

En lo principal, solicitan pronunciamiento de legalidad; y, **en el otrosí**, acompañan documentos.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

JUAN IGNACIO CORREA AMUNÁTEGUI y JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ SILVA, abogados, en representación de **NELSON MARTÍNEZ HUENCHUANCA**, RUT N°13.816.495-0, por sí, sin perjuicio de que sobre él recae la presidencia del CLUB DE RODEO MI TIERRA DE PANGUIPULLI, actuando con el consentimiento de sus miembros; **LUIS RODRIGO SANTA MARÍA MARTÍNEZ**, RUT N°7.819.851-6; **CHARLES BASCH HARPER**, RUT N°6.697.552-5; y, **JORGE ROSS AMUNÁTEGUI**, RUT N°6.388.491-K; todos domiciliados o residentes en la Comuna de Panguipulli, como se declara en la comparecencia de los mandatos acompañados en el cuarto otrosí de esta solicitud, pero —para estos efectos— en Avenida Apoquindo N°3.500, piso 11, Comuna de Las Condes, a la Contraloría General de la República (**Contraloría**) decimos:

Al tenor de lo dispuesto en el N°14 del artículo 19 de la Constitución Política de la República (**Constitución**), que asegura a todas las personas el derecho a presentar peticiones a la autoridad sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes, en relación con los artículos 1°, 5°, 6° y 16 de la Ley N°10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría (**Ley de la Contraloría**), solicitamos un pronunciamiento de legalidad del Certificado N°143 de 25 de septiembre de 2017 (**Certificado-SAG-143**), emitido por el Jefe de Oficina del Servicio Agrícola y Ganadero (**SAG**) de Panguipulli, Región de los Ríos, y del subsecuente plano de parcelación (**Plano de Subdivisión**), en forma conjunta referidos como los **Actos Inválidos**, por las consideraciones expuestas en los números siguientes.

Del mismo modo, extendemos dicha solicitud a la conducta desplegada por la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda de Los Ríos (**SEREMI-MINVU**), órgano de la Administración del Estado que ha infringido sistemáticamente —al igual que la Municipalidad de Panguipulli— su deber de velar porque en terrenos rurales no se ejecuten construcciones con destino ajeno a la agricultura que puedan originar nuevos núcleos urbanos, según lo ordenado por esta Contraloría mediante dictamen N°29.289 de 2016.

1) Ayer, lunes 16 de septiembre de 2019, en ejercicio de la facultad establecida en 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 (**Ley de Procedimiento Administrativo**), nuestros representados solicitaron al SAG la invalidación de los Actos Inválidos en función de la afectación directa, determinante y grave de sus intereses individuales y colectivos como habitantes de predios rústicos ubicados en el área o zona de influencia que circunda al Lago Panguipulli.

Este último procedimiento administrativo se encuentra pendiente.

2) Como se verá, “Inversiones Panguipulli SpA” (**Inver-P**) pretende desarrollar un emprendimiento inmobiliario de gran envergadura, valiéndose de medios ilegítimos, como el empleo fraudulento del Decreto Ley N°3.516 de 1980 (**DL 3516**) y de la Ley N°18.755, que estableció su respectiva orgánica (**Ley Orgánica del SAG**), la elusión del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental o simplemente el apoderamiento de bienes nacionales de uso público.

3) En lo que aquí interesa, el SAG certificó u homologó —ilegalmente— el plano de parcelación, pero lo que hizo —en realidad— fue autorizar el **Plano de Subdivisión para fines habitacionales** del Lote Uno Fusionado de 141 hectáreas en 228 unidades —de entre 0,5 y 0,6 hectáreas cada una—, actuación que contraviene la Constitución y la ley, dando paso al desarrollo de un complejo inmobiliario de gran envergadura.

Para llevar a cabo este desenvolvimiento inmobiliario se requería obtener un cambio de uso de los suelos rurales involucrados, sin embargo Inver-P para obviar este exigente trámite ministerial optó por el “resquicio legal” de hacer aparecer una división predial rural no agrícola, ni ganadera ni forestal como si fuese tal y para ello recurrió, ilegal e ilegítimamente, al DL 3516 y de la Ley Orgánica del SAG, que facultan la división de predios rústicos, esto es, inmuebles de aptitud agrícola, ganaderos o forestal, ubicados fuera de los límites urbanos.

4) Los actos administrativos consecuenciales fueron los Actos Inválidos, cuyo efecto —entre otros— facilitó la elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, siendo —entonces— igualmente ilegales e ilegítimos desde el prisma sectorial del medio ambiente, que —como sabemos— recibe protección constitucional bajo la garantía 8ª del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Tenemos —luego— que la división predial certificada u homologada por el SAG, al amparo del DL 3516 y Ley Orgánica del SAG, violenta irreparablemente el *Principio de Legalidad* (o también reconocido como *Principio de Juridicidad*), trasgrediendo la obligación de los órganos estatales de respetar la constitución y las leyes, siendo los actos administrativos originados de tal quebrando ilegales y nulos, nulidad que opera *ipso jure*, siendo insanable y no ratificable¹.

Efectivamente, el DL 3516 no permite tal división para fines urbanos o habitacionales (artículo 2º), declarando “absolutamente nulos” los actos que contravengan dicho texto legal (artículo 3º); siendo obligación legal del SAG certificar u homologar el cumplimiento de la normativa vigente, tal como se exige el párrafo final del artículo 46 de la Ley Orgánica del SAG.

