

Andreucci & Torrejón

ABOGADOS

Rodrigo Andreucci Aguilera & José Torrejón Linares

11 de Junio del 2015.-

**ANÁLISIS DEL DICTAMEN N° 40.981, DE LA
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, DE
FECHA 22 DE MAYO DE 2014, RELATIVO A LA
VIGENCIA DEL PERMISO DE EDIFICACIÓN QUE SE
INDICA.
(INFORME JURÍDICO SOBRE ACTUALIZACIÓN INMOBILIARIA
N° 3.235)**

Estimados clientes:

Ayer se subió a la web de la Contraloría General de la República, el dictamen emitido con fecha 22 de mayo de 2015 N° 40.981, que incide acerca del cumplimiento del dictamen N° 95.979 de fecha 11 de diciembre de 2014, emitido por la misma Contraloría General de la República, relativo a la vigencia del permiso de edificación de un centro comercial de la comuna de Viña del Mar.

I. ADVIERTE ACERCA DEL CONTENIDO DEL DICTAMEN N° 95.979 DE 2014 Y DEL DICTAMEN N° 40.981 DE 2015, AMBOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Para poder entender el dictamen N° 40.981 de 2015 de la Contraloría General de la República (en adelante, CGR) es preciso previamente analizar el dictamen N° 95.979 de fecha 11 de diciembre de 2014 emitido por la misma CGR, específicamente, en relación a lo que este indica sobre la vigencia del permiso de obra nueva N° 1.349 del año 2000.

Es preciso, en primer lugar, tener en cuenta que dicho dictamen del año 2014 fue emitido a raíz de un reclamo efectuado por don Carlos Valencia Valenzuela relativo a las actuaciones de la Dirección de Obras Municipales de Viña del Mar (en adelante, DOM) y de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la Región de Valparaíso (en adelante, SEREMI), con motivo del permiso de obra nueva N° 1.349 del año 2000, para la edificación de un centro comercial en la misma comuna de Viña del Mar, ya que a su juicio, existirían una serie de irregularidades concernientes a que ese acto habría caducado **pese a que la DOM y la SEREMI de Vivienda y Urbanismo de la Región de Valparaíso han declarado su vigencia;** a que no cuenta con un Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano (EISTU), y a que se trataría de un equipamiento que no enfrenta una vía de la categoría exigida por la normativa aplicable.

La CGR, para emitir este dictamen tuvo en cuenta algunos informes y una presentación de don Sergio Novoa Balmaceda, en representación de Inmobiliaria Mall Viña del Mar S.A., sociedad a cargo del proyecto de construcción, quien indicó que ésta sí tendría un permiso vigente, requiriendo por tanto el rechazo de la reclamación antes señalada, ya que en su concepto y por las razones que detalla, no existirían vicios en su tramitación.

En relación al primer punto alegado, y que es justamente el que convoca este análisis, es decir, respecto de la vigencia del permiso de obra nueva N° 1.349 del año 2000, el dictamen N° 95.979 que el artículo 5.1.20. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (en adelante, OGUC) vigente a la data del permiso en cuestión preceptuaba que *“El permiso de edificación caducará automáticamente a los tres años de concedido si no se hubieren iniciado las obras correspondientes o si éstas hubieren permanecido paralizadas durante el mismo plazo”*. Además, hace mención al actual artículo 1.4.17. del mismo ese cuerpo reglamentario, el que preceptúa en su inciso segundo que la obra se entenderá iniciada *“una vez realizados los trazados y comenzadas las excavaciones contempladas en los planos del proyecto.”*.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta ciertas situaciones mencionadas por el dictamen, como son:

- El permiso de obra nueva N° 1.349 fue otorgado el 29 de junio del año 2000.
- Posteriormente, por el oficio N° 2.133 de fecha 21 de julio de 2003, la DOM informó la caducidad del permiso por no haberse dado inicio a las obras correspondientes.
- Luego, por el oficio N° 2.399, de 6 de agosto de 2003, la DOM dejó sin efecto el anteriormente individualizado acto, dado que “no se tomó en consideración la existencia del Ingreso D.O.M. N° 5140-03, y de la Resolución D.O.M. N° 549 de fecha 20 de junio de 2003”, que aprobó una modificación al antedicho permiso.

Sin embargo, el dictamen N° 95.979 de la Contraloría, indica que la DOM al emitir este último oficio, no se ajustó a la preceptiva reseñada, por cuanto la sola emisión de la citada resolución N° 549 de 2003, no pudo constituir un antecedente suficiente para poder definir la concurrencia de un supuesto que dice relación con un aspecto material, vinculado al comienzo de la ejecución de las obras.

