



000236
doscientos treinta y seis

1

Santiago, catorce de mayo de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Con fecha 1 de septiembre de 2017, Concesiones Recoleta S.A., representada legalmente por Gustavo Parraguez Gamboa, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 279, numeral 2º y, del artículo 298, en su frase final, ambos del Código de Procedimiento Civil, para que surta efectos en los autos sobre recurso de apelación que se sustancian ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol Nº 6000-2017.

Preceptos legales cuya aplicación se impugna.

El texto de los preceptos legales impugnados es el que sigue, en su parte ennegrecida:

"Código de Procedimiento Civil

(...)

Art. 279 (269). *Podrán solicitarse como medidas prejudiciales las precautorias de que trata el Título V de este Libro, existiendo para ello motivos graves y calificados, y concurriendo las circunstancias siguientes:*

1a. *Que se determine el monto de los bienes sobre que deben recaer las medidas precautorias; y*

2a. *Que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan.*

(...)

Art. 298 (288). *Las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio; y para decretarlas deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. **Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen.***

Síntesis de la gestión pendiente

Expone el actor que contrató por escritura pública con la Municipalidad de Recoleta en febrero de 2010, luego de un proceso de licitación, respecto del diseño y construcción de dos edificios de estacionamientos subterráneos en dicha comuna y también la explotación del mismo servicio a tiempo controlado en superficies en diversas vías.





Agrega que constituyó una sociedad con giro exclusivo a dicho efecto, celebrándose el contrato luego de dictarse el Decreto Alcaldicio N° 4767, previa aprobación del concejo municipal.

No obstante, agrega, han surgido diversos problemas en la ejecución de lo contratado, accionando judicialmente en variadas oportunidades. Refiere que demandó de nulidad de derecho público a la Municipalidad de Recoleta, solicitando se declare la nulidad de un acuerdo del consejo municipal y de un decreto exento, a través de los cuales dicho municipio puso término unilateral al contrato de "concesión de estacionamientos subterráneos y de superficie, comuna de Recoleta", adjudicado a su parte luego de un proceso licitatorio.

Dicha decisión fue acordada en diciembre de 2016. Por ésta, expone que se vio en la necesidad de presentar una medida prejudicial precautoria, con el objeto de evitar las acciones unilaterales de autotutela y arbitrarias que refiere habría realizado la Municipalidad de Recoleta, y con la finalidad de no afectar a más de 110 trabajadores y continuar con la operatividad de la empresa, cuyo único objeto y giro social es la explotación de estacionamientos subterráneos y de superficie en dicha comuna.

Agrega que en virtud de lo anterior, en marzo de 2017, el 17° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago accedió a lo solicitado, decretando la medida prejudicial precautoria consistente en suspender el acuerdo adoptado por el consejo municipal en diciembre de 2016, así como el decreto exento que permitió el término unilateral del contrato de concesión. Sin embargo, luego, acogiendo un incidente de oposición, en abril de 2017, el tribunal civil dejó sin efecto lo ya resuelto, argumentando que la cuantía indeterminada del asunto y el carácter innominado de la medida precautoria, consistente en la suspensión de los actos administrativos, hacían imposible la determinación de la contra-cautela exigida para el otorgamiento de la medida precautoria solicitada.

Dicha resolución fue objeto de un recurso de reposición con apelación en subsidio, constituyendo la gestión pendiente a que acceden estos autos constitucionales. En ésta, expone a fojas 4, se habría decretado orden de no innovar por dicho Tribunal de Alzada.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Debido a los preceptos impugnados, indica que se le impone la rendición de una caución cuyo monto es completamente indeterminado, con la finalidad de responder de eventuales e hipotéticos perjuicios que dependerían de la voluntad de la administración.

Así, expone se producirían las siguientes contravenciones a la Carta Fundamental:



000237
doscientos treinta y siete

3

1. Garantía de la tutela judicial efectiva. Expone que ésta consiste en el reconocimiento por el Estado a quien accede a la justicia, de obtener la protección jurídica debida en igual ejercicio de sus derechos, proscribiéndose la autotutela y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales.

