

CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO
SEGUNDA FISCALIA



Reclamo de Ilegalidad
Ingreso I.C. 1251/2011

A fs. 58 y siguientes, comparece don Juan Carlos Ossandón Valdés, quien en representación del Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar, y de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley N° 18.695, interpone reclamo de ilegalidad en contra del Permiso de Edificación N° 7, de 10 de enero de 2011, emanado del Alcalde de la I. Municipalidad de Concón, don Jorge Valdovinos Gómez, por medio del cual se autorizó la ejecución del Proyecto Hotel Punta Piqueros, Rol 3371-24, el que señala es corolario de una serie de actos, a saber: a) Informe Previo Favorable N° 475, de 22 de octubre de 2010, emanado de la Dirección de Obras de la referida Municipalidad (DOM); b) Ordinario 312, de 30 diciembre de 2010, que contiene el Acuerdo N° 294 del Concejo Municipal, por el cual se aprobó el informe favorable Hotel Punta Piqueros y, c) Oficio Ordinario N° 08, de 6 de enero de 2011, que contiene el acuerdo N° 02 del Concejo Municipal, que aprueba el Permiso de Edificación del Hotel Punta Piqueros, haciendo extensivo su

reclamo además al Decreto Alcaldicio (D.A.) N° 721, emitido por el Alcalde Subrogante Paulo Pérez Villablanca, de fecha 8 de julio de 2011, notificado al recurrente el día 13 del mes y año referidos, que rechazó el reclamo administrativo contra los instrumentos antes mencionados, todos de la I. Municipalidad de Concón. Pide que se declare la ilegalidad de cada uno de ellos y, además, el derecho de su representado a demandar la indemnización de los perjuicios que procedieren, en conformidad a la letra h) del artículo 141 de la Ley Orgánica de Municipalidades y que se condene al municipio de Concón a cancelar las costas del juicio. Termina solicitando que, en virtud de la ilegalidad evidente de los antecedentes mencionados, se deje sin efecto el Permiso de Edificación N° 7, de 10 de enero de 2011, emanado del ente edilicio recurrido.

En cuanto a los antecedentes de hecho en que funda su reclamo, señala que el Comité tomó conocimiento del permiso que se impugna el día 13 de mayo de 2011, fecha en que se le remitió por la DOM de Concón el oficio N° 130-2011, en respuesta a una solicitud presentada por aquél que requería la entrega de antecedentes acerca de la obra autorizada, por lo que denuncia la falta de comunicación y publicidad de los antecedentes reclamados, indicando que no se habría dado cumplimiento al trámite obligatorio que establece el artículo 116 C) (sic) de la Ley de Urbanismo y Construcciones, consistente en la publicación de un aviso en el Diario Oficial, dando a conocer a la comunidad las características esenciales de la actuación de que se trate, la que se presumirá de derecho conocida desde su

publicación. La misma norma agrega que, transcurridos treinta días desde la publicación referida, la Municipalidad, a petición de parte, emitirá un certificado en que deje constancia que, hasta la fecha de su emisión, no han ingresado reclamos ni se le han notificado judicialmente recursos que recaigan sobre la gestión publicitada. Al no haberse dado cumplimiento a lo prescrito por dicha norma, el recurrente afirma que el reclamo de ilegalidad habría sido presentado en tiempo y forma en la sede administrativa. Asimismo, hace presente que, con fecha 13 de julio de 2011, le fue notificado a su representado, por la Secretaría Municipal de la I. Municipalidad de Concón, el D.A. N° 721, de fecha 8 de julio, que rechazó el reclamo de ilegalidad en sede municipal, fundado en los siguientes documentos: a) Memo DOM N° 227/2011, de 22 de junio de 2011, firmado por el arquitecto Juan Enrique Leigh, Director de Obras y Urbanizaciones y, b) Ordinario N° 135/2011, del Director de Asesoría Jurídica Paulo Pérez Villablanca, ambos funcionarios dependientes del municipio de Concón. Expone que, el D.A. N° 7 de 2011, que concede el Permiso de Edificación al Hotel Punta Piqueros, atenta contra la legalidad urbanística, tanto local como regional, al autorizar la construcción de un hotel en el Borde Costero de Concón, Zona LM, ya que en lo que respecta al uso del suelo, existe prohibición de construir edificaciones con destino habitacional o residencial. Finaliza su exposición, en lo tocante a los hechos en que fundamenta el reclamo, haciendo presente que se ha incurrido en las causales tanto de las letras a) y b) del artículo 141 (sic) de la Ley Orgánica de Municipalidades, toda vez que el acto

administrativo impugnado afecta tanto al interés general de la comuna como al interés particular, ya que el hotel proyectado priva del entorno y paisaje de la zona de que se trata, incorporando un elemento urbanístico extraño y asimétrico, con un alto impacto ambiental, en el ya sobresaturado borde costero de la comuna de Concón.

