

Estueta / Deseve #9

JORGE BERMÚDEZ SOTO
ABOGADO, DOCTOR EN DERECHO
PROFESOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO

*Mall 14 Norte
Viña*

INFORME EN DERECHO

LÍMITES A LA POTESTAD INVALIDATORIA DE LA I. MUNICIPALIDAD DE VIÑA
DEL MAR Y SU DIRECCIÓN DE OBRAS MUNICIPALES

AGOSTO DE 2015

ln

Letanía / Derecho #9

JORGE BERMÚDEZ SOTO
ABOGADO, DOCTOR EN DERECHO
PROFESOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO

*Mall 14 Norte
Viña*

INFORME EN DERECHO

LÍMITES A LA POTESTAD INVALIDATORIA DE LA I. MUNICIPALIDAD DE VIÑA
DEL MAR Y SU DIRECCIÓN DE OBRAS MUNICIPALES

AGOSTO DE 2015

ln

ochenta 80

apología

ÍNDICE

- I. Introducción 3
- II. Antecedentes..... 4
- III. Límites a la Actuación de la Administración: Protección de la Confianza Legítima. 8
 - 1. La Protección a la Confianza Legítima 8
 - 2. Reconocimiento Jurisprudencial 11
 - 3. Aplicación del Principio de Confianza Legítima al asunto que motiva el presente informe 12
- IV. Naturaleza Jurídica de la actuación de la I. Municipalidad de Viña del Mar..... 16
 - 1. La actuación de la Alcaldesa y de la DOM como ejercicio de la potestad invalidatoria 16
 - 2. Reglas del procedimiento invalidatorio..... 18
- V. Límites a la Actuación de la Contraloría General de la República..... 22
 - 1. El órgano contralor no puede disponer la Invalidación de un Acto Administrativo ni declarar su ilegalidad..... 22
 - 2. El pronunciamiento de la Contraloría General de la República resulta extemporáneo y la actuación de la Autoridad Municipal debe resguardar el principio de la Confianza Legítima..... 23
 - 3. El objeto del dictamen es instruir un procedimiento disciplinario y no invalidatorio
24
- VI. Conclusiones..... 26

A

actenta, que B

I. INTRODUCCIÓN

Se ha solicitado por parte de la Inmobiliaria Mall Viña del Mar S.A., en adelante la Inmobiliaria, un pronunciamiento fundado, desde la perspectiva del Derecho Administrativo acerca de la jurisdicción de la actuación de la Alcaldesa de la I. Municipalidad de Viña del Mar y de Director de Obras, contenidas en la Orden de Servicio N° 0038 de 4 de Junio de 2015 y en la Resolución N° 458 de 2015 de 9 de Junio del mismo año, respectivamente.

El informe pretende dilucidar las siguientes cuestiones jurídicas:

1. ¿En qué consiste el principio de protección a la confianza legítima y qué deberes impone a la Administración?
2. ¿Cómo se aplica el principio de protección a la confianza legítima al asunto que motiva el presente informe?
3. ¿Qué naturaleza jurídica tienen las actuaciones de la I. Municipalidad de Viña del Mar y su Dirección de Obras Municipales?
4. ¿Qué reglas especiales debe observar un procedimiento invalidatorio?
5. ¿Resulta legal la actuación de la Alcaldesa de la I. Municipalidad de Viña del Mar y de Director de Obras, contenidas en la Orden de Servicio N° 0038 de 4 de junio de 2015 y de la Dirección de Obras Municipales en la Resolución N° 458 de 2015 de 9 de Junio del mismo año, respectivamente?
6. ¿Qué límites alcanzan la actuación de la Contraloría General de la República y cómo se verifican en el asunto que motiva el informe?;

Para el análisis de las interrogantes propuestas, el informe se estructurará según el siguiente orden: se comenzará con una breve exposición de los antecedentes (I); para luego analizar el principio de la confianza legítima y su aplicación al asunto que motiva el informe (II); la naturaleza jurídica de las actuaciones cuya legalidad se impugna (III) y la legalidad de las mismas conforme a lo anterior (IV); los límites de la actuación de la Contraloría General de la República (V); finalizando con las conclusiones que darán respuesta a las interrogantes planteadas (VI).

2011, 10/10/11
Cuenta, 20 82

II. ANTECEDENTES

El Permiso de Obra Nueva N° 1.349/2000 (en adelante, PON) fue otorgado por la Dirección de Obras Municipales de Viña del Mar (en adelante, DOM), con relación al predio de calle 14 Norte N° 976, de la misma comuna, con fecha 29 de junio del año 2000. Posteriormente, dicho permiso fue modificado mediante Resolución DOM N° 549/2003, de 20 de junio de 2003.

El mencionado PON fue objeto de una declaración de caducidad de la DOM de Viña del Mar por medio de Ordinario N° 2.133, de fecha 21 de julio de 2003. Dicha caducidad se fundamentó en que, en decir de la DOM, no se había dado inicio a la ejecución de las obras correspondientes dentro del plazo de 3 años que establece el artículo 1.4.17 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, contenida en el Decreto N° 47, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial con fecha 5 de junio de 1992 y sus modificaciones ("OGUC").

Frente a la declaratoria de caducidad del PON se inició un procedimiento impugnatorio que concluyó con una actuación de la misma DOM, que por Ordinario N° 2.399, de 6 de agosto de 2003, dejó sin efecto la caducidad y, en su lugar, declaró la vigencia del PON.