5) A mayor abundamiento, se recuerda que el artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (**Ley de Urbanismo**) dispone que

¹ Soto Kloss, Eduardo: *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, tomo II, pp.172 y 173.

fuera de los límites urbanos establecidos en los planes reguladores, terrenos en los cuales se desarrolla el Proyecto Bahía Panguipulli (el **Proyecto**), no está permitido abrir calles, subdividir para formar poblaciones, ni levantar construcciones, que es exactamente lo que pretende (y en ello ya avanza) Bahía Panguipulli, salvo aquellas que fueren necesarias para la explotación agrícola, ganadera o forestal del inmueble.

Especificando sus incisos 2° y 3° que cuando sea necesario subdividir y urbanizar terrenos rurales, con fines ajenos a la agricultura, para habilitar un balneario o campamento turístico se debe contar con diversas autorizaciones gubernamentales, conocida en singular como cambio de uso de suelo, en las que participan, entre otros, el SEREMI MINVU, el SAG y la competente Dirección de Obras Municipales.

•) **Un aciago despertar**

6) El miércoles 6 de diciembre de 2017, los vecinos y residentes de Panguipulli, entre ellos nuestros mandantes, al llegar su lectura a la página A-5 de El Mercurio se estrellaron con un aviso publicitario –a página completa– en que se informaba el inicio de la venta de los 228 lotes habitacionales que conformaban el Proyecto.

7) Tanto el Certificado-SAG-143 cuanto el Plano de Subdivisión son requisitos habilitantes ineludibles para concretar las enajenaciones de estos 228 lotes.

8) Inver-P en la petición originaria de los Actos Inválidos no informó que la subdivisión pretendida tenía por único destino el habitacional, que difiere del legalmente permitido. Y el SAG, por su parte, tampoco tuvo la responsabilidad funcionaria e institucional de ejercer sus facultades legales en función del fin perseguido por el DL 3516 y la Ley Orgánica del SAG, sin exigir el cumplimiento de fondo de la ley. Simplemente, el SAG optó por certificar u homologar la subdivisión de marras en términos estrictamente formales.

Todo este proceder pareciera insertarse en la —equivocada— creencia de que el cumplimiento meramente formal de los requisitos legales era suficiente para certificar u homologar el Plano de Subdivisión, pero sabemos que tal modo de actuar y pensar choca frontal y brutalmente con el *Principio de la Primacía de la Realidad*.

En la especie, tanto el SAG cuanto el SEREMI-MINVU se desentendieron por completo de sus deberes legales consistentes —entre otros— en resguardar el carácter agrícola, ganadero o forestal del Lote Uno Fusionado, originando la disonancia entre legalidad formal y material.

Según el principio enunciado, las conductas jurídicas “*no son lo que las partes han querido que sean*”², sino lo que fluye de sus características esenciales. En otras palabras, lo jurídicamente relevante es la REALIDAD y no las nominaciones o apariencias que a ésta les den los individuos, pues como reconoce el refranero popular: “*aunque la mona se vista de seda, mona queda*”.

Si bien el *Principio de la Primacía de la Realidad* ha sido principalmente desarrollado por la dogmática y jurisprudencia laboral, éste es de aplicación general, y el mismo puede resumirse del modo siguiente:

“En caso de discrepancia de lo que ocurre en la práctica y de lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos”³.

Por lo demás, esta máxima jurídica no es más que una aplicación de un antiguo aforismo jurídico conforme al cual “*en Derecho, las cosas son lo que son y no lo que dicen ser*”.

En virtud de este principio, reconocido expresamente incluso hasta por la jurisprudencia constitucional, el intérprete debe ir más allá del mero literalismo o nominalismo. Por lo mismo es que el Tribunal Constitucional ha sentenciado:

² Corte Suprema, disponible en La Semana Jurídica N°153, semana del 13 al 19 de octubre de 2003, pp. 6 y 7.

³ Meli V., Christian y Sáez C., Felipe: *Derecho del Trabajo*, Editorial Jurídica Conosur, 2000, tomo I, p. 30.

“Que finalmente, en relación a la naturaleza de las normas jurídicas, es menester recordar que el intérprete debe ir más allá del mero literalismo, de modo de determinar el sentido y alcance a través de una hermenéutica sistemática y finalista. En tal sentido resultan muy claras las explicaciones del ex-Presidente Patricio Aylwin, quien nos recuerda que «las cosas en derecho son lo que son, y no como se las llame»(...).

Que la aplicación del *Principio de Primacía de la Realidad* por sobre el nominalismo, al que alude el Profesor Aylwin en la cita del considerando precedente, no es ajena —continúa el Tribunal Constitucional— a la interpretación constitucional, habiendo sido empleado en reiteradas ocasiones por esta Magistratura, entre otras, para determinar el real contenido de una pretensión, para desentrañar la verdadera naturaleza jurídica de un acto y, consecuentemente, los requisitos para su validez, o para precisar el genuino sentido de una norma”⁴.

Por ello, concluye el Tribunal Constitucional, identificada esta naturaleza, en este caso un loteo inmobiliario, corresponde aplicarle el régimen que le es propio y no aquél dispuesto para la división de predios rústicos de naturaleza agrícola, ganadero o forestal.

9) Al menos desde 1989, se ha fortalecido la doctrina jurídica y republicana que exige que la hermenéutica atingente al derecho público debe ser una interpretación amplia, es decir, no restrictiva ni menos impeditiva de que se cumplan de un modo substancial las finalidades normativas de cada órgano público (en este caso, del SAG); más aún cuando si con una lectura formal o restrictiva se debilitan derechos fundamentales, como es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, garantía que abarca la obligación del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza (Nº8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República).