En lo que respecta al derecho, el recurrente, en primer término, enumera los errores en que, a su juicio, ha incurrido el municipio de Concón al dictar el decreto alcaldicio impugnado, todos contenidos en el Ordinario N° 135/2011, emanado del Jefe de Asesoría Jurídica del ente edilicio recurrido, a saber: 1.- Afirmar que no existiría claridad respecto del tipo de reclamo de ilegalidad interpuesto por el Comité, en circunstancias que resultaría palmario que dicho reclamo fue presentado por haberse incurrido tanto en ilegalidad de nulidad, como de plena jurisdicción, es decir, en virtud de las causales de las letras a) y b) del artículo 141 de la precitada ley, toda vez que el acto administrativo impugnado afecta tanto al interés general de la comuna como también al interés particular. 2.- Que el reclamo en sede administrativa habría sido extemporáneo, hecho que no sería efectivo, ya que su representado tomó conocimiento del contenido del Permiso de Edificación N° 7, objeto de la reclamación, sólo con fecha 13 de mayo de 2011, data en que se le remitió el oficio DOM N° 130-2011, que señala el contenido y alcance del decreto municipal impugnado. A mayor abundamiento expone que, al no haberse dado cumplimiento al trámite obligatorio que establece el artículo 116 C) (sic) de la Ley de Urbanismo y Construcciones

precitado, el reclamo de ilegalidad habría sido presentado en tiempo y forma en la sede administrativa, y por último, 3.- Que ninguno de los documentos impugnados sería de aquellos respecto de los cuales puede intentarse el presente reclamo, para luego contradecirse al indicar “salvo el permiso de edificación”, lo que le permite concluir que, a juicio del informante jurídico del municipio, sólo serían impugnables algunos decretos alcaldicios, interpretación que no se condice con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Municipalidades.- En segundo lugar, en lo que respecta a las normas de derecho, el recurrente enuncia las causales de ilegalidad de los actos administrativos impugnados, a saber: 1.- Contravención a la Constitución Política de la República y a la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695. En este punto, cita el inciso 4° del artículo 1°, en relación con el artículo 19 N° 8, ambos de nuestra Carta Fundamental, normas que denuncia infringidas, por parte del alcalde de la I. Municipalidad de Concón y demás funcionarios involucrados, al aprobar un proyecto que produce un impacto tan negativo en el patrimonio ambiental, contraviniendo así de manera evidente las disposiciones más básicas del Código Político. Cita además, los artículos 3 letra e), 4 letra a) y 24 letra a), c) y g), todos de la Ley Orgánica de Municipalidades, estimando que se han quebrantado de manera flagrante las normas que vinculan al municipio, especialmente al alcalde, a quien como máxima autoridad le corresponde, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 56 de la Ley N° 18.695: “su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento”, lo mismo que al Director de

Obras al aprobar un permiso que contraviene las leyes y normas técnicas del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU), vertidas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), en su Ordenanza General (OGUC) y el Plan Regulador Comunal (PRC), haciendo caso omiso de cada una de las disposiciones contenidas en dichos instrumentos. 2.- Contravención a la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 11, letras d) y e), en cuanto se habría omitido la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, aún tratándose de un proyecto que genera un efecto de aquellos enumerados en la ley, por traducirse en una alteración significativa e irreversible del valor paisajístico de la zona afectada. 3.- Contravención al sentido y finalidad de la Ley Lorca, cual es, la necesidad de que las decisiones de la Municipalidad y la Dirección de Obras en este tipo de asuntos, deba estar encuadrada no sólo en la estricta letra de la ley, sino que, al otorgar los permisos respectivos, ha de acudirse al espíritu e historia de ella, ya que su contexto indica que el carácter turístico de la zona impide la construcción en altura de cualquier clase de edificio que sólo beneficiaría a la actividad privada, debiendo siempre considerarse el beneficio del interés público, de tal manera que el proyecto cuestionado respondería exclusivamente a intereses patrimoniales de actividades privadas, que despoja del goce y disfrute de un espacio históricamente público, rompiéndose, además, la unidad de un entorno frágil como es el paisaje natural del borde costero. Lo afirmado se vería avalado por importantes estudios nacionales que dan cuenta que los ecosistemas costeros se encuentran en una situación de alta

vulnerabilidad, así como que, de ser intervenidos en forma agresiva, se rompería el equilibrio ecológico, causando con ello un grave daño ambiental, debiendo tenerse presente, además, que dicho proyecto impone una sobre carga vial de alto impacto en una vía de gran demanda en épocas “peak”. De acuerdo a lo expuesto y, teniendo en consideración las facultades que el Plan Regulador otorga al Director de Obras, el recurrente señala que éste debió abstenerse de emitir un informe favorable al proyecto, vulnerándose, además, la norma contenida en el artículo 9° de la LGUC, en relación a sus funciones, así como el artículo 116 de la misma, por lo que afirma que el permiso de edificación otorgado no cumple con lo exigido en el artículo 13 de la Ley Lorca, ya que dicho informe adolece de ilegalidades que lo inhabilitan como antecedente para ser considerado por el Concejo Municipal para su votación o aprobación, razón por la cual la votación del Concejo carece igualmente de validez. 4.- Contravención al Plan Regulador Comunal (PRC), artículo 7° Zona LM, uso de suelo, en concordancia con la LGUC y OGUC. En este punto y como cuestión previa, se remite al artículo 2° de la LGUC, letras a) y b), que describe el alcance de ambos cuerpos normativos, para luego indicar que la mayor causa de ilegalidad del proyecto está constituida por la contravención a los usos de suelo permitidos en la zona LM del PRC, que se imponen sobre los terrenos y los sancionan, sean éstos públicos o privados y que las autoridades y funcionarios están obligados a hacer cumplir. Al efecto, cita el artículo 7° del PRC, que respecto de la zona LM indica que: “Corresponde a la conformada por las áreas de playa y roqueríos