Años después, mediante Resolución N° 114, de 2011, el DOM resolvió certificar una nueva caducidad automática del PON, motivada en una supuesta inactividad de las obras de que se trata, entre los años 2003 y 2007. Esa declaratoria de caducidad fue objeto de un nuevo procedimiento administrativo de impugnación, iniciado por el interesado, en el que se revisó la procedencia de la decisión adoptada por la autoridad municipal y que concluyó, en definitiva, con la dictación del Ordinario N° 1.890, de 22 de septiembre de 2011, de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la Región de Valparaíso, en adelante también indistintamente "SEREMI MINVU" o "SEREMI", en el que se instruyó al DOM reconsiderar la declaratoria de caducidad aludida al comienzo de este párrafo.

El DOM, mediante Ordinario N° 2.480, de 19 de octubre de 2011, manifestó su opinión discordante con esa instrucción de la SEREMI, ante lo cual este último organismo, mediante Ordinario N° 2.561, de 22 de diciembre de 2011, concluyó que el

Ochenta, tres 83

PON se encontraba vigente, instruyendo expresamente al DOM a dejar sin efecto la Resolución N° 114/11, referida a la caducidad del PON.

En cumplimiento de tal instrucción, el DOM de Viña del Mar, mediante Resolución N° 1.197, de 30 de diciembre de 2011, dejó sin efecto su resolución anterior que certificaba la caducidad del PON.

En ese contexto, cuando las obras se encontraban con un gran estado de avance se solicitó una nueva modificación del PON, que en definitiva fue aprobada por Resolución de Modificación de Proyecto de Edificación N° 76/2014 del DOM, de 5 de septiembre de 2014. Durante el mismo período de tiempo el señor Carlos Valencia realizó una presentación a la Contraloría Regional de Valparaíso solicitando que se revisara la vigencia del PON N° 1.349/2000.

La señalada presentación fue remitida por la Contraloría Regional a la Contraloría General de la República (en adelante, CGR) quien resolvió mediante la emisión del Dictamen N°95.979, de 11 de diciembre de 2014.

El señalado Dictamen resolvió:

- a) Que el PON fue declarado caducado por Oficio N° 2.133, de 21 de julio de 2003, de la DOM de Viña del Mar, por no haberse dado inicio a las obras correspondientes en el plazo previsto en la normativa aplicable, y que el mismo DOM, por Oficio N° 2.399, de 6 de agosto del mismo año, dejó sin efecto el acto que contenía la mencionada declaración de caducidad 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 del PON)"*.
- b) Que *"lo obrado por la DOM al emitir el último oficio señalado, 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"*.
- c) Que no se apreciaban antecedentes para aseverar que dentro de los tres años siguientes a la dictación de la Resolución N° 549, de 2003, se hayan efectuado

dictamen 84

los trazados de las obras que consigna el artículo 1.4.17 de la OGUC, de manera que no se advertía que lo resuelto por la SEREMI en su oficio N° 2.561, de 2011, contara con fundamento jurídico.

Con base en lo anterior, la CGR estimó pertinente remitir los antecedentes a la Contraloría Regional de Valparaíso *"para que mediante la Instrucción de un procedimiento disciplinario investigue las situaciones observadas en lo que concierne a la caducidad del permiso de la especie y determine las responsabilidades administrativas que pudieren concurrir"*.

Lo resuelto por la CGR en el mencionado Dictamen motivó que el SEREMI MINVU; la I. Municipalidad de Viña del Mar y la inmobiliaria solicitaran a la Contraloría General de la República una aclaración de sus alcances. Dicha aclaración se encuentra contenida en el Oficio N° 40.981, de 22 de mayo de 2015, en que señala lo siguiente:

- (i) Aclara que *"contrariamente a algunas de las consideraciones vertidas en las solicitudes analizadas, este Organismo de Fiscalización no ha declarado, en el pronunciamiento de cuyo cumplimiento se trata, la caducidad del permiso de edificación N° 1.349, de 2000"*.
- (ii) Señala que los errores contenidos en esas actuaciones no inhibían a la Administración de su facultad para declarar, de ser procedente, una eventual caducidad del permiso. En tal virtud, instruyó a la Administración para que diera inicio un procedimiento administrativo sujeto a los principios de la Ley N° 19.880 y, de ser legalmente procedente, declarar tal caducidad.
- (iii) Dispone que la I. Municipalidad de Viña del Mar y la SEREMI MINVU le informen *"acerca de las medidas adoptadas a consecuencia de ese pronunciamiento, dentro del plazo de 15 días contados desde la recepción del presente oficio"*.

En dicho contexto y con fecha 4 de junio del año en curso, la Sra. Alcaldesa de la I. Municipalidad de Viña del Mar dictó la Orden de Servicio N° 0038, la que esgrime como fundamento para su dictación *"dar cumplimiento inmediato a los Dictámenes N°s. 95.979 de 2014 y 40.981 de 2015, de Contraloría General"*, instruyendo al DOM a que

ochenta, cinco 85

"proceda a dictar sin más trámite el acto administrativo terminal que certifique o constate lo referido a la caducidad del Permiso PON N°134 (sic) de 2000".

En cumplimiento a lo establecido en la antes mencionada Orden de Servicio, la DOM de Viña del Mar dictó la Resolución N° 458, de 9 de junio del año en curso, en la cual resolvió "confirmar la caducidad automática del PON" y "ordenar la paralización de las obras".

Tanto la Orden de Servicio como la Resolución DOM dictadas con posterioridad al Dictamen de la CGR fueron impugnadas por la Inmobiliaria mediante un Reclamo de Ilegalidad Municipal, el que se encuentra actualmente en tramitación ante la litma. Corte de Apelaciones de Valparaíso.

ochenta y once, folio 86

III. LÍMITES A LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

El principio de protección a la confianza legítima se constituye como un verdadero límite a la actuación de la Administración, quien encuentra en él un límite a su potestad invalidatoria y revocatoria. A continuación se analizará brevemente un concepto y el fundamento jurídico del mencionado principio; su reconocimiento en la jurisprudencia administrativa y judicial, y su aplicación en el asunto que motiva el presente informe.

