

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

REFS.: N°s W039273/20
MFV W001780/21
CNM W002375/21
W003282/21
W008356/21
810.345/21

NO PROCEDE ACCEDER A LA RECONSIDERACIÓN DEL DICTAMEN N° E58946, DE 2020, DE ESTE ORIGEN, POR LAS RAZONES QUE SE SEÑALAN. LA MODIFICACIÓN DEL PRECEPTO QUE SE INDICA NO CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO DE DICHO PRONUNCIAMIENTO.

SANTIAGO, 10 DE JUNIO DE 2021

Mediante el dictamen N° E58946, de 2020, emitido con ocasión de una presentación efectuada por los señores Patricio Herman Pacheco y Mauricio Zulueta Ramírez, en representación, según expresaron, de la Fundación Defendamos la Ciudad, relativa a la juridicidad del oficio N° 1.456-S/2019, de la Dirección de Obras de la Municipalidad de La Florida (DOM) -que desestimó la petición de dichos recurrentes de iniciar un procedimiento de invalidación respecto del permiso de edificación (PE) N° 143, de 2019, de esa unidad, fundada, en lo que concierne, en que proyectos como el de la especie se rigen en materia de distanciamientos por el oficio circular N° 184, de 2009 (DDU Específica N° 5), de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo-, esta Contraloría General concluyó que dichos instrumentos no se ajustaban a derecho.

Ello, por cuanto acorde con lo establecido en el inciso tercero del artículo 2.6.12., a los proyectos que se hayan acogido al artículo 2.6.11., ambos preceptos de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC), aprobada por el decreto N° 47, de 1992, del ministerio del ramo, les resulta aplicable a partir de los 10,5 metros de altura un distanciamiento hacia los predios vecinos no inferior de 1/5 de la altura total de la edificación, y no como consigna la DOM y la DDU, en función de la altura de cada volumen o plano de fachada retirado.

Por lo anterior, se determinó que no se advertía sustento de orden jurídico para que la nombrada División de Desarrollo Urbano a través de la aludida DDU, dispusiera de un parámetro distinto a la altura total de la edificación para determinar el distanciamiento, así como tampoco para

AL SEÑOR
ALCALDE DE LA MUNICIPALIDAD DE
LA FLORIDA

contemplar diversos distanciamientos según el piso que enfrentan, por las razones que se detallaron. En consecuencia, se señaló que no se ajustaron a derecho la anotada DDU Específica N° 5, ni el referido oficio N° 1.456-S, pues este se funda en aquella para establecer el distanciamiento aplicable al permiso de que se trata.

Además, se apuntó que acorde con lo preceptuado en el inciso tercero del citado artículo 2.6.12., el distanciamiento contemplado en el indicado PE N° 143 era inferior al permitido tanto en el deslinde sur -6,10 metros hasta el piso 13-, como en el deslinde norte -6,69 metros en el piso 14-, por lo que se concluyó, coincidiendo con lo expresado por la SEREMI, que no se ajustó a derecho dicho permiso, y se instruyó a ese municipio arbitrar las providencias que según el ordenamiento correspondan a fin de corregir la irregularidad antes descrita, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 53 de la ley N° 19.880, sobre la invalidación administrativa de los actos irregulares, debiendo informar de ello a esta Sede de Control del modo que se expresó.

Finalmente, se dispuso que la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo debía adoptar las medidas tendientes a adecuar el contenido de la DDU Específica N° 5, de 2009, a lo indicado en el dictamen en comento, informando también de la manera que ahí se consignó.

Pues bien, en esta oportunidad, la referida corporación edilicia requiere la reconsideración del reseñado dictamen sustentada, en síntesis, en que esta Sede Control carecería de competencia para emitirlo, pues no contó con el informe técnico de la aludida subsecretaría, particularmente de su División de Desarrollo Urbano, pues, a su juicio, así lo exige el artículo 4° de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC) - sancionada por el decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975, de la atingente cartera de Estado-, siendo ese el organismo designado por ley para pronunciarse acerca del fondo de la mencionada circular. Asimismo, reclama que la SEREMI no requirió la opinión de la DOM antes de manifestarse sobre esta materia.