del litoral marítimo de la comuna. Usos permitidos: Equipamiento turístico, recreacional y deportivo, artesanía pesquera. Las construcciones que se emplacen en esta zona serán complementarias a los usos de los recursos naturales y deberán mantener y preservar su carácter de tales. Usos prohibidos: Todos, con excepción de los indicados en el párrafo precedente". Afirmo que el término "todo" implica la no existencia de excepciones dentro de cada caso en particular al que se le aplique el término, ya que si se habla de "todo", siempre se va a estar incluyendo la suma de los elementos en su completitud. Señala que no lo entiende así la reclamada, quien en respuesta a su presentación, sostiene una diferente interpretación. Afirmo que si bien la disposición del PRC, establecida en el año 1980, permitía la construcción de un hotel en la zona LM como equipamiento turístico, ello era debido a una remisión y subordinación al Plan Intercomunal de Valparaíso (PIV) de 1965, que en su artículo 37 b), disponía que se podía autorizar el emplazamiento de hoteles dentro de las zona de balnearios y playas, desde 15 norte hasta la desembocadura del río Aconcagua, norma ésta última de jerarquía superior, cuyas disposiciones relativas al uso de suelo hotel como equipamiento turístico fueron modificadas y derogadas en ambos instrumentos el año 2001 por la OGUC, cuerpo normativo que subordina a los demás instrumentos legales urbanísticos de la región, tales como el PIV y el PRC de Viña del Mar, que en su artículo 2.1.25 estableció un nuevo uso de suelo para el destino hotel, considerándolo en el ámbito de lo residencial, siendo de público conocimiento, afirma el recurrente, que el uso de suelo

residencial ha sido históricamente prohibido en el PRC para la zona LM, en concordancia con lo dispuesto por el PIV en su artículo 37 b) precitado, que prohíbe todas las actividades o usos ajenos a los fines descritos en esa zona. En consecuencia, la modificación de la OGUC que rige in actum, determina que el uso de suelo hotel está prohibido en el borde costero y que todos los permisos de edificación, a partir del año 2001, deben ajustarse a la nueva norma y cumplir con las disposiciones y prohibiciones establecidas en ambos instrumentos, tanto del PIV como del PRC, que siguen vigentes. Expone que tal situación fue refrendada en Ordinario N° 645 de la SEREMI MINVU V Región, en el año 2002, que adjunta, en relación al reclamo de ilegalidad interpuesto ante esta ltma. Corte por la construcción de un hotel con 7 pisos de unidades hoteleras en terrenos del ex Sanatorio Marítimo, en el cual, la definitiva respuesta de la SEREMI a V.S.I. indicó que en relación al uso de suelo, en la zona LM se encuentra permitido el uso hotel, por constituir un equipamiento turístico, no así la vivienda, que no se encuentra autorizada bajo ninguna circunstancia, indicándose que esa ha sido la interpretación que reiteradamente ha sostenido dicha SEREMI, para más adelante agregar que dado que en la normativa recientemente promulgada (D.S. MINVU N° 75 de 2001) se asimila el destino hotel al de residencia y, considerando el rango legal de las disposiciones analizadas, dicho organismo deberá precisar a futuro sus interpretaciones, pudiendo traducirse esto en la prohibición de todo uso de suelo residencial en la zona LM, incluido el de hoteles. Señala que el reconocimiento explícito de la jerarquía de

la OGUC, que subordina a los instrumentos de planificación territoriales, fue determinante para que esta Corte declarara ilegales dichas unidades hoteleras, por considerarse que correspondían a un uso de suelo residencial, históricamente prohibido en el PRC. Expone que, la correcta interpretación en el ámbito legal de la norma precitada, no admite confusión ni nuevas interpretaciones de la autoridad edilicia ni de sus funcionarios, que contravengan de manera flagrante las disposiciones contenidas en el PRC, LGUC y OGUC, tales como los artículos 57 de la LGUC y 5° de la OGUC. Así, estima que resulta aberrante el argumento de la reclamada, en cuanto a que una edificación destinada al hospedaje remunerado, que tiene locales y/o servicios comerciales adjuntos (tales como bares, restaurantes o discotecas), como es el caso del Hotel Punta Piqueros, no puede ser considerado puramente habitacional. En este sentido, expone que, con meridiana claridad, el artículo 2.1.24 de la OGUC le designa un uso de suelo residencial al hotel, lo que no admite interpretaciones, de tal manera que el bar, el restaurante y la discoteca son servicios del Hotel Punta Piqueros, que no desnaturalizan su esencia de edificación con destino residencial o habitacional, según lo establecido por la OGUC, y cuyo uso de suelo se reitera prohibido en la zona LM del PRC. Por su parte, el artículo 2.1.25 de la Ordenanza, exige, a su vez, que en el lugar donde se emplacen dichos servicios, esté admitido algún uso comercial, con lo que, estima el recurrente, le impone una doble condición respecto al cumplimiento de los usos de suelo que debe cumplir en relación al PRC. A mayor abundamiento, indica que

