

ORD.: N° -2110 /

ANT.: Dictámenes N° 95.979 de 2014 y N° 40.981 de 2015 de la Contraloría General de la República.

Res. DOM N° 458 de fecha 9 de junio de 2015.

Su ingreso de fecha 26 de junio de 2015.

Ord. N° 1680 de 30 de junio de 2015 SEREMI MINVU.

Ord. DOM N° 1448 de 15 de Julio de 2015.

Su ingreso de fecha 23 de julio de 2015.

MAT.: Emite pronunciamiento al amparo de lo dispuesto en el art. 12 y 118 del DFL N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

VALPARAISO, **-6 AGO 2015**

DE: **MAURICIO CANDIA LLANCAS.**
SECRETARIO REGIONAL MINISTERIAL DE VIVIENDA Y URBANISMO REGIÓN DE VALPARAÍSO.

A : **SERGIO NOVOA BALMACEDA**
GERENTE GENERAL INMOBILIARIA MALL VIÑA DEL MAR S.A

Mediante ingreso del ANT. don Sergio Novoa Balmaceda ha ingresado para pronunciamiento de esta Seremi una reclamación al amparo del art. 12 y 118 del DFL N° 458 de 1975 Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), mediante la cual se solicita se declare la ilegalidad de la declaración de caducidad del permiso de edificación N° 1.349 del 2000, que autorizó la construcción de un centro comercial en calle 14 norte, Viña del Mar, contenida en la Resolución DOM N° 453/15, ordenando dejar sin efecto la citada resolución y en su lugar se declare que el referido permiso se encuentra vigente.

A este respecto valga hacer presente que, no obstante la individualización del acto reclamado hace referencia a la Resolución N° 453/15, esta Seremi entiende que se refiere a la Resolución DOM N° 458 de 9 de junio de 2015, la cual en definitiva declaró la caducidad del permiso previamente individualizado.

1. Fundamentos del recurso.

En síntesis, los fundamentos del recurso descansan en las siguientes premisas:

i). La Resolución de caducidad fue dictada vulnerando los principios básicos de la Ley 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de la Administración del Estado (LBGPA).

A este respecto se indica que la resolución de caducidad fue dictada "sin más trámite" y carente de fundamentación, infringiendo con ello el deber de instruir un procedimiento administrativo. Argumenta que previo a la certificación de caducidad se debió invalidar la Res. DOM N° 2.399 de 2003 y Ord SEREMI N° 2.561 de 2011 que tanto en el año 2003 como en el año 2011 declararon la vigencia del permiso, cuestión que es impracticable por haber transcurrido los dos años de plazo para ejercer la facultad invalidatoria del art. 53 LBGPA.

ii). La Resolución de caducidad “desconoció” lo dispuesto en el art. 1.4.17 de la OGUC.

Sobre este punto se indica que el plazo de caducidad solo le fue oponible al proyecto desde el año 2001, fecha en la cual, no obstante existir la figura de caducidad regulada en el art. 5.1.20 del DS N° 47, de 1992 (OGUC), se incorporó a dicha Ordenanza el referido art. 1.4.17 en su tenor actualmente vigente, con lo cual la caducidad declarada el año 2003 y luego dejada sin efecto, fue improcedente toda vez que el permiso se mantenía vigente hasta el año 2004.

iii). La resolución de caducidad se dictó vulnerando el principio de los derechos adquiridos por terceros de buena fe, certeza jurídica y confianza legítima.

Se señala a este respecto que la empresa adquirió el inmueble por compra a Sociedad Comercial de tiendas S.A en el año 2012, esto es después de la dictación de los actos Municipales y de la Seremi que ratificaron la vigencia del permiso cuestionado. Señala que la empresa, en base a dichos actos llevó cabo prácticamente el 100% de la obra gruesa del proyecto.

iv). La Resolución de caducidad fue dictada sin la previa instrucción del correspondiente proceso administrativo, sin audiencia del interesado, vulnerando el principio de contradictoriedad.

El DOM habría dictado la resolución de caducidad “sin más trámite”, negándose toda posibilidad de la empresa de hacer valer sus alegaciones.

Junto a lo anterior, con fecha 23 de julio la recurrente ingresó a esta Seremi un informe en derecho que abunda en los eventuales vicios consignados precedentemente.

2. Informe de la Dirección de Obras Municipales.

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 118 de la LGUC mediante Ord N° 1680 de 30 de junio esta Seremi requirió el respectivo informe de la Dirección de Obras Municipales de Viña del Mar el cual fue emitido por medio de Ord N° 1448 ingresado con fecha 15 de julio, el cual a su vez acompañó memorándum N° 500, N° 772 y N° 725 del Director del Departamento de Asesoría Jurídica del Municipio.

