

Reclamo de ilegalidad municipal en la jurisprudencia: caos interpretativo y criterios dudosos

*Iván Hunter Ampuero**

RESUMEN

En el presente trabajo se efectúa un análisis crítico de la principal jurisprudencia de los tribunales de justicia dictada a propósito del reclamo de ilegalidad municipal. La hipótesis que se maneja es que la jurisprudencia ha efectuado un trabajo relevante para el sentido de las reglas que disciplinan este medio de impugnación, en un contexto de precariedad en la regulación legislativa. Sin embargo, al mismo tiempo, estos fallos no logran establecer uniformidad ni criterios similares, generando espacios de incerteza poco deseables en la articulación de un derecho fundamental como la tutela judicial efectiva.

Reclamo ilegalidad – tutela judicial efectiva – contencioso administrativo

Jurisprudential analysis of the judicial review of municipal acts: interpretative chaos and doubtful standards

ABSTRACT

This paper conducts a critical analysis of the main judicial decisions about the Chilean system of judicial review against municipal acts. The hypothesis is that the Courts have made an important contribution on this matter, making clearer the legal procedures for this kind of judicial review in the absence of detailed legislation. However, these judgements fail to homogenize criteria, and therefore they produce spaces of legal uncertainty in the formulation of the fundamental right to an effective legal remedy.

Judicial review of municipal acts – effective legal remedy – administrative judicial review

* Abogado, Universidad Austral de Chile. Doctor en Derecho Universidad Carlos III, de Madrid. Profesor Derecho Procesal, Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: ivanhunter@uach.cl

Artículo recibido el 4 de abril de 2014 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 29 de octubre de 2014.

I. INTRODUCCIÓN

El reclamo de ilegalidad municipal constituye el mecanismo de control de la actividad administrativa municipal legislativamente dispuesto para la tutela de los derechos e intereses legítimos. El legislador orgánico destinó el Artículo 151 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (en adelante LOCM) para hacer referencia a los requisitos y presupuestos de esta acción. En nuestro país el derecho regulatorio de la actividad municipal (tradicionalmente conocido como Derecho Municipal) no ha aglutinado un mayor interés de la doctrina del Derecho Administrativo, y menos aún el reclamo de ilegalidad, el que, no obstante, se yergue en una herramienta jurisdiccional utilizada con bastante frecuencia por los ciudadanos. A la inexistencia de un desarrollo doctrinal –que permita generar doctrinas sistemáticas y consistentes–, se ha unido un contexto de precariedad legislativa, en el sentido que la regulación que se hace de este arbitrio jurisdiccional no es ni clara ni completa. Hay muchos aspectos que no son regulados por el legislador, existiendo discusión acerca de cuál estatuto jurídico aplicar, desde que algunas temáticas lindan entre lo administrativo y jurisdiccional. Tampoco es completa en la medida que las cuestiones procesales son dejadas, en su gran mayoría, a la aplicación a veces dificultosa de las reglas generales, que no siempre caen bien en los sistemas de control jurisdiccional.

En este contexto, lo más natural sería entender que la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia deba cumplir un rol fundamental para el sentido de las reglas aplicables a este contencioso, generando interpretaciones susceptibles de aplicación igualitaria hacia el futuro. Por eso en este trabajo pretendo aproximarme a las siguientes preguntas: ¿Cómo ha aplicado e interpretado la jurisprudencia nacional las *reglas procesales* del reclamo de ilegalidad en tanto mecanismo contencioso-administrativo de control de la actividad administrativa municipal? ¿Han podido nuestros tribunales de justicia, mediante sus fallos, fundar pautas o reglas interpretativas uniformes y constantes? ¿Qué consecuencias trae la adopción de posturas diferentes por parte de la jurisprudencia en relación al reclamo de ilegalidad municipal?

La hipótesis que barajo es que la jurisprudencia tejida al alero de esta herramienta de impugnación ha cumplido un rol primordial al momento de visualizar el sentido y alcance de las reglas aplicables, en un contexto de precariedad en la regulación legislativa. Se trata, sin embargo, de un intento de configuración que no ha estado exento de dificultades. También ha creado inseguridad, incertezas y dudas en la interpretación de sus reglas, provocando decisiones contradictorias que impiden su eficacia como mecanismo general de impugnación de los actos municipales.

Para cumplir la finalidad de este trabajo se propone seguir el siguiente esquema: en primer lugar (II) explicar los perfiles de este contencioso administrativo a la luz de su consagración legal, dando cuenta de la principal jurisprudencia acerca de los aspectos que pueden considerarse jurídicamente pacíficos. Luego, en segundo lugar (III) analizar las diferentes temáticas en los que la jurisprudencia ha tenido opiniones disímiles, e incluso antagónicas, como también aquellas en que existiendo jurisprudencia uniforme es posible someter a un examen crítico los estándares judiciales. Por último (IV) concluir

con algunas reflexiones, necesariamente críticas, acerca del precedente y su obligatoriedad en nuestro derecho a propósito de las sentencias examinadas y la tutela judicial efectiva.

II. BREVE EXPLICACIÓN DEL RECLAMO DE ILEGALIDAD MUNICIPAL: CONFIGURACIÓN LEGAL

En líneas generales se trata de una acción de impugnación que se dirige en contra de las resoluciones u omisiones ilegales dictadas por el alcalde o de sus funcionarios en el ejercicio de la función público-administrativa municipal (Art. 151 letras a y b LOCM). Desde el punto de vista de su legitimación tiene una doble naturaleza: por un lado, concede legitimación popular cuando la resolución u omisión estimada ilegal afecta el interés general de la comuna y, por el otro, si el acto u omisión agravia a un ciudadano particular solo este puede deducir la reclamación. Se trata de un contencioso administrativo centrado en la tutela de derechos e intereses legítimos, cuyo agravio se debe justificar por el impugnante en el proceso jurisdiccional, en oposición a la reclamación judicial centrado en el acto¹.

Por otro lado, esta reclamación tiene dos fases o etapas². La primera de naturaleza administrativa y obligatoria, que supone plantear y radicar la pretensión impugnatoria ante el mismo órgano que dicta el acto o incurre en la omisión. Agotada esta etapa, expresamente o por aplicación del silencio negativo³, se abre la fase jurisdiccional ante la Corte de Apelaciones. La fase ante el municipio, a su vez, tiene el carácter previo y obligatorio para el ciudadano, careciendo este de la posibilidad de optar libremente entre la vía jurisdiccional o la administrativa⁴.

En cuanto a su naturaleza, no puede considerarse genuinamente un proceso de revisión del acto, desde que contempla facultativamente una etapa probatoria, articulando la

¹ *Vid.*, por todos: Ferrada, Juan Carlos, "El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses" en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Vol. XXV, N° 1, 2012, pp. 119 y 121.

² Esta afirmación se comparte en plenitud en la jurisprudencia administrativa. Así se lee con fuerza en el Dictamen de la Contraloría General de la República N° 13.215, de 27 de febrero de 2013.

³ Al respecto se ha dicho que el plazo para recurrir a la Corte de Apelaciones se cuenta desde la fecha de su vencimiento y no desde que se emite el certificado del secretario municipal en que consta el momento en que venció el plazo para pronunciarse. En este aspecto se han suscitado problemas prácticos, pero existe consenso jurisprudencial. *Vid.*, C. Suprema, 18 de diciembre de 2012, Rol N° 7.447-2012, "Forestal Cholguán S.A. con Municipalidad de Constitución", que expresó: "Que de lo expuesto aparece que la reclamante, en el presente proceso, no computó el plazo del modo que corresponde, como se ha señalado, concordante con lo resuelto por la Corte de Apelaciones, sino que estimó, erradamente, que comenzaba a correr dicho plazo desde la certificación hecha por el ministro de fe correspondiente, lo que no es así, toda vez que la normativa que gobierna la litis señala expresamente que el plazo para recurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva se cuenta como en el caso de autos desde el rechazo tácito del alcalde, como lo ha resuelto reiteradamente esta Corte". En el mismo sentido: C. Suprema, 18 de octubre de 2011, Rol N° 6.552-2011, "Aguasas con Municipalidad de Valdivia".

⁴ *Vid.*, C. Arica, 9 de octubre de 2009, Rol N° 271-2009, "Asevertrans Ltda., con Municipalidad de Arica".

posibilidad de que la Corte junto con declarar la anulación del acto, dicte la resolución que corresponda para subsanar la omisión o reemplazar la resolución anulada, además de declarar el derecho a los perjuicios, cuando se hubieren solicitado (Art. 151 letra h LOCM)⁵.

III. ALGUNAS INTERPRETACIONES FORMULADAS POR LA JURISPRUDENCIA EN TORNO A LA CONFIGURACIÓN PROCESAL DEL RECLAMO

1. *Legitimación activa de los funcionarios públicos en el reclamo de ilegalidad municipal*

El primer aspecto en que puede visualizarse un ámbito de pugna en la jurisprudencia es respecto de quién puede interponer el reclamo de ilegalidad municipal (legitimación áctica). No hay incertidumbre en que los particulares afectados están plenamente legitimados para reclamar de los actos o resoluciones que los afecten. En la medida que el texto legal en la letra a) del artículo 151 LOCM comienza haciendo referencia a “cualquier particular”, la duda se produce respecto de los funcionarios públicos municipales.

La jurisprudencia ayuda aún más a esa nubosidad legislativa. Por una parte, ha excluido expresamente la posibilidad de que funcionarios municipales formulen esta reclamación, atendido que no tendrían la calidad de “particulares afectados”. La Corte de San Miguel, en sentencia de 28 de mayo de 2009, que: “En ambas situaciones se trata de particulares agraviados, entendiendo por ‘particulares’, a personas extrañas al órgano municipal, y por ende, no ligadas institucionalmente al mismo. De esta forma, no están legitimados para intentar un recurso como el que ocupa esta causa los funcionarios municipales que se sientan agraviados por actos administrativos que les afecten precisamente en su calidad de tales”⁶.

⁵ Algunos autores entienden que se trata de un recurso de plena jurisdicción con funciones anulatorias y resarcitorias. *Vid.*, Huidobro, Ramón, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho y administración comunal*, Tomo III, Rolando Pantoja (Coordinador), Legal-Publishing, 2011, p. 102. La definición de la naturaleza de la jurisdicción contenciosa administrativa, esto es, si se trata de un proceso simplemente de revisión del acto o de plena jurisdicción ha generado desde siempre una pugna interesante en el ámbito del alcance del control que pueden ejercer los tribunales de justicia. No es aquí el lugar para preocuparse de ello, por eso me remito: Córdón Moreno, Faustino, *El proceso contencioso-administrativo. Conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 28 a 32; Fernández Torres, Juan Ramón, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pp. 30 y 31, y pp. 33 a 50; García de Enterría, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 60 a 63. Para una revisión histórica y actual del Derecho Comparado: Blanquer, David, *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 26 a 48.