También, señala que la DDU Específica N° 5, de 2009, se ajusta a derecho por los motivos que expone, y agrega que del inciso segundo del artículo 2.6.11. de la OGUC se puede concluir que existe posibilidad de retranqueos en los proyectos como el de la especie. Por lo expuesto, pide dejar sin efecto la -en su concepto- instrucción de iniciar un proceso de invalidación sobre el nombrado PE N° 143, para velar por los principios de confianza legítima y seguridad jurídica de todos aquellos que han obrado de buena fe, incluyendo a la DOM y los terceros afectados.

A su turno, y separadamente, el señor Juan Armando Vicuña Marín y la señora Paula Urenda Warren, ambos en representación, según expresan, de la Cámara Chilena de la Construcción A.G., solicitan la reconsideración del reseñado dictamen N° E58946, a fin de que se delimiten los efectos temporales, estableciéndose que se trataría de un nuevo criterio que sólo será aplicable en lo sucesivo, no afectando a los proyectos iniciados con anterioridad a su emisión.

Por su parte, el individualizado señor Herman Pacheco, denuncia el incumplimiento del anotado pronunciamiento, pues expresa que ha tomado conocimiento de que el Ministerio de Vivienda y Urbanismo intenta modificar la norma de distanciamiento regulada en la OGUC, supeditando la adecuación de la DDU objetada a ese hecho futuro, llevándola a cabo sin la transparencia que dispone el artículo 28 decies de la LGUC y sin la participación ciudadana que cautela el artículo 8° de su Resolución Exenta N° 3.288, de 2015, que aprueba la norma general de participación ciudadana de esa repartición pública.

Además, en cuanto al plazo de dos años del señalado artículo 53 de la ley N° 19.880, solicita un pronunciamiento jurídico sobre si, de ser necesario, corresponde que ese municipio ejerza de oficio su facultad de ampliar el plazo para tramitar la invalidación acorde con lo previsto en el artículo 26 de ese cuerpo legal.

Sobre el particular, en relación con la petición de reconsideración del reseñado dictamen N° E58946, cabe señalar que -contrariamente a lo indicado por ese municipio, en orden a que esta Sede de Control no tendría competencia para pronunciarse sobre la materia-, acorde con los artículos 98 de la Constitución Política y 1° y 6° de la ley N° 10.336, a esta le corresponde, en lo que interesa, el control de legalidad de los actos de la Administración y pronunciarse sobre los asuntos que se relacionen con el funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su fiscalización (aplica el dictamen N° 23.457, de 2015, de este origen).

Asimismo, la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en lo que importa, en sus artículos 51 y 52, establece que las municipalidades serán fiscalizadas por la Contraloría General de la República de acuerdo con su Ley Orgánica Constitucional, y que, en el ejercicio de sus funciones de control de la legalidad, esta Entidad Fiscalizadora podrá emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control.

En tal sentido, siendo la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo y las Direcciones de Obras Municipales, órganos administrativos, las resoluciones que emitan están sujetas al control de juridicidad por parte de esta Sede de Control, acorde con las preceptivas constitucionales y legales antes mencionadas.

De esas disposiciones y de las demás pertinentes resulta asimismo, en cuanto a su oportunidad, que esta Contraloría General se encuentra habilitada para revisar tanto preventivamente -en los casos en que corresponda conforme a la ley- como con posterioridad a su emisión, los actos de las antedichas reparticiones, comoquiera que tal análisis importa un pronunciamiento acerca de la legalidad de un actuar concreto de la Administración, lo que supone una comparación entre dicha actuación y el ordenamiento que rige a la misma.