1. La Protección a la Confianza Legítima

a) Concepto y Fundamento del Principio de Protección de la Confianza Legítima

Por protección a la confianza legítima se entiende a aquel principio de Derecho Administrativo que implica *"entender que las actuaciones precedentes de la Administración puedan generar en los administrados la confianza de que se actuará de igual manera en situaciones semejantes"*.¹ Su aplicación cobra relevancia entonces, cuando los actos de la Administración *"sorprenden la confianza que los destinatarios de la norma discutida podían legítimamente tener en que el marco jurídico de desenvolvimiento de su actividad no sería modificado, sin al menos la adopción de ciertas medidas transitorias"*.² Esta "sorpresa" en la actuación de la Administración debe sujetarse a ciertos límites inspirados en este principio de protección de la confianza legítima y los demás principios y normas que le sirven de fundamento.

El principio de protección de la confianza legítima, al igual los restantes principios de Derecho Administrativo, debe ser respetado en cuanto es fuente regulatoria por quien aplique el ordenamiento jurídico. De este modo, la primera vinculada a este principio es la propia Administración y eventualmente en un segundo lugar, lo será el juez; quien deberá amparar a los ciudadanos al revisar la actuación de la Administración en cuanto a la sujeción a este principio. Por lo tanto, *"en virtud de este principio el juez*

¹ Díez Sartre Silvia, *El precedente Administrativo, fundamento y eficacia vinculante*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 375-376.

² CASTILLO BLANCO, Federico, *La protección de la confianza legítima en el Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 108.

podrá sancionar la utilización regular en sí misma, por parte del autor del acto o norma administrativos que han sido cuestionados por afectar a tal principio.³

Nuestra Constitución no consagra expresamente el principio de confianza legítima, sin embargo éste emana de los principios constitucionales que serán tratados en los literales siguientes:

- b) Principio de Estado de Derecho, consagrado en los artículos 5° a 8° de la Constitución.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha reconocido el principio de protección de la confianza legítima, a través de su vinculación a uno de los elementos propios del Estado de Derecho. Así en sentencia Rol 207-95 de 1995 considerando 67° ha sostenido que *"se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados"*⁴.

- c) Principio de Seguridad Jurídica, consagrado en el artículo 19 N° 26 de la Constitución.

La seguridad jurídica implica una garantía hacia los ciudadanos en cuanto a la confianza que depositan en una actuación racional, igualitaria y válida por parte de los poderes del Estado. Por tanto, la protección de la confianza implica una garantía en el ámbito público, consistente en la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado y en la adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de éste.⁵

Esto se ha reconocido por la jurisprudencia administrativa y así, en dictamen N° 54.179 de 2004 se han aplicado los principios de seguridad jurídica y buena fe al señalar

³ Bermúdez Soto, Derecho Administrativo General, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 113.

⁴ El mismo criterio se aprecia en las Sentencias del Tribunal Constitucional Rol 946-07 y Rol 968-07 ambas de 2008.

⁵ Bermúdez Soto, Derecho Administrativo General, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 114.

que "La Administración tiene la obligación de restablecer el imperio del derecho, invalidando sus propios actos cuando advierte su irregularidad; empero, existe un límite para el efecto de la nulidad, es decir, que su efecto no puede ser retroactivo al tiempo del perfeccionamiento del acto. Tal restricción encuentra fundamento en la protección de los particulares, en el caso en estudio los titulares de los documentos que autorizan para conducir vehículos, que actuaron de buena fe en sus respectivas solicitudes y gestiones posteriores y con confianza legítima en el actuar regular de la Administración, lo que además confirma el principio de seguridad jurídica".

En armonía con lo anterior, la Contraloría ha sostenido en dictamen N° 29.385 de 2002 que "el ejercicio de la potestad invalidatoria de los actos administrativos y sus limitaciones, debe ser armonizada con otros principios informadores del ordenamiento jurídico, de modo que si se produce una colisión entre tal facultad y éstos, en determinadas situaciones prevalezcan estos últimos, a fin de respetar y garantizar las situaciones jurídicas que se encuentran ya consolidadas, como asimismo, la buena fe de terceros, teniendo para ello, en especial consideración, lo previsto en el artículo 1° de la Constitución Política, cuyo inciso cuarto, establece que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común".

- d) Principio de Legalidad, consagrado en los artículos arts. 6º, 7º y 24 inc. 2º de la Constitución.

El principio de legalidad para la Administración no implica sólo la no vulneración del ordenamiento jurídico, sino que además tiene una vertiente atributiva. Esto quiere decir que la Administración debe estar expresamente habilitada por el ordenamiento jurídico para ejercer una función. Lo anterior además implica una prohibición de actuar de manera arbitraria -incurriendo en un abuso de poder-, o excediendo la atribución otorgada, extendiéndola hacia fines que no son aquellos contemplados en la misma.

El principio de legalidad no sólo implica una sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico, sino que además una garantía en cuanto a su mensurabilidad, racionalidad y posibilidad de preverlo.⁶

⁶ CASTILLO BLANCO, Federico, *La protección de la confianza legítima en el Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 115.

