

C.A. de Valdivia

Valdivia, nueve de mayo de dos mil veintitrés.

Visto y teniendo presente:

PRIMERO: Waldemar Alejandro Sanhueza Quiniyao, abogado, en representación, de SERVIEST SPA, quien interpone Reclamo de Ilegalidad en contra de La Ilustre Municipalidad De Osorno, representada legalmente por su Alcalde don Emeterio Carrillo Torres, respecto de los Decretos N° 7131 de 18 de agosto de 2022 y N° 7621 de 31 de agosto de 2022, conforme a los cuales se pone término anticipado al contrato de concesión de Explotación del Sistema de Control de Tiempo para Estacionamiento de Vehículos en determinadas vías públicas de la ciudad de Osorno.

Refiere que, previa licitación pública, por Decreto Alcaldicio N° 4900 de fecha 12 de julio de 2021, a su representada se le adjudicó el contrato de concesión, por un período de 24 meses a contar del 01 de noviembre de 2021 y hasta el 30 de octubre de 2023.

El contrato de concesión se suscribió con fecha 03 de agosto de 2021 y fue aprobado mediante Decreto Alcaldicio N° 5655 de fecha 05 de agosto de 2021. oportunidad en que se hizo entrega de la garantía de fiel cumplimiento de contrato, Certificado Folio N° B0096029, pagadero a la vista a favor de la Ilustre Municipalidad de Osorno, tomada por Serviest Spa, por un monto de \$87.843.512 de MasAVAL SAGR.

La adjudicataria se obligó a pagar al municipio la suma mensual de 701 UTM a título de aporte municipal los días 15 de cada mes.

Consecuencia de la nula fiscalización por parte del municipio, a lo que obligo según las bases, se registraron mermas que significaron pérdidas económicas de consideración, lo que influyó en el cumplimiento de las obligaciones hacia el municipio, incurriendo en mora.

Resultado de aquello, el Municipio de Osorno, a través de correo electrónico de 09 de agosto de 2022, de doña Ipsola Delgado Concha, Inspector Técnico del Contrato, informa el término anticipado del contrato, conforme a las Bases Administrativas y contrato, basado en el atraso y no pago del aporte municipal de 701 UTM desde abril de 2022.

El 24 de agosto de 2022, se notificó el Decreto Alcaldicio N° 7131 que dispone el término anticipado del contrato de concesión y hace efectiva la



garantía de fiel cumplimiento de contrato, sin que dicha resolución contara con el acuerdo adoptado por el Concejo Municipal de Osorno, en los términos del artículo 65 letra k) de la ley N° 18.695, que señala que el Alcalde requerirá el acuerdo del concejo para Otorgar concesiones municipales, renovarlas y ponerles término.

El 01 de septiembre de 2022, se notificó el Decreto Alcaldicio N° 7621 de 31 de agosto de 2022, que complementa el N° 7131, en el sentido de señalar que el término anticipado del contrato de concesión cuenta con el acuerdo del Concejo Municipal según consta del Certificado N° 333 de fecha 30 de agosto de 2022 del Secretario Municipal.

Respecto del referido decreto se estima ilegal, pues no consta la existencia de Decreto Alcaldicio que promulgue el acuerdo del concejo municipal. Tampoco consta que dicha “reunión” se haya tratado de un concejo municipal ordinario o extraordinario y que haya sido citado para tal efecto. Lo anterior, vulnera lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 19.880.

Por correo electrónico de 15 de septiembre de 2022, la ITO Ipsola Delgado Concha, notifica el Decreto Alcaldicio N° 8186 de fecha 15 de septiembre de 2022, a través del cual se rechaza el primer reclamo de ilegalidad deducido por esta parte, argumentando que el término anticipado del contrato cuenta con acuerdo del Concejo Municipal.

A su turno, mediante correo electrónico de 27 de septiembre de 2022, la ITO Ipsola Delgado Concha, notifica el Decreto Alcaldicio N° 8351 de 26 de septiembre de 2022, a través del cual se rechaza el segundo reclamo de ilegalidad, argumentando que el término anticipado del contrato cuenta con acuerdo del Concejo Municipal válido y llevado a efecto a través del correspondiente Decreto N° 7621 de 05 de septiembre de 2022.