Esta garantía abarca las controversias entre el administrado y un determinado órgano de la administración, para el resguardo de los derechos e intereses ciudadanos, comprendiendo la posibilidad de realizarse pretensiones ante la jurisdicción para obtener una debida respuesta en derecho.

Entre éstas se encuentra, precisamente, el derecho a disponer de medidas cautelares.

Agrega que para poder impugnar eficazmente los actos administrativos del municipio, su parte requiere necesariamente que se suspendan los efectos nocivos de los mismos, por cuanto al declarar la terminación unilateral del contrato de concesión, se amenaza actual y severamente la existencia de la empresa requirente.

Unido a lo anterior, en el escenario de obtenerse una sentencia favorable civil que anule lo reprochado, ésta será inocua e irrealizable dado que la empresa no puede ni podrá existir, como así, tampoco, la concesión.

Por lo expuesto, la exigencia de caución suficiente para otorgar una medida precautoria constituye una barrera desproporcionada, esencial para el debido acceso a la justicia. La normativa impugnada entrega a la discrecionalidad judicial el establecimiento de una caución, pero no establece ningún parámetro objetivo para fijar su monto, lo que puede llevar a un eventual rechazo de lo impetrado.

Así, restringir, obstaculizar e impedir el acceso a las medidas cautelares en los términos que lo hacen las disposiciones cuestionadas, equivale a desproteger los derechos e intereses de las personas frente a las arbitrariedades de la administración y demora en las decisiones jurisdiccionales.

2. Proscripción de la arbitrariedad. Reseña que se exigen requisitos desproporcionados debido a que se condiciona el acceso a la justicia y, en particular, a la impugnación de actos administrativos, con la carga de plasmar y rendir una caución.

La Municipalidad se encuentra en una condición abusivamente ventajosa e injusta, toda vez que la autotutela ejercida le afectará irreversiblemente.

3. Derecho a un justo y racional procedimiento. Señala que la consagración del debido proceso permite a todas las personas la búsqueda de solución frente a los conflictos mediante el acceso a la jurisdicción.

La exigencia de una caución indeterminada para el otorgamiento de una medida precautoria afecta el correcto desempeño de los tribunales de justicia,





impidiendo la eficacia de las resoluciones judiciales y, así, consolida los perjuicios otorgados por los actos ilegales y arbitrarios de la administración.

4. Garantía de contenido esencial de los derechos y seguridad jurídica. Argumenta que el resguardo de la supremacía constitucional exige que las normas legales no puedan llegar a desconocer o establecer limitaciones que impidan el correcto ejercicio de los derechos constitucionales, al punto de vulnerar su núcleo esencial.

La normativa cuestionada, al contravenir la tutela judicial efectiva, obstaculizando y limitando el otorgamiento de las medidas precautorias en contra de actos administrativos, impiden que Concesiones Recoleta pueda impugnar legítimamente los actos de la Municipalidad que lesionan sus derechos e intereses.

Por todo lo expuesto solicita sea acogido el libelo de fojas 1, en todas sus partes.

Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento

El requerimiento se acogió a trámite a través de resolución de la Segunda Sala de este Tribunal Constitucional, de fecha 5 de septiembre de 2017, a fojas 77, oportunidad procesal en que fue decretada la suspensión del procedimiento en la gestión pendiente en que incide. Posteriormente, fue declarado admisible el día 26 del mismo mes y año, resolución rolante a fojas 118.

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados y a las partes de la gestión pendiente, no fueron evacuadas presentaciones.

A fojas 132, con fecha 24 de julio de 2018, la parte requirente acompaña informe en derecho del Dr. Andrés Bordalí Salamanca.

Vista de la causa y acuerdo

Con fecha 26 de julio de 2018 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y concurriendo a alegar por la parte requirente, el abogado don Gustavo Parraguez Gamboa y, por la I. Municipalidad de Recoleta, el abogado don Rodrigo Aros Chia. A su turno, en Sesión de Pleno de 31 de julio del mismo año, se adoptó acuerdo de rigor.