2. *Nota, 1...*
Ochenta, nueve 89

En virtud del principio de legalidad en su vertiente atributiva, o juridicidad, en el sentido ya visto, le está vedado a la Administración Pública actuar en ejercicio de sus potestades de manera abusiva (arbitraria) o en exceso de poder (atentando contra la finalidad para la que le fue atribuida). Es precisamente en el primer caso, el del abuso en el ejercicio de potestades, el de la arbitrariedad, comprendidos dentro del principio de legalidad en sentido amplio, en que la Administración deberá motivar y señalar las razones para su actuación. *Si tal actuación supone una alteración en la interpretación de la norma o un cambio en la manera de regular o de resolver, sólo estará legítimamente autorizada para hacerlo si respeta, entre otros, la confianza que los administrados tienen en su forma o dirección de la actuación.*⁷

2. Reconocimiento Jurisprudencial

Desde la perspectiva de las facultades interpretativas y fiscalizadoras de la Contraloría el principio de confianza legítima se encuentra plenamente reconocido y se ha constituido en un límite real al ejercicio del poder público. Ya en el dictamen N° 61.817 de 2000 señaló que: *"la función que la Constitución ha encargado a la Contraloría General de la República de interpretar con fuerza obligatoria las leyes y actos administrativos, permite dar cumplimiento al principio de la igualdad ante la ley reconocido por la Carta Fundamental y a los principios de buena fe y de confianza legítima que inspiran el ordenamiento jurídico"*.

Por ende, *"a partir de dichos principios se desprende que existirá una permanencia en la regulación y aplicación del ordenamiento jurídico"*⁸.

La jurisprudencia judicial también afirma tanto la existencia como la necesidad de amparo del principio de protección a la confianza legítima, especialmente como un límite a la nulidad o invalidación de los actos de la Administración. En efecto, la Excm. Corte Suprema ha señalado reiteradamente "Que uno de los principios que informan la nulidad de derecho público es el de conservación, cuyo fundamento radica en que

⁷ Bermúdez Soto, Derecho Administrativo General, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 112.

⁸ Bermúdez Soto, Jorge, Derecho Administrativo General, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 111.

Novena 90

revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, ella sólo será procedente si el vicio es grave y esencial. Subyacen a este principio de conservación otros principios generales del Derecho como la confianza legítima que el acto genera, así como la buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica." (Roles 5815/2011; 57/2011; 274/2010; 3078/2013; 16.706/2014; 3078/2013,

En conclusión, el fundamento de la protección a la confianza legítima se encuentra en las normas constitucionales invocadas y así ha sido ampliamente reconocido por la doctrina, la jurisprudencia administrativa, judicial y constitucional.

3. Aplicación del Principio de Confianza Legítima al asunto que motiva el presente informe

Como se ha señalado anteriormente, el fundamento de la protección de la confianza legítima se encuentra en que *"la actuación de los individuos requiere, en una sociedad como la que vivimos, del comportamiento de otros sujetos de derecho que con sus comportamientos y actuaciones marcan y determinan necesariamente el nuestro. No hay mercado sin confianza."*⁹

Se requiere entonces que quienes interactúan, especialmente quienes celebran un contrato u obtienen un permiso, puedan confiar en que las "reglas del juego" no serán modificadas de manera arbitraria. *"El instrumento jurídico relacional por excelencia es el acto administrativo, el cual se define, desde luego, como decisión de aplicación del ordenamiento jurídico que cuenta con imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios; esto es, se tratará de una decisión unilateral. En consecuencia, el ciudadano debe contar, de algún modo, con herramientas que le permitan hacer frente a los poderes unilaterales de la Administración Pública. Uno de ellos lo aportará la protección de la confianza legítima, o la seguridad de que su confianza en la actuación pública no será traicionada."*¹⁰

⁹ Castillo Blanco, Federico, *La protección de la confianza legítima en el Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 115.

¹⁰ Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 113.

Novena, p. 91

En el caso que motiva el presente informe, la actuación de la Municipalidad y de la DOM en cuanto Administraciones del Estado, debe someterse al principio de protección de la confianza legítima.

En el deber de respetar el principio cobra especial importancia la materia objeto de los actos administrativos impugnados, que provocan la caducidad del PON de un edificio de gran magnitud que ya se encuentra construido. Además en la especie cobra especial relevancia las anteriores actuaciones que la Administración llevó a cabo, en cuanto contribuyen a generar una especial confianza en los destinatarios de su actuación. En efecto, la caducidad del permiso se discutió más de una vez, concluyéndose en todas aquellas instancias que los permisos se encontraban vigentes, fortaleciéndose aún más la confianza.

Las actuaciones de la Administración que construyeron la confianza legítima en el administrado y que motivaron tanto la compra del inmueble como la construcción de la obra cuyo permiso se pretende caducar son múltiples, y para su breve enumeración se distinguirá entre aquellas que se refieren directamente a la caducidad del permiso y en segundo lugar, aquellas que en virtud de otras materias reconocen expresamente su vigencia:

- a) Actuaciones de la Administración que se refieren a la caducidad del PON y declaran su vigencia
 1. Declaración de caducidad de la DOM de Viña del Mar por medio de Ordinario N° 2.133, de fecha 21 de julio de 2003.
 2. Ordinario DOM N° 2.399, de 6 de agosto de 2003, dejó sin efecto la caducidad y, en su lugar, declaró la vigencia del PON.
 3. Resolución DOM N° 114, de 2011, el DOM resolvió certificar una nueva caducidad automática del PON, motivada en una supuesta inactividad de las obras de que se trata, entre los años 2003 y 2007.
 4. Ordinario N° 1.890, de 22 de septiembre de 2011 de la "SEREMI", en el que se instruyó al DOM reconsiderar la declaratoria de caducidad aludida al comienzo de este párrafo.

Novata, Sr 92

5. Ordinario N° 2.561, de 22 de diciembre de 2011 de la SEREMI concluyó que el PON se encontraba vigente, instruyendo expresamente al DOM a dejar sin efecto la Resolución N° 114/11, referida a la caducidad del PON.