Expresa que el Decreto Alcaldicio N° 7131 de fecha 18 de agosto de 2022, que dispuso el término anticipado del contrato de Concesión Explotación del Sistema de Control de Tiempo para Estacionamiento de Vehículos en Determinadas vías públicas de la ciudad de Osorno se advierte

Argumenta que del decreto respectivo, no es posible advertir la existencia del acuerdo del Concejo Municipal que apruebe el término anticipado del contrato, apareciendo como una decisión unilateral del Alcalde.



Respecto de la supuesta convalidación, sostiene que los actos administrativos no pueden operar con efecto retroactivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley N° 19.880.

Respecto al Decreto Alcaldicio N° 7621 de 31.08.2022 indica:

- Dentro de los considerandos, se hace referencia al reclamo de ilegalidad municipal de fecha 25.08.2022, sin embargo, a esa fecha aún no se resolvía su procedencia.

- En segundo orden de ideas, el decreto señala que el 30 de agosto de 2022 se reunió el alcalde y el concejo municipal y adoptaron el acuerdo de aprobar el término anticipado del contrato, conforme a lo establecido en el artículo 65 letra k) de la Ley N° 18.695. Lo anterior consta del Certificado N° 333 de fecha 30 de agosto de 2022 del Secretario Municipal.

- Sin embargo, del tenor del decreto impugnado, no consta la existencia de decreto Alcaldicio que promulgue el acuerdo del Concejo Municipal. Asimismo, tampoco consta que dicha “reunión” se haya tratado de un concejo municipal ordinario o extraordinario y que haya sido citado para tal efecto.

Esto constituye un segundo vicio de legalidad que acarrea la nulidad del decreto Alcaldicio N° 7621 y que en ningún caso puede venir a complementar al DA N° 7131, por lo que sus efectos no se han producido, menos aún el cobro de la garantía de fiel cumplimiento.

Por lo expuesto, solicita expresamente declarar la ilegalidad del Decreto Alcaldicio N° 7131 de fecha 18 de agosto de 2022 y del Decreto Alcaldicio N° 7621 de fecha 31 de agosto de 2022, dejándolos sin efecto, con expresa condena en costas.

SEGUNDO: Informa Yazmin Petrovich Rosas, Abogada, en representación de la Ilustre Municipalidad de Osorno, refiere, en lo pertinente que efectivamente, cuando se dictó el Decreto N° 7131 de fecha 18 de Agosto de 2022 se omitió el trámite correspondiente a la aprobación del Concejo Municipal, sin embargo, ello se subsanó requiriéndose de inmediato la aprobación del Concejo Municipal de Osorno.

Mediante Acuerdo N° 436 de fecha 30 de Agosto de 2022 se aprobó por parte del Concejo Municipal el término anticipado del contrato “Explotación del Sistema en Control de Tiempo para Estacionamiento de



Vehículos en Determinadas Vías Públicas de la Ciudad de Osorno”, tal como consta en Certificado N° 333 de fecha 30 de Agosto de 2022.

Con posterioridad a ello, y con el fin de cumplir con la legalidad del término anticipado del contrato, se dictó el Decreto N° 7621 de fecha 31 de Agosto de 2022 que Complementa Decreto N° 7131 de fecha 18 de Agosto de 2022 que pone término al contrato “Explotación del Sistema en Control de Tiempo para Estacionamiento de Vehículos en Determinadas Vías Públicas de la Ciudad de Osorno” incorporándose el respectivo acuerdo municipal.

En virtud de dicho complemento, y a través de Decreto N° 8351 de fecha 26 de Septiembre de 2022, se rechazó el Reclamo de Ilegalidad interpuesto por SERVIEST SpA en contra del Decreto Alcaldicio N° 7621 de fecha 05 de Septiembre de 2022 por haberse dado estricto cumplimiento a lo establecido en el artículo 65 letra k) de la Ley Orgánica de Municipalidades.