Es del caso destacar en esta parte que lo anterior se aplica también, por cierto, a las decisiones de la singularizada subsecretaría, toda vez que aun cuando la normativa pertinente asignó a aquella “a través de la División de Desarrollo Urbano, impartir las instrucciones para la aplicación de las disposiciones de esta Ley y su Ordenanza General, mediante circulares, las que se mantendrán a disposición de cualquier interesado”, ello es sin perjuicio de que esta Sede de Fiscalización en ejercicio de sus atribuciones verifique la juridicidad de lo resuelto por dicho órgano (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s 29.627, de 2013, y E93393, de 2021, de este origen).

De esta manera, y a diferencia de lo pretendido por esa corporación edilicia, los pronunciamientos de la subsecretaría no podrían prevalecer sobre los dictámenes vigentes de la Contraloría General que abordan las mismas materias, debiendo atenerse a lo manifestado por esta Entidad de Control.

Enseguida, es útil recordar -en armonía con lo señalado por la jurisprudencia administrativa de este origen, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s 42.257, de 2017, y 13.730, de 2018- que conforme a los artículos 9° y 19° de la citada ley N° 10.336, los dictámenes de la Contraloría General son obligatorios para los órganos de la Administración sometidos a su fiscalización, de modo que su inobservancia importa la infracción de los deberes funcionarios de los servidores públicos involucrados, comprometiendo su responsabilidad administrativa.

En ese contexto, lo cierto es que la problemática planteada importaba necesariamente determinar la legalidad del oficio N° 1.456-S/2019, el PE N° 143 y la citada DDU, materias que fueron examinadas en el objetado dictamen como parte de las competencias de esta Sede de Control, al examinar la normativa vigente a esa data para los distanciamientos en proyectos como el analizado en el pronunciamiento en comento, para lo cual se tuvo a la vista, además de la reclamación, el informe de la SEREMI así como el parecer de esa repartición municipal.

En relación con los argumentos esgrimidos por esa corporación edilicia para fundar la legalidad de la DDU Específica N° 5, es necesario precisar que no aporta nuevos antecedentes que no se hubiesen tenido a la vista al momento de emitir el objetado dictamen - incurriendo además en imprecisiones al graficar las hipótesis y citar la normativa aplicable-, y que, adicionalmente, el propio ministerio estimó pertinente modificar la OGUC para efectos de cumplir con el citado pronunciamiento, a través del decreto N° 8, de 2021, de la aludida cartera, publicado en el Diario Oficial con fecha 29 de marzo de igual anualidad.

Además, acerca de la buena fe alegada tanto de la DOM como de los terceros afectados, así como los principios a que ha aludido ese municipio, es dable recordar en armonía con el criterio contenido en el dictamen N° 16, de 2015, de este origen, que ello constituye una materia que debe ser ponderada por la Administración activa, en el marco de los procedimientos que se deben adoptar al efecto.

A su turno, sobre la petición de los representantes de la Cámara Chilena de la Construcción, resulta útil recordar que el dictamen N° 70.937, de 2015, entre otros, ha precisado que los pronunciamientos de este Organismo de Control son actos jurídicos que cumplen una función interpretativa de la ley y, en cuanto fijan el sentido y alcance de las disposiciones examinadas, pasan a conformar un todo obligatorio, rigiendo, por regla general, desde la fecha de vigencia de la norma interpretada, salvo que se trate de un cambio de jurisprudencia, en que el nuevo criterio solo tiene efectos para el futuro y no puede afectar las situaciones y actuaciones constituidas con anterioridad a su emisión.

Pues bien, cumple con indicar que el referido dictamen N° E58946 no constituye un cambio de criterio, sino que una interpretación que fijó el alcance del artículo 2.6.12. de la OGUC en los términos ahí detallados. Por ende, dicho pronunciamiento rige desde la entrada en vigor de ese precepto.