⁶ *Vid.*, C. San Miguel, 28 de mayo de 2009, Rol N° 109-2007, “Grille Cognian, Manuel con Municipalidad de San Miguel”. En este fallo se indica: “Que de los términos del texto transcrito, en lo pertinente, se desprende que este árbitro denominado reclamo de ilegalidad persigue la revisión extraordinaria de la legalidad de un determinado acto del alcalde o de sus funcionarios cuando aquel afecte, o el interés general de la comuna o al interés particular del reclamante. Cuarto: Que en la especie, deduce reclamo de ilegalidad el Director de Obras de la I. Municipalidad de San Miguel en contra del alcalde de esa entidad,

Sin embargo, por otro lado, la Corte Suprema en fallo de 20 de julio de 2011, declaró expresamente que “de la lectura de la norma referida *no es posible descartar que a todo evento un funcionario municipal quede impedido de reclamar de ilegalidad* frente a los actos u omisiones del Alcalde o de sus funcionarios que le afecten en su calidad de tal, de manera que en el presente caso la reclamante no se encontraba marginada de impetrar este arbitrio. De lo contrario, los funcionarios municipales estarían en una situación de desmedro frente al resto de la población que sí puede impetrar el referido medio de impugnación en resguardo de la legalidad de los actos”⁷. También han existido casos en que habiéndose argumentado por la reclamada la calidad de funcionario público del reclamante, nada se dijo en la sentencia⁸.

A mi entender, si bien es posible brindar una explicación satisfactoria recurriendo a las diferentes modificaciones legislativas de la LOCM⁹, el reclamo de ilegalidad constituye un recurso jurisdiccional establecido por el legislador para el resguardo del ciudadano *frente a la actividad o gestión administrativa municipal*. Es en la satisfacción del interés público donde puede producirse un agravio al ciudadano en sus derechos e intereses legítimos, que en el caso concreto se oponen al interés general. Este reclamo protege al ciudadano *frente a la Administración*, y no como parte o *dentro* de la Administración. En esta condición no se encuentra el funcionario público, puesto que forma parte de la respectiva organización administrativa, adscrito a un régimen de sujeción especial. Por eso, a mi juicio, es natural que el funcionario municipal no pueda ejercer la reclamación de ilegalidad, al ser este parte de la gestión administrativa susceptible de producir un agravio, y estar sometido a un régimen de sujeción funcionaria especial¹⁰.

por haber dictado el Decreto Exento N° 1592, de 12/9/2007, que designó a una persona que lo subroge en sus funciones propias mientras dure la suspensión preventiva o provisoria del empleo, dispuesta en el Sumario Administrativo N° 1241-2007, de lo que resulta meridianamente claro que el arbitrio procesal utilizado está fundado e íntimamente ligado a la calidad de funcionario municipal del recurrente y, por ende, incide directamente en la relación estatutaria que lo vincula con el municipio, conflicto aquel que reconoce otras vías de protección jurisdiccional especialmente previstas al efecto. Quinto: Que en el contexto de lo que se viene reseñando, y por no figurar el reclamante accionando respecto del municipio en una condición que pueda permitir situarlo como un particular agraviado, *no cabe sino concluir que ha carecido de legitimación para deducir el presente reclamo*, lo que resulta suficiente para desestimar su pretensión, sin que proceda incurrir en consideraciones del fondo de lo discutido”.

⁷ C. Suprema, 20 de julio de 2011, Rol N° 6.461-2009, “Ramírez Concha con Municipalidad de Santiago”.

⁸ C. Arica, 14 de noviembre de 1996, Rol N° 5262-1996, “Palma Sotomayor y otros con Municipalidad de Arica”.

⁹ En efecto, explica Silva Cimma que “puede interponer el recurso en estudio ‘cualquier particular’ que se encuentre en las situaciones preseñaladas, lo que ha hecho concluir a la jurisprudencia administrativa que al emplearse el vocablo ‘particular’, en reemplazo a la expresión ‘persona’, que usaba v. gr., la Ley Orgánica de Municipalidades contenida en el Decreto Ley N° 1289 de 1975, han quedado excluidos del ejercicio del recurso en comentarios los funcionarios municipales para reclamar por su intermedio de las acciones u omisiones que les pudieran afectar en su calidad de tales”. SILVA, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado. El Servicio Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 243.

¹⁰ Si bien el Estatuto Administrativo de los funcionarios municipales en el artículo 156 contempla un procedimiento especial de reclamo ante la Contraloría General de la República, este recurso sigue situando la controversia y tutela de los derechos en el ámbito de la propia Administración. Por otro lado, el inconveniente

Por último, la LOCM cuando ha querido hacer referencia a los funcionarios públicos que prestan servicios en la organización administrativa municipal los ha señalado expresamente, e incluso los ha colocado en oposición al concepto “ciudadano” (Art. 68 LOCM). Por eso, resulta difícil sostener que solo a propósito del reclamo de ilegalidad se haya utilizado la expresión “particular” para hacer referencia también a los funcionarios públicos. Al contrario, todo parece indicar que esa expresión tiene por finalidad remarcar la naturaleza no pública del sujeto agraviado, que en el contexto de la disposición se encuentra utilizada como sinónimo de “privado”. En sencillos términos cuando el legislador utiliza el término “particular agraviado” quiere decir “privado agraviado” en oposición a funcionario público.

2. Interpretación de los plazos para recurrir de ilegalidad

Otro de los tópicos donde se han dictado sentencias contradictorias es en el cómputo de los plazos para recurrir de ilegalidad municipal. Los problemas que se han producido son esencialmente dos: el primero relativo a la naturaleza del plazo para reclamar ante la respectiva Corte de Apelaciones, esto es, si se trata de un plazo cuyo cómputo se rige por las normas de la Ley Nº 19.880 (Ley de bases de los procedimientos administrativos, en adelante LPA), o por el contrario, por las reglas generales contenidas en el Código Civil (en adelante CC) y Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC). El segundo problema se relaciona con el momento en que comienza el cómputo del plazo tratándose de la impugnación de actos municipales por parte de terceros que no han comparecido al procedimiento administrativo.

Respecto del primero de los asuntos, la Corte Suprema, en fallo de 27 de agosto de 2009, expresó que el plazo de 15 días contenido en la letra d) del artículo 151 LOCM debía ser *computado de acuerdo con las reglas generales*, desde que se trataba de un plazo que daba origen a un proceso contencioso administrativo jurisdiccional, y no correspondía a uno concebido dentro de un proceso administrativo¹¹. Consecuencia de esta interpretación es que los días sábados son considerados hábiles y se computan en el plazo para recurrir.

de privar al funcionario del reclamo de ilegalidad es que lo coloca en una posición jurídica compleja, cuando la ilegalidad o arbitrariedad que lo afectan no permite justificar, sin dificultades, la vulneración de alguna garantía constitucional que le permita interponer el recurso de protección.

¹¹ La Corte Suprema, 27 de agosto de 2009, Rol Nº 441-2008, “Horn con Ilustre Municipalidad de Valdivia”, indicó: “Que, en consecuencia, si quien ha sido afectado por un acto de la municipalidad deduce la referida acción de reclamación, está dando inicio a una gestión judicial, de manera que resultan aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la regulación de plazos. En efecto, el reclamo de ilegalidad es un proceso contencioso administrativo en torno a la legalidad o ilegalidad de la resolución municipal impugnada y no obstante su carácter especial le son aplicables las reglas comunes a todo procedimiento. Corroborado el aserto anterior la circunstancia que la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades contempla normas muy elementales sobre la tramitación del reclamo, por lo cual deben aplicarse las normas generales; Séptimo: Que en esta línea de deducciones, *es dable concluir que el aludido plazo de quince días previsto en la letra d) del citado artículo 141, no es un plazo concebido dentro de un determinado procedimiento administrativo sino que, como se dijo, es posterior al mismo, de manera que resultan aplicables los artículos 64 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en la medida que estos se refieren a plazos o términos que dicen relación con la marcha o ritualidad*

Sin embargo, la Corte Suprema en un fallo de 2 de enero de 2014 determinó que el cómputo del plazo para recurrir a la vía jurisdiccional se rige por el artículo 25 LPA, y en consecuencia, no es válido computar los días sábados, corriendo solo de lunes a viernes. El razonamiento que utiliza la Corte en este fallo es que el referido plazo “se origina en un procedimiento administrativo al que le es aplicable la Ley N° 19.880” (Considerando sexto)¹².

Al respecto me parece que el primero de los fallos postula la solución correcta. Sin embargo, esta interpretación tiene que hacerse cargo de dos argumentos: en primer lugar, lo que determina la naturaleza del plazo no es el cuerpo normativo en que esté contenido, sino el acto y el órgano ante el cual debe ejecutarse. Y en este caso, el acto que el legislador requiere que se ejecute en el término de 15 días no es otro que formular la reclamación ante un órgano jurisdiccional mediante el ejercicio del derecho de acción, con la finalidad de colocar en movimiento el aparato jurisdiccional. Se trata, en consecuencia, del acto inicial por antonomasia que pone en marcha el aparato jurisdiccional, desarrollado ante un tribunal de justicia y no ante un órgano de la Administración. Por eso, la utilización de las normas aplicables a los procedimientos administrativos no resulta muy apropiada.

Por otro lado, es efectivo que la LPA tiene un carácter supletorio al *procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado*” (Art. 1 LPA), en donde se encuentra la producción de los actos municipales. Sin embargo, otra cuestión es el plazo que tiene el reclamante para recurrir a la jurisdicción, en la medida que este *no forma parte del procedimiento administrativo*, el que se encuentra ya concluido. La fase administrativa de la reclamación de ilegalidad finaliza o concluye en el momento en que la autoridad edilicia responde al reclamo, o en su caso, cuando opera el silencio administrativo. Sólo

del juicio; Octavo: Que por consiguiente, los jueces del grado al decidir que el cálculo del plazo de quince días hábiles para reclamar judicialmente una resolución municipal se debe sujetar a las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil, no incurrieron en error de derecho pues no eran aplicables las normas denunciadas, sino que en definitiva el artículo 66 de este último cuerpo legal, lo que conducía a declarar la extemporaneidad del reclamo presentado”.