CONSIDERANDO:



000238
doscientos treinta y ocho⁵

CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

PRIMERO: Que, a continuación, esta sentencia expondrá los motivos que llevan a declarar inaplicables dos preceptos del Código de Procedimiento Civil, por cuanto su concreción, en el caso presente, afecta el legítimo ejercicio del derecho a una tutela judicial efectiva que, frente a los actos de la Administración, aseguran a todas las personas los artículos 19, N° 3, y 38, inciso segundo, de la Constitución.

Es así que el numeral segundo del artículo 279 y la frase final contenida en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, han permitido al juez de la instancia denegar la suspensión de unos actos administrativos de origen municipal, solicitada por el afectado como medida prejudicial precautoria, mientras se dirime su pretensión, en orden a que se declare la nulidad de derecho público de los mismos.

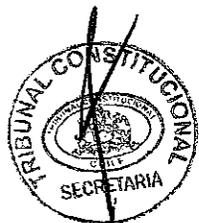
Para desechar dicha suspensión, el juez no ha argüido que la medida pueda perjudicar a terceros o la satisfacción de una impostergable necesidad pública. Tampoco aduce algún propósito de retardar injustificadamente la aplicación de un acto administrativo. No obstante que los actos municipales recurridos en sede judicial vienen poniendo término a un contrato administrativo en que es parte e interesa mantener a la recurrente, Concesiones Recoleta S.A., el juez de la causa sostiene que las precitadas normas procesales exigen fijar una fianza o caución para responder de los perjuicios que dicha suspensión pueda originar a la Municipalidad de Recoleta demandada. De modo que, al tratarse de un juicio cuya cuantía es indeterminada, ello imposibilitaría mensurar dicha caución para la Municipalidad demandada y, por ende, impediría conceder la suspensión pedida por la Concesionaria demandante;

SEGUNDO: Que, de esta manera aplicadas las normas cuestionadas, es evidente que ambas producen un resultado contrario a la Constitución. Si ésta ha querido que todos los derechos, en general, gocen de eficacia práctica y real, con mayor razón habrá de poder ejercerse con todo provecho o utilidad el derecho a la acción, cuya funcionalidad consiste -esencialmente- en que los tribunales puedan brindar por su intermedio una defensa efectiva a aquellos otros derechos garantizados por la Constitución.

Una ley, entonces, que veda al juez la facultad de paralizar la ejecución de un acto administrativo mientras se discute su validez, o que estable para el justiciable condiciones o requisitos que impiden su obtención, al tolerar -en ambos casos- que una eventual sentencia anulatoria llegue a carecer de toda trascendencia real, contraviene los preceptos constitucionales que enseña se señalan;

CONSIDERACIONES

TERCERO: Que, como se sabe la reforma introducida el año 1989 al artículo 38, inciso segundo, de la Constitución, importó radicar en los tribunales ordinarios del Poder Judicial el conocimiento y resolución de las acciones de nulidad de derecho público que "cualquier persona lesionada en sus derechos" puede deducir en contra





de los actos de la Administración, a menos que la ley señale como competentes a otros tribunales (STC roles N°s. 78-89, considerando 11°, y 176-93, considerando 6°). Precisamente en la especie se impugna un acto del Concejo municipal, cuya nulidad, carece de otra instancia judicial para declararse.

Entendiéndose por tales tribunales ordinarios, en primera instancia, los juzgados de letras en lo civil, acorde con el alcance amplio que posee la expresión "causas civiles" empleada en el artículo 76 de la Constitución, comprensiva -además de otros asuntos propiamente patrimoniales o pecuniarios- de los litigios contencioso administrativos. Causas que, a falta de una regla especial diversa, deben tramitarse con arreglo a las normas del procedimiento ordinario del Código de Procedimiento Civil (artículo 3°), aunque, eso sí, de una forma que resulte compatible y posibilite efectivamente el ejercicio de ese derecho a la acción o reclamo que -para el pleno respeto de los derechos y garantías que esta Constitución establece, dice su artículo 1°, inciso cuarto- consagra la misma Carta en su artículo 38, inciso segundo;

CUARTO: Que, de esta manera, el ordenamiento constitucional chileno pudo guardar consonancia con el deber que venía siendo exigido por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 8° prevé que "Toda persona tiene derecho a un *recurso efectivo*, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley" (énfasis agregado). El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, reza así: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso *efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales" (cursivas puestas).

