

LA VOLUNTAD ADMINISTRATIVA MUNICIPAL EN EL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES

OSVALDO OELCKERS CAMUS
Universidad Católica de Valparaíso

El acto administrativo terminal que expresa la voluntad de la Municipalidad de otorgar una concesión, debe, como todo acto administrativo, ajustarse a derecho según lo disponen los artículos 6 y 7 de la Constitución Política del Estado y artículo 2 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado. Así pues, los elementos que condicionan la validez de los actos administrativos de concesión, entre ellos los dictados por los municipios conforme al artículo 10º de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, son los siguientes:

- a) La voluntad válidamente emitida, asunto que es materia de competencia y procedimiento.
- b) La legitimidad del acto; desde el punto de vista del objeto, de la causa o motivo, de la finalidad y de la proporcionalidad del acto administrativo municipal; y
- c) Los aspectos formales propios del acto, entre ellos, la notificación debida.

Cumplidas todas estas condiciones, el acto administrativo se ha dictado conforme al principio de legalidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política del Estado y art. 2 de la ley 18.575, los que obligan al Estado, en este caso a la Administración Pública Municipal, a actuar conforme al ordenamiento jurídico establecido por la propia Constitución Política del Estado y por las demás normas dictadas conforme a ella, respetando los límites de la competencia y en la forma en que deter-

minen las leyes. Sólo en ese evento el acto jurídico municipal será plenamente válido, legítimo y por lo tanto, eficaz.

Debemos agregar, además, que la propia Ley 18.575 en su art. 1 hace aplicable a las Municipalidades las normas del Título 1 de dicha ley y por lo tanto el artículo 2 de dicho cuerpo legal se aplica íntegramente a la administración local o municipal.

El incumplimiento de parte de la Municipalidad de algunos de estos elementos que condicionan la validez de los actos administrativos municipales trae consigo la nulidad del acto y las responsabilidades y sanciones que corresponden, las que en estas materias se solicitan conforme al art. 6 y 7 de la Constitución Política, 2 y 9 de la Ley 18.575 y art. 82 de la Ley 18.695.

El análisis de esta ponencia se referirá en términos principales a uno de los elementos ya señalados que determinan la validez del acto administrativo municipal y es el referido a la voluntad administrativa válidamente emitida por parte de la Municipalidad y cómo ella incide en la motivación del acto.

1. La voluntad administrativa válida del municipio

La voluntad administrativa no es sino un asunto de competencia atribuida por la ley a la organización de que se trate y de procedimiento para tomar la decisión atribuida. Cumpliendo la Municipalidad con tales elementos, su voluntad será válida y podrá decidir respecto del otorgamiento de la concesión de que se trata. Efectivamente, conforme al art. 55 letra i) y 78 letra i) de la Ley 18.695, es el Alcalde como representante de la Municipalidad el facultado para otorgar tales concesiones a los particulares interesados. En él radica la competencia, pero también es la propia ley la que establece que dicha competencia debe ejercerla previo acuerdo del Consejo Comunal de Desarrollo (CODECO). Así lo disponen los arts. 55 y 78 de la Ley 18.695, con lo cual el ejercicio de la competencia alcaldía se encuentra condicionada al cumplimiento de un trámite esencial para los efectos del ejercicio válido de dicha competencia y él no es otro que sea el CODECO el que apruebe dicho otorgamiento. Si este trámite no se cumple en las condiciones previstas en la Ley 18.695, o se rechaza por el CODECO la propuesta del Alcalde, éste naturalmente deberá abstenerse de dictar el acto administrativo en el que otorga la concesión al interesado que proponía adjudicar y hasta que logre el acuerdo del CODECO. Si lo dicta sin dicho acuerdo, no cumple con el requisito para el ejercicio de la competencia, el acto será ilegal y susceptible de ser declarado nulo, sin perjuicio de las demás sanciones y responsabilidades que correspondan.

Existe aquí, a nuestro entender, una competencia ejercida por el Alcalde, pero condicionada para efectos de su validez al trámite de la aprobación que de ella haga el CODECO. La ley establece, pues, la forma cómo debe ejercerse la competencia y la validez de tal ejercicio está condicionada a que se cumpla dicha forma, que no es sino la aprobación de la proposición del Alcalde por el CODECO.