6. Resolución DOM N° 1.197, de 30 de diciembre de 2011, que dejó sin efecto su resolución anterior que certificaba la caducidad del PON.

b) Actuaciones que reconocen la vigencia del PON a propósito de otras actuaciones

1. La resolución N° 76/2014 de 5 de septiembre de 2014 del Director de Obras Municipales en que aprueba una nueva modificación al PON.
2. Resolución N° 032/2014 de 8 de enero de 2014 del Director de Obras Municipales que ordena una paralización de las obras fundado en que "la ejecución del proyecto no se ajusta con el permiso aprobado y sus modificaciones autorizadas (refiriéndose al PON N° 1.349/2000 y a la modificación autorizada por la Resolución DOM N° 549/2003).
3. La resolución N° 109/2014 de 28 de enero de 2014 del Director de Obras Municipales en que estableció que el nuevo propietario del inmueble es la inmobiliaria, señalando que esta resolución complementa el PON y su modificación del año 2003.
4. Ordinario DOM N° 1836/2014 de 31 de julio de 2014 que contiene un informe a la SEREMI en que expresa que el PON fue modificado mediante Resolución DOM N° 549-2003, "la que se mantiene vigente hasta esta fecha".
5. Resolución Exenta N° 1488, de 11 de agosto de 2014, de la SEREMI, en cuyos considerandos reconoce nuevamente la vigencia del PON, que había sido modificado hasta ese entonces sólo por la Resolución N° 549 de 2003.
6. Escrito de contestación presentado por la SEREMI, el 26 de agosto de 2014, en la causa de reclamo judicial Rol N° C- 4450-2014 del

Novena, fol 93

Primer Juzgado Civil de Viña del Mar. En dicha contestación la autoridad reconoce categóricamente la vigencia del permiso de construcción en cuestión (págs. 2, 3, 7, 8, 9, 10 y 11).

7. Ordinario N° 2372, de 2 de septiembre de 2014, de la SEREMI, en el cual fue reconocido una vez más en forma expresa que el PON se encuentra vigente, instruyendo al DOM para que aprobara la modificación que se indicó en el numeral 1 precedente.

Como sostiene la doctrina *"el tiempo desempeña una función especial: cuanto más tiempo haya transcurrido entre la realización del acto y la decisión al respecto de su anulación o revocación, menos deberá ser la presencia de los demás elementos. El transcurso del tiempo va consolidando, por un lado, una apariencia de legalidad del acto administrativo, y por otro, va permitiendo la existencia de una serie de consecuencias directas e indirectas que van haciéndose irreversibles cuanto mayor sea el período entre la publicación del acto y su eventual disolución"*.¹¹

En virtud de lo anterior y como es posible observar en la continua actuación de los órganos de la Administración del Estado –SEREMI y DOM– se ha creado una confianza en el administrado que adquirió el inmueble que contaba con un PON vigente, el cual incluso fue modificado durante el avance de la obra. Dicha confianza amerita una protección por parte del órgano jurisdiccional.

¹¹ Ávila, Humberto, Teoría de la Seguridad Jurídica, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 388.

Novena, cuatro 94

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTUACIÓN DE LA I. MUNICIPALIDAD DE VIÑA DEL MAR

En el presente acápite se analizará la verdadera naturaleza jurídica de la actuación de las autoridades municipales, que consiste en una invalidación, para luego determinar las reglas de ejercicio de dicha potestad invalidatoria y su verificación en el asunto que motiva el presente informe.

1. La actuación de la Alcaldesa y de la DOM como ejercicio de la potestad invalidatoria

La Orden de Servicio de la Alcaldesa y la Resolución impugnada de la DOM tienen el carácter de una invalidación de la propia actuación administrativa, en orden a dejar sin efecto todos sus propios actos mediante los cuales se aprobó el PON; se modificó el mismo; y en su momento, se dejó sin efecto su caducidad. Como se verá, al expedirse el acto administrativo consistente en la Resolución DOM N° 458/15 en realidad la autoridad local lo que en realidad hizo fue ejercer una potestad invalidatoria.

Es necesario precisar que la potestad invalidatoria de la Administración se somete a ciertas reglas y constituye un procedimiento administrativo que no se condice con la forma en que en la especie pretendido obtener esta finalidad invalidatoria. De este modo, el artículo 53 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, N° 19.880 (LBPA) establece a este respecto que: *"La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto."*

En este caso, no se ha seguido procedimiento invalidatorio alguno, no se ha dado audiencia al interesado y lo que es más grave: no se ha respetado el plazo de dos años para invalidar la propia actuación, pretendiendo mediante esta vía, dejar sin efecto el PON y sus modificaciones.

Una adecuada protección a la confianza legítima obliga a la Administración a actuar coherentemente, entendiéndose como una actitud lógica y consecuente con una posición propia anterior. *"Este deber se encuentra en la base de las exigencias realizadas al órgano administrativo en lo que respecta a su actuación jurídica, ya que si no existiera un actuar coherente de parte de los entes públicos, se produciría una afectación no sólo*

a la confianza digna de protección, sino que también a otros distintos principios que informan el ordenamiento jurídico, tales como el deber de motivación y el respeto a la seguridad jurídica."¹²

Como se observó en el análisis a las actuaciones que configuraron la confianza legítima del particular, cobran especial relevancia aquellas que ya se pronunciaron acerca de la legalidad o la caducidad del PON, confirmándose más de una vez su vigencia. *"Lo anterior, vinculado con el precedente administrativo, significa que una vez que la Administración ha fijado cuál es el interés público, queda vinculada por esa fijación que ella misma ha hecho, no puede cambiar de criterio constantemente. Ello entrañaría una conculcación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe. Es más, sería una contradicción, ya que la actuación precedente o la actuación posterior serían contrarias al interés público; sobre una misma materia sólo puede existir coherentemente un criterio de cuál sea el interés público."*¹³ En este sentido, carece de sentido alguno que se haya discutido ante la misma sede la caducidad del permiso más de una vez, resolviéndose su vigencia, para que finalmente se dicte un acto de contrario imperio más de diez años después.