Los derechos de SERVIEST SpA no se vieron afectados, toda vez que los efectos del término del contrato recién surtieron efecto a la fecha de la convalidación del acto administrativo, esto es cuando se dictó el Decreto N° 7621, es decir con fecha 31 de Agosto de 2022, y a partir de la notificación a los interesados lo cual ocurrió el 01 de Septiembre, misma fecha en que se terminaba el contrato, por lo que no existiría inconveniente en subsanar la omisión, puesto que aun el Decreto de término de contrato no surtía sus efectos, por lo que mal pudo haber afectado los derechos de terceros.

Posteriormente, la empresa SERVIEST vuelve a presentar con fecha 25 de agosto de 2022 otro reclamo de ilegalidad, esta vez tanto contra el Decreto N° 7131 de fecha 18 de Agosto de 2022, como en contra del Decreto N° 7621 de fecha 31 de Agosto de 2022 fundándolo esta vez en que el acuerdo del Concejo Municipal requiere de un decreto o resolución del Alcalde que le otorgue efectos a través de una promulgación.

Mediante Decreto N° 8351 de fecha 26 de Septiembre de 2022 se rechaza reclamo de Ilegalidad en contra de Decreto Alcaldicio N° 7131 y N° 7621 relacionados con el término anticipado del contrato de “Concesión Explotación del Sistema en Control de Tiempo para Estacionamiento de Vehículos en Determinadas Vías Públicas de la Ciudad de Osorno”, por haberse fundado en acuerdo de Concejo válido y llevado a efecto a través del correspondiente Decreto Alcaldicio N° 7621 de fecha 31 de Agosto de 2022.



Con fecha 11 de octubre de 2022 se dictó Decreto N° 8844 de fecha 11 de octubre de 2022 que Liquidada el contrato de Concesión “Explotación del Sistema en Control de Tiempo para Estacionamiento de Vehículos en Determinadas Vías Públicas de la Ciudad de Osorno” determinándose la deuda pendiente de SERVIEST SpA a la Municipalidad de Osorno equivalente a \$210.419.517, tanto por concepto de cuotas pendientes de la concesión, como de multas por atraso impagas.

Existe certificado de fianza N° B0096029 tomado el 30 de Julio de 2021, por el monto de \$87.843.512, con vencimiento el 28 de Febrero de 2023 empresa SERVIEST SpA, que garantizaba el fiel cumplimiento del contrato por propuesta pública Secplan N° 33/2021, por Concesión explotación del sistema de control de tiempo para estacionamientos de vehículos en determinadas vías públicas de la comuna de Osorno.

Que al día de hoy, la concesión de explotación del sistema de control de tiempo para estacionamientos de vehículos en determinadas vías públicas de la comuna de Osorno se encuentra entregada a Global Service SpA, desde el 12 de Septiembre de 2022, por seis meses, lo cual se realizó a través una contratación directa en los términos establecidos por la ley N° 19.886 y su reglamento según consta en Decreto N° 7916 de fecha 08 de Septiembre de 2022.

En cuanto a la Alegación de la recurrente, en relación a que los actos administrativos no pueden operar con efecto retroactivo conforme a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley N° 19.880, señala que en ningún caso operó el efecto retroactivo en relación a los Decretos ya referidos, ello, porque si bien el primer Decreto, esto es, el N° 7131 que fue el que ponía término al contrato, fue dictado y notificado con fecha 18 de Agosto de 2022, su complemento, esto el Decreto N° 7621, que fue el cual finalmente convalidó el acto inicial, fue notificado el día 01 de Septiembre de 2022, esto es, el día en que se da por terminada la concesión, por lo que en ningún caso los referidos decretos operaron con efecto retroactivo.

Pide el rechazo del recurso.

TERCERO: Con fecha 24 de octubre de 2022, se recibió la causa a prueba, fijándose como punto a probar la efectividad de haber incurrido la reclamada en las ilegalidades señaladas.

Se rindió prueba documental y absolución de posiciones.



CUARTO: Informa la Fiscal Judicial señalando que en su opinión, el presente reclamo debe ser desestimado, porque no es un hecho controvertido la existencia del contrato de concesión referido a estacionamientos en la ciudad de Osorno, sus cláusulas también son un hecho pacífico, lo discutido se centra en la existencia o no de contravenciones a éste por parte del concesionario, lo que es una materia de fondo, improcedente de conocer en esta sede.