¹² El considerado sexto de la referida sentencia expresa: “Que es claro que el plazo para reclamar del rechazo tácito o expreso del alcalde se origina en un procedimiento administrativo al que le es aplicable la Ley N° 19.880. En efecto, la resolución reclamada tiene el carácter de un acto administrativo y su notificación es parte de un procedimiento de tal naturaleza, por lo que resulta obligatorio para efectos de computar el plazo para recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva acudir a lo establecido en este último texto legal, pues solo a partir de la primera resolución que se pronuncie sobre la admisibilidad de la reclamación el proceso se tornará en judicial y le será aplicable la norma prevista en el artículo 50 del Código Civil. En este sentido, es dable concluir que el aludido plazo de quince días previsto en la letra d) del artículo 151 es uno concebido dentro de un determinado procedimiento administrativo, de manera que no le resultan aplicables los artículos 64 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, como propugna la Municipalidad recurrida, pues estos se refieren a plazos o términos que dicen relación con la marcha o ritualidad del juicio cuando este ya ha sido planteado ante el tribunal competente, esto es, la Corte de Apelaciones respectiva. A lo anterior cabe consignar la circunstancia de que la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades contempla normas muy básicas sobre la tramitación del reclamo que ella trata, por lo que deben aplicarse en forma supletoria las normas de la Ley N° 19.880, entre éstas, la referida al cómputo de los plazos”. Corte Suprema, 2 de enero de 2014, Rol N° 9004-2013, “Demarco con Municipalidad de Antofagasta”.

hasta ese momento —y no después— es posible aplicar de manera supletoria la LPA. De esta manera, no resulta aplicable el artículo 25 LPA al plazo para recurrir al tribunal, cuyo ámbito de actuación viene referido por su mismo tenor literal y título: “cómputo de los plazos del *procedimiento administrativo*”. Por lo expuesto parece razonable entender que el plazo del artículo 151 LOCM para recurrir a la jurisdicción debe interpretarse según lo disponen el artículo 50 del Código Civil, 3 y 66 del Código de Procedimiento Civil y 153 LOCM. En consecuencia, al ser los plazos que consagra la LOCM (Art. 153) de días hábiles, lo que en otros términos significa de días útiles, estos se computan de acuerdo con el artículo 66 CPC, descontando únicamente los feriados, es decir, los domingos. El plazo para recurrir a la Corte de Apelaciones para interponer el reclamo debe computarse descontando únicamente los domingos y festivos. Así, si el acto o trámite a realizar nace como consecuencia de la extinción del procedimiento administrativo, y consiste en un plazo para desarrollar una actividad eminentemente jurisdiccional debe computarse de acuerdo con las reglas generales en la materia.

En el otro problema, esto es, desde cuándo se cuenta el plazo para impugnar respecto de los terceros interesados que no han comparecido al procedimiento administrativo, también hay disparidad de criterios. La Corte Suprema, en sentencia de 18 de noviembre de 2013, Rol Nº 377-2012, “Ríos Álvarez con Municipalidad de Viña del Mar”, establece que los actos que no requieren ser notificados ni publicados cobran plena vigencia desde su *dictación*, y desde ese momento debe comenzar a contarse el plazo para impugnarlos judicialmente. Agrega, a favor de esta tesis, la necesidad jurídica de que la presunción de legalidad que consagra el artículo 3 de la Ley Nº 19.880 se fije con claridad, de modo que las actuaciones administrativas, municipales en este caso, no queden sujetas a la posibilidad de una revisión indefinida (Considerando decimosexto). Este fallo resulta coherente con lo resuelto por la Corte Suprema, en sentencia de 19 de mayo de 2010, Rol Nº 4384-2008, causa “Hotelera Somontur S.A, con Municipalidad de Chillán”, donde se señaló expresamente que tratándose de actos no publicados ni notificados, el plazo para impugnarlos es de 30 días contados desde su dictación.

En el voto de prevención de esta sentencia se estima que atendida la calidad de tercero que reviste la reclamante es posible entender que el plazo para interponer el reclamo de ilegalidad municipal respecto de un acto que no ha sido notificado ni publicado, se cuenta desde que *conoció o debió conocer* la existencia de la actuación que censura (Considerando segundo, voto de prevención de ambos fallos)¹³.

El voto de minoría en causa Rol Nº 377-2012, “Ríos Álvarez con Municipalidad de Viña del Mar”, ofrece, sin embargo, una postura diferente. En la argumentación de

¹³ Voto de prevención que ya se había sostenido en sentencia de la Corte Suprema, 2 de mayo de 2013, Rol Nº 3918-2013, “Ossanson Valdés con Alcalde de Municipalidad de Concón”. Como se puede apreciar el voto de prevención establece un hito distinto a los indicados por los fallos de mayoría. Aquí sería relevante establecer el momento en que se conoció o no pudo menos que conocerse el acto que se impugna. Claramente se trata de una interpretación influida por el ejercicio del recurso de protección, cuyo plazo de caducidad comienza, según la naturaleza del acto u omisión, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos.

la disidencia se indica que el artículo 151 LOCM no establece con claridad una regla respecto del cómputo del plazo tratándose de interesados que no han sido parte en el procedimiento administrativo. De acuerdo con ello se sostiene que esa regla debe interpretarse a la luz del principio de impugnación contenido en el artículo 15 de la Ley N° 19.880. De esta forma, y con el propósito de permitir el acceso a los tribunales de justicia, es dable sustentar que estos terceros se encuentran autorizados para presentar su reclamación una vez que *tomaron conocimiento íntegro* tanto de los actos administrativos objeto de la impugnación como de los antecedentes que los respaldaban. En consecuencia, desde ese momento comienza el cómputo del plazo para impugnar el acto.

Parece muy interesante el fallo de disidencia de la Corte Suprema que frente a dos interpretaciones posibles del plazo contenido en el artículo 151 LOCM hace privilegiar a aquella que permite un mejor acceso a la jurisdicción, amén del principio de impugnación de los actos administrativos consagrado en el artículo 15 LPA. Este razonamiento camina bien cerca con los postulados jurisprudenciales del Derecho Comparado, especialmente el hispano, que hacen pensar que en nuestro ordenamiento “el derecho de acceso a los tribunales obliga a estos a llevar a cabo, dentro de todas las posibles, la interpretación que resulte más favorable al ejercicio del referido derecho”¹⁴.

No obstante, me parece más razonable la interpretación del voto de prevención, que entiende que el plazo para impugnar debe computarse desde que el tercero *debió o supo de la existencia del acto*. En efecto, el mandato del constituyente de articular una tutela judicial efectiva no *fuertemente* a interpretar los textos legales, de manera de permitir siempre el acceso a los tribunales. Sin embargo, una interpretación que justifique que el plazo para impugnar un acto administrativo respecto de terceros que no han comparecido al procedimiento administrativo y que ni siquiera saben de la existencia del mismo debe computarse desde su dictación, no parece muy justo ni razonable, ni tampoco permite alcanzar una tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos. Una interpretación como esa, que constituye el voto de mayoría de la Corte, es hasta cierto punto excesivamente rígida y desproporcionada en relación con los fines que se quieren perseguir¹⁵. La certeza jurídica no es un valor que pueda conseguirse a toda costa en un ordenamiento, y frente a ella deberían colocarse otros como el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y la revisión de los actos de la Administración cuando lesionan derechos e intereses.

Hay que ser claro en señalar que el ordenamiento jurídico en prácticamente todas las parcelas es bastante pragmático en cuanto al sistema de publicidad de los actos que afectan a las partes o terceros. La notificación o publicación actúan como *mecanismos mínimos*, a partir de estos es posible *presumir* que los ciudadanos se enteran del contenido de un acto, pero nada asegura que ello sea efectivamente así. Por otra parte, nadie discute que estos cumplen con el estándar del debido proceso (administrativo o judicial).

¹⁴ Garberí, José, *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 2009, p. 146.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 144 y 145.

Ahora bien, esta notificación y publicación, que constituye un *presupuesto mínimo* para el conocimiento efectivo del acto, no se exige respecto del tercero interesado que no ha participado del procedimiento administrativo. Debiso a que resulta imposible saber con precisión quiénes son los terceros afectados por el acto, es sensata y racional la regla legislativa que entiende que la Administración no tiene el deber de notificarlos, sin perjuicio de disponer su publicación en el Diario Oficial cuando afecten el interés general (Art. 48 letra a) LPA). De esta circunstancia, sin embargo, no se deriva que el plazo de impugnación deba computarse desde la dictación de acto. Dicho en otros términos, que la ley no obligue a notificar un acto no significa que su impugnación corre desde que se dicta. Por el contrario, todo hace pensar que si no ha concurrido aquel mínimo –notificación o publicación– que posibilita el conocimiento del acto administrativo, no hay carga de impugnación.

Desde esta perspectiva me parece que una interpretación que permita hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva debería descartar dos extremos: el primero, es que el cómputo del plazo no puede arrancar desde la dictación, pues la vigencia del acto no constituye un presupuesto lógico a partir del cual se pueda presumir o inferir el conocimiento de un acto. La vigencia no produce el efecto de la notificación o publicación. El tercero ni siquiera tiene noticia de que se va a dictar un acto que lo perjudica. El segundo evento que también debe descartarse es que el cómputo del plazo se inicie desde que se toma conocimiento real y efectivo del acto y de los antecedentes que lo justifican. Una regla de esta naturaleza no es desproporcionada para los fines que se quieren conseguir, y además no es exigible prácticamente en ninguna parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Mi posición es que la coincidencia entre el inicio del cómputo del plazo para impugnar un acto de la Administración y la presunción de legalidad del mismo solo es exigible respecto de los actos que deben ser notificados. Ello porque esta presunción, a su vez, impone a los ciudadanos una carga de impugnación ante los tribunales de justicia para que el acto no se entienda consentido y aceptado¹⁶, carga que es difícil o imposible de cumplir si el tercero afectado ni siquiera conoce la existencia del acto.

De esta manera la lógica de entender que coincidan en el espacio temporal la presunción de legalidad, carga de impugnación e inicio del cómputo del plazo para recurrir es aplicable para quienes han sido notificados del acto administrativo en cualquiera de las formas que dispone el ordenamiento. Esta tesis, por el contrario, no podría sustentarse para los terceros interesados que no participan del procedimiento administrativo, pues el ordenamiento no ha dispuesto una forma especial de notificación, y la carga de impugnar solo es exigible cuando han tomado o pueda inferirse que han tomado conocimiento del acto.