tanto el artículo 2.1.24 precitado, que define los usos de suelo a emplazarse en cada zona, entre los cuales está el de equipamiento, como el artículo 2.1.33 del mismo cuerpo normativo, que define los tipos de equipamiento, ninguno considera el equipamiento turístico como definición, entendiéndose como única homologación posible la del de esparcimiento, que no considera al hotel entre sus edificaciones, de manera tal que el Director de Obras habría vulnerado la norma contenida en el artículo 9° de la LGUC, en relación con sus funciones. 5.- Infracción a las exigencias de preservación de los recursos naturales de la Zona LM previstas en el artículo 7° del PRC. Dicha norma establece que las construcciones que se emplacen en la zona LM serán complementarias a los usos de los recursos naturales y deberán mantener y preservar su carácter de tales. Así, expone que el proyecto, de casi 20.000 metros cuadrados, con una carga ocupacional de 2.176 personas, se desarrolla en 4 pisos, más 2 volúmenes conectados por una pasarela sobre nivel, que se emplaza sobre la roca natural, destruyéndola y removiéndola por completo, con dinamita y maquinaria pesada, en un tratamiento violento y brutal para un ecosistema frágil. La volumetría que se proyecta altera la morfología de los elementos esenciales que conforman el ambiente natural del lugar, como es su roquerío, y se impone agresivamente sobre el paisaje, interrumpiendo la continuidad del mismo, introduciendo elementos estructurales y de fachada completamente ajenos a la materialidad del sector, modificando radicalmente el carácter del recurso natural, de tal manera que un

análisis objetivo a la luz de lo proyectado, lleva al compareciente a concluir que ese hotel no es complementario a los recursos naturales, ni preserva su carácter de tal. Reafirmando su postura, cita la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, que en su Dictámen N° 13.800-1999, que adjunta, al devolver sin tramitar la toma de razón de la concesión marítima otorgada por el Ministerio de Defensa respecto de Europroyect, a emplazarse en los roqueríos de la Avenida Perú en Viña del Mar, entre otras razones, consideró que no se trataba de obras complementarias para el uso de los recursos naturales. 6.- Contravención del artículo 10 del PIV, que considera zona de protección y no permite ningún tipo de edificaciones en el borde costero, velando por la mantención del estado natural de los recursos de alto valor paisajístico. En tal sentido, afirma que el permiso de edificación impugnado vulnera de forma explícita la restricción a todo tipo de edificaciones, que tiene un claro sentido de protección y que se relaciona con la integridad y el equilibrio del medio ambiente, responsabilidad que le ha sido conferida a las autoridades del Estado. 7.- Contravención al Plan de Desarrollo Comunal de la Comuna de Concón. a) Riesgo de tsunamis. Expone que en caso de ocurrir este fenómeno, todo el borde costero se vería afectado por el ascenso de la cota de oleaje, alcanzando las zonas urbanas localizadas cerca de la desembocadura del río Aconcagua, por lo que es posible considerar como zona de riesgo potencial de inundación por tsunamis al camino costero que une Viña del Mar con el balneario de Concón. Señala que los eventos acaecidos el 27 de febrero de 2010 obligan al municipio a actualizar la zona de

riesgo y declararla, definitivamente, como área de restricción para toda nueva construcción que pretenda emplazarse en la misma.-

b) Zonas inestables. Éstas se relacionan con una serie de fenómenos en los que interactúan las condiciones presentes del medio físico, con factores naturales específicos. Así, señala que en el territorio de la comuna de Concón se presentan los siguientes fenómenos asociados: b.1. Rocas desprendidas en bloques aislados en pendientes (acantilados en terraza marina), que presentan una probabilidad de desplazamiento elevada por la acción de la lluvia y eventualmente del viento, que puede socavar la zona de sustentación, siendo la probabilidad de ocurrencia alta, y la zona afectada es la Avenida Borgoño (camino litoral) y, b.2. Rocas fracturadas con un grado de abertura de las fisuras importante, en farellones costeros, situación que puede degradarse lentamente hasta generar bloques aislados, cuya probabilidad de ocurrencia es baja, pero que puede variar por la acción de los agentes meteóricos o por eventos sísmicos, siendo la zona afectada la ya expresada en el punto anterior.-

c) Recurso turístico a proteger, Decreto Ley N° 1224. A este respecto, señala que la importancia que está adquiriendo la industria turística obliga a tomar medidas de protección sobre los bienes que generan dichos beneficios. Alude así, al desarrollo en la materia de países civilizados, en que se aprecia la dictación de normas por los organismos públicos que privilegian los derechos ciudadanos y buscan mejorar su calidad de vida, protegiendo los recursos turísticos y los bienes patrimoniales, como por ejemplo, en

ciudades costeras europeas en las que se han demolido construcciones que dañaban el patrimonio paisajístico.

En cuanto a los perjuicios producidos por los actos que se impugnan, el recurrente enuncia los siguientes: 1. La destrucción del ambiente natural y del ecosistema del borde costero; 2. La obstrucción a los panoramas paisajísticos; 3. El alto impacto vial en la principal vía de conectividad costera y, 4. El riesgo de la sustentabilidad de los recursos naturales. Concluye solicitando se tenga por interpuesto el reclamo de ilegalidad, en contra del Permiso de Edificación N° 007, de fecha 10 de enero de 2011, del proyecto Hotel Punta Piqueros, así como de todos aquellos actos que son antecedente directo del mismo, declarándose la ilegalidad de ellos, así como el derecho a demandar la indemnización que procediere, condenándose en costas a la I. Municipalidad de Concón. Por último, requiere se deje sin efecto el permiso antes mencionado.

A fs. 93, como coadyuvante de la reclamada, se hizo parte el abogado don Juan Carlos Osorio Johannsen, en representación de Inmobiliaria Punta Piqueros.