Principio reafirmado, además, en la Ley N° 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos, que en el capítulo I Disposiciones Generales, artículo 1°, contempla que si bien los actos administrativos pueden ejecutarse una vez notificados o publicados, según corresponda, ello no procede cuando "mediare una orden de suspensión dispuesta por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional" (inciso final);

QUINTO: Que, según se lleva dicho, la Constitución no ha querido declamar unos derechos meramente abstractos o teóricos, carentes de significación y sin posibilidades de concreción práctica. Si son directamente exigibles, por cuanto, además, "es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos", al tenor del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, quiere decir entonces que han de removerse todos los obstáculos que impidan "impulsar su desarrollo o realización", según define el Diccionario la voz "promover".

Todo lo cual cabe predicar respecto al derecho a la acción frente a los actos de la autoridad administrativa, que expresamente reconoce la Constitución. Un



000239
doscientos treinta y nueve

7

derecho cuyo ejercicio resultaría meramente ilusorio, si se cierra la posibilidad de adoptar medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de cuanto se resuelva en definitiva. Pues una eventual sentencia favorable carecería de toda virtualidad, transmutando en un documento meramente decorativo, si la autoridad demandada, intertanto se tramita el proceso, se anticipa a los resultados del juicio haciendo ejecutar el acto reclamado y avocándose de esta suerte la respectiva causa pendiente.

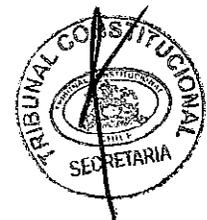
Como ha manifestado esta Magistratura en STC Rol N° 5540-18, una prohibición al juez para decretar en el proceso una suspensión del acto reclamado, lo mismo que la institución de requisitos imposibles de cumplir por el actor, "impide a los tribunales ejercer en plenitud sus potestades jurisdiccionales, a la vez que amaga el derecho a una tutela judicial efectiva que le asiste a los afectados, al obstar que - dentro del contencioso administrativo de que se trata- se pueda decretar una orden de no innovar, que suspenda los efectos de la resolución reclamada o que paralice su cumplimiento" (considerando 69°);

SEXTO: Que, revela la aplicación inconstitucional de los preceptos impugnados lo señalado por la Municipalidad requerida, en cuanto a que el decreto exento y el acta de concejo municipal gozan de presunción de legalidad. Deriva la requerida de la anterior afirmación, que la orden judicial de suspensión "inhibe el correcto funcionamiento del Municipalidad de Recoleta" (argumento expresado ante el Juez Civil, al momento de oponerse a la medida de suspensión con fecha 9.3.2017, y replicado ante esta Sede Constitucional, a fs. 89);

De una parte, la presunción de legalidad solo opera en caso que un acto administrativo sea Tomado de Razón por el Contralor General de la República, cuestión que no ocurre en este caso. De otra, aún en el supuesto que el acto haya sido tomado de razón, el efecto de la presunción de legalidad no consiste en condicionar o limitar el ejercicio de la jurisdicción. Al contrario, para este Tribunal Constitucional, la Toma de Razón es un antecedente que puede ser considerado en 'sede judicial, cuando la Contraloría General concurre al proceso a explicitar pormenorizadamente las causas que lo llevaron a tramitar sin reparos el acto examinado, lo que tampoco ocurre en este caso (STC Rol N°s 4757, considerando 6°, y Rol N° 1849, considerando 12°).

Y TENIENDO PRESENTE lo prescrito en los artículos 6° y 7° de la misma Constitución, además de lo dispuesto en las normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE:





- I. QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1, DECLARÁNDOSE LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD EN LA GESTIÓN PENDIENTE SOBRE RECURSO DE APELACIÓN QUE SE SUSTANCIA ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO BAJO EL ROL N° 6000-2017, LOS ARTÍCULOS 279, N° 2 Y 298, SEGUNDA PARTE, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. OFÍCIESE.
- II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.