Esta secuencia analizada en una perspectiva procesal y del acceso a la jurisdicción también tiene sentido. Si el ciudadano no conoce la existencia del acto administrativo

¹⁶ *Vid.*, en Chile: Ferrada, Juan Carlos, "Potestades y privilegios de la Administración en el régimen administrativo chileno", *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. 20, Nº 2, 2007, pp. 81 y 82.

entonces carece de *necesidad actual* de tutela jurisdiccional¹⁷, esto es, de *interesse ad agere*. La noción de “interés” quiere aludir a la existencia de una lesión al derecho o interés legítimo y la consecuente necesidad, que emerge de dicha lesión, de obtener la tutela jurisdiccional¹⁸. Es precisamente la noticia acerca de la existencia del acto administrativo el dato que satisface al ordenamiento jurídico para entender que el ciudadano puede discernir si este afecta o no su esfera jurídica. En consecuencia, no puede haber necesidad de tutela jurisdiccional cuando no se sabe de la existencia de la dictación de un acto, que es a su vez condición necesaria para discernir una eventual lesión.

En síntesis, tratándose de actos que afectan a terceros que no han sido parte en el procedimiento administrativo, el plazo para impugnarlos corre desde que se *demuestra que han tomado conocimiento o pueda inferirse que lo han hecho*. Esto último podría ser materia de discusión en el respectivo proceso jurisdiccional, y la carga de la prueba es del tercero desde que supone demostrar la vigencia de su pretensión.

3. *El carácter formalista de la reclamación de ilegalidad municipal*

En otra arista que puede observarse cierta uniformidad jurisprudencial es en el carácter formalista que tendría este reclamo jurisdiccional. Hay jurisprudencia que ha entendido que el reclamo de ilegalidad tiene un carácter formal, semejante al recurso de casación, lo que exigiría señalar con exactitud las normas jurídicas infringidas y el modo en la que esta se produce. Así, la Corte de Santiago, en sentencia de 21 de diciembre de 2009, indicó: “cabe el rechazo del reclamo de ilegalidad deducido (...) si del examen del mismo surge que *en su elaboración no se han observado a cabalidad requisitos legales imperativos*, entendiendo por ellos tanto el señalamiento de la norma legal vulnerada como el modo en que se produciría la infracción que se aduce, motivo por el que no puede prosperar”¹⁹. El origen de esta característica proviene del tenor literal de la letra

¹⁷ *Vid.*, De la Oliva, Andrés, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con Díez-Picazo Jiménez, Ignacio), Editorial Universitaria Ramón Areces, tercera edición, Madrid, 2004, pp. 164 a 166, y Gascón, Fernando, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Civitas, Madrid, 2003, p. 28.

¹⁸ Para un estudio profundo del interés como elemento de la acción y como presupuesto de la jurisdicción puede verse: Attardi, Aldo, *L'interesse ad agere*, Cedam, Padova, 1958, pp. 1 y siguientes, aun cuando prácticamente toda la obra aborda la función y posición del interés para accionar dentro del proceso y su necesaria conexión con el derecho sustancial.

¹⁹ Corte de Santiago, 21 de diciembre de 2009, Rol N° 1662-209, “Manqueoi Jaramillo, Patricia R. con Alcalde de la I. Municipalidad de Santiago”. En el mismo sentido: C. Santiago, 17 de enero de 1991, Rol N° 1566-1990, “Copropietarios de edificio de departamentos calle Diego Velásquez N° 2179-2167 con Municipalidad de Providencia”; C. Santiago, 20 de mayo de 1991, Rol N° 18-90, “Empresa Constructora Litco Limitada con Municipalidad de La Florida”; C. Valparaíso, 26 de enero de 2010, Rol N° 1746-2008, “Gatica Illanes, Carlos con Municipalidad de Concón”. También se ha resuelto, en consonancia con esta característica, que el reclamante debe acompañar el certificado del secretario municipal en el que consta la fecha en que venció el plazo de los 15 días que tiene el alcalde para pronunciarse. Esta exigencia, sin embargo, no está contenida en la ley, sin perjuicio de requerir su exhibición cuando se discute si el reclamo está deducido dentro de plazo. *Vid.*, C. Concepción, 11 de julio de 2012, Rol N° 710-2011, “Ferrada Lagos con Municipalidad de San Pedro de la Paz”.

d) del artículo 151 LOCM, que exige al reclamante señalar en su escrito, con precisión, el acto u omisión objeto del reclamo, la norma legal que se supone infringida, la forma cómo se ha producido la infracción y, finalmente, cuando procediere, las razones por las cuales el acto u omisión le perjudican. Además se ha justificado esta exigencia a partir de la presunción de legalidad de los actos administrativos²⁰.

Esta línea jurisprudencial hay que analizarla con cierta detención. En primer lugar, es perfectamente legítimo que el legislador contemple requisitos o condiciones razonables, a título de cargas procesales, para posibilitar el acceso a la jurisdicción. Los presupuestos de la letra d) del artículo 151 LOCM cumplen con ese estándar de razonabilidad. Pero, en segundo lugar, otra cuestión muy diversa es la interpretación que se haga de esos requisitos por parte de los tribunales de justicia. Aquí hay consenso en la doctrina que los tribunales deben asumir un deber de contenido negativo: “los órganos judiciales no pueden llevar a cabo interpretaciones rígidas, rigoristas o formalistas de dichos presupuestos o requisitos”, que demuestren una desproporción entre los fines que persiguen esas normas procesales y los intereses que se sacrifican²¹.

Por otra parte, el argumento de que la presunción de legalidad del acto impone el cumplimiento sacramental de este reclamo no es correcto. La presunción de legalidad únicamente es una *ficción* que legitima la ejecutividad del acto y permite la eficiencia de la gestión administrativa. También es cierto que en el ámbito jurisdiccional el ciudadano asume la carga de impugnación del acto derivada de su presunción²². Sin embargo, esta carga no puede obstaculizar el ejercicio del derecho de acción, lo que se produciría si mediaran interpretaciones rígidas o formalistas por parte de los tribunales, como lo acabamos de decir.

Por lo expuesto estimo que no cabe declarar la inadmisibilidad de la reclamación, si del contexto de la reclamación se puede *inferir o desprender* de forma meridianamente clara el acto impugnado (o la omisión), el vicio de ilegalidad reclamado y sus fundamentos. El reclamo de ilegalidad no es un medio de impugnación extraordinario que imprima un cumplimiento rígido de sus requisitos; por el contrario, constituye el medio ordinario legislativamente dispuesto para la tutela de los derechos e intereses de cara a la actividad administrativa municipal. Por eso, parece razonable no someterlo a exigencias exorbitantes, rígidas o sacramentales, ni menos aún efectuar una interpretación

²⁰ La Corte de Valparaíso, en sentencia de 18 de agosto de 2010, Rol Nº 1879-2009, “Sociedad de Inversiones Pizarro Limitada con Municipalidad de Valparaíso”, destacó el carácter de derecho estricto del reclamo de ilegalidad y justificó la observancia estricta de sus exigencias de la siguiente manera: “Que, la precisión que se requiere del reclamo se justifica porque este implica la revisión extraordinaria de la legalidad de un determinado acto de la administración, siendo dable recordar que esto es excepcional y afecta la *presunción de legalidad, impero y exigibilidad de los actos administrativos*, según dispone el artículo 3º de la Ley 19.880, presunción de legalidad que altera la carga de la prueba y que, por ende, exige que quien reclama la ilegalidad de un acto administrativo, debe probarla”.

²¹ Garberí, José, *Constitución y Derecho Procesal. Los Fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, op. cit., pp. 144 y 145.

²² Blanquer, David, *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contenciosa administrativa*, op. cit., p. 240 y 241.

estricta de sus presupuestos o requisitos. Por el contrario, nada impide que siendo claro y perfectamente individualizado el acto impugnado, se someta el reclamo de ilegalidad a los estándares que la jurisprudencia ha tenido para las demandas judiciales en el cumplimiento de los requisitos del artículo 254 del CPC²³. En la medida que tanto estas normas regulan el ejercicio del derecho de acción (artículo 19 N° 3, inciso 1° CPR), no alcanzo a encontrar una justificación razonable que permita hacer una distinción en la interpretación entre ambas.

4. *Compatibilidad del reclamo de ilegalidad con la nulidad de Derecho Público*

Otro de los aspectos del reclamo de ilegalidad en que la jurisprudencia aparece enfrentada es su compatibilidad con la nulidad de derecho público²⁴. Aquí subyacen dos tesis de los tribunales de justicia. Por un lado, la Corte Suprema en sentencia de 20 de enero de 2012 explicó que cuando el ordenamiento jurídico prevé un régimen especial de impugnación se excluye la posibilidad de accionar de nulidad de derecho público acerca del acto administrativo²⁵. Sin embargo, con anterioridad la misma Corte Suprema, en sentencia de 5 de octubre de 1999, Rol N° 3.2889, había indicado que el artículo 151 LOCM no hace sino que simplificar los trámites y procedimientos para que el ciudadano pueda obtener la declaración de ilegalidad de un acto administrativo, y en ningún caso supone excluir la posibilidad de recurrir de nulidad de derecho público. Se trataría incluso de un verdadero derecho de opción del ciudadano²⁶. A esta

²³ *Vid.*, C. San Miguel, 11 de marzo de 2011, Rol N° 989-2010 “Corpbanca con Pérez Rosas, Jaime”, exigió que “la ineptitud del libelo debe apoyarse en *hechos graves y confusos* que hagan *ininteligible o incomprensible* las peticiones del actor tanto en los hechos que le sirven de fundamento, cuanto en el derecho cuyo reconocimiento y declaración exige del sentenciador. Para que prospere esta excepción es preciso que la demanda sea *ininteligible, vaga o mal formulada*, en términos que el derecho de defensa se vea limitado o conculcado” (la cursiva es mía). Como se puede apreciar se trata de un estándar poco exigente, que permite dar curso a pretensiones que aun erróneas no lo son de manera grave y confusa.

²⁴ Sobre la nulidad de Derecho Público se ha escrito mucho en Chile. Puede verse: Jara, Jaime, *La nulidad de derecho público ante la Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Libromar, Santiago, 2004, p. 216.

²⁵ C. Suprema, 20 de enero de 2012, Rol N° 8247-2009, “Vásquez Encina, César con Municipalidad de La Reina y otros”. En este fallo se indicó: “igualmente la demanda debió ser desestimada porque no era posible entablar una acción de nulidad de derecho público en contra de una resolución emanada de un funcionario municipal con la finalidad única de dejar sin efecto dicho acto, cuando la ley especialmente contempla el reclamo de ilegalidad en el artículo 141 de la Ley N° 18.695”.