El precedente administrativo, o las decisiones y actuaciones de la Administración, *"se convierte en una técnica jurídica que, gracias al cotejo de un acto con otro posterior, pretende extraer consecuencias jurídicas para el presente; derivando ciertos efectos de naturaleza fundamentalmente argumentativa, obligando a razonar por qué no se actúa como se había hecho anteriormente."*¹⁴

Este precedente se conforma de la práctica que la misma Administración desarrolla. El precedente administrativo que se configura es entonces vinculante, en cuanto *"La Administración con sus actuaciones crea una apariencia jurídica y suscita una*

¹² Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 115-116.

¹³ Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 115.

¹⁴ Díez Sartre, Silvia, *El precedente administrativo, fundamento y eficacia vinculante*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p.66.

Novena, feb 96

confianza en los administrados que no puede violar impunemente¹⁵, debiendo entonces actuar de la manera en que su propio precedente lo ha determinado.

El Derecho ampara a los terceros que se ven afectados por la vulneración que la propia Administración hace respecto de su precedente. La vinculatoriedad se explica porque el precedente administrativo "produce el efecto de todos los actos propios: la vinculación unilateral a los mismos, que puede ser invocada desde luego por un tercero. Este efecto no es despreciable en la medida en que el apartamiento de la práctica de precedentes previos puede resultar indiciario de una conducta arbitraria y lesiva del principio de protección de la confianza suscitada en un tercero, así como, desde luego, del de igualdad por discriminación carente de justificación."¹⁶

La consecuencia de lo anterior es que la Administración podrá cambiar este precedente —sólo para el futuro— siempre que lo haga de manera motivada en el caso particular. No es posible invocar el mero interés público, sino que debe expresarse particularmente por qué se cambiará el criterio y cómo el fin que se pretende alcanzar cobra mayor importancia que la confianza legítima de sus destinatarios, circunstancias que en este caso no se verifican.

2. Reglas del procedimiento invalidatorio

La Administración puede revisar sus propias actuaciones y modificarlas. Para ello cuenta con diversos mecanismos, como la aclaración del acto administrativo, los recursos administrativos, la revocación, la invalidación y la convalidación del acto.

Cada una de estas formas de actuación implican diversos supuestos, y se encuentran regulados de manera general en la Ley N° 19.880 de Bases del Procedimiento Administrativo (LBPA), aplicable a la actuación de la L. Municipalidad de Viña del Mar como órgano de la Administración del Estado, por disposición del artículo 2° de la misma, que establece: "Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a

¹⁵ Díez-Picazo, Luis María, *La doctrina del precedente administrativo*, en *Revista de Administración Pública* N° 98, 1982, p. 7

¹⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, volumen 1, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1996, p. 207.

los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. También se aplicarán a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los gobiernos regionales y a las municipalidades."

En el caso que motiva el presente informe, la Administración justifica su actuación en la ilegalidad de la actuación propia anterior. Sin embargo, la circunstancia de no ajustarse a Derecho una determinada actuación no implica que puede ser corregida en cualquier momento ni de cualquier manera.

Por ello, frente a las actuaciones contrarias a Derecho el legislador establece un procedimiento especial para su corrección por la propia Administración, esto es, la invalidación.

Para aproximarnos a un concepto de invalidación, se puede señalar que *"La invalidación se define como la decisión adoptada por la Administración del Estado consistente en la pérdida de eficacia del acto administrativo por razones de su ilegalidad."*¹⁷

La invalidación se encuentra regulada en el artículo 53 de la LBPA en los siguientes términos: *"La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto."*

La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada.

El acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario."

De la regulación de la invalidación en la LBPA emanan las siguientes características:

- a) Procedencia: La invalidación procede de oficio o a petición de parte.

¹⁷ Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Thomson Reuters, 2014, p. 168.

- b) Plazo para invalidar: dos años desde que se ha notificado o publicado el acto de que se trate. Lo anterior, en cuanto el principio de la seguridad jurídica debe ser garantizado.
- c) Causal: la invalidación procede en el supuesto de encontrarnos frente a actos contrarios a Derecho. Por ende, para que proceda la invalidación debe demostrarse una ilegalidad en la actuación anterior de la propia Administración. Con todo, se debe morigerar esta norma con el artículo 13 de la misma ley, que establece que los vicios de forma sólo excepcionalmente podrán afectar la validez del acto. El inciso segundo de esta norma dispone que: *"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."*
- d) Procedimiento invalidatorio: la invalidación debe seguir un procedimiento que contempla como trámite esencial la audiencia del interesado. Como emana de la norma anterior, los vicios de procedimiento que sean esenciales sí afectan la validez del acto, debiendo en este sentido, la Administración dar estricto cumplimiento a esta audiencia y decidir sobre la procedencia de la misma, lo que corresponde a aquella autoridad que dictó el acto. Claramente una Administración se encuentra inhabilitada disponer la invalidación de un acto de otra.
- e) Autoridad competente: La Administración que lleva adelante el procedimiento invalidatorio.
- f) Posibilidad de impugnar: La misma norma que regula la invalidación contempla la posibilidad de impugnar los actos invalidatorios *"ante los tribunales de justicia, en procedimiento breve y sumario"*. Lo anterior, en cuanto se reconoce que la Administración tiene una potestad exorbitante que debe ser controlada por los tribunales.