El CODECO, para poder pronunciarse manifestando su acuerdo a la proposición del Alcalde, debe citarse especialmente y en la forma debida para ello. Así lo establece el art. 79 inciso 2 de la Ley 18.695. A esta sesión deberán concurrir, a lo menos, la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio y sólo cumpliendo tal quórum, el CODECO podrá entrar en sesión para los efectos de pronunciarse sobre la proposición del Alcalde. (Art. 79 inc. 3º de la Ley 18.695). La toma de decisión de aprobación de dicha proposición deberá hacerse con el voto favorable de mayoría absoluta de los miembros presentes (artículo 79 inc. 3º de la Ley 18.695).

En un municipio con 16 miembros del CODECO, es éste un punto de conflicto esencial si para el otorgamiento de las concesiones sólo concurren a aprobar la proposición Alcaldía 7 de los 16 miembros de que consta el CODECO de la comuna.

Efectivamente, puede ocurrir que concurren a la sesión especialmente citada la totalidad de los integrantes del CODECO, o sea, los 16 representantes, con lo cual éste puede, sin dificultad entrar en sesión. Puede ocurrir también que, al momento de tomar el acuerdo de aprobación sólo se pronuncien favorablemente 7 de ellos y los otros 9 se abstengan, sin que existan votos en contra. Esta circunstancia origina, a nuestro entender, un problema de interpretación de la norma del art. 79 inc. 3 de la Ley 18.695. Las abstenciones significan, a nuestro parecer, no emitir opinión de aprobación o rechazo, pero sí votar válidamente, puesto que los representantes al CODECO así lo declaran; se encuentran presentes en la sala y declaran su abstención; no aprueban ni rechazan. ¿Se podría entender bajo esta circunstancia que el CODECO aprueba la proposición Alcaldía? A nuestro entender no, puesto que la ley requiere la mayoría absoluta de los presentes, o sea, en este caso, de los 16 representantes, 9 votos afirmativos y sólo concurren con dicho voto 7 miembros. ¿Podría entenderse que los representantes que se abstienen no votan? A nuestro entender no corresponde, debido a que, como lo dijimos, ellos expresaron su voto de abstención. Se han abstenido de pronunciarse, pero han votado válidamente. ¿Podría entenderse que el no concurrir con el voto afirmativo o negativo sino con la abstención origina la ficción que no se encontraban presentes? En ningún caso, ellos dieron el quórum para sesionar y se encontraban físicamente presentes votando por la opción abstención.

Justificadas nuestras anteriores afirmaciones, debemos señalar que entendemos que los quórum para sesionar se encuentran vinculados con los quórum para tomar acuerdo. Efectivamente, para lograr que el quórum mínimo para sesionar se cumpla, se requiere que siempre se encuentre en la sala un número mínimo de representantes, que lo establece la ley, y que es la mayoría absoluta de los representantes del CODECO en ejercicio, que en este caso serían 9. De allí que la ley sólo requiera la mayoría absoluta de los presentes para los efectos de tomar acuerdos, pues entiende que la votación se producirá entre los presentes que dieron el quórum para sesionar, o sea, si la Municipalidad tiene 16 representantes al CODECO y sólo hay 9 en la sala, con lo que se cumple el quórum para sesionar, los acuerdos por mayoría absoluta de los presentes deberán contemplar, a lo menos, el voto favorable de 5 de los representantes. En el caso que analizamos, existió el quórum suficiente para sesionar, pues asistieron la totalidad de los 16 representantes al CODECO, los que se encontraban presentes en la sala, pero el aparente acuerdo se tomó con el voto favorable a la proposición alcaldía de sólo 7 de ellos, exigiéndose por la ley que fuera por mayoría absoluta de los presentes, o sea, en este caso, al menos con 9 votos favorables del total de los 16. Todos los representantes votaron, favorablemente 7 y absteniéndose de opinar, no de votar, pues manifestaron su voto de abstención, los otros 9, situación que a nuestro entender conforme a lo antes señalado, origina el rechazo de la proposición del Alcalde.

Pensamos que el acuerdo del CODECO en el otorgamiento de la concesión se produce por el voto favorable a la propuesta del Alcalde, así lo establece por lo demás el propio art. 79 inc. 3º, que requiere de un quórum especial de los 3/4 de los consejeros en ejercicio para las materias del art. 78 letra h) y en donde expresamente habla de voto favorable.