⁴ Considerandos 25° y 26° de la sentencia de 11 de enero de 2007, rol TC N°591-08.

Este camino interpretativo holístico o global resulta lógico y obvio, y es una cuestión pacífica para los constitucionalistas y la jurisprudencia publicista, según recordó y decretó —por lo demás— el Tribunal Constitucional en su sentencia de 26 de junio de 2010:

“Es importante y muy oportuno tener presente en la debida resolución del problema en examen una regla de interpretación constitucional compartida por la unanimidad de la doctrina y de las magistraturas constitucionales del mundo actual, [que] resume con magistral claridad el profesor Segundo Linares Quintana en su *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, en los siguientes términos: «En la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico de la Constitución (...), [debiéndose tener presente que] la finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y dignidad del hombre. Por consecuencia, la interpretación de la ley fundamental debe orientarse siempre hacia aquella meta suprema. Y, en caso de aparente conflicto entre la libertad y el interés del gobierno, aquella debe primar siempre sobre este último, porque no se concibe que la acción estatal, manifestada a través de las cauces constitucionales, pueda resultar incompatible con la libertad, que es el fin último del Estado» (ob. citada, Tomo III, pág 654)”⁵.

En similar sentido, el Tribunal Constitucional, en una anterior sentencia de 24 de septiembre de 1989, ya había prevenido que la interpretación inherente al derecho público debía ser siempre armónica y sistemática, en términos tales que no era posible hacer prevalecer un texto normativo específico si ello afectaba una norma de rango constitucional o una garantía de ese mismo carácter⁶.

Si bien dichas sentencias fueron dictadas en el marco de las esferas propias del Tribunal Constitucional es indiscutible que ellas fijan un paradigma interpretativo muy claro respecto del ejercicio de las potestades

⁵ Tribunal Constitucional: Considerando 6º, rol TC N°325-01.

⁶ Tribunal Constitucional: Considerandos 6º al 20º, rol TC N°33.

de los órganos públicos: Ninguna interpretación ni aplicación restrictiva e ilegítima de una norma infraconstitucional o reglamentaria puede derivar en que un órgano estatal (el SAG, por ejemplo) ejerza una atribución pública en términos restrictivos o formales sin observar el fin perseguido o sin certificar u homologar el íntegro cumplimiento de la normativa vigente. Y estamos ciertos que tampoco lo permite la letra ni el espíritu de las reglas contenidas en la Ley Orgánica del SAG, en el DL 3516 o en la Ley de Urbanismo.

•) **Descorriendo el tupido velo del fraude**

10) Si el SAG hubiese estado atento a su mandato legal de “contribuir al desarrollo agropecuario del país, mediante la protección, mantención e incremento de la salud animal y vegetal”⁷ ciertamente habría ejercido sus potestades públicas rechazando el Plano de Subdivisión sometido a su certificación u homologación por no ser este uno de parcelación, como lo denomina el Certificado-SAG-143, sino que —a todas luces— uno que refrenda una subdivisión habitacional, no agrícola, no ganadera, no forestal.

11) También es indiciario de tal actuar ilegal e ilegítimo haber dado curso a los Actos Inválidos, sin haberse detenido —al menos— en los siguientes tres aspectos que develaban —a la fecha de la solicitud presentada por Inver-P al SAG— el destino inmobiliario de la subdivisión sometida a su conocimiento certificación u homologación:

A) **Obras de infraestructura:** Como el DL 3516 y la Ley Orgánica del SAG expresamente ordenan que la potestad pública para autorizar la división de predios rústicos está restringida por la prohibición de cambiar su destino en los términos del transcrito artículo 55 de la Ley de Urbanismo⁸, el SAG debió advertir que las obras de infraestructura y conectividad interna del Proyecto evidenciaban un claro cambio de uso del

⁷ Artículo 2° de la Ley Orgánica del SAG.

⁸ *Supra* N°3), p. 2.

suelo en un sector rural, pasando este destino al habitacional contraviniendo la Ley Orgánica del SAG, el DL 3516 y la Ley de Urbanismo.

Además, la existencia de las siguientes obras del Proyecto reforzaba y evidenciaba, a esa misma fecha, esta última conclusión: **i)** caminos pavimentados; **ii)** agua potable; **iii)** instalaciones eléctricas subterráneas; **iv)** luminarias en las vías de circulación; y, **v)** construcción de una pirca para crear falsos límites de los cauces del Lago Panguipulli y, de ese modo, apropiarse de bienes nacionales de uso público; entre otras.

B) Precios exorbitantes: El valor asignado a los citados 228 lotes también era una circunstancia que debió llevar al SAG apreciar que la destinación de los lotes resultantes no era agrícola, ganadero o forestal, pues un monto de venta de hasta 18.000 unidades de fomento, según lo publicitado en el El Mercurio —y en el loteo mismo—, no resultaba compatible con predios rústicos destinados a dichas actividades como exige la ley para subdividir al amparo del DL 3516⁹.

C) Objeto social de Inver-P: Además, el SAG tampoco se detuvo en el hecho de que el extracto de constitución de Inver-P daba cuenta de que se trataba de una sociedad inmobiliaria y no agrícola ni ganadera ni forestal, naturaleza que también debió llamar la atención del SAG.