En consecuencia, y en atención a que lo planteado por los reclamantes no desvirtúa la conclusión contenida en el dictamen N° E58946, de 2020, de este origen, se ha estimado del caso no acceder a la petición de reconsideración de aquel.

Por otro lado, en lo que atañe a la denuncia de inobservancia de lo instruido por el dictamen en comento, es necesario indicar que mediante su oficio N° 2, de 2021, la mencionada subsecretaría informó que se encontraba preparando una modificación a la OGUC en materia de distanciamiento en los términos que detallaba, para así dar cumplimiento a lo ordenado en el pronunciamiento de que se trata.

Luego, por medio del citado decreto N° 8, de 2021, fue modificado el artículo 2.6.12. de la OGUC, en el sentido de intercalar en el inciso tercero a continuación de la palabra “respectivamente.” la frase “En los casos de edificaciones aisladas que consulten retranqueos sobre los 10,5 m de altura, el distanciamiento antes mencionado se medirá en relación a la altura de cada uno de ellos, altura que corresponderá a la distancia vertical expresada en metros, entre el suelo natural y la altura de cada uno de dichos retranqueos”.

En seguida, es dable agregar que dicho acto fue ingresado a esta Entidad de Fiscalización para su control previo de legalidad, y que en tal instancia se examinó su congruencia con las normas atingentes, entre otras, con el artículo 8°, inciso segundo -que regula la consulta simplificada-, de la citada resolución N° 3.288, no advirtiéndose reproches de juridicidad, por lo que se procedió a tomar razón de tal decreto.

En ese contexto, y considerando, por una parte, que dentro de las competencias de esa Secretaría de Estado se encuentra la de disponer modificaciones a la OGUC, y por la otra, que la reseñada DDU Específica N° 5 no se ajustó a derecho pues se emitió en su

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

6

oportunidad sin conformarse con la normativa aplicable, y la materia a que se refiere ya se encuentra regulada en el inciso tercero del citado artículo 2.6.12., esta Contraloría General entiende que la nombrada subsecretaría ha dado cumplimiento al requerimiento efectuado.

Lo anterior, sin perjuicio de que, para efectos de transparencia, dé cuenta en su portal institucional de los cambios normativos que afectan a tal circular.

Cabe agregar también, que los efectos de la modificación dispuesta por el referido decreto N° 8, de 2021, en los casos en que incida, deben ser examinados en las instancias que correspondan.

Finalmente, en lo relativo a la solicitud del señor Herman Pacheco sobre el artículo 26 de la ley N° 19.880, considerando que se ha tomado conocimiento de la interposición de un recurso de protección ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago -rol N° 4.463-, en contra del Director de Obras Municipales de La Florida “por retardar injustificadamente la tramitación del procedimiento de invalidación del Permiso de Edificación N° 143-2019, iniciado mediante Resolución N° 578-S/2020, permitir ilegalmente la construcción de un edificio tachado de ilegal por la Contraloría General de la República y no atender dentro de plazo la solicitud ingresada el día 05 y 08 de febrero de 2021”, este Organismo Fiscalizador, en virtud de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 6° de la ley N° 10.336, debe abstenerse de emitir el pronunciamiento solicitado, pues dice relación con el antedicho procedimiento (aplica el dictamen N° 5.851, de 2017, de este origen).

Saluda atentamente a Ud.,

JORGE BERMÚDEZ SOTO
Contralor General de la República

DISTRIBUCIÓN:

- Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo
- SEREMI Metropolitana de Vivienda y Urbanismo
- Patricio Herman Pacheco (patricioherman@hotmail.com)
- Juan Armando Vicuña Marín y otra (javicuna@cchc.cl y purenda@cchc.cl)

Firmado electrónicamente por:		
Nombre	JORGE BERMUDEZ SOTO	
Cargo	CONTRALOR GENERAL	
Fecha firma	10/06/2021	
Código validación	nkYh0TU69	
URL validación	https://www.contraloria.cl/validardocumentos	