DISIDENCIA

Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Nelson Pozo Silva, por las siguientes razones:

I) LA IMPUGNACIÓN

1º) Que el pronunciamiento de inaplicabilidad recabado se solicita para que produzca efectos en el **recurso de apelación de incidente** deducido por la requirente Concesiones Recoleta S.A. ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en contra de la resolución del 17º Juzgado Civil de Santiago, que dejó sin efecto la medida precautoria decretada previamente en su favor, en el marco de la **acción de nulidad de derecho público** interpuesta por ésta en contra de la I. Municipalidad de Recoleta, en razón del término unilateral y anticipado que la demandada y requerida dispuso respecto de la concesión de estacionamientos subterráneos y de superficie en la comuna de Recoleta, adjudicada a la requirente en el año 2.009.

Relata al efecto la requirente que suscribió un contrato de concesión de estacionamientos subterráneos y de superficie con la señalada municipalidad, el 26 de febrero de 2.010, el que fue terminado unilateralmente por la corporación a través del acuerdo N° 155, del Concejo municipal y el subsecuente decreto alcaldicio N° 3.662, ambos de 9 de diciembre de 2.016. Añade que solicitó una medida prejudicial precautoria ante el mencionado 17º Juzgado Civil de Santiago, con el fin de suspender los efectos de los referidos actos administrativos, la que fue concedida. No obstante, acogiendo un incidente de oposición de la demandada, dejó sin efecto la cautelar ya concedida, argumentando principalmente que la cuantía indeterminada del asunto y el carácter innominado de la misma, hacían imposible la determinación de la contra-cautela exigida para el otorgamiento de la aludida medida precautoria.

000240
doscientos cuarenta

Contra esta resolución se dedujo por la actora recurso de apelación, con apelación subsidiaria, que constituye la gestión judicial pendiente, encontrándose intertanto suspendidos los efectos de la resolución del *a quo* que negó lugar a la mantención de la cautelar originalmente concedida y posteriormente dejada sin efecto, en virtud de orden de no innovar decretada por la Corte de Apelaciones competente, en el curso de la tramitación de alzada.

II) LAS NORMAS OBJETADAS

2º) Que el artículo 279 del código procesal civil vigente adolecería de un defecto de constitucionalidad en la parte que, por su ordinal segundo, exige como requisito para la concesión de las medida prejudiciales precautorias de que trata el Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil - además de la exigencia general de existencia de *"motivos graves y calificados"* y determinación del *"monto de los bienes sobre que deben recaer las medidas precautorias"* - que *"se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan"*. Este último acápite es el que adolecería de un déficit de constitucionalidad, en concepto de la requirente;

3º) Que la medida cautelar solicitada, en el carácter de prejudicial, tiene una regulación específica en los artículos 279 y 298 del Código de Procedimiento Civil. El juego armónico de estas disposiciones permite tener por establecido que, para su otorgamiento es preciso constatar la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Existencia de motivos **"graves y calificados"** que la justifiquen;
- b) Determinación del monto de los bienes sobre los que deba recaer la medida;
- c) **Rendimiento de fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder de los perjuicios que se originen y multas que se impongan;**
- d) Acompañamiento por el demandante de comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama;
- e) Limitarse a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio, y
- f) Finalmente, **"solo cuando lo estime necesario"** el tribunal y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, **"exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen"**.

Esta última condición solo es exigible tratándose de las medidas precautorias llamadas innominadas, vale decir, aquéllas distintas de las cuatro enumeradas taxativamente por el artículo 290 de la recopilación procesal civil. Es la categoría en la que se incardina la medida que el tribunal de primer grado estimó





improcedente, a raíz de la oposición de la contraparte del actor, no obstante haberla concedida inicialmente.

Para así resolver, el órgano jurisdiccional argumentó que no estaría en situación de fijar **“un monto prudencial para el resguardo de los derechos del demandado”** (considerando 7º de la resolución que se pronunció sobre el incidente de oposición a la medida presentado por la Municipalidad concernida, corriente a fojas 47 de estos autos), en atención al **“modo en que ha sido propuesta la medida cautelar, a saber, la suspensión de los efectos de los actos administrativos”** que dispusieron la terminación anticipada de las concesiones de estacionamientos de la actora, por estar indeterminada la cuantía o **“en particular los efectos que podría producir para las partes la aplicación de la resolución municipal de autos”**, lo que impediría a la sentenciadora **“fijar un monto prudencial para el resguardo de los derechos del demandado”**.