A fs. 97, don Paulo Pérez Villablanca, abogado, en representación de la I. Municipalidad de Concón, contestando, solicitó el rechazo del reclamo por las siguientes consideraciones: 1.- Extemporaneidad. Expone el recurrido que el permiso de edificación impugnado, de fecha 10 de enero de 2011, así como los actos que lo preceden, fueron profusamente divulgados por la prensa y la televisión, así como en el portal de internet de la I. Municipalidad de Concón, no obstante lo cual el Comité afirma

que sólo conoció el contenido del permiso en comento el día 13 de mayo de 2011, fecha en que le fuera notificado el oficio DOM N° 130-2011, por el cual el Director de Obras de Concón le dio respuesta a su solicitud, la que data del 10 de mayo del mismo año. Agrega que el cierre perimetral e instalación de faenas para la ejecución de las obras no se produjo antes del día 10 de febrero de 2011 y que las excavaciones comenzaron en la primera quincena del mismo mes, todas razones por las cuales afirma que el Comité innegablemente tomó conocimiento del permiso con anterioridad a la fecha que indica, lo que explica que el día 10 de mayo haya solicitado más información al Director de Obras de Concón, cuya respuesta se plasmó en el oficio DOM N° 130 de 13 de mayo de 2011. Por otra parte, indica que no existe norma legal que exija formalidad de publicidad o notificación alguna respecto de terceros, tratándose de un permiso de edificación, sin perjuicio de lo cual, afirma se dio cumplimiento a lo establecido en el inciso final del artículo 116 de la LGUC, toda vez que la nómina que contenía el permiso reclamado fue exhibida en el acceso principal de la DOM, durante el plazo de 60 días contado desde la fecha de su aprobación. Agrega que el artículo 116 bis del cuerpo legal precitado, en todo caso, alude a un procedimiento facultativo de publicidad para el titular del permiso de edificación, al cual no se acogió el beneficiario en este caso. Así las cosas, concluye que el reclamo de ilegalidad, que fuera interpuesto ante el Sr. Alcalde de la I. Municipalidad de Concón, con fecha 16 de junio de 2011, es totalmente extemporáneo.- 2.- Falta de legitimación activa del reclamante. Señala que el Comité reclamante es una organización

comunitaria funcional, constituida conforme a la Ley N° 19.418, sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias que, de acuerdo a sus estatutos, desarrolla funciones en la comuna de Viña del Mar, teniendo su domicilio en dicha comuna y encontrándose inscrita en el Registro Público del municipio de la misma, de tal manera que el presente reclamo debe ser rechazado.- 3.- Inadmisibilidad del reclamo de ilegalidad por incumplimiento del requisito contemplado en el inciso final de la letra d) del artículo 141 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Ello debido a que la reclamante no ha expresado con precisión la manera en que se habría producido la infracción de cada una de las normas legales que señala infringidas.- 4.- Preexistencia de anteproyecto no impugnado. Teniendo en consideración lo dispuesto en el inciso 8° del artículo 116 de la LGUC, en relación con la Circular Ordinaria N° 262, de la Jefa de la División de Desarrollo Urbano, de fecha 29 de mayo de 2001, el reclamado expone que, por resolución N° 08/10, de fecha 18 de enero de 2010, la DOM de la I. Municipalidad de Concón aprobó el anteproyecto de edificación del Hotel Punta Piqueros, bajo las condiciones urbanísticas que finalmente sirvieron de sustento al permiso de edificación N° 007, de 10 de febrero de 2011, no habiendo sido impugnada la resolución que aprobó el anteproyecto de manera alguna, encontrándose vencidos todos los plazos al efecto, de tal manera que la Inmobiliaria Punta Piqueros S.A., titular del permiso de obra, tiene plena certeza jurídica de que las condiciones urbanísticas en que se aprobó el anteproyecto de edificación han de ser las mismas que para el

proyecto definitivo.- 5.- Supuestas infracciones legales denunciadas. Refutando las ilegalidades denunciadas por el recurrente, expone que éstas no son efectivas. Así, indica: a) Artículos 1° y 19 N° 8 de la Constitución, en que el reclamante no señala en qué consistiría la infracción a los mismos. b) Artículos 3 letra e), 4 letra a) y 24, todos de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, pues no se indican las disposiciones específicamente infringidas. c) Artículo 11, letra d) y e) de la Ley 19.300, ya que en virtud de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de dicho cuerpo legal, resultaría que el proyecto cuestionado no se encontraría obligado a someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, toda vez que no se menciona a los hoteles. d) Supuesta contravención al sentido y finalidad de la ley Lorca, indicando el reclamado que es necesario dejar en claro que el permiso impugnado fue dictado con acuerdo del Concejo Municipal de Concón y adoptado por la unanimidad de sus miembros en ejercicio, el que fue precedido por informe favorable del Director de Obras Municipales. e) Supuesta infracción al PRC, en relación con la LGUC y OGUC. Así, el recurrente sostiene que un hotel corresponde a un uso de suelo residencial, no permitido en la zona LM, en circunstancias que el proyecto aprobado contempla servicios comerciales adjuntos como bar, spa, gimnasio, comedores y salones de eventos, por lo que estima resulta obvio que, un hotel con las características enunciadas, no corresponde al uso residencial, sino que al uso de equipamiento turístico, el que está claramente permitido por el PRC. En cuanto a la modificación del año 2001, introducida al artículo 2.1.25 de la