12) La defraudación que materializan los Actos Inválidos —en cambio— fue detectada por otros órganos de la administración, como es la Superintendencia del Medio Ambiente, quien sí reveló y denunció tal destino habitacional del modo expreso que pasamos a transcribir:

“Conforme se observa de los antecedentes incorporados hasta la fecha a este expediente [se refiere al que originó la denuncia del doctor Capraro y que se detalla en el N°12) siguiente de esta solicitud], cabe concluir que el proyecto tiene, por un lado, un claro **destino habitacional**, en cuanto los 228 lotes de la subdivisión, tienen como **destino exclusivo la vivienda**, existiendo actualmente 6 de 13 viviendas con permiso de edificación en etapa de construcción y

⁹ Artículo 1° del DL 3516.

contemplándose un número aproximado de 228 viviendas (considerando una vivienda por lote). Asimismo, consta de la inspección ambiental, que existe un muelle y un sistema de abastecimiento de agua potable. La empresa ha publicitado en medios de comunicación el proyecto, indicando que se contemplarán obras de equipamiento entre las que contarán con espacios como una marina con muelles, canchas deportivas, cancha de golf, gimnasio, piscina, club house, jacuzzi, lagunas, senderos iluminados, restaurant e incluso un helipuerto”¹⁰.

13) El ejercicio indolente del SAG de sus potestades públicas al extender el Certificado-SAG-143 y el Plano de Subdivisión, a pesar de que los lotes resultantes tenían —se insiste— un inequívoco destino habitacional, ahora deberá ser reconducido en función de restablecer la legalidad quebrada en su actuación del 25 de septiembre de 2017 (fecha de aprobación de los Actos Inválidos), más aún cuando otro órgano fiscal, como ya se mostró, al ejercer —en forma legal e idónea— sus competencias fiscalizadoras, percibió y denunció tal violación.

Al respecto, se recuerda que todos los órganos públicos están regidos por el *Principio de Coordinación*, que los obliga a cumplir sus cometidos de un modo armónico, propendiendo a la unidad de acción (artículo 5º de la Ley Nº18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado).

14) Como consecuencia de la profusa promoción del Proyecto, líneas atrás observada, se estudiaron sus antecedentes legales fundantes del mismo y se determinó y reveló una secuencia de actos ilegales e ilegítimos de parte de Inver-P, homologada por el SAG, lo que motivó al doctor Vito Andrea Capraro Campolunghi a presentar el 2 de febrero de 2018 una denuncia en contra de Inver-P ante la Oficina Regional de Los Lagos de la Superintendencia del Medio Ambiente (la **Denuncia**), reprochando —en

¹⁰ Considerando 50º de la formulación de cargos de 27 de noviembre de 2018 efectuada por la Superintendencia del Medio Ambiente en contra de Inver-P, dando origen al expediente sancionatorio D-110-2018.

síntesis— el actuar ilegal e ilegítimo de Inver-P al no haber sometido el Proyecto —en forma previa— a evaluación ambiental, infringiendo así tanto los artículos 8° y 10 de la Ley N°19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, cuanto el artículo 3° del Decreto Supremo N°40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que contiene el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

En el marco de la Denuncia, Inver-P se ha defendido —sin éxito— sosteniendo, en sus descargos del 7 de enero de 2019 (los **Descargos**), que su proceder era por completo válido, basándose al efecto, entre otros argumentos, en que su subdivisión estaba amparada “en el DL 3516” y que el SAG había certificado u homologado la indicada subdivisión predial como constaba en el Certificado-SAG-143 emitido en conformidad con el artículo 46 de la Ley Orgánica del SAG¹¹.

15) La investigación practicada tras la Denuncia nos llevó a la exposición que los representantes de Inver-P efectuaron ante el Consejo Municipal de Panguipulli el 31 de julio de 2018. En aquella oportunidad, su gerente general se explayó sobre el destino habitacional del Proyecto del siguiente modo:

“Hoy en día no hay nadie (en el condominio), pero es obvio que en algún momento va a haber más tráfico; entonces con el MOP estuvimos trabajando diez meses y se aprobó (...) agregar [al camino existente] dos pistas a cada lado para girar y otras dos de aceleración y desaceleración; entonces habrá seis pistas en ese espacio, de manera de evitar cualquier imprevisto; también habrá señalética”¹².

También existe otra evidencia, igualmente aportada por Inver-P en un documento de su autoría, denominado “Normativa Interna”, en el cual asimismo se dejó constancia que la subdivisión emprendida tiene por un único destino: el habitacional, como fluye de la siguiente transcripción:

¹¹ Ver subnumeral I.1.a) de los Descargos, pp. 8 y 9.

¹² Acta N°25 del Consejo Municipal de Panguipulli, p. 7.

“Los terrenos se entregarán urbanizados, con arranques de agua y luz, independientes para cada terreno.

La urbanización será con cables eléctricos y soterrados y caminos asfaltados”¹³.

Lo anterior muestra —en forma palmaria— que el Proyecto no es una parcelación agrícola, ganadera o forestal, sino —se remacha— habitacional, circunstancia que debió alentar al SAG, denegando la solicitud de loteo inmobiliario promovida por Inver-P.

Y, por el contrario, al haberla certificado u homologado pasó por alto los artículos 6° y 7° de la Constitución, en relación con la Ley Orgánica del SAG, el DL 3516 y la Ley de Urbanismo, excediendo el ámbito de sus potestades públicas.

•) **Invalidación**

16) El artículo 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone —en lo pertinente— que la autoridad administrativa podrá, previa audiencia del interesado, invalidar sus actos contrarios a derecho.

En ejercicio de dicha disposición es que —ayer— se requirió ante el SAG la invalidación de los Actos Inválidos.