Por lo tanto, a nuestro entender el Decreto Alcaldicio en el que se otorga una concesión que no ha cumplido con el debido acuerdo del CODECO a la proposición del Alcalde, al no haber sido otorgado éste con el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros presentes, adolece del vicio de ilegalidad, en razón de voluntad administrativa municipal viciada, expresada en dicho Decreto Alcaldicio, por lo que éste es susceptible de ser declarado nulo, conforme a los art. 6 y 7 de la Constitución Política del Estado y art. 2º de la Ley 18.575, situaciones que se relacionan en materia de reclamo jurisdiccional con los art. 9 de la Ley 18.575; arts. 55 letra i) 78 letra i) 79 inc. 3º y 82 de la Ley 18.695.

2. *La voluntad de aprobación presunta del CODECO*

La voluntad de la Administración del Estado, entre ellas la Municipal, puede ser una voluntad expresa; tácita, que se obtiene indubitadamente como conclusión de actos anteriores expresos; o presunta. En este último caso es posible que la ley pueda presumir en un determinado sentido positivo o negativo la voluntad administrativa. Dicha situación se produce normalmente como resultado del silencio o no pronunciamiento de la autoridad u órgano que estaba llamado a ejercer la competencia y/o pronunciarse, ante lo cual es la ley la que presume dicha voluntad, estableciendo que si dentro de un plazo que ella misma determine no existe tal pronunciamiento de aprobación o rechazo, se presumirá la voluntad en términos positivos o negativos según ella lo establezca. El principio general en materia administrativa de voluntad presunta por silencio administrativo, es el rechazo a la petición, como una fórmula de protección a los intereses y decisiones de la propia Administración del Estado. La excepción es el silencio positivo y la ley lo establece sólo en términos extraordinarios.

En la Ley 18.695, el art. 78 inciso final establece el silencio positivo del CODECO como voluntad presunta, si éste en el plazo de 20 días de requerido y citado por el Alcalde para la aprobación de una o más de sus proposiciones, no se reuniere y por lo tanto, no se pronunciare.

La presunción de voluntad positiva descansa en el hecho de que el CODECO no se reúna y en razón de ello, no se pronuncie. En ningún caso descansa en el hecho que reuniéndose dicho organismo, éste no aprobare la proposición alcaldía y sea luego el transcurso posterior del plazo de veinte días el que permita entender o presumir que la posición del Alcalde es aprobada. La reunión del CODECO conforme a su quórum para sesionar es presupuesto para la decisión o pronunciamiento de él. Efectivamente, no se puede pronunciar ningún órgano administrativo colegiado si previamente no se reúne y no puede entrar en sesión para pronunciarse y tomar decisión si no cumple con los respectivos quórum. En el caso que nos preocupa, el CODECO se reunió y se cumplió el quórum para sesionar, pero no se aprobó la proposición alcaldía porque no se reunió el quórum de mayoría absoluta de los presentes para tomar la decisión aprobatoria. ¿Existió o no pronunciamiento? A nuestro entender sí, porque estando todos los miembros del CODECO presentes todos expresaron su intención de voto válido, 7 de aprobación y 9 de abstención, lo que constituye pronunciamiento del CODECO, negativo y de rechazo a la proposición alcaldía al no votar positivamente al menos 9 de ellos como lo requiere la ley.

Es del caso señalar que puede suceder que el decreto alcaldicio en uno de sus considerandos invoque el art. 78 inc. final de la Ley 18.695, antes señalado, sobre el silencio positivo del CODECO, como resguardo al hecho que dicho organismo no aprobó el otorgamiento de la concesión. Si ello ocurre, a nuestro entender el decreto alcaldicio no considera la verdadera situación que invoca el Alcalde al dictarlo y otorgar la concesión. Esta situación no es otra que el hecho que el CODECO fue citado para decidir y dar su acuerdo a la proposición del Alcalde de otorgar la concesión. En los hechos se reunió y se pronunció por el rechazo, al no reunirse el voto favorable de la mayoría absoluta de los presentes, como antes lo indicáramos. El punto esencial es aquí la existencia de la reunión para tratar la propuesta del Alcalde. De hecho el Consejo se reunió conforme a la citación y además se pronunció, por lo cual no es posible aplicar los contenidos normativos del art. 78 inc. final de la Ley 18.695, que discurre para determinar la voluntad presunta positiva del CODECO en la no existencia de la reunión de dicho organismo, lo que naturalmente origina su no pronunciamiento.