LGUC, a la que alude la reclamante, afirma que aquélla se tradujo únicamente en permitir que las actividades comerciales propias del nuevo uso de suelo "Actividad Productiva", pudiesen emplazarse, bajo ciertos respetos y limitaciones, en una zona que contempla preferentemente el uso de vivienda. Asimismo, señala que es absurdo concluir que, a falta de definición específica de equipamiento turístico en la OGUC, no esté permitida dicha clase de equipamiento, lo que se ve refrendado por lo dispuesto en los artículos 2.1.27, 2.1.32 y 2.1.33, todos de la Ordenanza precitada, especialmente en el último de éstos, en que se señala una enunciación abierta, no taxativa, lo que determina que los instrumentos de planificación pueden contemplar actividades o usos específicos. Expone que el uso de suelo permitido en la zona costera es el equipamiento turístico, recreacional, deportivo y artesanía pesquera, los que corresponden propiamente al uso de Actividades Productivas, dentro de las cuales se comprende todo tipo de industria, entre ellas, la industria turística u hotelera, existiendo un expreso reconocimiento de la reclamante en cuanto a que el turismo es una industria (foja 81). f) Supuesta infracción al artículo 10, letra c) del PIV. Indica que dicha norma se refiere a ciertas áreas del borde costero, que se encuentran específicamente individualizadas en el Plano M.P.I.V21, que no comprende la zona donde se emplaza el proyecto.- 6.- Respecto a los perjuicios producidos por los actos impugnados. 6.1. En cuanto a la supuesta destrucción del ambiente natural y del ecosistema del borde costero, señala que el proyecto en cuestión interviene en

forma mínima el mismo, sin producir una destrucción del ambiente natural, lo que se demuestra en que el proyecto no es de aquellos que deben someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental. 6.2. En lo que respecta a una supuesta obstrucción a los panoramas paisajísticos, indica el reclamado que ello no es efectivo, ya que no existiría ningún derecho comunitario o servidumbre comunitaria de vista en la zona. 6.3. Referente al supuesto impacto vial, afirma que el proyecto hotelero en cuestión no produce tal impacto, de manera que no existe obligación legal de someterlo a un estudio de impacto vial. 6.4. En cuanto al supuesto riesgo de sustentabilidad de los recursos naturales, indica que tal aseveración no tiene mayor sentido, ya que no existe ninguna explotación indiscriminada del borde costero, toda vez que basta transitar por Avenida Borgoño para ver grandes extensiones de terreno sin construcción alguna y, además, pues la construcción proyectada no puede considerarse indiscriminada, toda vez que el PRC establece los usos que puede dársele, señalando en este caso, que el uso permitido es el equipamiento turístico, del cual un hotel debe ser su máxima expresión. Termina el recurrido solicitando a esta Illtma. Corte, tener por contestado el reclamo de autos, rechazándolo en definitiva, en todas sus partes, con costas.

A fs. 109, se recibió el reclamo de ilegalidad a prueba.

A fs. 205, se ordenó pasaran los autos en vista a esta Fiscalía Judicial.

En cumplimiento del decreto antes aludido, cúpleme informar a V.S.Iltma, lo siguiente:

I.- En cuanto a la forma:

A) Extemporaneidad del reclamo:

Sostiene la reclamada que la acción intentada en su contra se habría interpuesto fuera del plazo legal establecido para ello, toda vez que el permiso de edificación, así como los actos que impugna, habrían tenido amplia difusión en los medios de prensa, página web y en dependencias de la entidad municipal de que se trata, sin perjuicio de que las obras se iniciaron, aproximadamente, a mediados del mes de febrero del año 2011, todo lo cual indicaría que la reclamante tuvo conocimiento de los actos impugnados en fecha anterior a aquélla que sostiene la misma.

En opinión de esta Fiscalía Judicial, la petición de la reclamada debe ser desestimada, teniendo presente para ello que, quien comparece a fs. 58, no ha sido parte del proceso administrativo en el que se gestó el acto reclamado, de manera que quien reclama no ha tenido la calidad de parte del proceso y, en consecuencia, desconoce los antecedentes que se tuvieron en vista para adoptar la decisión cuya ilegalidad pretende. Asimismo, por carecer de la calidad de parte, no fue notificado ni de la dictación de los actos impugnados ni de su contenido. Tampoco estamos en presencia de un acto que deba ser publicado, de modo tal que no existe ningún antecedente cierto que permita computar el plazo legal para reclamar, de

conformidad a lo que dispone el artículo 141 de la Ley N° 18.695, actual artículo 151 de dicho cuerpo legal.

Ante dicha circunstancia y, considerando que por la naturaleza y finalidad del reclamo deducido -que persigue la declaración de ilegalidad de los actos administrativos emanados de los órganos municipales- y considerando, además, que en el reclamo deben señalarse con precisión las causales en que se fundamenta la ilegalidad que se denuncia, tal como lo exige el artículo 151 del cuerpo legal precitado, en su letra d), no cabe sino concluir que tal cómputo debe realizarse desde la fecha en que el reclamante tuvo en su poder todos los antecedentes necesarios y suficientes a fin de tomar cabal conocimiento del contenido del acto que pretende anular por ilegal. Dicho de otro modo, el reclamante no estuvo en condiciones de deducir su reclamo, sino una vez que obtuvo de parte de la Municipalidad los actos reclamados y los antecedentes que motivaron su dictación, lo que sólo ocurrió el 13 de mayo de 2011, tal como lo indica la propia reclamada.

