Punto a Punto S.A.*, CA Stgo. 7.8.1990 (consid. 7°) en GJ 124 (1990) 119-123; *Compañía Telefónica Manquehue Ltda.*, CS 29.1.1991, en RDJ t. 88 (1991) 2.5, 47-58; *Empresa de Residuos Resiter y Cia. Ltda.*, CA Stgo. 14.5.1991 CS 1.7.1991, en RDJ t. 88 (1991) 2.5, 164-171; *Sociedad Farré y Grau Ltda.*, CA Stgo. 30.10.1991, CS 21.11.1991, en Fallos del Mes 396, 663-667; *Empresa Eléctrica Pehuenche S.A.*, CA Stgo. 29.11.1991, rol 6157-91, en Informe Constitucional 217 (11.12.1991) y *Denham y Cia. Ltda.*, CS 18.7.1994 (consid. 3° y 5°) en GJ 169 (1994), 57-59.

Por ende, los derechos adquiridos por la sociedad concesionaria, consolidados a partir de la escritura de 4 de diciembre tantas veces citada, no pueden ser desconocidos por la autoridad administrativa –su cocontratante en la concesión–, mediante el expediente de invalidar el contrato, pues carece de potestades para ello y afecta el derecho de propiedad de la sociedad que le garantiza el artículo 19 N° 24 de la Constitución.

3. Corroboramos lo anterior las peculiaridades de la contratación administrativa, en especial la existencia de aquellas cláusulas exorbitantes del derecho común que confieren a la Administración/Municipalidad facultades especiales, entre otras, la de poner término anticipado y por decisión unilateral al contrato, notas cuya adecuada comprensión confirman las conclusiones que hasta aquí hemos expuesto.

Debe destacarse, en primer lugar, que semejante posibilidad sólo es admisible en caso de incumplimiento grave de las obligaciones que del contrato han emanado para el contratante particular, incumplimiento que, como es lógico, dice relación con las prestaciones que esa parte se ha obligado a satisfacer y en la perspectiva de resguardar el bien común comprometido en todo contrato de esta especie.

Atendido el carácter excepcionalísimo de semejante facultad –en verdad exorbitante del derecho común, esto es, fuera de sus cánones y usos–, es que tal terminación anticipada y por voluntad unilateral sólo ha de ocurrir en el caso preciso que se ha señalado: el incumplimiento grave de las obligaciones del cocontratante de la Administración. En el caso que nos ocupa, tal situación ha quedado señalada en la cláusula Decimoquinta del contrato de concesión de 4 de diciembre de 2000, que señala las causales de extinción del contrato, entre ellas, la declaración hecha por el alcalde, dando por revocada o extinguida la convención, declaración que sólo puede tener lugar en el evento del incumplimiento de las obligaciones que en seis números la misma cláusula señala.

4. Pues bien, de los antecedentes expuestos en el propio D.A. 8-2001 se deduce claramente que no ha sido el *incumplimiento de sus obligaciones* por parte de la sociedad Casino Puerta Norte S.A. lo que ha motivado la terminación del contrato, como no podría serlo, por lo demás, toda vez que el contrato de concesión celebrado aún no es aplicado por las partes.

Al contrario, y dándole un particular énfasis por la vía de distinguirlo con negritas, en la letra c) de sus vistos, el decreto alcaldicio impugnado alude a la aclaración de las Bases de Licitación del Casino Municipal de Arica, “que suprimió el punto N° 4 de las aludidas, fijando que sólo podían

participar aquellas personas que hubiesen adquirido las citadas bases, con lo cual se ratificó la concordancia con lo dispuesto en el punto N° 13 de las mismas, el que señala textualmente: **'Solo se podrá adjudicar la concesión objeto de esta licitación a quienes hayan comprado las presentes bases y que cumplan con los requisitos establecidos en las mismas'**". Luego agrega en la letra g) de los vistos, la "circunstancia inequívoca que el oferente Sociedad Puerta Norte S.A. no adquirió las bases de la referida licitación y por lo tanto no podría haber participado en la misma".

Que semejante "causal de terminación" no es ninguna de las que señala taxativamente la cláusula Decimoquinta del contrato resulta evidente de su sola lectura.

5. Reducido de este modo el problema a un asunto de sujeción a las bases por parte de la sociedad adjudicataria, cabe tener presente que la circunstancia de no haber comprado las bases dicha sociedad, sino que otras personas vinculadas con ella, obedece a la circunstancia de que en esa data ésta se encontraba en formación, concurriendo a tal proceso societario precisamente quienes se consignan como adquirentes de los documentos señalados, Edmundo Villanueva Cuneo, en representación de Federico Cumming Godoy, y la sociedad Intercontinental Chile S.A.