²⁶ El fallo de nuestro máximo tribunal es el siguiente: “Que el demandado y actor reconvenional ha solicitado al tribunal que se le declare la nulidad de derecho público de que adolecería el Decreto Alcaldicio N° 020, por las razones que indica. Los jueces recurridos, por su parte, han resuelto que un juzgado de letras, como es el que interviene en el presente proceso, es incompetente para conocer esa acción de nulidad pues la única vía para obtener la invalidación de un Decreto Alcaldicio es el reclamo de ilegalidad, consagrado en el artículo 136 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Tercero: Que la nulidad de derecho público se encuentra consagrada en el artículo 7° de la Constitución Política de la República y dispone: ‘Todo acto en contravención a este artículo es nulo’, vale decir, son nulas las actuaciones de los órganos del Estado que actúen sin investidura previa de sus integrantes, fuera de su competencia o sin ajustarse a la forma prevista por la ley, conforme señala la misma disposición. Cuarto: Que, al analizar la situación planteada en autos, en concordancia con las normas pertinentes, se advierte que el fallo en estudio ha interpretado

aseveración se une lo sustentado por parte de la doctrina chilena²⁷, y por los casos en que la compatibilidad entre ambas acciones ni siquiera es discutida, lo que da a entender implícitamente su aceptación²⁸.

El problema de la compatibilidad entre ambas acciones hay que analizarla desde diferentes extremos y perspectivas. En primer lugar es claro que cualquier decisión acerca de la legalidad de un acto en sede de reclamación municipal produce efectos de cosa juzgada en un posterior juicio de nulidad de derecho público en que se ataque el mismo acto²⁹. Aquí los problemas más que de compatibilidad pueden relacionarse con el cumplimiento de los requisitos de triple identidad, y muy especialmente con los vicios de legalidad que se esgrimen en una u otra acción³⁰. Tampoco cabe duda de la improcedencia de ejercer ambas acciones paralelamente. Además de configurarse una excepción dilatoria o de forma como la *litis pendencia* (Art. 303 N° 3 CPC), podría argumentarse que el segundo proceso carece de interés para actuar. El asunto ya se encuentra sometido al conocimiento jurisdiccional y no hay una necesidad de tutela.

El problema real, por tanto, se refiere a los casos en que el ciudadano no utiliza la vía del reclamo de ilegalidad e impugna con posterioridad el acto administrativo

erróneamente el artículo 38 de la Constitución Política de la República, *entendiendo que el único tribunal habilitado para conocer de la nulidad de derecho público de un decreto alcaldicio es la Corte de Apelaciones y que la única vía para acudir ante él es el reclamo de ilegalidad. Este procedimiento, contemplado en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, se establece en favor del ciudadano afectado, puesto que eleva el rango del tribunal y simplifica los trámites y procedimientos para obtener con rapidez la declaración de nulidad; sin embargo, la acción intentada en autos es la acción ordinaria de nulidad, la cual se ventila ante el juzgado de letras correspondiente al domicilio del demandado y en un juicio de lato conocimiento. En el caso sub judice, al presentar la demanda reconventional, dicho actor optó por la acción ordinaria de nulidad y no por el reclamo de ilegalidad cuyo conocimiento está entregado privativamente a la Corte de Apelaciones por lo cual, a su respecto, no se puede considerar lo contemplado en el artículo 136 y siguientes de la Ley N° 18.695, puesto que tales normas no son pertinentes al caso de que se trata". C. Suprema, 5 de octubre de 1999, R.D.J., 2° parte, sec. 5°, pp. 172 a 174, "Brown Rodríguez con Municipalidad de Peumo".*

²⁷ Jara Schnettler, citando al efecto un fallo de la Corte de Santiago, indica que "la existencia de procedimientos jurisdiccionales especiales para reclamar de la ilegalidad de determinados actos administrativos no impide que el particular pueda deducir en todo caso la acción ordinaria de nulidad de derecho público". Jara, Jaime, *La nulidad de derecho público ante la Doctrina y Jurisprudencia*, op. cit., p. 216.

²⁸ C. Suprema, 14 de marzo de 2013, "Aciare Ordenes y otra con Ilustre Municipalidad de Copiapó", Nulidad de derecho público, Rol N° 1163-2012 y C. Suprema, 30 de julio de 2007, Rol N° 1720-2006, "Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar", nulidad de derecho público.

²⁹ Muy buen análisis de esta identidad puede observarse en la sentencia la Corte de Santiago, de 15 de diciembre de 2004, Rol N° 4.580-2003, "Inmobiliaria Parque de Las Américas y Compañía S.A. con Municipalidad de Vitacura", nulidad de derecho público. La Corte Suprema rechazó recurso de casación en la forma y en el fondo (Rol N° 1.123-2005).

³⁰ Se trata de un problema que se refiere a si los vicios que no fueron invocados en un proceso pueden ser en el otro. Pero este no es problema que atañe al alcance de los vicios o motivos de ilegalidad que puedan hacerse valer en uno u otro. Además sobre la procedencia de la cosa juzgada ante argumentación jurídica diversas. *Vid.*, Hunter, Iván, "Iura novit curia y el Proyecto de Código Procesal Civil: ¿Para qué sirve definir los poderes del juez en la aplicación del Derecho", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XL, 2013, pp. 630 a 635 (601-640), quien propone al efecto a la contradicción como criterio delimitador para determinar si existió cosa juzgada entre uno u otro pleito, en que se alegan los mismos hechos.

municipal mediante la nulidad de derecho público. En este sentido, comparto el criterio actual de la Corte Suprema, pero por razones diversas a las que se expresan en el fallo. En la nulidad de derecho público y la reclamación de ilegalidad hay una identidad de objetivos procesales, pues ambos contenciosos están destinados a lograr la anulación de un acto administrativo municipal³¹, esto es, persiguen un cambio en el *statu quo* haciendo cesar la relación de sujeción, afectación o de derecho emanada del acto impugnado. Hay una identidad de propósitos que transforman a ambas acciones en equivalentes miradas desde la consecución de determinados efectos jurídicos.

Tampoco existen diferencias respecto de las *causales* que pueden hacerse valer. Ambos contenciosos permiten un control amplio de la legalidad del acto administrativo, pudiendo invocarse tanto vicios de forma como de fondo³². En tal sentido no existen limitaciones que puedan justificar la elección de una acción por sobre otra.

En lo que respecta a la *legitimación activa* no veo, tampoco, diferencias sustanciales entre ambos procesos, salvo que se ejerza la reclamación amparada en la legitimación popular del interés general de la comuna³³, pues esa hipótesis solo es permisible cuando el legislador lo ha dispuesto. En la nulidad de derecho público se exige al accionante

³¹ C. Suprema, 22 de noviembre de 2012, Rol N° 5286-2010, “Inmobiliaria Santa Anita S.A., con Municipalidad de Lo Barnechea”, en voto de mayoría, “Duodécimo: Que del tenor de la norma recién transcrita se advierte que solamente de acogerse el reclamo de ilegalidad es posible anular el acto impugnado, decidir u ordenar el acto o resolución que lo rectifique o reemplace y si se ha producido un perjuicio al afectado declarar el derecho a ser indemnizado. Ello por cuanto el reclamo de ilegalidad municipal supone un acto que anular o dejar sin efecto”. En el fallo de disidencia del Ministro De Pierry, de igual forma, se reconoce “que el reclamo de ilegalidad, por lo tanto, no es un juicio declarativo, su propósito, tratándose de actos administrativos, es anular un acto ilegal. Es una acción de nulidad de un acto administrativo, lo que presupone evidentemente la existencia del acto que se pretende anular”.

³² *Vid.*, Ferrada, Juan Carlos, “Nuevas restricciones a la nulidad de derecho público como proceso administrativo: una jurisprudencia interesante pero insistente”, en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, 2010, pp. 202 y siguientes, quien opina que jurisprudencialmente se han ido restringiendo las causales en que opera la nulidad de derecho público, situándola únicamente para la falta de investidura regular del órgano, incompetencia o infracción de las formas establecidas (189-203). Sin embargo, la Corte Suprema, en sentencia de 14 de marzo de 2013, Rol N° 1163-2012, “Aciars Órdenes y otros con Municipalidad de Copiapó”, amplió considerablemente y en forma expresa los motivos que autorizan la causal de nulidad de los actos en relación a la nulidad de derecho público. Indica esta sentencia que pueden invocarse como causales con nulidad: “la inexistencia de motivo legal o motivo invocado, la existencia de vicios de forma y procedimiento en la generación del acto y la violación de la ley de fondo, además de la ausencia de investidura regular del órgano respectivo, la incompetencia de este y la desviación de poder”. Con este fallo entiendo que se atenúa en parte la crítica formulada a las restricciones jurisprudenciales de la nulidad de derecho público. *Vid.*, sobre este tema específico: Cordero, Eduardo, “La nulidad de los actos administrativos y sus causales”, *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno. IX Jornadas de Derecho Administrativo*, Ferrada, Juan Carlos (Coords.), Thomson Reuters-Legal-Publishing, 2013, pp. 195 a 203.

³³ Como se sabe, la tesis de Fiamma ampliamente conocida y difundida considera a la nulidad de derecho público como un verdadero arbitrio general y popular de impugnación, cuya legitimación le corresponde a cualquiera que invoque el interés público quebrado con la actuación administrativa. Cfr., Fiamma, Gustavo, “Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva”, en *Revista de Derecho Público*, N° 49, 1991, pp. 91 a 98.

ser titular de un derecho o interés legítimo lesionado³⁴, posición jurídica que coincide con la expresión “agraviado” que utiliza la letra b) del artículo 151 LOCM³⁵. En consecuencia, no existen ámbitos operativos que permitan visualizar campos de acción autónomos reservados para uno u otro mecanismo de impugnación.

En lo que sí existen sustanciales distancias es en la naturaleza y el plazo de prescripción o caducidad. Así, mientras en la nulidad de derecho público se ha proclamado su imprescriptibilidad, al menos en cuanto a la validez del acto –no así sus consecuencias económicas–, en la reclamación de ilegalidad municipal existe un plazo de caducidad de 30 días, transcurrido este el acto debería quedar firme. Esto marca, quizá, la principal diferencia que podría hacer que el ciudadano prefiera la nulidad de derecho público por sobre la reclamación. En la medida que goza de un plazo notoriamente más extenso para reclamar la invalidación del acto, este mecanismo aparece como una herramienta jurisdiccional mucho más extensa y permisiva que el reclamo de ilegalidad.