- Posteriormente, la resolución N° 414 de la DOM, de fecha 5 de mayo de 2011 certificó la caducidad del permiso N° 1.349, de 2000.

Frente a esto, la SEREMI, en su oficio N° 2.561, de 22 de diciembre de 2011, instruyó a la DOM para dejar sin efecto dicha resolución de caducidad N° 414.

A raíz de esto, el dictamen repara que en ambas actuaciones la autoridad correspondiente determina la verificación de los requisitos que dan lugar a la caducidad del permiso de la especie solamente a partir de la resolución N° 549, mencionada, sin que, de acuerdo a lo expresado en los párrafos que anteceden, se observe el fundamento jurídico para ello.

Además, se indicó que no se advierten elementos que permitan asegurar que dentro de los tres años siguientes a la dictación de la resolución N° 549 de 2003 de la DOM de Viña del Mar, **se hayan llevado a cabo los trazados de la obra que consigna el artículo 1.4.17. de la OGUC ya mencionado, por lo que no se advierte lo decidido por la SEREMI en su oficio N° 2.561**, se encuentre debidamente fundado.

Ahora bien, la CGR a través del dictamen N° 40.981 indica que se han dirigido ante ella los interesados ya indicados, la Fundación Defendamos la Ciudad y otros particulares en representación, según expresan, de diversas juntas de vecinos de la singularizada comuna, formulando una serie de planteamientos relativos a determinar si la Administración, luego de emitido el dictamen N° 95.979, ha obrado en consecuencia.

Adicionalmente, el municipio y la SEREMI, tanto en sus presentaciones como en los informes recabados, han dado cuenta de la necesidad de una complementación del dictamen N° 95.979, de 2014, en orden a definir la manera en que deben actuar.

Como consecuencia de esto, la CGR puntualiza que no ha declarado, en el pronunciamiento de cuyo cumplimiento se trata, la caducidad del permiso de edificación N° 1.349 del año 2000.

En efecto, en el dictamen N° 95.979 la CGR indicó que conforme a lo sostenido por su propia jurisprudencia -vgr., en su dictamen N° 37.927, de 2013- la

apreciación acerca de si concurren o no los supuestos que establece la OGUC para que se verifique la caducidad de los permisos, concierne a una ponderación de situaciones de hecho que, necesariamente, y de manera fundada, debe ser realizada por la Administración activa, sin perjuicio de las atribuciones fiscalizadoras de la misma CGR.

En este sentido, el dictamen del pasado 22 de mayo señala que es menester anotar que la circunstancia de haberse observado irregularidades en torno al actuar de los servicios públicos involucrados -en cuanto a desestimar la caducidad del permiso de edificación en cuestión, atendida la existencia de una modificación del mismo permiso de obra nueva antes del vencimiento del aludido plazo de tres años-, no implica que éstos se inhiban de ejercer las potestades que les confiere el ordenamiento jurídico para definir la concurrencia de los supuestos que hacen procedente dicha caducidad.

Es más, se encuentran en el imperativo de hacerlo, y, en caso de ser procedente, de dictar el acto que la declare. Esto, acorde con los principios contenidos en la ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, en especial en su artículo 8°, el que dispone: *“Principio conclusivo. Todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad.”*.

Para ello, el dictamen N° 40.981 señala que hay que tener presente el raciocinio efectuado en el analizado dictamen N° 95.979, acerca del cual, no se aportan antecedentes que permitan variar lo concluido en él.

Dicho esto, y en lo tocante a las inquietudes relativas a la circunstancia de haberse aprobado por la DOM posteriores modificaciones al permiso de edificación N° 1.349 de 2000; el dictamen del 2015, analizado en este informe, indica que la condición de buena fe en que se encontraría el titular del proyecto, y los eventuales perjuicios que este podría experimentar, se ha estimado oportuno recordar que la jurisprudencia emanada de la propia CGR -vgr., su dictamen N° 35.166 del año 2010- ha manifestado que sin desmedro de que la Administración deba definir de forma precisa la problemática sobre si en un determinado caso han concurrido los supuestos que configuran la caducidad de un permiso de edificación, esta, con todo, opera de manera automática, limitándose la autoridad, en el caso de concurrir dichos supuestos, a dictar el acto administrativo correspondiente.