En relación a que en la dictación del Decreto N 7131 de 18 de agosto en curso, se reconoce en el informe que se omitió oír al Consejo Municipal, pero ello fue salvado mediante Acuerdo N°436 de 30/08/22 que aprobó el término anticipado del contrato y por ello se dictó el Decreto N°7621 (reclamado) para cumplir con la legalidad del acto administrativo.

En cuanto al fondo del recurso, sostiene que de conformidad a la Ley N°18.695- Orgánica Constitucional de Municipalidades- la reclamada es una corporación autónoma de derecho público, con patrimonio, personalidad jurídica , etc., cuyos actos, sin embargo, tienen una limitación, que es la sujeción a la legalidad y, en el caso, es lo que se ejerce, por la vía jurisdiccional del reclamo de ilegalidad, debido a lo cual, habrá de analizarse, en consecuencia, si el acto administrativo es contrario a derecho y, por otra parte, si es terminal.

Del tenor tanto del recurso, como del informe, se puede señalar que los incumplimientos por los cuales se le aplicó varias multas a la empresa concesionaria, se desarrollaron durante esta época de pandemia, constatados por el ente fiscalizador del municipio en comento, que tiene plenas facultades para ello, indicándose, además, que este actuar se ampara en informes recabados del Director de Turismo y Desarrollo Económico Local y del Director del Tránsito de dicho ente público, que puestos en conocimiento del reclamante no fueron subsanadas.

Que, de lo informado, y los documentos aparejados al recurso, no se advierte que, en la dictación del Decreto N°7621 de 31/08/2022, que es el que realmente pone término al contrato de concesión, se haya vulnerado la ley, porque es de parecer que se debe desestimar el presente reclamo.

QUINTO: Que, en estos antecedentes la Empresa SERVIEST SPA reclama la legalidad de los Decretos Alcaldicios N° 7131 de fecha 18 de agosto de 2022 y N° 7621 de fecha 31 de agosto de 2022, que disponen el



término anticipado del contrato de concesión de Explotación del Sistema de Control de Tiempo para Estacionamiento de Vehículos en Determinadas vías públicas de la ciudad de Osorno

SEXTO: Que en lo que dice relación a las infracciones que reprocha la reclamante, la primera de ellas consiste en haber dictado el Decreto Alcaldicio N° 7131, sin la aprobación del Concejo Municipal y, la segunda en haber dictado el decreto N° 7621, una vez aprobado por el Concejo Municipal el término anticipado de la Concesión, por estimar, en definitiva, que el acto administrativo original se encuentra viciado y no puede ser subsanado con posterioridad.

SÉPTIMO: Que en la presente causa, sin perjuicio de precisar que se trata de un procedimiento dirigido específicamente a la revisión de la legalidad de los actos cuestionados, conviene señalar que como lo manifiesta la señora Fiscal Judicial no hay hechos controvertidos, toda vez que resulta ser reconocido por ambas partes, lo siguiente:

- a) La existencia del Contrato de Concesión de Explotación del Sistema de Control de Tiempo para Estacionamiento de Vehículos en Determinadas vías públicas de la ciudad de Osorno.
- b) Que durante la vigencia del referido contrato la empresa reclamante incumplió con la obligación de entregar a la Municipalidad una suma de dinero mensual a la que se había comprometido en virtud del referido contrato de concesión.
- c) Que en virtud de los reiterados incumplimientos por parte de la reclamante la Municipalidad de Osorno dicta el Decreto Alcaldicio N° 7131 de fecha 18 de agosto de 2022. Al dictar dicho decreto, no se había obtenido la aprobación del Concejo Municipal, como era requerido.
- d) Con fecha 31 de agosto de 2021, se dicta el Decreto Alcaldicio N° 7621, previa sesión del Concejo Municipal que aprueba el término del contrato de Concesión por incumplimiento grave del contrato de Concesión por parte de la empresa reclamante.

OCTAVO: Que la recurrida tiene la facultad de dar en concesión, mediante la celebración del respectivo contrato, la administración de los espacios públicos, como asimismo tiene la facultad de poner término a



dichos contratos, si se dan los presupuestos establecidos en el contrato de concesión.