La doctrina nacional no ha estado ajena al planteamiento de este problema³⁶. Ferrada indica que la dicotomía entre procesos generales y especiales en el ámbito administrativo no se puede resolver con una fórmula general que atienda a criterios de supletoriedad o especialidad, pero “en el caso de la acción de nulidad de Derecho público y los procesos especiales, es evidente que estos últimos –aquellos casos en que se persigue la nulidad o invalidez de los actos administrativos– excluyen la primera –la nulidad o ilegalidad del acto–, por lo que debe operar un criterio de especialidad. Lo contrario llevaría a la existencia de vías paralelas de impugnación administrativa del acto (sic), lo que además de absurdo e ineficiente, desde el punto de vista del ejercicio de la actividad jurisdiccional,

³⁴ Con la prevención de Ferrada, quien desde la mirada jurisprudencial critica la fusión en un solo concepto de la noción de derecho subjetivo e interés legítimo. Destaca Ferrada que nuestra jurisprudencia ha tenido una visión demasiado exigente del interés legítimo como elemento legitimador de la acción de nulidad de derecho público, estableciendo requisitos que lo cualifican en contenido y prácticamente lo asimilan al derecho subjetivo. *Vid.*, Ferrada, Juan Carlos, “Nuevas restricciones a la nulidad de derecho público como proceso administrativo: una jurisprudencia interesante pero insistente”, *op. cit.*, pp. 194 y siguientes. Esta misma “desviación” conceptual se puede observar expresamente en la sentencia de la Corte Suprema, de 14 de noviembre de 2012, Rol Nº 2033-2010, “Estación de Servicios Pedro de Valdivia Norte Limitada con Ministerio de Obras Públicas”, que hizo extensivo (como *obiter dictum*) al reclamo de ilegalidad municipal la exigencia de un interés “de tal envergadura que pueda considerarse que el acto recurrido lesiona un derecho”. Con todo, la Corte Suprema, en fallo anterior de 19 de mayo de 2010, Rol Nº 4383-2008, “Hotelera Somontur con Municipalidad de Chillán”, parece tener claridad en relación con la distinción entre interés legítimo y derecho subjetivo, al estimar que la Sociedad reclamante como participante de un proceso de licitación tiene un interés en pedir la anulación de un decreto que aceptó una oferta que se encontraba fuera de las bases de licitación.

³⁵ *Vid.*, por todos: Cordero, Eduardo, “La legitimación activa en el proceso contencioso administrativo”, en *Justicia Administrativa* (Ferrada Borquez, Juan Carlos, Coords.), Lexis Nexis, Santiago, 2005, pp. 406 y 408, y también JARA, Jaime, *La nulidad de derecho público ante la Doctrina y Jurisprudencia*, *op. cit.*, pp. 21, y siguientes.

³⁶ Entre ellos Cordero Quinzacara, quien expone el problema que supone confrontar los regímenes especiales de impugnación jurisdiccional con el sistema general de control de la actividad administrativa que se extrae a partir de las disposiciones constitucionales (Art. 6, 7, 38 inciso 2º, 19 Nº 3 y 76). Cfr. Cordero, Eduardo, “La legitimación activa en el proceso contencioso administrativo”, *op. cit.*, p. 406.

podría dar lugar a resoluciones judiciales contradictorias³⁷. Lo anterior tiene mucho sentido si se considera que la impugnación en sede administrativa de los actos también opera con criterios de especialidad. Los mecanismos de impugnación de la LPA se aplican cuando la ley no ha dispuesto una forma especial, como ocurre, por ejemplo, con la reclamación del artículo 20 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, o el recurso de reposición del artículo 55 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente.

Para nuestro ordenamiento jurídico no es poco frecuente encontrar casos en que se asiste a un concurso de acciones o de derechos, donde el legislador abre (por lo general, no intencionalmente) distintas vías de tutela para conseguir el mismo fin³⁸. Estas se producen principalmente en el ámbito del derecho privado, y muy específicamente en el de derecho de daños³⁹. Estos concursos son mirados como un derecho de opción del afectado, que le permite recurrir a una u otra vía de impugnación, alegando la aplicación de ciertas normas jurídicas, y al mismo tiempo, excluyendo la aplicación de otras. No es la situación, en cambio, en el derecho público y administrativo. En general, la doctrina no ha hecho referencia al concurso de acciones de impugnación jurisdiccional frente a la actividad de la Administración. Pero todo parece apuntar hacia un ámbito cada vez más residual de la nulidad de derecho público, al menos en los sectores que, por cualquier razón, tienen reconocido una forma especial de impugnación jurisdiccional, especialmente en materia sancionatoria.

La solución a este concurso aparente de acciones tiene que arrancar necesariamente desde la Constitución. En mi interpretación, la preferencia de la reclamación de ilegalidad municipal consagrada en el artículo 151 LOCM por sobre la nulidad de derecho público, proviene de que este reclamo constituye el procedimiento contencioso administrativo *especialmente dispuesto por la ley para la protección de los derechos e intereses legítimos, como lo prescribe el artículo 38 inciso 2° CPR*. En otras palabras, cuando el constituyente indica que el ciudadano afectado en sus derechos por un acto de la Administración puede recurrir a los *tribunales establecidos en la ley*, ese tribunal, tratándose de los actos municipales, no es otro que la Corte de Apelaciones respectiva, y el procedimiento es el establecido en la LOCM. De esta manera es posible excluir la acción de nulidad de derecho público, por haber dispuesto el legislador un procedimiento y tribunal especial que ejercen jurisdicción en el ámbito contencioso administrativo. En razón de esto, si se plantea una demanda de nulidad de derecho público en contra de un acto administrativo municipal (cualquiera sea su naturaleza) podría alegarse la improcedencia de esa acción.

³⁷ Ferrada, Juan Carlos, "Los procesos administrativos en el Derecho chileno", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXVI, 2011, p. 275 (251-277).

³⁸ Ormazabal, Guillermo, *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 76 y siguientes.

³⁹ Corral, Hernán, "Responsabilidad civil en la construcción de viviendas. Reflexiones sobre los regímenes legales aplicables a los daños provocados por el terremoto del 27 de febrero de 2010", en *Revista Chilena de Derecho* N° 3, 2010, p. 460 y Barros, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 772.

Otra cuestión, por cierto, es que las Cortes de Apelaciones no debieran realizar funciones de primera instancia, o que el procedimiento diseñado no permita ejercer plenamente un contradictorio capaz de desentrañar la verdad en los supuestos fácticos difíciles.

5. *Compatibilidad del reclamo de ilegalidad con las impugnaciones contenidas en la Ley General de Urbanismo y Construcción*

En lo que también puede observarse una dispersión de criterios es en la compatibilidad de la reclamación de ilegalidad municipal con ciertos mecanismos de impugnación dispuestos en la Ley General de Urbanismo y Construcción (en adelante LGUC). En esta ley existen dos contenciosos impugnatorios de la actividad administrativa municipal. Por un lado, el artículo 12 de que dispone que “la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (en adelante SECREMINVU) podrá resolver las reclamaciones interpuestas en contra de las resoluciones dictadas por los Directores de Obras”. Por otro lado, el artículo 154 de esta misma norma establece que “decretada una demolición y notificación al propietario del inmueble la resolución respectiva en la forma prescrita por el artículo 151° aquel podrá reclamar de ella ante la justicia ordinaria, dentro del plazo de 10 días hábiles, a contar de la fecha de su notificación, sin perjuicio de la reposición a que alude el artículo 152°, la que podrá siempre deducirse”.

Respecto del primer medio de impugnación (artículo 12 LGUC) la jurisprudencia se ha pronunciado aplicando implícitamente un criterio de especialidad, haciendo improcedente el reclamo de ilegalidad municipal⁴⁰. Subyace aquí una razón de carácter técnico. Tratándose de la aplicación de un cuerpo normativo esencialmente técnico como la LGUC y su respectiva Ordenanza, es la SECREMINVU el órgano que cuenta con las competencias técnicas y especializadas para revisar la legalidad de la decisión del Director de Obras. Pero también la misma jurisprudencia ha indicado que ambas vías de impugnación (administrativa ante el MINVU, y administrativa-judicial, ante el Alcalde y la Corte de Apelaciones) son compatibles, pudiendo deducirse en forma paralela “aunque, obviamente, si en la misma materia no concuerdan las resoluciones, debe primar el fallo judicial, pues todo acto administrativo está sometido al control jurisdiccional (Artículos 38 y 73 (sic) de la Constitución Política de la República)”⁴¹.

El problema está lejos de ser fácilmente solucionable. Por un lado, en muchas ocasiones los reclamos de ilegalidad municipal se dirigen en contra de actos de la Dirección de Obras sin que siquiera se discuta su compatibilidad con las vías impugnatorias de la

⁴⁰ C. Apelaciones Santiago, 15 de septiembre de 2006, Rol N° 3289-2006, “Constructora e Inmobiliaria Purranque Limitada con Municipalidad de La Reina”. Así también: C. Valparaíso, 7 de julio de 2009, Rol N° 1522-2002, “Edwards y otros con Municipalidad de Viña del Mar”. La Corte Suprema, en sentencia de 11 de mayo de 2012, Rol N° 6120-2009, en un fallo no muy claro, rechazó el recurso de casación en la forma y en el fondo.

⁴¹ Corte Suprema, 29 de abril de 2004, Rol N° 2138-2002, “Romo Tocornal con Municipalidad de Vitacura”.

LGUC⁴². Por el otro, no creo que la impugnación paralela sea una vía administrativamente admisible, pues la potestad de invalidación le corresponde al mismo órgano que dicta la resolución o a su superior jerárquico, pero en términos de exclusión.

Al margen de lo anterior, el mecanismo de impugnación establecido en la LGUC tiene una naturaleza administrativa, y no jurisdiccional, y en ese sentido, *no puede colocarse en contradicción con el reclamo de ilegalidad municipal*, desde que este sí contempla una etapa jurisdiccional. Esto último hace pleno sentido a la tesis de que el ciudadano gozaría aquí de un verdadero derecho de opción, el que deberá ejercer de acuerdo con criterios de oportunidad⁴³, pero en ningún caso puede sostenerse que la vía administrativa prima sobre la judicial, desde que una interpretación como esa vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 19 N° 3 inciso 1° CPR)⁴⁴.