La doctrina considera que “los órganos de la Administración se encuentran en el **imperativo** de invalidar sus actos en el evento de que adolezcan de vicios de legalidad, con la finalidad de restablecer el orden jurídico quebrantado”¹⁴ (ennegrecido agregado), conclusión que también comparte esta Contraloría¹⁵.

•) **Desviación de poder**

17) Los antecedentes expuestos precedentemente dan cuenta de una manifiesta configuración de un acto de *desviación de poder*, término —como sabemos— acuñado por el derecho administrativo y cuyo efecto

¹³ **Normativa Interna:** p. 1. Según consta en el considerando 19° de la Formulación de Cargos, la Superintendencia tuvo a la vista dicho documento al momento de instruir el procedimiento sancionador.

¹⁴ **Lara A., José Luis y Helfmann M., Carolina:** *Ley de Procedimiento Administrativo*, Legal Publishing, Santiago, 1ª edición, 2011, p. 383.

¹⁵ **Contraloría:** Dictámenes —entre muchos otros— N°77.071 de 2010; 43.637 de 2008; 3.441 de 2008; y, 117 de 2007.

principal es la nulidad del acto en cuestión.

La figura *desviación de poder* ha sido definida de distintas formas por la doctrina nacional, opiniones que han sido sintetizadas por una obra especialmente dedicada a delimitar los contornos de este vicio y que las recoge del siguiente modo:

El jurista y ex-presidente de la república Patricio Aylwin, un precursor sobre esta materia, sostenía que “la ilegitimidad del acto administrativo en cuanto al fin, se produce cuando la autoridad que lo ejecuta, lo hace con un **fin distinto** al querido por la ley”¹⁶ (ennegrecido agregado).

Por su parte, el constitucionalista y ex-canciller Enrique Silva Cimma, profesor *ad honorem* de la Universidad de Chile, enseñaba que esta ilicitud consiste “en la actuación del órgano administrativo que, realizando un acto de su competencia y respetando las formas legales, ejerce su potestad en casos, por motivos y para **finés distintos** de aquellos para los cuales le ha sido conferida por el ordenamiento”¹⁷ (ennegrecido agregado).

Específicamente, el también profesor de dicha casa de estudios, Jaime Jara, plantea que la *desviación de poder* se genera cuando “la prerrogativa se **destina a servir objetos absolutamente privados**, ajenos al servicio de interés público”¹⁸ (ennegrecido agregado); y, puntualiza que este interés privado no necesariamente pertenece al funcionario que emite el acto (el SAG) sino que puede ser de un tercero o agrupación privada (Inver-P).

Por último, el derecho comparado también consagra este vicio, que eximios catedráticos españoles de la Universidad Complutense de Madrid, caracterizan del siguiente modo:

“El vicio de desviación de poder es un vicio de estricta legalidad. Lo que se controla a través de esta técnica es el **cumplimiento del fin concreto que señala la norma habilitante** y ese control se realiza

¹⁶ Romero M., Pablo: *La desviación de poder como vicio del acto administrativo. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Ius Civile, Santiago, 2017, p. 267.

¹⁷ Ibidem, pp. 267 y 268.

¹⁸ Ibidem, pp. 274 y 275.

mediante criterios jurídicos estrictos y no mediante reglas morales (...) [que] se extiende (...) a todos los casos en que, abstracción hecha de la conducta del agente, es posible constatar la existencia de una **divergencia** entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable, deberían orientar la decisión administrativa”¹⁹ (ennegrecido agregado).

Alineando a dichos autores observamos que el caso expuesto en este libelo calza perfectamente con las bases precisadas por estos profesores, pues aquí se está en presencia del ejercicio por parte del SAG de una facultad con un fin distinto al establecido en la ley.

18) Como anticipamos, la *desviación de poder* se sanciona con la nulidad del acto administrativo de rigor, que —en este caso particular— nos remite a los Actos Inválidos extendidos bajo el manto frágil de una aparente legalidad, insustancial, pues la subdivisión del Lote Uno Fusionado envuelve la irregularidad e ilegalidad de haber autorizado la ejecución de un proyecto inmobiliario, destino que se opone a la división de carácter exclusivamente rústico agrícola, ganadero y forestal amparada por el DL 3516 y la Ley Orgánica del SAG.

O sea, aunque el fin original consagrado en la ley asociado a ambos actos administrativos está constreñido a la división de predios rústicos agrícolas, ganaderos o forestales, se torció el objetivo legal y sus facultades fueron ejercidas —se reitera— con una finalidad distinta a la permitida por la norma, en beneficio de un proyecto habitacional.

Luego, ambos actos deben ser sancionados con la nulidad administrativa, tal como lo ha resuelto la Corte Suprema desde hace más de un lustro:

“La *desviación de poder* es un vicio que **provoca la invalidación del acto administrativo** y que se configura cuando la decisión contenida en aquél ha sido dictada por la autoridad teniendo en vista un fin

¹⁹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 18ª edición, 2017, tomo I, p. 515.

diverso de aquel que lo faculta para dictarlo”²⁰ (ennegrecido y cursivas agregadas).

De hecho, en un fallo pronunciado hace unos pocos meses atrás, se ratificó esta jurisprudencia, declarando el máximo tribunal que:

“El fin que tuvo a la vista la autoridad es otro (...) en este caso, la ilegalidad se configura en relación al elemento fin del acto, aspecto que constituye un **vicio que lo torna susceptible de anulación**, siendo, por cierto, también arbitrario por los motivos expuestos”²¹ (ennegrecido agregado).