Estas características legales de la invalidación son verdaderos límites para la procedencia de la misma, lo que implica que de su configuración depende la procedencia y validez del procedimiento invalidatorio.

Los límites a la invalidación son plenamente aplicables al asunto *sub lite*, y aquellos que se ven vulnerados en la especie corresponden a los siguientes:

- a) Causal: los actos que pretenden invalidarse, se presumen legítimos y no se ha demostrado que sean contrarios a Derecho. Por el contrario, se ha demostrado lo contrario luego de haberse sometido a revisión en más de una oportunidad.
- b) Procedimiento invalidatorio: el procedimiento invalidatorio no se ha desarrollado, pues debe ser llevado por la propia Administración con audiencia del interesado.
- c) Posibilidad de impugnar: la impugnación de la invalidación es una garantía para el administrado, y en este caso, al no haberse verificado el procedimiento, de igual modo no se ha verificado la impugnación del mismo.
- d) Plazo: el plazo para invalidar un acto es de dos años. En la especie, la resoluciones administrativas que declararon la vigencia del PON referido datan de los años 2003 y 2011.

e) Administración que decide de la invalidación: en la especie, la DOM ejecuta una orden de la Sra. Alcaldesa de la I. Municipalidad de Viña del Mar, que instruye al DOM "proceda a dictar sin más trámite el acto administrativo terminal que certifique o constate lo referido a la caducidad del Permiso PON N° 134 (sic) de 2000" fundamentado en el Dictamen de N° 40.981, el cual se pronuncia acerca de la legalidad del PON y ciertas actuaciones posteriores.

Lo anterior, como se ha dicho anteriormente concluyó con la dictación de la Resolución DOM N° 458/2015 que decide "confirmar la caducidad automática del permiso de Obra Nueva N° 1349 del año 2000".

Como es posible advertir, el único órgano que se pronuncia acerca de la legalidad del PON referido es la CGR, quien es claramente incompetente para ello, como se verá más adelante. Por su parte la Sra. Alcaldesa ordena al DOM certificar su caducidad, lo que es ejecutado por éste. Sin embargo, para invalidarse el referido PON debió llevarse adelante un procedimiento invalidatorio por la propia Administración que lo expidió, esto es, la DOM.

V. LÍMITES A LA ACTUACIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Contraloría General de la República como garante de la legalidad se encuentra limitada en su actuación por su propia competencia y por el principio de protección a la confianza legítima, dentro de otros límites. En este sentido, se analizarán aquellos que proceden en el asunto que motiva el informe y posteriormente cuál es el objeto de los dictámenes emitidos por el órgano contralor.

1. El órgano contralor no puede disponer la invalidación de un Acto Administrativo ni declarar su ilegalidad.

Conforme a las normas que regulan el procedimiento invalidatorio, la Administración competente para instruir un procedimiento invalidatorio corresponde al órgano que dictó el acto. No puede el órgano contralor disponer lo anterior en ejercicio de su potestad dictaminadora. Lo anterior ha sido reconocido por el mismo órgano contralor que ha señalado: *"A su turno, es útil señalar, como lo ha manifestado esta Contraloría General, en sus dictámenes N°s 8.099, de 1973 y 9.883, de 2003, que la invalidación del acto administrativo debe ser resuelta por la misma autoridad que dispuso la medida irregular, a través de la emisión de un nuevo decreto o resolución que ordene dejarla sin efecto, siempre, por cierto, que la invalidación sea procedente y los vicios de ilegalidad o supuestos erróneos que la justifiquen, fueren fehacientemente acreditados.*

Por lo anterior, y dado que este Organismo de Control carece de competencia para invalidar un acto administrativo en los términos expuestos (...)"

En efecto, la invalidación de un acto sólo procederá previa instrucción de un procedimiento invalidatorio de la misma autoridad que emitió el acto irregular. Lo anterior siempre se encontrará sometido a la verificación de los demás requisitos legales de dicho procedimiento invalidatorio.

Del mismo modo, según la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, tampoco ha podido la Contraloría declarar la ilegalidad de un acto administrativo, ya que dicha facultad se encuentra reservada a los jueces.

En la Sentencia Rol N° 21.920 de 2014, de fecha 28 de mayo de 2015, la Excma. Corte señaló que *"Que la convicción expuesta se ve reforzada, además, por la*

Conto uno 101

circunstancia que la Contraloría General de la República no ha podido, ni menos aún pretendido, anular el Decreto Supremo N° 142 toda vez que la declaración formal de tal ilegalidad sólo puede ser realizada por un juez, quien es el único facultado para disponer dicha anulación o para constatar la ilegalidad referida, incluso después que el acto respectivo haya sido revocado."

De este modo, se concluye que la declaración de ilegalidad de un acto administrativo vigente, sólo es competencia de la propia administración que lo dictó dentro de un procedimiento invalidatorio, o bien, de los Tribunales de Justicia mediante las acciones contenciosas administrativas que la ley establece y dentro de los plazos fijados para tal efecto.

2. El pronunciamiento de la Contraloría General de la República resulta extemporáneo y la actuación de la Autoridad Municipal debe resguardar el principio de la Confianza Legítima

Ojo

La potestad invalidatoria tiene un plazo de dos años, por lo que transcurrido dicho plazo, no corresponde que la CGR emita pronunciamiento alguno respecto a la legalidad de la actuación de la Administración que pueda fundamentar la invalidación de un acto por el órgano competente.

El pronunciamiento que la CGR emite en el Dictamen N° 40.981 resulta del todo improcedente, atendido a que se refiere a la legalidad de un acto emitido en el año 2003 por la DOM.