En el otro contencioso administrativo un antiguo fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 5 de enero de 1983 determinó que el reclamo de ilegalidad resulta improcedente en contra de decretos de demolición “en razón a lo estatuido en el artículo 7° de esa LGUC, según esta sus disposiciones prevalecen sobre cualquiera otra que verse sobre las mismas materias, a la vez que impiden a la Corte de Apelaciones conocer de la cuestión planteada”⁴⁵. Con esta sentencia el panorama parecía claro, pero un fallo de la Corte de Santiago, de 30 de abril de 1992, Rol N° 810-1991, “Spotorno Oyarzún con Municipalidad de Providencia”, estableció una interpretación diversa. En este juicio se alegó por parte de la Municipalidad la improcedencia del reclamo de ilegalidad fundado en la existencia de un proceso contencioso especial consagrado en la LGUC. La Corte de Santiago establece que ambas acciones impugnatorias tienen ámbitos de acción diferentes: uno –el de la LGUC–, para revisar aquellas ilegalidades que puedan incidir en una orden de demolición y que se refieran al campo específico de la LGUC. El otro –reclamo de ilegalidad– permite impugnar toda ilegalidad en que

⁴² *Vid.*, entre otros: C. Suprema, 16 de mayo de 2006, Rol N° 3604-2005, “Romero con Municipalidad de Vitacura”; C. Valparaíso, 8 de marzo de 2010, Rol N° 1060-2008, “Inmobiliaria Costa de Montemar S.A. con Municipalidad de Concón”; C. Suprema, 21 de diciembre de 2009, Rol N° 5074-2008, “Universidad Adolfo Ibáñez y otros con Municipalidad de Viña del Mar”. Los ejemplos pueden replicarse.

⁴³ Hay que asumir que ambos mecanismos de impugnación resultan difícilmente armonizables. Por un lado, el reclamo de ilegalidad tiene una fase administrativa ante el Alcalde, quien además de carecer de las competencias técnicas en la materia, no tiene potestades para dejar sin efecto o reemplazar una resolución del Director de Obras dictada en el ejercicio de sus competencias privativas (Así, por ejemplo, en Corte Santiago, 1 de octubre de 2009, Rol N° 7677-2008, “Inmobiliaria Aseg Grevia con Municipalidad de Independencia”). Sin embargo, este reclamo permite abrir la vía jurisdiccional cuando se agota la fase administrativa. Al contrario, el reclamo del artículo 12 LGUC contempla solo una etapa administrativa, sin abrir la vía jurisdiccional. Lo razonable, de *lege ferenda*, sería admitir un mecanismo impugnatorio administrativo ante el SECREMINVU para luego abrir la vía jurisdiccional mediante un contencioso administrativo.

⁴⁴ *Vid.*, Bordalí, Andrés y Ferrada, Juan Carlos, “El derecho fundamental a la tutela judicial del ciudadano frente a la Administración del Estado”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 2, 2008, pp. 1 a 22. Con igual énfasis la Corte Suprema, en sentencia de 29 de abril de 2004, Rol N° 2138-2002, “Romo Tocornal con Municipalidad de Vitacura”, indicó que negar el reclamo de ilegalidad por improcedente, arguyendo la existencia del procedimiento especial de impugnación del artículo 12 LOCM, constituía un caso de violación al principio de inexcusabilidad de los tribunales, establecido en el artículo 10 COT y 76 CPR.

⁴⁵ C. Santiago, 5 de enero de 1983, en *Gaceta Jurídica* N° 33, 1983, p. 56.

pudiese incurrir la autoridad municipal al dictar el decreto de demolición, pudiéndose por tal razón, invocar cualquier motivo o norma jurídica como infringida. De esta forma la elección de uno u otro contencioso dependerá de la naturaleza de las normas invocadas como infringidas.

A mi juicio esta última interpretación no es correcta. En primer lugar porque el tenor del artículo 154 LGUC no restringe el motivo de ilegalidad en que pudo incurrirse al momento de dictar un decreto de demolición, siendo posible alegar toda clase de vicios formales o sustantivos, generales o especiales en la reclamación ante la justicia ordinaria. Por otro lado, genera un inconveniente para el ciudadano en aquellos casos en que la ilegalidad pueda fundamentarse en estatutos jurídicos diferentes. Si un determinado acto administrativo de demolición adolece tanto de vicios de legalidad propios de la LGUC como de otros estatutos jurídicos, el ciudadano no los podría hacer valer conjuntamente pues las vías –de acuerdo con el razonamiento de la Corte– para alegar uno u otro son diferentes. Además, restringir el ámbito de acción de los jueces en la aplicación del derecho, es decir, vincularlos al estatuto jurídico invocado como fundamento de la impugnación, no es algo que los jueces asuman con naturalidad desde que han sostenido en muchas ocasiones que los materiales jurídicos no lo ligan en la decisión, pudiendo apartarse de ellos⁴⁶.

De esta manera, puede estimarse que el reclamo que consagra el artículo 154 LGUC, excluye al reclamo de ilegalidad municipal. Aquí el legislador ha dispuesto un contencioso especial, frente al juez de letras en lo civil donde estuviere situado el inmueble, y conforme al procedimiento sumario (Art. 155 LGUC). Este sería, a mi juicio, el tribunal llamado por la ley para conocer de un decreto alcaldicio de demolición, cualesquiera sean los vicios de ilegalidad que se invoquen.

6. *Reclamo de ilegalidad en la actividad contractual del municipio*

Todo ente municipal requiere para satisfacer los intereses generales vincularse jurídicamente con los particulares para la prestación de un determinado servicio de naturaleza pública. En el ejercicio de esa vinculación contractual suelen dictarse actos administrativos que pueden causar agravios a terceros o a la misma contraparte del contrato.

La jurisprudencia ha indicado, por un lado, que para demandar la indemnización de perjuicios no es necesario previamente ejercer la reclamación de ilegalidad municipal⁴⁷,

⁴⁶ Acerca de la aplicación del derecho en la jurisprudencia puede verse el trabajo de Hunter, Iván “*Iura novit curia* en la jurisprudencia civil chilena”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XXIII, Nº 2, 2010, pp. 197 a 221, y en especial pp. 202 a 210.

⁴⁷ C. Suprema, 16 de mayo de 2013, Rol Nº 664-2012, “Sociedad Agrícola y Comercial Las Araucarias Limitada con Municipalidad de San Esteban”. Se trata de un juicio de indemnización de perjuicios en sede extracontractual interpuesta por la sociedad demandante, quien se estimó lesionado debido a la no adjudicación de una propuesta pública de servicios de recolección y transportes de residuos sólidos domiciliarios, vegetales, escombros y emergencias. La Corte de Valparaíso, actuando en segunda instancia, rechazó la demanda de indemnización estimando que correspondía ejercer previamente la reclamación de ilegalidad municipal, con el objeto de dejar sin efecto el acto administrativo. La Corte Suprema, si bien rechazó el recurso de casación

dando cuenta de la autonomía de la acción indemnizatoria de la que busca anular un acto administrativo. Esto es coherente si se piensa que no siempre la ilegalidad de un acto es un presupuesto de la responsabilidad. También existen casos en que se ha discutido en sede de reclamo de ilegalidad el cumplimiento o incumplimiento de un contrato, sin que se haya planteado la controversia de la idoneidad de la vía de impugnación⁴⁸.

Sin embargo, se ha sostenido que el reclamo de ilegalidad solo “resulta procedente en la medida que el particular que lo deduce estima que ha sido infringida una norma legal específica, en el sentido que a la palabra ley da el artículo 1º del Código Civil, y *no una norma contractual como es alguna convenida en una concesión de servicio público municipal* de mantención de áreas verdes. La comprobación de si una determinada relación contractual ha sido o no infringida por alguna de las partes y, de ser efectiva, en qué medida se ha producido, es una materia de suyo compleja que debe ser ventilada en un procedimiento de lato conocimiento”⁴⁹. Este razonamiento se ha repetido en otras sentencias, si bien no con el mismo énfasis, al menos con idéntico sentido, excluyendo la esfera contractual del campo de aplicación del reclamo de ilegalidad⁵⁰.

En otras sentencias se postula un razonamiento diverso. Algunos fallos⁵¹ han entendido que el municipio cuando dicta decretos o resoluciones en el marco de un vínculo contractual no está ejerciendo potestades públicas sino que ejecutando un contrato, no siendo susceptibles de control por medio del reclamo de ilegalidad municipal. Este arbitrio estaría únicamente destinado a controlar el ejercicio de poderes públicos finalizados.

La exclusión del reclamo de ilegalidad para las cuestiones contractuales no se encuentra a mi juicio justificada. En primer lugar porque la Municipalidad manifiesta su voluntad en el ámbito contractual (ya sea en la fase de formación del consentimiento, cumplimiento y extinción del contrato) por medio de actos formales, que como cualquier otro, sí son controlables ante los tribunales de justicia. No existe, en este sentido, ninguna restricción que emane del tenor literal o del espíritu del artículo 151 LOCM,

en el fondo, le pareció que efectivamente no era necesaria la declaración de ilegalidad del acto para solicitar la indemnización de perjuicios.

⁴⁸ C. Santiago, 5 de enero de 2010, Rol N° 1761-2009, “Editora Zig-Zag con Municipalidad de Santiago”; C. Concepción, 23 de octubre de 2007, Rol N° 403-2006, “Family Group S.A. con Alcaldía de la Comuna de Yumbel”. Más patente aún es el fallo de la Corte Suprema, de 30 de julio de 2009, Rol N° 667-2008 “Inmobiliaria General S.A. con Ilustre Municipalidad de Santiago”, que en sede de casación no solo no controvierte la posibilidad de impugnar vía reclamo de ilegalidad el decreto que puso término a una concesión, sino que además determina que existió un incumplimiento contractual aplicando normas sustantivas civiles como la buena fe contractual.

⁴⁹ C. Santiago, 19 de octubre de 1999, Rol N° 76798, “Sociedad Bórquez y Cía. Limitada con Municipalidad de Estación Central”. En el mismo sentido: C. Santiago, 9 de noviembre de 2009, Rol N° 3680-2008, “Stand off con Municipalidad de Macul”; C. Valparaíso, 26 de enero de 2010, Rol N° 1746-2010, “Gatica Illanes con Municipalidad de Concón”.

⁵⁰ C. Copiapó, 20 de octubre de 2011, Rol N° 41-2011, “Aseos Industriales Casinos Limitada con Municipalidad de Antofagasta”.

⁵¹ C. Santiago, 4 de abril de 2008, Rol N° 5664-2007, “Cortés Almarza con Municipalidad de Cerro Navia”; C. Chillán, 11 de enero de 2010, Rol N° 380-2009, “Ingeniería en Electrónica, Computación y Medicina S.A., con Municipalidad de Chillán”.

que permita justificar la exclusión del control vía reclamo de ilegalidad de la actividad administrativa emanada al alero de la celebración o ejecución de un contrato⁵². Distinto es, por cierto, el ámbito o estándar de control al que puede ser sometido ese acto en esta sede. Pero lo cierto es que el control de legalidad se ejerce sobre el acto administrativo municipal (decreto o resolución) cualquiera sea el ámbito en que se vincule.