El reconocimiento de este vicio, dadas las injusticias y afectación de derechos que conlleva, ha alcanzado ribetes universales, al extremo que en el derecho comparado se le reconoce una extensión que va más allá de los ordenamientos nacionales, como lo explica el administrativista Roberto Bustillos, para quien:

“La incorporación de la **desviación de poder** al arsenal de mecanismos de control de la actividad pública —tanto en los Derechos internos nacionales, como en el Derecho comunitario, como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos— es, sin duda, un gran e irrenunciable paso al frente en la **consolidación del principio de legalidad y de las garantías de los derechos y libertades de los ciudadanos**”²² (ennegrecido y cursiva agregados).

Luego y basados en la evolución de la doctrina nacional e internacional y en la jurisprudencia de la Corte Suprema, solo queda acoger la presente solicitud de invalidación.

•) **Falta de concurrencia de los presupuestos habilitantes**

19) Incluso en el improbable caso que se estimara que en la especie no se configura una *desviación de poder*, igual la conclusión sigue siendo la misma: el Certificado SAG-143 y el Plano de Subdivisión son ilegales; pero ahora por falta de concurrencia de los presupuestos de hecho del DL 3516

²⁰ Corte Suprema: Considerando 13° de la sentencia de casación de 29 de diciembre de 2014, ingreso CS N°24.615-2014.

²¹ Corte Suprema: Considerandos 4° y 5° de la sentencia de 20 de marzo de 2019, ingreso CS N°20.510-2018.

²² Bustillo B., Roberto: *La desviación de poder en el derecho comunitario y en el convenio europeo de derechos Humanos*, Revista de Administración Pública, N°188, Madrid, 2012, p. 97.

y de la Ley Orgánica del SAG y, por esa razón, también deben invalidarse.

Sobre el particular, la doctrina más autorizada considera que el acto administrativo —categoría jurídica que revisten las recién citadas actuaciones del SAG— no es más que el ejercicio de una potestad pública y, en consecuencia, solo puede dictarse en función del presupuesto de hecho tipificado por la norma de cuya aplicación se trata:

“Si la Administración «ejecuta» la Ley, en el sentido que hemos visto (esto es, en cuanto la Ley otorga a la Administración potestades de obrar), resulta que la Ley como imperativo abstracto conecta una cierta consecuencia jurídica a un tipo de hecho específico, precisamente, y no a cualquiera, indeterminadamente; tal es la estructura necesaria de toda proposición normativa, como es bien conocido, supuesto de hecho y consecuencia jurídica, y por tanto esta estructura se prorroga necesariamente en las potestades de que resulta investida la Administración para la aplicación de dicha norma. Como, a su vez, el acto administrativo no es más que el ejercicio de una potestad, resulta que el mismo solo puede dictarse en función del presupuesto de hecho tipificado por la norma de cuya aplicación se trata”²³.

En la especie, los Actos Inválidos deben anularse ya que, como se ha demostrado en los N^{os} 8) a 13 precedentes²⁴, el Proyecto no es una parcelación de predios rústicos de carácter agrícola, ganadera o forestal, sino —se insiste, incluso hasta la saciedad— un desarrollo inmobiliario. Así, entonces, no se cumple con el presupuesto de hecho habilitante exigido por el DL 3516 y la Ley Orgánica del SAG, toda vez que la solicitud de loteo inmobiliario promovida por Inver-P excede dicha normativa legal²⁵.

En nuestro medio, el profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Valparaíso y actual Contralor General de la

²³ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón: ob. cit, tomo I, p. 599.

²⁴ *Supra*, pp. 6 a 10.

²⁵ O sea, y tal como dirían los mismos autores españoles, “si el presupuesto de hecho legalmente tipificado (aunque esta tipificación pueda ser implícita y no expresa) no se cumple en la realidad, la potestad legalmente configurada en función de dicho presupuesto no ha podido ser utilizada correctamente” (ibidem, p. 599).

República, considera que la inexistencia o error en los motivos del acto administrativo lo que no debe confundirse con el deber de motivación o fundamentación de los actos administrativos de gravamen o desfavorables acarrea la nulidad y generarían un vicio de abuso o exceso de poder²⁶.

Así, al definir los elementos del acto administrativo, el señor contralor Bermúdez afirmó, en una reconocida monografía suya::

“[Entre] el conjunto de elementos de hecho que se ha tenido en cuenta en la resolución, (...) se deben considerar las circunstancias que el acto administrativo pretende resolver, llenar o desarrollar. Por ejemplo, un cargo vacante, la resolución de nombramiento de un funcionario, tiene como elemento motivacional fáctico el hecho de que el cargo no se encuentre ocupado por funcionario alguno.

Frente a la inexistencia o error en los motivos del acto administrativo, en particular de los motivos de hecho, la resolución adolecerá de un vicio de abuso o exceso de poder y podrá ser tachada de arbitraria”²⁷.

Mutatis mutandis, así como el Estado no podría designar a un determinado individuo en un cargo que no se encuentre vacante, en la especie el SAG tampoco podía autorizar los Actos Inválidos ya que no se trataba de una parcelación agrícola, ganadera o forestal, sino de un incuestionable desarrollo inmobiliario.

En resumen, el error en los motivos o falta de concurrencia de los presupuestos habilitantes para dictar actos administrativos al tenor del tantas veces aludido DL 3516 y de la Ley Orgánica del SAG constituye un gravísimo y arbitrario abuso de poder que solo puede subsanarse con la declaración de nulidad.