Entendido de otra forma sería desconocer el mandato legal preciso de los art. 55 y letra i) y 78 letra i) y 79 inc. 3 de la Ley 18.695 que requieren del acuerdo del CODECO para otorgar concesiones, pues siempre cabría la posibilidad que si no se cumple con el quórum para decidir, podría el Alcalde suponer el silencio del CODECO y entender aprobada la proposición por el sólo transcurso de tiempo (20 días), cuando por el contrario, lo que se ha producido es justamente la no aprobación del CODECO por no reunir el número de votos necesarios para el acuerdo que la ley determina. Frente a esta situación, el Alcalde, debe abstenerse de dictar el acto, y de presumir voluntades, hasta no lograr el acuerdo del CODECO y si no logra en definitiva dicho acuerdo no podrá dictar el acto terminal (decreto alcaldicio), pues la Ley Nº 18.695 arts. 55 letra i), 78 letra i), 79 inc. 3º ha establecido requisitos de acuerdo y aprobación del CODECO que se constituyen como límites al ejercicio de la competencia alcaldicia. Si el Alcalde dicta el acto municipal, el es ilegal. No olvidemos aquí que el CODECO actúa también como organismo fiscalizador del Alcalde (art. 76 letra c) de la Ley 18.695) y tutelador de los intereses municipales. Burlar su pronunciamiento a través de esta interpretación, es atentar contra el rol básico y fundamental de la intervención del CODECO en las decisiones municipales, siendo como es, un órgano de consulta y participación vecinal que vela por los intereses de toda la comunidad local, en vista de asegurar el progreso de la comuna y que conjuntamente con el Alcalde conforman la Municipalidad (art. 207 y 110

de la Constitución Política del Estado y art. 2º de la Ley 18.695). Sería, además, atentar contra el verdadero espíritu del legislador.

Por otra parte, para invocar el silencio del CODECO, debe existir luego del rechazo, otra citación posterior a reunión del CODECO para tratar de la aprobación de la concesión, y luego éste no reunirse. Debe, además, a nuestro entender existir constancia certificatoria del Secretario Municipal (ministro de fe) de haber transcurrido los veinte días de la citación sin que se reuniera el CODECO. Ambas situaciones deben darse para efectos de invocar el silencio positivo de dicha organización. La certificación es lo mínimo exigible para invocar la voluntad presunta positiva. Así se exige por lo demás en el art. 82 de la Ley 18.695, en el reclamo de ilegalidad.

Por último, no es posible considerar en un mismo decreto alcaldicio dos situaciones que son absolutamente incompatibles y contrapuestas entre sí, como es la aprobación del CODECO, al entenderlo así el Alcalde, con el voto de 7 representantes y no considerando las abstenciones, con el silencio positivo del mismo órgano, pues sólo puede existir una u otra posibilidad, no ambas, ya que la primera (reunión y pronunciamiento) supone la imposibilidad de invocar la segunda (silencio).

Por lo tanto, no puede el Alcalde invocar ambas situaciones referidas en los considerandos del decreto alcaldicio una como resguardo de la otra, si ellas son incompatibles y contrapuestas entre sí. Si se reunió el CODECO y existió pronunciamiento al no aprobarse su proposición por no cumplir los quórum de aprobación, o como el Alcalde lo entiende, al ser aprobado por 7 representantes, no puede existir silencio del CODECO e invocarse la voluntad positiva presunta de dicho órgano, pues ella no existe al no darse los presupuestos legales de su existencia.

De esta circunstancia y al no existir además una clara y absoluta adecuación e identidad de los hechos tal como sucedieron y existieron, con el decreto alcaldicio que otorga la concesión y con la invocación e identidad de las normas jurídicas aplicables en la especie, existe también a nuestro entender una ilegalidad del decreto alcaldicio que otorga la concesión en razón de los motivos invocados por el acto administrativo municipal, originando en él un vicio de ilegalidad en razón de tales motivos y que da origen a la nulidad del acto en la medida que un tribunal, en este caso la Ilustre Corte de Apelaciones, así lo resuelva (art. 82 Ley 18.695)

3. El procedimiento Administrativo

Como señalamos al iniciar esta ponencia, la voluntad administrativa

requiere de un respeto al procedimiento para los efectos de su plena validez.