En dichos documentos se expone que no existen los incumplimientos alegados por la recurrente en atención a que la objetada resolución N° 458 se encuentra dictada al amparo de los resuelto por la Contraloría General de la República, máxime si en el procedimiento administrativo de reclamo deducido ante dicho Ente Fiscalizador la empresa propietaria del proyecto intervino formulando sus consideraciones y defensas.

Manifiesta asimismo que en la especie correspondía dictar el acto conclusivo, esto es la resolución que certifique o constate, conforme al mérito de lo concluido por la Contraloría General, la caducidad del PON N° 134/2000 y de sus modificaciones, facultad que sólo puede ejercer el Director de Obras Municipales. A este respecto se indica que las conclusiones del Ente Contralor son claras en determinar que no existía ningún antecedente que permitiera aseverar que dentro de los tres años siguientes a la resolución de modificación de permiso N° 549 de 2003, se hubieren efectuado los trazados a que se refiere el art. 1.4.17 de la OGUC.

En atención a lo anterior se señala que la resolución objetada da expresa validez y reconocimiento a la Resolución DOM N° 414 de 2011 que ya había certificado en su oportunidad la caducidad del permiso de edificación del centro comercial, la cual había sido dejada sin efecto ese mismo año, de forma improcedente, por instrucción de la SEREMI MINVU.

Agrega que la resolución 458 confirma igualmente la caducidad decretada por esa misma unidad municipal mediante Ord N° 2.133 de 2003, el cual, de acuerdo a lo dictaminado por el Ente Contralor, había sido dejado sin efecto de manera irregular por la Dirección de Obras Municipales.

Por lo anterior indica que contrario a lo indicado en la reclamación interpuesta, la resolución objetada no vulnera la Ley 19.880.

3. Dictámenes de la Contraloría General de la República.

Previo a resolver la reclamación es necesario recordar, como es de público conocimiento, que el caso que nos ocupa ha sido objeto de dos dictámenes de la Contraloría General de la República, correspondientes a los N° 95.979 de 2014 y N° 40.981 de 2015 relativos a la vigencia del permiso de edificación N° 1349 otorgado el 29 de junio 2000. Para la emisión de dichos pronunciamientos el Ente Contralor tuvo a la vista todos los antecedentes del caso, tanto aquellos producidos y ponderados el año 2003 como aquellos del año 2011.

El referido pronunciamiento instruyó a la administración activa en términos de ejercer las facultades que le confiere el ordenamiento jurídico para definir la concurrencia de los supuestos que hacen procedente la caducidad de los permisos, lo cual debía realizarse en base a la apreciación de los antecedentes efectuada por el Ente Contralor. Lo anterior, atendido que la apreciación acerca de si concurrieron o no los supuestos que establece la normativa para que se verifique la caducidad de los permisos concierne a una ponderación de situaciones de hecho que necesariamente y de forma fundada debe ser realizada por la administración activa, que en este caso corresponde a la Municipalidad de Viña del Mar a través de su Dirección de Obras Municipales.

El Ente Contralor detalla en su pronunciamiento, que por oficio N° 2.133 de 2003 la DOM de Viña del Mar certificó la caducidad del referido permiso, por no haberse iniciado las obras correspondientes; no obstante lo cual, mediante Ord N° 2.399 de igual anualidad esa unidad municipal dejó sin efecto la declaración anterior en consideración al ingreso de una modificación de permiso aprobada por Res. DOM N° 549 de 20 de junio de 2003.

En relación a estos actos administrativos, la Contraloría determinó que lo obrado por la DOM no se ajustó a la normativa aplicable en la especie, en la medida en que la resolución de modificación de permiso *"no pudo constituir antecedente suficiente para definir la concurrencia de un supuesto que dice relación con un aspecto material, vinculado al comienzo de la ejecución de obras"* (dictamen 95.979 de 2014).

Por otra parte, en relación a lo resuelto por medio de resolución N° 414 del 5 de mayo de 2011, mediante la cual la DOM certificó nuevamente la caducidad del permiso de edificación y del Ord N° 2.561 del 22 de diciembre también del año 2011 de esta Seremi, que instruyó a esa unidad a dejarlo sin efecto; se concluye que no existe fundamento jurídico para haber determinado la verificación de los requisitos que dan lugar a la caducidad del permiso de la especie, solamente a partir de la Resolución N° 549 de 2003.