La CGR indica que siendo así, las apreciaciones concernientes a los aspectos reseñados resultan, en sede administrativa, ajenas, a los efectos de que la autoridad competente declare si operó o no la caducidad del permiso N° 1.349 de 2000, conforme al mérito de los antecedentes y al criterio contenido en el dictamen N° 95.979 que se solicita

aclarar, y determine, de ser el caso, la necesidad de regularizar la situación que pudiere producirse respecto de edificaciones ejecutadas sin el amparo de un permiso vigente, lo que, naturalmente, es sin perjuicio de las alegaciones que puedan hacerse valer en otras instancias competentes.

Por lo tanto, finalmente el dictamen N° 40.981 ratifica y complementa el aludido dictamen N° 95.979, debiendo ese municipio y la SEREMI informar a la CGR acerca de las medidas adoptadas a consecuencia de ese pronunciamiento, dentro del plazo de 15 días contados desde la recepción del presente oficio.

II. ADVIERTE ACERCA DEL CONTENIDO DEL INFORME DE LA MUNICIPALIDAD DE VIÑA DEL MAR.

El recién pasado martes 9 de junio, la alcaldesa de Viña del Mar Virginia Reginato, informó en una conferencia de prensa sobre la firma del decreto de caducidad del permiso que realizó el director de Obras, Julio Ventura, respecto del proyecto en comento, cuyas obras, por tanto, deben paralizar.

Las palabras de la propia alcaldesa fueron las siguientes: *“En estos tiempos de absoluta desconfianza y falta de transparencia, me ha parecido indispensable citar a esta conferencia de prensa para mostrar todos los antecedentes que demuestran que en éste, como en otros temas, la actuación del municipio, además de ser transparente, ha sido consistente con los dictámenes de la Contraloría General de la República y sus resoluciones han sido consecuentes durante todos estos años”.*

III. SUGERENCIAS:

1. Con el debido respeto, debo recalcar que nuestra legislación indica que la Contraloría General de la República sólo se encuentra facultada para revisar la legalidad de los actos de la Administración, y de encontrar actuaciones incorrectas, instruir los sumarios respetivos, pero si aquella, la Administración Estatal o Municipal, bien o mal, ha declarado derechos a favor de los administrados, en este caso, la sociedad INMOBILIARIA MALL VIÑA DEL MAR S.A., la Contraloría se excede en sus funciones al disponer que el Municipio decreta la caducidad de un permiso de edificación y que por ende dispone la consecuente demolición de tales obras, atribución que es privativa sólo es de los tribunales ordinarios de Justicia cuando ya el administrado cuenta con un derecho adquirido.
2. Como en infinidad de veces les he señalado en informes o reuniones a muchos de ustedes, la caducidad de un permiso conforme a nuestra legislación, es un hecho que se verifica a través del cotejo de los permisos de obras y sus eventuales modificaciones y de las

obras constructivas ejecutadas en la consecuencia NATURAL y LOGICA de construcción, para lo cual el libro de OBRAS es el medio de prueba esencial en defensa de la vigencia de un permiso o modificación. Del dictamen de la Contraloría, una vez más se recalca la importancia de este instrumento (el libro de obras) como medio de prueba, tan importante es que incluso a través de su revisión y fiscalización puede ADEMÁS verificarse la efectividad de los gastos facturados (control por parte del SII), de los ingresos y obras realizadas (fiscalización laboral y ambiental).

3. Finalmente, se hecha de menos en el dictamen de la Contraloría una serie de argumentos legales a favor del administrador (inmobiliaria), cuando aquel actúa sobre actos jurídicos favorables como ha sido el caso, y que años después vuelve a revisar el mismo ente, violando garantías constitucionales, normas urbanísticas y de derecho administrativo esenciales en nuestro ordenamiento. A modo de ejemplo, la determinación de la vigencia o caducidad de un permiso de obra, es una materia técnica que es de resorte de la DDU a nivel central, siendo contradictoria el cambio de opinión sobre los mismos hechos, analizados con pocos años de diferencia.

El presente informe, ha sido elaborado conjuntamente con la abogado Srta. Tatiana Vinet Álvarez, quien redactó el primer borrador y recopiló el material aquí citado, y el suscrito quién revisó, modificó y aprobó el texto final, así como formula las “Sugerencias” antes transcritas.

Reciban mis saludos cordiales.



RODRIGO ANDREUCCI AGUILERA.
PROFESOR DE DERECHO INMOBILIARIO / Hº DEL DERECHO.
ABOGADO INMOBILIARIAS, CONSTRUCTORAS Y BANCOS.
PROFESOR FACULTAD DE DERECHO P. UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO.
PROFESOR FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE.

A & T