Efectivamente, la propia Constitución Política del Estado, establece en su art. 7º, que los órganos del Estado, entre ellos las Municipalidades, deben actuar en la forma que prescriba la ley. La referencia constitucional a la forma, implica la existencia de procedimientos preestablecidos por el ordenamiento jurídico público.

Dichos procedimientos, según el art. 19 Nº 3 inc. 5º de la Constitución Política, deben ser racionales, justos y además, según el Nº 2 del mismo artículo constitucional, igualitarios.

Los procedimientos así establecidos por la Municipalidad en el otorgamiento de las concesiones, por mandato constitucional y con el objeto de cumplir la racionalidad y justicia para la toma de decisiones, deben, a mi entender, considerar a lo menos dos aspectos principales. El primero es dar a los miembros del CODECO la debida información para la toma de decisión. Efectivamente, a nuestro entender, dicha situación es fundamental para evitar la abstención de los representantes al CODECO. En caso contrario, el procedimiento no habría cumplido con los requisitos constitucionales de racional y justo. No es racional, pues no se puede tomar una decisión de la importancia de una concesión, sin que previamente el Alcalde entregue toda la información necesaria para ello, o aclare algunos contenidos de las bases de la propuesta. Sólo es justo el procedimiento si se cumple con la debida información y ella es igualitaria para todos los representantes del CODECO, permitiéndoles así una decisión informada y adecuada a los intereses públicos comunales. En segundo término, el procedimiento a seguir para efectos de adjudicar la concesión es, sin duda, la licitación pública. Así lo dispone el art. 6 inc. 2º de la Ley 18.695, puesto que en la especie se trata de una concesión que origina posteriormente un acuerdo de voluntades tendientes a crear derechos y obligaciones entre la Municipalidad y el concesionario.

La licitación pública como procedimiento de selección de la persona a quien se le va a otorgar la concesión debe reunir determinados requisitos básicos y esenciales, a saber: que sea *pública*, en cuanto al llamado a propuesta; *igualitaria*, para todos los oferentes las mismas bases; *informada*, o sea, que se otorgue la información necesaria para poder determinar la oferta del proponente; *obligatoria*, pues constituye su regulación ordenamiento jurídico; y *secreta*, respecto a las ofertas propuestas por los licitantes hasta el momento de su apertura.

A nuestro entender, en el otorgamiento de una concesión si no se respetan los requisitos mínimos de la licitación pública, se produce la nulidad del acto de adjudicación. Así, se viola el principio de la igualdad

en el procedimiento si en definitiva la Municipalidad adjudica a algún proponente que no cumple con las bases. Efectivamente, si es requisito para la adjudicación encontrarse el proponente y luego posible adjudicado, con su situación tributaria y de pago de los impuestos al día, y ello no ocurriese, se atenta contra la igualdad, la propia legalidad y reglamentación pública, lo que sería contrario además a los artículos 6, 7, 19 N° 2 y 3 de la Constitución Política del Estado y art. 6 inc. 2° de la Ley 18.695, en cuanto se atentaría contra las bases constitucionales, legales y administrativas del procedimiento licitatorio. La Municipalidad debe respetar la Constitución Política, la Ley 18.695, y el propio procedimiento por ella establecido. En caso contrario, ello significaría actuar contra sus propios actos, situación que determina un vicio de ilegalidad en la voluntad administrativa en razón del no respeto al debido procedimiento. Igual cosa sucede si se atenta contra el principio de la debida y correcta información a los proponentes, al desconocer éstos la información íntegra de los aspectos contables, financieros y económicos que dicha concesión representa. Incluso, más, si uno de los proponentes, el adjudicado, es el único que tenía acceso fidedigno a dicha información por estar de alguna forma vinculado con la concesión anterior y ello se refleja en la licitación. Se atenta aquí también contra la igualdad en el procedimiento en lo relativo a la información para la debida y competitiva oferta, que por lo demás es lo que busca el procedimiento licitatorio.

Por estas consideraciones, es ilegal un acto administrativo municipal de otorgamiento de una concesión en razón de carecer éste de una voluntad válidamente emitida, si se atenta contra los principios y normas esenciales del procedimiento administrativo licitatorio empleado para la adjudicación de la concesión.