•) **Características de la nulidad de los actos administrativos**

20) Ya advertimos, al comienzo de este libelo, que los actos administrativos que infringen el *Principio de Legalidad o de Juridicidad* vulneran la sujeción que los órganos estatales deben a la constitución y las

²⁶ Inciso 2° del artículo 11 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

²⁷ Bermúdez S., Jorge: *Derecho Administrativo General*, Thomson Reuters, Santiago, 3ª edición, 2014, p. 150.

leyes, son ilegales y nulos, que opera *ipso iure*, siendo insanable, no ratificable ni convalidable, y que en un abstracto jurídico, no requiere declaración especial²⁸, pero que —por razones de seguridad jurídica o certeza— se opta por “una declaración formal e indiscutida de un órgano que reconozca la existencia de esa infracción”²⁹.

En la especie, el vicio de invalidez que genera el imperativo de anular el Certificado-SAG-143 y el Plano de Subdivisión se sustenta —se insiste— en los artículo 6° y 7° de la Constitución Política de la República, en los artículos 1°, 2° y 3° del DL 3516, en el artículo 46 de la Ley Orgánica del SAG y en el artículo 55 de la Ley de Urbanismo que no permite la subdivisión de inmuebles de aptitud agrícola, ganadera o forestal, ubicados fuera de los límites urbanos, para destinarlos a fines urbanos o habitacionales (es decir, inmobiliarios).

Sobre el particular, esta Contraloría General ya ha emitido dos pronunciamientos —de 2004 y 2016— afirmando que “la autorización otorgada por el SAG, permitió subdividir pero no modificar el uso y destino de los terrenos, de carácter agrícola, forestal o ganadero, como se establece en el artículo 2° del D.L. 3516, lo que implicaría una infracción a este cuerpo legal”³⁰.

Luego, en el mismo dictamen, agregó que las subdivisiones —como aquella solicitada irregular y fraudulentamente por Inver-P— efectuadas al amparo del DL 3516 mantienen las condiciones ya referidas, evitando así “el fraccionamiento del suelo rural y el consecuente cambio de uso agrícola a residencial”³¹.

En similar sentido, el citado artículo 55 de la Ley de Urbanismo refuerza la anterior conclusión, disponiendo al efecto que “fuera de los límites urbanos establecidos en los Planes Reguladores no será permitido

²⁸ Ello a pesar de la *Presunción de Legalidad* contemplada en el inciso final del artículo 3° de la Ley de Procedimiento Administrativo.

²⁹ Soto Kloss, Eduardo: ob.cit., tomo II, pp. 183 y 184.

³⁰ Contraloría: Dictamen N°29.462 de 2004.

³¹ Ibidem.

abrir calles, subdividir para formar poblaciones, ni levantar construcciones, salvo aquellas que fueren necesarias para la explotación agrícola del inmueble”.

En relación con esta disposición legal, esta Contraloría añadió —en 2016— que las autoridades deben fiscalizar la prohibición de abrir calles, subdividir para formar poblaciones y levantar construcciones, en los términos que pasamos a transcribir:

“En lo que atañe a la primera consulta, sobre si sería procedente que un terreno derivado de una subdivisión efectuada en conformidad con el aludido artículo 1° del Decreto Ley N°3.516, se acoja posteriormente a las disposiciones del artículo 55 de la LGUC, [Ley de Urbanismo] es menester anotar, en concordancia con el parecer expuesto por la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo en su presentación, que conforme al tenor del inciso séptimo de ese precepto, y en lo que concierne, los “predios resultantes de una subdivisión quedarán sujetos a la prohibición de cambiar su destino en los términos” que establece el citado artículo 55.

De ello se sigue que a tales predios les resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 55 de la LGUC [Ley de Urbanismo], en tanto prohíbe abrir calles, subdividir para formar poblaciones y levantar construcciones, con las excepciones que indica, y permite, bajo los supuestos y autorizaciones que expresa, la subdivisión y urbanización de terrenos para los fines que detalla en su inciso tercero y las construcciones mencionadas en su inciso cuarto”³².

Del mismo modo, adicionó que las autoridades deben “fiscalizar que las subdivisiones de predios rústicos realizadas conforme al antedicho Decreto Ley N°3.516 no generen nuevos núcleos urbanos”³³, especificando al efecto que esta obligación recae sobre el SAG, las SEREMIS-MINVU y las municipalidades.

³² Contraloría: Dictamen N°29.289 de 2016.

³³ Ibidem.

Por su parte, los tribunales de justicia han precisado —por ejemplo— “que la calidad de ser el predio «resultante de una subdivisión» no desaparece por el solo hecho de haberse transferido dicho inmueble en más de una ocasión, toda vez que esta condición no deriva de las características de su propietario, sino de la **protección que ha querido otorgar el legislador a los predios rústicos**, resguardo que no se pierde por el hecho de haber cambiado la titularidad de su dominio”³⁴ (ennegrecido agregado).