Adicionalmente indica que no se aprecian antecedentes que permitan aseverar que aún dentro de los tres años siguientes a la dictación de la resolución precedente (549 de 2003) se hayan efectuado los trazados de la obra que consigna el art. 1.4.17 de la OGUC.

Asimismo el propio Órgano Contralor precisa en su dictamen 40.981 de 2015 que la constatación del actuar irregular de la administración no inhibe del deber de ejercer las potestades que les confiere el ordenamiento jurídico para definir la concurrencia de los supuestos que hacen procedente dicha caducidad, *"antes bien, se encuentran en el imperativo de hacerlo, y, en caso de ser procedente, 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, el conclusivo previsto en su artículo 8°, dictar el acto que la declare"* (el destacado es nuestro).

Para estos efectos la Contraloría precisa que la condición de buena fe en que se encontraría el titular del proyecto, y los eventuales perjuicios que este podría experimentar constituyen aspectos que, *"en sede administrativa, resultan 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 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"* (dictamen 40.981 de 2015) .

Finalmente, junto con remitir los antecedentes del caso a la Contraloría Regional de Valparaíso para la instrucción de un procedimiento disciplinario, se ordenó a los servicios aludidos a informar las medidas adoptadas a consecuencia de dicho pronunciamiento, dentro del plazo de 15 días contados desde la recepción del mismo.

En relación a los pronunciamientos reseñados se debe tener presente que la Contraloría General de la República efectúa un control jurídico de las actuaciones de los órganos de la administración del Estado, función que entre otros instrumentos, se materializa por medio de dictámenes, que constituyen *"pronunciamientos jurídicos integrales—fondo y forma—sobre la correcta interpretación y aplicación de las normas de derecho administrativo por los servicios sometidos a su control"* (dictamen 40.452 de 2006).

Mediante estos dictámenes ejerce su competencia destinada a informar e instruir aspectos relacionados al funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen.

Por su parte, el artículo 9° de la Ley 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República prescribe que los pronunciamientos emitidos por este Órgano tienen fuerza obligatoria para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran. En igual sentido el artículo 8° dispone que las resoluciones definitivas que dentro de su competencia dicte el Contralor no serán susceptibles de recurso alguno ante otra autoridad (el destacado es nuestro).

La misma Contraloría ha precisado en sus dictámenes N°s. 67.119, de 2010, 33.735, de 2012 y 90.518, de 2014 que *"los dictámenes de este origen son obligatorios y vinculantes para los servicios sometidos a la fiscalización de esta Contraloría General -entre los cuales se encuentran las municipalidades-; que su carácter imperativo se fundamenta en los artículos 6°, 7° y 98 de la Constitución Política de la República, 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 51 y 52 de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, y 1°, 5°, 6°, 9°, 16 y 19 de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de esta Sede de Control, y que, por ende, el incumplimiento de tales pronunciamientos por parte de esos organismos significa la infracción de los deberes funcionarios de los servidores involucrados, comprometiendo su responsabilidad administrativa"*.

Es en este contexto en que se dicta la resolución que hoy se impugna, el cual resulta del todo vinculante para efectos de resolver la acción impetrada.

4. Competencias de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo.

Asimismo, con el objeto de dar una adecuada respuesta a su solicitud resulta menester dejar claramente establecido el margen competencial de esta Seremi para el caso en cuestión, en la medida en que el presente pronunciamiento debe necesariamente enmarcarse en dicho ámbito de competencias, atendido a que, como es sabido, la administración debe ser titular de la potestad cuyo ejercicio se solicita.

Así, como bien se indica en el informe en derecho que ha anexado a su presentación, en aplicación de los artículos 6° y 7° de nuestra Carta Fundamental los órganos del Estado deben actuar ciñéndose al ordenamiento jurídico y dentro del ámbito de sus funciones y atribuciones y en la forma que prescriba la ley; en tanto de acuerdo a lo previsto en el artículo 2 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, sólo pueden actuar dentro de su ámbito de competencia y no tendrá más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico.

Sobre el particular, resulta menester anotar que el artículo 4° del DFL N° 458 de 1975 Ley General de Urbanismo y Construcciones dispone, en lo que concierne a este pronunciamiento, que al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, a través de las Secretarías Regionales Ministeriales, deberá supervigilar las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas y técnicas sobre construcción y urbanización. Esto es, existe claramente establecido por el legislador un determinado orden de asuntos y materias sometidas a conocimiento e instrucción de las Secretarías Ministeriales, excluyéndose otros cuerpos normativos que aún relacionados, se encuentran bajo la supervisión o supervigilancia de otras instancias competentes.