B) En cuanto a la supuesta falta de legitimación activa del reclamante, en atención a que el Comité reclamante es una organización comunitaria funcional, constituida conforme a la Ley N° 19.418, sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias que, de acuerdo a sus estatutos, desarrolla funciones en la comuna de Viña del Mar, lo que importaría que dicha entidad carecería del interés que exigen las letras a) y b) del artículo 151 de la Ley 18.695, sólo cabe señalar que tal alegación debe ser desestimada por resultar irrelevante el que la

organización compareciente tenga domicilio en un lugar distinto de la comuna que dictó el acto reclamado, desde que tal circunstancia no le priva de su posibilidad de impugnarlo, si ello redundaría en el interés general del lugar en que dicho acto surtiría efecto, entendiendo que en tal calidad puede comparecer todo ciudadano que se estime afectado por el mismo, pues la ley no exige otro requisito que el interés general o particular del agraviado que reclama.

C) Inadmisibilidad del reclamo de ilegalidad por incumplimiento del requisito contemplado en el inciso final de la letra d) del artículo 151 de la Ley Orgánica de Municipalidades, ello debido a que la reclamante no ha expresado con precisión la manera en que se habría producido la infracción de cada una de las normas legales que señala infringidas, en opinión de esta Fiscalía Judicial, debe rechazarse tal petición pues, de la sola lectura del libelo de fs. 58, se desprende que la omisión que alega la reclamada no es efectiva.

D) En cuanto a la preexistencia del anteproyecto respectivo, el que no fue impugnado, habiendo vencido ya todos los plazos destinados a tal efecto, lo que determinaría, a juicio de la reclamada, que la acción intentada sería extemporánea, cabe señalar que tal alegación debe ser desestimada, reiterando lo sostenido en la letra A) que precede, desde que, teniendo en consideración que el compareciente que sostiene la acción no fue parte en modo alguno en el anteproyecto respectivo, sólo puede reclamar de él una vez que tomó conocimiento del mismo, así como de todos los antecedentes que lo preceden, entre los cuales

se encuentra precisamente el anteproyecto a que alude la reclamada, sin que esto afecte la certeza jurídica para el beneficiario del permiso, quien tendrá una mera expectativa de la obra que pretende, intertanto no se haya tramitado totalmente el procedimiento que culmina con el otorgamiento de la autorización de edificación que persigue.

II.- En cuanto al fondo:

Comparece a fs. 58 don Juan Carlos Ossandón Valdés, quien interpone reclamo de ilegalidad en contra del Permiso de Edificación N° 7, de 10 de enero de 2011, emanado del Alcalde de la I. Municipalidad de Concón, don Jorge Valdovinos Gómez, por medio del cual se autorizó la ejecución del Proyecto Hotel Punta Piqueros, Rol 3371-24, el que señala es corolario de una serie de actos, a saber: a) Informe Previo Favorable N° 475, de 22 de octubre de 2010, emanado de la Dirección de Obras de la referida Municipalidad (DOM); b) Ordinario 312, de 30 diciembre de 2010, que contiene el Acuerdo N° 294 del Concejo Municipal, por el cual se aprobó el informe favorable Hotel Punta Piqueros y, c) Oficio Ordinario N° 08, de 6 de enero de 2011, que contiene el acuerdo N° 02 del Concejo Municipal, que aprueba el Permiso de Edificación del Hotel Punta Piqueros, haciendo extensivo su reclamo además al Decreto Alcaldicio (D.A.) N° 721, emitido por el Alcalde Subrogante Paulo Pérez Villablanca, de fecha 8 de julio de 2011, notificado al recurrente el día 13 del mes y año referidos, que rechazó el reclamo administrativo contra los instrumentos antes mencionados, todos de la I. Municipalidad de Concón, solicitando

que, en virtud de la ilegalidad evidente de los antecedentes mencionados, se deje sin efecto el Permiso de Edificación N° 7, de 10 de enero de 2011, emanado del ente edilicio recurrido.

Pormenorizando las ilegalidades que supone a los actos impugnados, señala, en síntesis, que existiría contravención:

1.- A los artículos 1º, inciso 4º, en relación con el artículo 19 N° 8 la Constitución Política de la República y a los artículos 3 letra e), 4 letra a) y 24 letra a), c) y g), todos de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695, desde que se habría aprobado un proyecto que produce un impacto negativo en el patrimonio ambiental, estimando que se han quebrantado, de manera flagrante, las normas que vinculan al municipio, especialmente al alcalde, en cuanto a la dirección y administración de su municipio;

2.- A las normas de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 11, letras d) y e), en cuanto se habría omitido la elaboración de un estudio de impacto ambiental;

3.- Al sentido y finalidad de la Ley Lorca, ya que su contexto indica que el carácter turístico de la zona impide la construcción en altura de cualquier clase de edificio, adoleciendo el permiso de edificación de que se reclama, de ilegalidades que lo inhabilitan como antecedente para ser considerado por el Concejo Municipal para su votación o aprobación, razón por la cual la votación del Concejo carece igualmente de validez;

4.- A lo dispuesto en el PRC, artículo 7º Zona LM, uso de suelo, en concordancia con la LGUC y OGUC, la que no permite el uso

residencial o vivienda en dicha zona y, constituyendo la obra proyectada un uso de este tipo, se encontraría prohibida por la aludida norma, sin perjuicio de que existiría una infracción a las exigencias de preservación de los recursos naturales de la aludida zona;

5.- Al artículo 10 del PIV, que considera zona de protección y no permite ningún tipo de edificaciones en el borde costero, velando por la mantención del estado natural de los recursos de alto valor paisajístico y,

6.- Al Plan de Desarrollo Comunal de la Comuna de Concón, en lo que se refiere al riesgo de tsunami, a la existencia de zonas inestables y a los recursos turísticos que se deben proteger.