Sumado a lo anterior, resulta contrario a la propia jurisprudencia administrativa que el órgano contralor disponga una invalidación contraria al principio de la confianza legítima, si en reiteradas oportunidades ha señalado que:

"Consignado lo anterior, cabe señalar que el artículo 53 de la ley N° 19.880 -que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado-, dispone que la pertinente autoridad podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del mismo.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General, contenida, principalmente, en los dictámenes N°s. 41.190, de 2009; 57.284, de 2010; 6.518, de 2011 y 16.730, de 2013, ha manifestado que el ejercicio de la potestad invalidatoria admite diversas limitaciones relacionadas con los efectos que el acto respectivo ha producido, entre otros, la existencia de situaciones jurídicas consolidadas de buena fe, generadas sobre la base de la confianza legítima de los particulares en la Administración, las cuales requieren ser amparadas por razones de certeza y seguridad jurídica, para evitar que por la vía de la invalidación se ocasionen consecuencias más perniciosas que las que produciría la convalidación de los correspondientes instrumentos.

En consecuencia, los actos administrativos en los cuales concurren los presupuestos mencionados no podrán ser invalidados por la autoridad recurrente, la que deberá adoptar todas las medidas que se requieran para evitar que vuelva a presentarse una irregularidad como la advertida en el anotado dictamen N° 49.645, de 2012.¹⁸

3. El objeto del dictamen es instruir un procedimiento disciplinario y no invalidatorio

Conforme a lo anteriormente expuesto, es posible concluir que el contenido del Dictamen N° 40.981 de 2015 no puede ser la invalidación ni la declaración de ilegalidad del PON, sino que únicamente aquél que se enmarca dentro de sus facultades legales. Dicho contenido se expresa en el Dictamen N° 95.979 de 2014, el cual simplemente es aclarado por el N° 40.981 y que dispone: En mérito de lo expuesto, se ha estimado remitir los antecedentes a la Contraloría Regional de Valparaíso para que mediante la instrucción de un procedimiento disciplinario investigue las situaciones observadas en lo que concierne a la caducidad del permiso de la especie y determine las responsabilidades administrativas que pudieren concurrir.

En dicho dictamen se analiza la legalidad de la actuación de la DOM y del SEREMI, y se estima que eventualmente adolecerían de ilegalidades. Sin embargo, al escapar del

¹⁸ Dictamen CGR n° 517775 de 2013.

Cento 103

ámbito de competencia de la CGR la posibilidad de pronunciarse al respecto, se limita a disponer el inicio de un procedimiento administrativo disciplinario en sede de la Contraloría Regional.

Handwritten signature or initials.

2

VI. CONCLUSIONES

Las conclusiones que dan respuesta a las cuestiones planteadas son las siguientes:

1. La Administración encuentra dentro de los límites a su actuación el principio de protección a la confianza legítima. La protección de dicha confianza debe otorgarse al particular por la propia Administración, como por el juez.
2. El principio de protección a la confianza legítima se fundamenta jurídicamente en los principios de Estado de Derecho, de Seguridad Jurídica, de Legalidad y de Igualdad ante la ley, entre otros. Del mismo modo, cuenta con un amplio e indiscutido reconocimiento en la jurisprudencia administrativa y judicial.
3. En la especie, el principio de protección a la confianza legítima debe ser amparado por la Administración y por los Tribunales de Justicia, en cuanto dicha confianza se construyó durante 15 años y por más de 12 actos de la Administración. Dichos actos emanaron tanto de la I. Municipalidad de Viña del Mar como del SEREMI, distinguiéndose entre aquellos que tienen por objeto pronunciarse acerca de la vigencia del PON N° 1.349 de 2000, de aquellos que reafirman su vigencia con ocasión de otros trámites.
4. El acto administrativo Resolución DOM N° 458/15 constituye en realidad un acto invalidatorio de las resoluciones dictadas en los años 2003 y 2011 que declararon la vigencia del PON N° 1.349 de 2000 y descartaron su caducidad, acto invalidatorio que fue motivado por la Orden de Servicio N° 0038 de 2015 de la Sra. Alcaldesa de la I. Municipalidad de Viña del Mar, y esta última a su vez motivada por una errónea interpretación del Dictamen N° 40.981 de 2015, de la Contraloría General de la República.
5. El procedimiento invalidatorio se regula en la Ley N° 19.880 y cuenta con ciertas reglas especiales, como son la competencia única de la Administración que dictó el acto para Instruirlo; un plazo de dos años para dictar la resolución invalidatoria; que se verifique una ilegalidad en el acto invalidado; la tramitación del procedimiento invalidatorio en los términos regulados por la LBPA y la posibilidad de impugnarlo, entre otras. En el asunto que motiva el presente Informe, no se verifica ninguno de los requisitos reseñados, por lo que la invalidación debe ser dejada sin efecto.

6. La CGR como garante de la legalidad cuenta con diversas potestades, pero no se encuentra facultada para disponer la invalidación de un acto o para declarar la ilegalidad de un acto administrativo vigente.
7. El pronunciamiento de la CGR mediante el Dictamen N° 40.981 de 2015 acerca de la ilegalidad del referido PON es improcedente y extemporáneo, en cuanto sólo el juez puede declarar su ilegalidad dentro de los límites de un contencioso administrativo y por otro lado, es extemporáneo porque ya no procede la invalidación del permiso otorgado en el año 2000.
8. Lo instruido realmente por el Dictamen N° 40.981 de 2015 corresponde a lo dispuesto por el dictamen que aclara, es decir, la remisión de los antecedentes a la Contraloría Regional de Valparaíso para que ésta inicie un procedimiento disciplinario por la aparente ilegalidad en la actuación del SEREMI y el DOM.

Es cuanto puedo informar al tenor de lo solicitado,


Jorge Bermúdez Soto

Doctor en Derecho, Profesor en Derecho Administrativo