En seguida, el artículo 12 del mismo texto legal previene que la respectiva SEREMI podrá resolver las reclamaciones interpuestas en contra de las resoluciones dictadas por los Directores de Obras Municipales, agregando que el reclamo deberá ser interpuesto en el plazo de 30 días, contados desde la notificación administrativa del reclamante, y tramitado conforme al procedimiento previsto en el artículo 118 del mismo texto legal.

A este respecto la Contraloría ha precisado mediante dictamen N° 81.274 de 2011 que las Secretarías Regionales Ministeriales en el ejercicio de las atribuciones consagradas en el art. 12 de la LGUC "se encuentran facultadas para pronunciarse acerca de las actuaciones de las Direcciones de Obra Municipales **que incidan en la aplicación de la normativa sobre construcción y urbanización**, siendo del caso puntualizar, enseguida, que tales unidades municipales tienen el imperativo de acatar sus resoluciones" (el destacado es nuestro).

Queda así claramente establecido que el margen de competencias de las Seremi respecto de las actuaciones de los Directores de Obra se encuentra definido por los asuntos y materias relativas a la aplicación de la normativa de urbanismo y construcciones, respecto de las cuales esta Seremi ejerce un rol de superior técnico pudiendo emitir instrucciones imperativas para su cumplimiento.

Con esta premisa claramente definida podemos abordar derechamente la reclamación del particular y desarrollar nuestras conclusiones.

5. Conclusiones.

De la simple lectura de las alegaciones realizadas por la empresa se puede verificar que todas ellas versan sobre el eventual incumplimiento de disposiciones y normas propias del procedimiento administrativo o de la arista administrativa de la resolución objetada, toda vez que los vicios reclamados se refieren a la fundamentación del acto administrativo, falta de contradictoriedad y desconocimiento de los actos terminales que tanto el año 2003 como el año 2011 declararon la vigencia del permiso N°1.349 de 2.000, lo cual atentaría contra el principio conclusivo, confianza legítima y los derechos adquiridos por el titular del permiso.

Así, corresponde dejar establecido que no ha sido objeto del presente recurso la determinación de la aplicación de la normativa de urbanismo y construcciones, particularmente el art. 1.4.17 de la OGUC en la medida en que no se han expuesto en esta oportunidad antecedentes respecto de los cuales se pudiera determinar la ocurrencia o no de las circunstancias de hecho que hacen procedente la figura de la caducidad. Esto es, la reclamación interpuesta no dice relación con si concurren o no los supuestos que establece la OGUC para que se verifique la caducidad de los permisos, si en las fechas en que ello fue necesario se verificó la existencia del inicio de las obras, la ejecución de los trazados y excavaciones, o si estas se mantuvieron paralizadas durante el lapso de tiempo allí contemplado.

A este respecto corresponde reiterar que de acuerdo a los antecedentes expuestos en las instancias administrativas anteriores, la Contraloría determinó en primer lugar que la modificación de permiso aprobada el año 2.003 no constituyó un antecedente suficiente para definir la concurrencia de un supuesto que atañe a un aspecto material, vinculado al comienzo de la ejecución de las obras, con lo cual no fue procedente que la DOM dejara sin efecto su propia declaración de caducidad efectuada mediante oficio 2.399/2003, exclusivamente en base a dicha modificación. En segundo lugar se concluyó que no se advierten elementos que permitan aseverar que dentro de los tres años siguientes a la dictación de la Resolución N° 549, precedentemente nombrada, se haya llevado a cabo los trazados de la obra que consigna el artículo 1.4.17 de la OGUC.

Mediante la reclamación interpuesta ninguna de las 2 conclusiones han sido objetadas en base a nuevos antecedentes técnicos del caso.

A este respecto, la materia alegada referida a la eventual falta de observancia al principio de contradictoriedad, en cuanto constituye un aspecto que ha sido planteado, sin aportar antecedentes u otros elementos de juicio que permitan emitir un pronunciamiento relativo a la verificación del art. 1.4.17, escaparía del margen de ponderación e instrucción de esta Seremi; sin perjuicio de las acciones que pudieren incoarse en otras instancias. A este respecto es un hecho público la interposición por parte de la Inmobiliaria a quien Ud. representa de un reclamo de ilegalidad municipal en contra de la misma Resolución N° 458/15.