Adicionalmente, entiende la jueza de la instancia que la aplicación de esta clase de cautelares **“no importa una tutela anticipada”** dirigida a satisfacer el derecho material **“en forma anticipada a la dictación de la sentencia definitiva”**, contexto que la conduce a acoger el incidente promovido y dejar sin efecto la prejudicial precautoria decretada;

4º) Que la requirente no hace cuestión de los requisitos enumerados en los literales a) a f) de la reflexión precedente, con excepción de los signados con las letras a) y c), que serían contrario a las normas constitucionales que se encarga de desarrollar.

En su desarrollo argumental, se señala por la actora constitucional que, por tratarse de una medida prejudicial precautoria, **“se encuentra sometida a la rendición de una caución obligatoria”** (fs. 13). Esta premisa es errónea: en su último acápite, el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil observa, textualmente, que el tribunal **“podrá...cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley”** – es el caso de la innominada de la especie – **exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen”**.

En consecuencia, no existe ningún inconveniente para que el tribunal de la causa prescinda de la caución, si no la estimare necesaria, en el caso de las medidas prejudiciales de carácter innominado. Estas escapan, por ende, de la regla general del artículo 279, numeral 2º del cuerpo procesal que interesa, que hace preceptiva la caución solo respecto de las medidas nominadas de la naturaleza indicada, cuyo no es el caso.

La inconcurrencia de esta premisa anula o priva de eficacia la argumentación sobre el carácter obligatorio de la caución en la hipótesis que se analiza y, por ende, reconoce un margen de discrecionalidad al juez para prescindir de la garantía como presupuesto necesario para la concesión de la prejudicial innominada;



000241 11
ciento cuarenta y uno

5°) Que un examen riguroso del contexto en que se inserta la cautelar en estudio, permite extraer algunas aproximaciones que pueden resultar valiosas para la evaluación de constitucionalidad del precepto que se busca inaplicar.

El incidente pendiente de resolución constituye un acto trámite al interior de un procedimiento de lato conocimiento, como lo es la acción de nulidad de derecho público seguida por Concesiones Recoleta S.A. contra la municipalidad de Recoleta, para la anulación de los actos administrativos que culminaron con la terminación anticipada de la concesión de estacionamientos otorgada a esa sociedad anónima por el ente municipal. Esta terminación anticipada se dispuso en ejercicio del derecho que a las municipalidades le confiere el artículo 36, inciso tercero del artículo 36 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, contenida en el DFL N° 1 (Interior), de 26.07.2.006, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695. Esa norma faculta a estas entidades para poner término anticipado a las concesiones de bienes municipales o nacionales de uso público, sin derecho a indemnización de perjuicios, "cuando sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común o cuando concurren otras razones de interés público" (artículo 36, incisos 3° y final), motivo este último que fue aducido por la concedente para resolver en la forma que lo hizo;

6°) Que, por otra parte, le Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado N° 19.880 (29.05.2.003) prescribe, en el inciso final de su artículo 3°, que "[L]os actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio, o por el juez conociendo por la vía jurisdiccional". Es ésta una norma directamente aplicable a las municipalidades, por remisión del artículo segundo de su texto.

Consecuente con este entorno y estando claro que la sola interposición de una acción jurisdiccional orientada a dejar sin efecto el acto administrativo que extinguió el contrato administrativo de marras, no puede provocar la inmediata suspensión de los efectos del acto cuestionado, resulta evidente que la concesión de una cautela jurisdiccional previa al pronunciamiento de fondo requerido, no puede admitirse sin ponderar, además de los requisitos reseñados en la legislación procesal civil aplicable, los principios que inspiran la teoría general de los actos administrativos.