Reconocida la importancia del principio de sujeción estricta a las bases, éste no puede ser entendido de la manera que se infiere de los vistos, atendiendo a motivos de mero formalismo, sino que, por el contrario, en una perspectiva dinámica y finalista, por cuanto, al entender de nuestros tribunales, "el interés comunal, que conlleva el interés nacional, es de mayor relevancia para una óptima elección de la propuesta que la satisfacción de los perfeccionamientos en la forma de presentarse la misma".⁵ Esa misma jurisprudencia ha precisado que "Los procedimientos de la administración, especialmente cuando se dirigen al manejo de recursos públicos cuantiosos, como ocurre en la especie, deben ser tan transparentes y ecuánimes, que excluyan toda idea de favoritismo o parcialidad".⁶

La condición impuesta de que sólo podrían adjudicarse la concesión quienes hubiesen comprado las bases adolece a todas luces de aquella ecuanimidad que postula la jurisprudencia, y se refiere a un antecedente exclusivamente formal e irrelevante a los fines de la elección de la mejor oferta, que no otro es el propósito de un proceso de propuesta pública.

⁵ *Empresa de Residuos Resiter y Cia. Ltda.* (Protección), CS 1.7.1991 (consid. 1° letra d), en RDJ 88 (1991) 2.5, 164-171.

⁶ *Empresa de Residuos Resiter y Cia. Ltda.* cit. (consid. 1° letra f).

6. Por otro lado, no está de más señalar que los estrictos términos en que aparece redactado ese punto 4º, tan relevante a la luz de los vistos del D.A. 8-2001 para acoger el reclamo deducido, no eran tales en su versión original, sino que corresponde al resultado de una *aclaración*, posterior al llamado a propuesta, que eliminó el inciso segundo de ese punto.

Tal eliminación excede claramente los términos de una aclaración, de naturaleza esencialmente interpretativa, y constituye, en realidad, una verdadera alteración a las bases en la forma como fueran planteadas por la Municipalidad.

III. Otras irregularidades

1. Finalmente, no puede dejar de observarse que aquí el alcalde, al acoger el reclamo e invalidar unilateralmente el contrato de que se trata, aparece desconociendo y dejando sin efecto el Acuerdo del Concejo Municipal de 23 de noviembre de 2000, en el cual la unanimidad de los concejales presentes acordó entregar la concesión del Casino a la sociedad Casino Puerta Norte S.A., acuerdo que es el antecedente necesario y condición del decreto adjudicatorio, del contrato de concesión y del decreto aprobatorio.

En primer lugar, cabe remarcar que tal acuerdo no es *resolución*, atendida la clasificación que el tantas veces citado artículo 12 de la Ley 18.695 establece.

En seguida, el acuerdo de este Concejo, que por mandato del artículo 65 letra i) de la Ley 18.695 es requerido para otorgar concesiones "y ponerles término", aparece desvirtuado y desconocido en sus efectos por el expediente de acogerse un reclamo de ilegalidad, que resulta inadmisibles para impugnar tales decisiones del órgano colegiado.

Efectivamente, de la simple lectura del artículo 140 de la Ley 18.695 aparece evidente que el reclamo que allí se consigna procede respecto de resoluciones y omisiones "del alcalde y de sus funcionarios", enunciación que excluye naturalmente a los concejales, sea actuando individual o colegiadamente.

Esto es así porque el reclamo de ilegalidad municipal ante el alcalde constituye un recurso de reposición, cuando se trata de objetar los actos del propio edil, y un recurso jerárquico, cuando se trata de actos de sus subordinados, circunstancia que no concurre en el caso de los concejales, comoquiera que éstos no invisten esa condición ni se encuentran afectos al control jerárquico del alcalde.

Razonar de otra manera conduciría a desvirtuar el régimen de administración superior de las municipalidades, puesto que a un alcalde, frente a decisiones del Concejo que no fueran de su agrado, le bastaría la interposición de un tal reclamo por un tercero para dejarlas sin efecto de plano y unilateralmente. Así, todos los acuerdos del Concejo que le disgustasen al alcalde quedarían expuestos a ser invalidados unilateralmente por éste, a través del simple y arbitrario expediente de acoger un reclamo entablado por alguien que –como en este caso– ni siquiera es habitante de la comuna o usuario de algún servicio municipal.

2. Otra objeción dice relación con el interés invocado, en la especie, por don Guillermo Campos Fauzé para recurrir ante el alcalde, pues no puede dejar de tenerse en cuenta que el artículo 140 de la Ley 18.695 abre el reclamo de ilegalidad municipal únicamente (a) a quienes entienden afectado “el interés general de la comuna”, para presentar sus reparos dentro de los 30 días siguientes a la fecha de “publicación del acto impugnado”, y (b) a los “particulares agraviados”, para reclamar dentro del mismo plazo, contado desde la “notificación administrativa de la resolución reclamada”.

En el primer supuesto, la ley admite la reclamación de aquel particular que está incluido en un sinnúmero de afectados por el acto administrativo general que ha sido “publicado”, de manera que esta referencia debe entenderse hecha, precisamente, a las “ordenanzas” municipales, habida cuenta que, conforme al artículo 12 del mismo cuerpo legal, son ellas las que aprueban “normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad”.