Sumado a lo anterior, en lo relativo al resto de las alegaciones formuladas en su presentación, corresponde hacer presente que la Contraloría General de la República ha precisado, en el dictamen referido a este caso, que la evaluación o consideración de los eventuales derechos adquiridos, la buena fe y la confianza legítima de los titulares de permisos de edificación resultan, en sede administrativa, ajenas a los efectos de que la autoridad competente declare si operó o no la caducidad de un permiso, criterio que se ha replicado por medio del dictamen N° 51.178, de 2015. A mayor abundamiento los dictámenes N° 35.166 de 2010 y 40.981 de 2015 precisaron que la caducidad opera de manera automática, limitándose la autoridad, en el caso de concurrir los supuestos, a dictar el acto administrativo correspondiente.

Por lo anterior no resulta procedente que esta Seremi ponderé o emita un pronunciamiento referido a la condición de buena fe en que se encontraría el titular del proyecto, y los eventuales perjuicios que este podría experimentar, toda vez que hacerlo constituiría una inobservancia al criterio dictaminado por la Contraloría. Lo anterior es sin perjuicio del derecho que le asiste de hacer valer dichas alegaciones en otras instancias competentes.

En el mismo sentido anterior y en lo referido a la vulneración del principio conclusivo y los efectos derivados de los actos administrativos dictados tanto el año 2003 como el año 2011 y que declaran la vigencia del permiso N° 1.349 de 2000, debe tenerse presente que el Órgano Contralor tuvo a la vista la existencia de los procedimientos y actos administrativos invocados en su presentación, no obstante lo cual igualmente se **ordenó** a la administración activa a ejercer las potestades que les confiere el ordenamiento jurídico para definir la concurrencia de los supuestos que hacen procedente dicha caducidad señalando expresamente que "se encuentran en el imperativo de hacerlo, y, en caso de ser procedente, 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, el conclusivo previsto en su artículo 8°, **dictar el acto que la declare**", para lo cual debía tenerse presente el raciocinio efectuado en los dictámenes aludidos en el presente pronunciamiento (el destacado es nuestro).

A mayor abundamiento corresponde hacer presente que, tal y como indica en su presentación, mediante Ord. N° 2.561 de 2011 de esta Seremi se ponderaron las reglas y principios que expone en su reclamación, más los pronunciamientos de la Contraloría fueron claros en señalar que "no existe fundamento jurídico para haber determinado la verificación de los requisitos que dan lugar a la caducidad del permiso de la especie, solamente a partir de la Resolución N° 549 de 2003".

En este sentido es también un hecho conocido que las alegaciones y descargos efectuados en esta oportunidad fueron también expuestos al Órgano Contralor dentro de los procedimientos que derivaron en la emisión de los dictámenes tantas veces aludidos, con lo cual por medio de la presente reclamación no corresponde abrir un espacio de revisión del pronunciamiento emitido por la Contraloría, toda vez que las competencias de esta Seremi no habilitan para ello.

A este respecto, a modo ejemplar, la alegación referida al cómputo del plazo de caducidad y los efectos del tránsito entre la redacción del art. 5.1.20 de la OGUC vigente al momento del otorgamiento del permiso N° 1349/2000 y el art. 1.4.17 actualmente vigente fueron expresamente invocados por el titular del proyecto, no obstante lo cual el Órgano Contralor concluyó en el pronunciamiento que vino a ratificar y complementar el dictamen 95.979 de 2014 que las nuevas presentaciones, entre las que se incluía la suya, no aportaban en esta ocasión antecedentes que permitan variar lo concluido en él.

Asimismo, se debe recordar que la propia Contraloría General requirió tanto a la DOM como a esta Seremi informar dentro del plazo de 15 días contados desde su notificación, acerca de las medidas adoptadas a consecuencia de dicho pronunciamiento, con lo cual la resolución DOM N° 458 de 2015 objetada en su reclamación fue puesta en conocimiento del Órgano Contralor, ante lo cual es dable anotar que esta Seremi no tiene conocimiento de que existan observaciones a su respecto.

En atención a los antecedentes y argumentos reseñados a lo largo del presente pronunciamiento la reclamación interpuesta en contra de la Res. DOM N° 458 de 2015 no podrá prosperar, resolviéndose en definitiva su rechazo por las razones previamente anotadas. Lo anterior es sin perjuicio de las acciones que Ud. pueda hacer valer frente a otras instancias competentes.

Notifíquese el presente pronunciamiento a la Dirección de Obras Municipales de Viña del Mar para los fines a que haya lugar.

Saluda atentamente a Ud.

MAURICIO CANDIA LLANCAS
Secretario Regional Ministerial
de Vivienda y Urbanismo Región de Valparaíso



JSC

DISTRIBUCION

- Destinatario.
- División de Desarrollo Urbano MINVU.
- Desarrollo Urbano.
- Unidad jurídica.
- Archivo.
- Oficina de Partes.