Estas aportaciones de contexto serán utilizadas en el escrutinio de constitucionalidad siguiente;





III) TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: Artículo 19.3° y 38.2° de la CPR

7°) Que la norma legal reprochada infringiría el derecho a la "igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos", resguardado en el numeral primero del artículo 19.3° de la CPR, así como en el artículo 38.2° del mismo cuerpo fundamental. Los preceptos impugnados someterían a la discrecionalidad del juez el otorgamiento de una caución, pero sin establecer ningún "parámetro objetivo" para fijar su monto.

Comencemos por recordar, en este punto, que la exigencia de la caución no ha sido concebida como una exigencia imperativa por el legislador. Baste corroborar que el artículo 298 otorga al juez latitud en este extremo, autorizándolo para exigir o prescindir de la garantía según lo "estime necesario", en lo que concierne a las medidas prejudiciales innominadas, como es la que nos ocupa. Si puede el juez prescindir de la caución caso de estimarlo conveniente, mal puede sostenerse que deba estar sujeto a un parámetro objetivo, salvo en el supuesto de considerar que corresponda fijar una caución para responder de los eventuales perjuicios.

Pero en esta segunda hipótesis, la "discrecionalidad" del juez no le impide determinar el monto de la caución, sin que para ello sea indispensable que se determine previamente el monto de los bienes sobre que deben recaer las medidas precautorias, como lo exige el artículo 279, N° 1° del Código de Procedimiento Civil, solo para las medidas nominadas. Naturalmente, para determinar este monto, deberá apreciar razonadamente la cuantía de los perjuicios y eventuales multas que deberá satisfacer el solicitante para el caso de que las medidas no se renueven en conformidad al artículo 280 (como lo señala el artículo 299, *in fine*), o se dejen sin efecto en cualquier momento, como es inherente a su condición de provisionalidad. Por cierto que, dentro de la latitud propia de una atribución discrecional, su determinación quedará siempre sujeta a la razonabilidad y proporcionalidad del monto fijado, en relación con el daño que la medida podría infligir al demandado, con mayor razón si el acto opugnado en la acción interpuesta se debe presumir legal y dotado de exigibilidad inmediata, como hemos apuntado.

En resumen, la forma de ejercicio de la potestad discrecional reconocida quedará subordinada a la revisión que el superior jerárquico deba hacer en torno a la prudencia y equidad de su determinación. Así sucederá en autos, por existir una apelación pendiente, que deberá ponderar todos estos elementos.

El asunto en conocimiento de la jurisdicción ordinaria, por consiguiente, deberá ser resuelto por ésta de conformidad con las normas que regulan la concesión de medidas precautorias innominadas en el carácter de prejudiciales, resultando la exigencia de rendir fianza u otra garantía suficiente para responder de los perjuicios que se originen y multas que se impongan, entregada a la discrecionalidad del tribunal, suficientemente acotada como para prevenir cualquier arbitrariedad en su ejercicio, sujeto por lo demás al doble escrutinio del *a quo* y el *ad quem*, en la especie;



000242
doscientos cuarenta y dos

IV) IGUALDAD ANTE LA LEY: art. 19.2º, inciso segundo de la CPR

8º) Que las normas reprochadas otorgarían a la municipalidad correspondiente una "condición abusivamente ventajosa e injusta, toda vez que la autotutela ejercida – mediante los actos impugnados – afectará irreversible y permanentemente a Concesiones Recoleta", La diferencia injustificada, desproporcionada o arbitraria en el acceso a la justicia, privaría de fundamento plausible a "la exigencia de fianza previa a otorgar una medida precautoria".

Esta argumentación es errática, porque reconduce al principio de autotutela tal como éste se consagra en la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos N° 19.880, ya citada, y en particular a su artículo 3º, sobre ejecutoriedad de los actos administrativos, que no ha sido cuestionado en el requerimiento. No podría sostenerse que la competencia atribuida al juez natural para resolver sobre la procedencia de una medida cautelar represente un ejercicio de autotutela judicial.