También se ha reconocido la existencia de limitaciones en el uso del suelo agrícola resultante de subdivisiones regidas por el DL 3516 en el contexto de juicios de responsabilidad del Estado por falta de servicio:

“Sin embargo, todos estos hechos derivan única y exclusivamente de la prohibición establecida en el Decreto Ley N°3.516, esto es, directamente de la ley, la cual debió ser conocida por la demandante, en primer lugar, por cuanto las limitaciones en ella consignadas —por disposición del artículo 1° inciso final del mismo cuerpo legal— deben constar en los títulos anteriores del inmueble y, en segundo lugar, porque su conocimiento es expresamente declarado por la actora al momento de firmar la escritura pública de compraventa, la cual se remite al Reglamento de Copropiedad que rige este condominio y éste, a su vez, al tantas veces mencionado Decreto Ley. En este sentido, la sola circunstancia de la —supuestamente— desconocida existencia de limitaciones en el uso del suelo adquirido y la autorización de la construcción de viviendas en suelo agrícola por parte de las autoridades competentes no reviste el mérito suficiente para estimar que existe una falta de servicio, toda vez que, según se dio por establecido en el considerando 43° del fallo de primer grado, la subdivisión predial fue informada favorablemente por los órganos correspondientes, sin que luego se hayan alterado las condiciones que se tuvieron a la vista para ello, siendo el desconocimiento de lo anterior

³⁴ Corte Suprema: Considerando 4° de la sentencia de 18 de diciembre de 2008, ingreso CS N°5.520-2007. En similar sentido, en el considerando 8° de la sentencia de 31 de marzo de 2011, ingreso CS N°5.667-2009, se agregó que en las escrituras públicas destinadas a enajenar inmuebles resultantes de subdivisiones regidas por el DL 3516 necesariamente “debe constar la prohibición a que está sujeto el bien raíz de cambiar de destino”.

una circunstancia imputable exclusivamente a la actora y no al Fisco de Chile”³⁵.

En otro caso se resolvió categóricamente que “la principal obligación que recae en la Secretaría Regional del Ministerio de la Vivienda es proteger que en terrenos rurales no se ejecuten construcciones con destino ajeno a la agricultura que originen nuevos núcleos urbanos”³⁶, reforzando la conclusión desarrollada en esta solicitud de invalidación: las subdivisiones al amparo del DL 3516 solo permiten la explotación agrícola, ganadera y forestal de tales inmuebles y no un destino inmobiliario.

O sea, queda de manifiesto que las así denominadas “obras de infraestructura y conectividad interna” que Inver-P anuncia para su proyecto son en realidad —se insiste— obras de urbanización propias del cambio de uso agrícola a residencial y el consecuente fraccionamiento del suelo rural proscrito por el ordenamiento y cuestionado por esta Contraloría.

Por las consideraciones expuestas, y considerando las diversas confesiones extrajudiciales de Inver-P³⁷, en la especie se está disfrazando como una subdivisión predial lo que es un **loteo inmobiliario** resultante del fraccionamiento —irregular e ilegal— del Lote Uno Fusionado.

- - - - -

EN SUMA, queda demostrado con meridiana claridad: **i)** que la subdivisión del Lote Uno Fusionado no tienen la **destinación agrícola, ganadera o forestal** que habilita el uso de las facultades que entrega al SAG el DL 3516 y la Ley Orgánica del SAG; **ii)** que los 228 lotes resultantes del Plano de Subdivisión tienen por único y exclusivo **destino el inmobiliario**; **iii)** que el SAG al emitir los Actos Inválidos excedió sus atribuciones legales (*desviación de poder* y falta de concurrencia de los presupuestos habilitantes); y, **iv)** que el SAG no efectuó una investigación mínima de las características del Proyecto, pues de haberlo hecho habría

³⁵ Corte Suprema: Considerando 9° de la sentencia 9 de marzo de 2016, ingreso CS N°35.322-2015.

³⁶ Corte Suprema: Considerando 7° de la sentencia 19 de octubre de 2011, ingreso CS N°8.255-2011.

³⁷ Supra N°13), p. 10.

advertido sin mayor esfuerzo que el Plano de Subdivisión propuesto por Inver-P no se enmarcaba dentro de las potestades del DL 3516, de la Ley Orgánica del SAG y de la Ley de Urbanismo.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto,

A LA CONTRALORÍA RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tener por interpuesta esta presentación, acogerla a trámite y, en definitiva, emitir un pronunciamiento de legalidad sobre el Certificado N°143 de 25 de septiembre de 2017, emitido por el Jefe de Oficina del SAG en Panguipulli, a petición de "Inversiones Panguipulli SpA", al igual que la invalidación del subsecuente Plano de Subdivisión, aplicando al efecto los criterios contenidos en los dictámenes N°s 29.462 de 2004 y 29.289 de 2016 y ordenando al SAG y al SEREMI-MINVU arbitrar las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho quebrantado.

OTROSÍ: Al tenor de lo dispuesto en la ya citada letra f) del artículo 17 de la Ley de Procedimiento Administrativo, acompañamos:

- 1) Copia de la escritura pública de 10 de septiembre de 2019, suscrita en la Notaría Cifuentes de Santiago, en la que consta nuestra personería para representar a Nelson Martínez Huenchuanca;
- 2) Copia de la escritura pública de 13 de septiembre de 2019, suscrita en la Notaría Cifuentes de Santiago, en la que consta nuestra personería para representar a Luis Rodrigo Santa María Martínez;
- 3) Copia de la escritura pública de 10 de septiembre de 2019, suscrita en la Notaría Cifuentes de Santiago, en la que consta nuestra personería para representar a Charles Basch Harper;
- 4) Copia de la escritura pública de 10 de septiembre de 2019, suscrita en la Notaría Cifuentes de Santiago, en la que consta nuestra personería para representar a Jorge Ross Amunátegui; y,
- 5) Copia de la invalidación presentada ante el SAG el 16 de septiembre de 2019.

Sírvase la Contraloría: tenerlos por acompañados.