Haciéndose cargo esta informante de las ilegalidades que invoca el actor, cabe advertir que, conviene recordar que todo acto administrativo ha de cumplir con una doble exigencia en cuanto a su legalidad, a saber, en lo que se refiere a su aspecto formal, como en lo que respecta a su conveniencia o mérito, de tal suerte que ambos deben converger para que el mismo pueda estar revestido de la autoridad que se le atribuye y produzca los efectos que le son propios.

En la especie, si bien el procedimiento que condujo al otorgamiento del permiso de edificación N° 7, de fecha 10 de enero de 2011, por el cual se aprobó el proyecto de edificación del Hotel Punta Piqueros, en la comuna de Concón, se ajusta formalmente a las exigencias legales y reglamentarias contempladas al efecto, contenidas en la LGUC y en la Ordenanza correspondiente, con lo cual cumple con la legalidad formal, no

puede sostenerse lo propio en cuanto a los aspectos sustantivos que implica la ejecución del proyecto en cuestión, en lo que se refiere, específicamente, a la protección del medio ambiente.

En efecto, y tal como se desprende de los informes acompañados a estos autos por el reclamante, a fs. 151 y 177, el lugar en que se pretende emplazar el proyecto hotelero, producirá un fuerte y negativo impacto ambiental, desde el punto de vista del ecosistema existente en dicha zona, así como de la compatibilidad con otros usos históricos y ciudadanos, y desde un punto de vista de la seguridad, sin perjuicio del gran impacto vial que se producirá en el aludido sector, conclusiones que se ven corroboradas por lo informado, a fs. 227, por el Director del Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada, así como por el SEREMI del medio ambiente de la Región de Valparaíso, cuyo oficio se agrega en fs. 229.

De estos antecedentes, se concluye que existe una vulneración tanto de las normas constitucionales que refiere el actor, así como aquellas que se contienen en la Ley Orgánica de Municipalidades y en la Ley N° 13.364, denominada “Ley Eluchans-Lorca” o “Ley Lorca”. Así, efectivamente, aparecen transgredidas las normas contenidas en el artículo 1°, inciso 4°, en relación con el artículo 19 N° 8 la Constitución Política de la República y los artículos 3 letra e), 4 letra a) y 24 letra a), c) y g), todos de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695, que, en general, obliga a los entes del Estado y a todos los entes públicos a velar porque el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado, así como tutelar

la preservación de la naturaleza. Desde esta perspectiva, tanto el Alcalde de la municipalidad reclamada, como su Director de Obras, han infringido, respectivamente, los deberes que les impone su ley orgánica, no desde el punto de vista formal, pues como ya se ha dicho, en el procedimiento pertinente, se ha observado la regularidad formal, sino más bien desde un punto de vista sustantivo, en la forma que lo invoca la reclamante, toda vez que no debieron haber prestado su aprobación a un proyecto que produce un impacto tan negativo en el patrimonio ambiental.

En cuanto a la Ley N° 13.364, también se ha vulnerado su sentido y espíritu, pues la misma se sustenta en un claro sentido proteccionista del borde costero o litoral marítimo en la región, en el sector ya referido, el que se verá altamente afectado con el proyecto inmobiliario a que se refieren estos antecedentes. En efecto, y tal como lo ha sostenido esta Corte en fallo Rol IC 1612-2010, recaído en reclamo de ilegalidad caratulado “Ríos y otros con I. Municipalidad de Viña del Mar”, al cuerpo legal en análisis, atendido su carácter especialísimo, debe dársele una lectura por los particulares interesados y por los aplicadores del derecho, en sede administrativa, de manera de no alterar, modificar o desvirtuar su sentido, alcance y razón de su promulgación, por lo cual, no basta con reproducir el tenor del artículo 13, que alude a los requisitos formales para aprobar determinados proyectos urbanísticos, para considerar que se ha dado cabal cumplimiento a sus preceptos, que abarca un sector amplio de protección, en el que se incluye el camino costero a Concón, hasta la desembocadura del río Aconcagua.

Que, también se ha infringido, en opinión de esta informante, lo dispuesto en la LGUC, en la OGUC, en relación con lo preceptuado por el artículo 7° del PRC, desde que se autorizó la edificación de un proyecto hotelero, en una zona que no permite un uso residencial, siendo evidente que el hotel implica un uso de este tipo, lo que excede el sólo equipamiento turístico que, según la reclamada, tendría la obra autorizada.

*Por lo expuesto, en opinión de esta Fiscalía Judicial, deben **rechazarse las objeciones formales** alegadas por la parte reclamada, y **acogerse el reclamo de ilegalidad** dirigido en contra de los actos que se impugnan por el actor, señalados precedentemente, y en tal virtud, dejarse sin efecto el permiso de edificación N° 7, de 10 de enero de 2011.*

Valparaíso, 26 de diciembre de 2011

JACQUELINE NASH ALVAREZ
FISCAL JUDICIAL