Ya hemos abundado acerca del carácter discrecional de la exigencia de caución al actor, en los casos de precautorias innominadas, en el artículo 298. Tan cierto es lo anterior, que el *a quo* inicialmente concedió la prejudicial requerida sin caución, como lo faculta ese precepto. La apreciación del fundamento plausible para concederla, posteriormente revisada al conocer de la oposición de la contraparte, es inherente a la interpretación de las normas que debe hacer el juez en casa caso, sin perjuicio de la facultad del superior para modificar ese criterio en alzada, tanto respecto de la procedencia de la caución como de los antecedentes necesarios para determinar su monto, en su caso.

Otra interpretación implicaría prejuzgar sobre el fondo del asunto sometido al conocimiento y resolución del juzgador, para concluir que la prejudicial precautoria innominada procede siempre, aun a falta de comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama, cual sería la falta de validez de la terminación anticipada del contrato de concesión, que toca demostrar a la demandante, a lo largo del juicio de la to conocimiento.

No se advierte pues que la negativa a conceder el arbitrio pretendido, afecte de alguna manera la igualdad ante la ley de los litigantes o discrimine arbitrariamente a la actora constitucional.

IV) GARANTÍA DEL RACIONAL Y JUSTO PROCEDIMIENTO

9º) Que la exigencia de una caución como presupuesto para el otorgamiento de una medida precautoria impediría "la eficacia de las resoluciones judiciales (al) consolidar los perjuicios ocasionados por las ilegalidades y arbitrariedades de la administración" (fs. 19).

Vuelve la requirente sobre una premisa que está sujeta a demostración: la presunta arbitrariedad de la terminación anticipada de su concesión, autorizada por





el ordenamiento jurídico, según lo ya visto. En el caso de la especie, la presunta arbitrariedad de la negativa a aceptar la cautela solicitada, sin previa caución, será determinada por la Corte de Apelaciones competente, instancia de revisión que se ajusta integralmente a la racionalidad y justicia del procedimiento, exigida por la normativa constitucional.

Tampoco este motivo de inaplicabilidad, podrá por tanto, prosperar.

V) GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS

10º) Que, finalmente, la pretensión en orden a que los preceptos impugnados afectan el núcleo esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, con violación de la disposición constitucional reseñada, se sitúa en la misma dialéctica que informa todo el requerimiento.

Como es ostensible, Concesiones Recoleta ha impugnado, mediante una acción de nulidad de derecho público, la validez de los actos administrativos que dispusieron la terminación anticipada de su contrato de concesión, por razones de interés público. La sola interposición de ese arbitrio, no suspende la eficacia del acto administrativo impugnado, en tanto no medie un pronunciamiento de fondo, conforme al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, latamente aludido y no reprochado de inconstitucional.

La pretensión de fondo, entonces, es dejar sin efecto el acto que puso término a la concesión, pero difícilmente el juez de la causa podría restablecer la vigencia indefinida de la misma mediante un medida anterior al inicio del juicio – la prejudicial innominada intentada – con total prescindencia de la extinción del acto concesional, y sin poder valorar la existencia de motivos agravados que justifiquen la medida y de la imposición de una caución previa, en el supuesto de estimarla necesaria. La eliminación lisa y llana de estas exigencias, limitaría la discrecionalidad del juez en una medida incompatible con la esencia de la jurisdicción.

De manera que, acorde a la naturaleza de las medidas prejudiciales precautorias y de las cautelares en general, los requisitos consultados en el ordenamiento procesal civil para su consecución y, en especial, los designados en los artículos objetados, no comprometen en modo alguno el contenido esencial del derecho a impetrar y obtener las medidas tendentes a no hacer ilusorio el derecho del requirente.

Esta causal de inaplicabilidad, por lo tanto, no concurre en la especie;

11º) Que, por las razones expuestas, estos disidentes estiman que el requerimiento debió ser rechazado.



Redactó la sentencia el Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado.
La disidencia fue redactada por el Ministro señor Domingo Hernández Empananza.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 3819-17-INA.

Sr. Aróstica

Sr. García

Sr. Romero

Sr. Hernández



Sr. Letelier

Sr. Vásquez

Sra. Brahm

Sr. Pozo

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Empananza y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y, señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Autoriza el Secretario (s) del Tribunal Constitucional, señor José Francisco Leyton Jiménez.