Efectivamente, la empresa reclamante se puso en un supuesto de incumplimiento grave de contrato de concesión, al no pagar la suma de dinero mensual a la que estaba obligada por contrato.

NOVENO: Que no es materia de discusión que previo a la dictación del acto administrativo que ponía término a la concesión se requería la aprobación del Concejo Municipal, como lo establece el artículo 65 letra k) de la ley N° 18.695.

Consta además, que el Concejo Municipal una vez conocida la dictación del primer Decreto Alcaldicio sin el trámite previo de dicha instancia, validó el acto y tomó el acuerdo, lo que permitió con posterioridad dictar el Decreto Complementario N° 7621 de 31 de agosto de 2022.

DÉCIMO: Que compartiendo la opinión de la señora Fiscal Judicial, no se observa ilegalidad en la dictación de los Decretos Alcaldicios objetados, toda vez que sostener lo que pretende la recurrente implicaría que se priva al órgano Alcaldicio, de corregir los procedimientos viciados evitando nulidades, lo que no resulta lógico.

UNDÉCIMO: Que se debe tener presente el principio de subsistencia del acto administrativo el que implica que éste se presume legal por el solo ministerio de la ley (art. 3 inc. final LBPA).

Una concepción irrestricta del principio de legalidad lleva a la conclusión de que cualquier vicio en un elemento del acto administrativo acarrearía una nulidad y por lo tanto la pérdida de eficacia y extinción del acto administrativo. En virtud de ella, cualquier vicio de que adolezca el acto administrativo lo lleva de forma inexorable a su extinción. Sin embargo, sólo una parte muy pequeña de la doctrina lo ha visto así y, lo que es más importante, en la realidad práctica nunca se ha entendido de esa manera el principio de legalidad, ni mucho menos se ha aplicado de esa forma. Y ello porque la regla no escrita, pero asumida, es que solamente deben tomarse en consideración las gravísimas infracciones legales para que se proceda a declarar la nulidad.

La Ley de Base de Procedimientos Administrativos, contiene un principio no expresado de permanencia o conservación de los actos jurídicos administrativos, existiendo un grupo de vicios tolerados, que son los de



carácter procedimental. Así el art. 13 inciso segundo de la referida Ley expresa: "El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado".

Se debe considerar, además, la posibilidad de convalidar el acto administrativo, lo que comporta la verificación de un hecho jurídico o de una declaración administrativa en cuya virtud un acto administrativo que, en principio, podría haber sido anulado, adquiere plena validez. Ella puede producirse por la declaración posterior en virtud de la cual se ratifica, confirma o subsana el acto administrativo. En este último sentido el art. 13 inc. 3° de la Ley de Base de Procedimientos Administrativos establece: "La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros".

Que en el caso de autos, la convalidación del mismo, no ha afectado intereses de terceros, ya que no ha privado al reclamante del ejercicio de sus derechos, basándose en hechos debidamente acreditados que justificaron el término de la concesión.

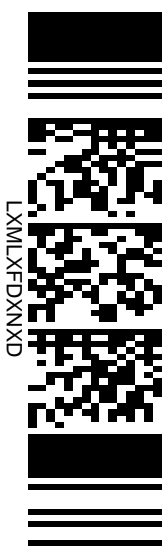
Además, ha podido ejercer los recursos administrativos y judiciales que la ley le otorga, razón por la cual, se estima que nos encontramos en la hipótesis que contempla el referido artículo 13 inciso 3° de la Ley 19.880.-

DUODÉCIMO: Que en virtud de lo expuesto, no observándose infracción al principio de legalidad, el presente reclamo será rechazado.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 18.695, Orgánico Constitucional de Municipalidades, **SE RECHAZA** el reclamo de ilegalidad presentado por la Empresa SERVIEST SPA, en contra de la Ilustre Municipalidad de Osorno.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Samuel Muñoz Weisz
Regístrese, comuníquese y en su oportunidad, archívese.
N° Contencioso Administrativo-15-2022.





LXMLXFDXND

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia integrada por los Ministros (as) Juan Ignacio Correa R., Samuel David Muñoz W. y Abogado Integrante Claudio Eugenio Aravena B. Valdivia, nueve de mayo de dos mil veintitrés.

En Valdivia, a nueve de mayo de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