En segundo lugar, el reclamo de ilegalidad no es solo un proceso de revisión al acto, desde que, por una parte, permite a la Corte de Apelaciones reemplazar el acto anulado, como también dictar la resolución que corresponda para subsanar la omisión. En el contexto de la regulación del artículo 151 LOCM se desarrolla un contradictorio pleno: fase de discusión, prueba e impugnación. El afectado tiene la posibilidad de utilizar todos los medios de prueba disponible y la Corte de recibir la causa a prueba si lo estima pertinente, disponiéndose de la apertura de un término probatorio. De esta forma, el proceso jurisdiccional diseñado para el conocimiento de este reclamo no debiera ser un impedimento para conocer de cuestiones contractuales complejas o que requieran una determinación acuciosa de los hechos.

Con todo, los contratos que sí quedarían excluidos del ámbito de este contencioso administrativo son los *puramente privados*, esto es, los que celebra el municipio con un particular y que no están directamente encaminados a satisfacer un fin público. Ellos se someten a las reglas generales en la materia, debiendo el particular accionar de acuerdo con las normas procesales aplicables a los ciudadanos.

IV. UNA IDEA FINAL ACERCA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL PRECEDENTE JUDICIAL

Un elemento central de la tutela judicial efectiva es que el ciudadano sepa con claridad cómo, cuándo y ante quién debe realizar su petición de tutela⁵³. En un contexto de precariedad en la regulación legislativa esta tarea deberían efectuarla los tribunales de justicia. Exigencias de seguridad jurídica deberían permitir al ciudadano prever la

⁵² No veo ningún motivo para excluir del control de legalidad, por ejemplo, al acto municipal que en ejecución de un contrato decide aplicar una multa por considerar que el contratante no cumplió en tiempo y forma con el contrato. O, por el contrario, que se pueda discutir mediante este arbitrio la terminación unilateral que hace el municipio de un contrato o el cobro de las garantías derivados del incumplimiento. Soto Kloss opina al respecto que no existen razones ni de texto ni históricas para excluir de este reclamo jurisdiccional a las resoluciones municipales que se vinculan con la materia contractual. Cfr., Soto, Eduardo, "Comentario sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de octubre de 1999" en *R.D.J.*, 2ª parte, sec. 5º, pp. 234 a 236. *Vid.*, también en similar sentido y críticamente a la jurisprudencia: Jequier, Eduardo, "Terminación unilateral del contrato de concesión municipal y reclamo de ilegalidad (Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades). Análisis de jurisprudencia", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 20, Nº 1, 2013, pp. 293 a 307.

⁵³ González, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 119.

actuación de los órganos jurisdiccionales⁵⁴, de manera de saber con exactitud los requisitos o presupuestos que deben cumplir para impugnar la actuación administrativa.

Sin embargo, nuestros tribunales nos han ofrecido desde hace mucho tiempo interpretaciones diferentes, que resultan difícilmente justificables en un estadio donde el acceso a la información y el seguimiento a los fallos anteriores resulta cada vez más fácil y posible. Esta práctica, anclada en la dispersión de criterios, imposibilita realizar los valores de seguridad e igualdad en la aplicación del Derecho, especialmente en materias donde el legislador ha dejado espacios de interpretación. Como indica la doctrina “es el precedente, en esencia, el que realiza los valores de igualdad, de coherencia y de continuidad del ordenamiento, permitiendo la inserción de decisiones individuales en contextos más amplios. Por otra parte, es por medio del precedente como se realiza la armonización entre las exigencias de flexibilidad del derecho y de apertura y adaptabilidad al cambio, que caracterizan la dinámica de los sistemas jurídicos actuales”⁵⁵.

La seguridad jurídica que debería brindar un ordenamiento resulta imposible de alcanzar en un grado satisfactorio si los jueces no logran decisiones uniformes en las materias que, por un lado, el legislador no ha sido claro ni preciso, y; por el otro, se está regulando el ejercicio de un derecho fundamental como el acceso a la jurisdicción⁵⁶. Y ello porque es un deber de los tribunales de justicia conferir certeza en la interpretación de las normas jurídicas que regulan el ejercicio de derechos fundamentales.

V. CONCLUSIONES

El reclamo de ilegalidad municipal constituye un mecanismo de impugnación cuya finalidad es privar de eficacia a los actos municipales. Si bien se perfila como un medio de impugnación similar a la revisión, en realidad es un recurso de plena jurisdicción, desde que permite a la Corte de Apelaciones reemplazar el acto anulado o dictar la resolución que corresponda para subsanar la omisión. Su regulación legislativa es básica y elemental, dejando espacios para la interpretación de sus reglas, lo que ha permitido la proliferación de criterios dispares entre los fallos de los tribunales de justicia.

De esta manera se han mantenido posturas diferentes respecto de si los funcionarios públicos pueden interponer este reclamo; acerca de la naturaleza y normas aplicables a los plazos para recurrir; del carácter formalista y extraordinario de este medio de impugnación; de su compatibilidad con la acción de nulidad de derecho público y algunas acciones especiales de la LGUC; como también respecto de su aplicación a la actividad

⁵⁴ Bacigalupo, Enrique, “Jurisprudencia y seguridad jurídica”, en *La fuerza vinculante de la Jurisprudencia*, CGPJ, Madrid, 2001, p. 146.

⁵⁵ Taruffo, Michele, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, p. 192.

⁵⁶ Sobre esta crítica: Accatino, Daniela, “La interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena”, *Justicia Constitucional y Derecho Fundamentales*, Bordalí, Andrés (coords.), Legal-Publishing, 2006, pp. 27 a 29.

contractual del municipio. En todos estos casos se observan posturas diferentes o de ciertos matices, algunas encarriladas en permitir un acceso amplio a la tutela judicial efectiva forzando el sentido de las reglas, y en otras, delimitando el acceso atendido a un carácter excepcional de este arbitrio jurisdiccional.

Sea cual sea la situación lo cierto es que las decisiones jurisprudenciales no han efectuado un trabajo sistemático y ordenador, nublando el panorama del ciudadano en un sistema jurisdiccional como chileno, siempre pedregoso y carente de reglas claras. Esta realidad impide generar pautas precisas y exactas que permitan a los ciudadanos ordenar adecuadamente su pretensión impugnatoria ante la jurisdicción, quedando entregado al intérprete de turno. Esta es una realidad poco saludable cuando se trata de regular el ejercicio de un derecho fundamental como el de acción. De ahí la labor de los juristas y operadores de alcanzar certeza mediante la discusión y consenso referente a algunos de los puntos abordados en este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela, “La interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena”, *Justicia Constitucional y Derecho Fundamentales*, Bordalí, Andrés (coords.), Legal-Publishing, 2006.
- ATTARDI, Aldo, *L'interesse ad agire*, Cedam, Padova, 1958.
- BACIGALUPO, Enrique, “Jurisprudencia y seguridad jurídica”, en *La fuerza vinculante de la Jurisprudencia*, CGPJ, Madrid, 2001.
- BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- BLANQUER, David, *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- BORDALÍ, Andrés y Ferrada, Juan Carlos, “El derecho fundamental a la tutela judicial del ciudadano frente a la Administración del Estado”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 2, 2008, pp. 1 a 22.
- CORDERO, Eduardo, “La legitimación activa en el proceso contencioso administrativo”, en *Justicia Administrativa* (Ferrada Bórquez, Juan Carlos, Coords.), LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 383-416. 189-207.
- CORDERO, Eduardo, “La nulidad de los actos administrativos y sus causales” *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno. IX Jornadas de Derecho Administrativo*, Ferrada, Juan Carlos (Coords.), Thomson Reuters-Legal-Publishing, 2013, pp. 195 a 203.
- CORDÓN Moreno, Faustino, *El proceso contencioso-administrativo. Conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.
- CORRAL, Hernán, “Responsabilidad civil en la construcción de viviendas. Reflexiones sobre los regímenes legales aplicables a los daños provocados por el terremoto del 27 de febrero de 2010”, en *Revista Chilena de Derecho* Nº 3, 2010, p. 460
- DE LA OLIVA, Andrés, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, (con Díez-Picazo Jiménez, Ignacio), Editorial Universitaria Ramón Areces, tercera edición, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ Torres, Juan Ramón, *Jurisprudencia administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

- FERRADA, Juan Carlos, "El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses" en, *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Vol. XXV, N° 1, 2012, pp. 103-126.
- FERRADA, Juan Carlos, "Los procesos administrativos en el Derecho chileno", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXVI, 2011, pp. 251-277.
- FERRADA, Juan Carlos, "Nuevas restricciones a la nulidad de derecho público como proceso administrativo: una jurisprudencia interesante pero insistente", en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, 2010, pp. 189-203.
- FERRADA, Juan Carlos, "Potestades y privilegios de la Administración en el régimen administrativo chileno", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. 20, N° 2, 2007, pp. 69-94.
- FIAMMA, Gustavo, "Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva", en *Revista de Derecho Público*, N° 49, 1991, pp. 91 a 98.
- GARBERÍ, José, *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1989.
- GASCÓN, Fernando, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Civitas, Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001.
- HUIDOBRO, Ramón, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho y administración comunal*, Tomo III, Rolando Pantoja (Coordinador), Legal-Publishing, 2011.
- HUNTER, Iván "Iura novit curia en la jurisprudencia civil chilena", en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XXIII, N° 2, 2010, pp. 197 a 221.
- HUNTER, Iván, "Iura novit curia y el Proyecto de Código Procesal Civil: ¿Para qué sirve definir los poderes del juez en la aplicación del Derecho", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XL, 2013, pp. 601-640.
- JARA, Jaime, *La nulidad de derecho público ante la Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Libromar, Santiago, 2004.
- JEQUIER, Eduardo, "Terminación unilateral del contrato de concesión municipal y reclamo de ilegalidad (Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades). Análisis de jurisprudencia", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 20, N° 1, 2013, pp. 293 a 307
- ORMAZABAL, Guillermo, *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- SILVA, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado. El Servicio Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.
- SOTO, Eduardo, "Comentario sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de octubre de 1999" en R.D.J., 2° parte, sec. 5°, pp. 234 a 236.
- TARUFFO, Michele, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Editorial Temis, Bogotá, 2006.