En la segunda hipótesis, puede reclamar aquel a quien las decisiones de la municipalidad “le perjudican” (artículo 140 letra d) en sus derechos. Entonces, en armonía con el precitado artículo 12, sólo pueden ser objeto de un reclamo de esta especie los decretos alcaldicios que “versan sobre casos particulares” concernientes, directamente, a la esfera jurídica subjetiva del reclamante, y que por eso, justamente, le han sido notificados con anterioridad.

Así, y en perfecta correspondencia, el legislador ha dispuesto que el *interés general de la comuna* afectado por un acto *general* que ha sido *publicado*, se contrapone al *interés particular* afectado por un acto *singular* que ha sido *notificado*.

Establecido lo anterior, ¿a qué título e invocando qué interés accionó el reclamante de ilegalidad municipal? Claramente resulta que el reclamo de don Guillermo Campos Fauzé no se encuentra en ninguna de las dos premisas previstas.

Por de pronto, en lo que toca al decreto alcaldicio 4.317, de 27 de noviembre de 2000, que adjudicó la Propuesta Pública, acto administrativo de efecto singular, al no afectar el interés general de la comuna, no fue publicado, ni puede, por lo mismo, ser reclamado por cualquier particular, como intenta el actor en este caso. La notificación, propia de tal acto singular, tampoco se verificó respecto del actor, como no podía ser de otra manera, atendida su total falta de incumbencia en el mismo.

A su turno, en lo que se refiere al Acuerdo 500, de 23 de noviembre del mismo año, del Concejo Municipal que aprobó la concesión, resulta que tal acuerdo no se encuentra en ninguna de las categorías que el legislador del artículo 12 de la Ley 18.695 ha dispuesto como *resolución municipal*, al tiempo que los mismos no se publican ni notifican.

3. Finalmente, la determinación de lo que debe entenderse como interés general de la comuna aparece como un último aspecto al cual nos queremos referir. Careciendo de una definición legal, no cabe sino intentar su conceptualización a partir de los antecedentes que el mismo legislador entrega.

Conforme a lo razonado en el número anterior, en una primera aproximación, es dable concluir que ese interés general de la comuna aparece estrechamente vinculado al trámite de la publicación del acto que se pretende impugnar, de modo tal que son sólo esos actos publicables los que pueden afectar semejante interés.

En el caso que se consulta, la supuesta afectación de ese interés general se hace consistir en la imposibilidad de participar en el proceso concursal convocado por la municipalidad, formulando una hipotética oferta, lo que basa en conjeturas y hechos de precaria sustentación, imposibilidad que se produciría en razón de los vicios de que adolecería el llamado a propuesta pública en los términos que fijara la municipalidad. Así las cosas, el vicio que el señor Campos reclama se encontraría, en todo caso, en el acto que llamó a esa propuesta, publicado el 6 de noviembre de 2000, siendo esa decisión la que debió impugnar, en su oportunidad.

IV. Conclusiones

Conforme a lo razonado precedentemente, es posible arribar a las siguientes conclusiones respecto de la consulta planteada:

1. Al invalidar unilateralmente el alcalde de la Municipalidad de Arica el contrato de concesión del Casino Municipal de esa ciudad, suscrito con anterioridad con la sociedad Casino Puerta Norte S.A., a raíz de un reclamo de ilegalidad interpuesto por un tercero ajeno a esa convención, que ni siquiera participó en la propuesta respectiva, ha incurrido en una evidente ilegalidad.

Ello, porque el artículo 140 de la Ley 18.685 sólo faculta a los alcaldes para acoger un reclamo de este tipo, en relación a los actos administrativos unilaterales de la municipalidad, pero no respecto de los contratos ya celebrados por el municipio, como ocurre en este caso.

El cuestionamiento de la validez de los contratos en que es parte una municipalidad se encuentra entregado, exclusiva y excluyentemente, a la competencia de los tribunales ordinarios de justicia, previo un racional y justo procedimiento y con audiencia del contratante afectado.

2. Al obrar del modo descrito, el alcalde recurrido ha afectado los derechos que el ordenamiento constitucional reconoce al concesionario, en primer lugar, al constituirse la autoridad comunal en una comisión especial, afectando la garantía del concesionario contratante que contempla el artículo 19 N° 3 inciso 4° de la Constitución Política.

Y, además, al desconocer el derecho de propiedad que le asiste al concesionario sobre los créditos y obligaciones que emanan de su contrato, le ha privado del derecho que le garantiza el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental.

3. Finalmente, el decreto alcaldicio recurrido, en los términos en que aparece acogido por el alcalde, ha venido a extender sus efectos a un acuerdo del Concejo Municipal, pretendiéndose por esta vía someter a dicho órgano al control y subordinación del edil.

Asimismo, resulta evidente que la falta de legitimidad del reclamante de ilegalidad municipal, al carecer de interés particular y al no concurrir el interés general de la comuna, hace que su reclamo no sea idóneo para impetrar la invalidación de un contrato legalmente celebrado.

