

Santiago, 23 de septiembre de 2021

Señor
Jorge Bermúdez Soto
Contralor General de la República
Teatinos 56
Santiago
Presente

Ref.: Circular ORD. N° 174 DDU 429, de 03 de abril de 2020; Circular ORD. N° 280 DDU 436, de 02 de julio de 2020; Circular ORD. N° 428 DDU 445, de 28 de octubre de 2020, todas dictadas por la Jefa de División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, doña Paz Serra Freire.

Mat.: Denuncia ilegalidades y solicita emitir dictamen que ordene dejar sin efecto las circulares DDU N° 429, 436 y 445, por los fundamentos que expone.

De mi consideración:

Patricio Herman Pacheco, por sí y en calidad de Presidente de “**Fundación Defendamos la Ciudad**”, ambos domiciliados para estos efectos en Calle Luz N° 2889, Depto. N° 34, de la comuna de Las Condes, celular N° 992585459, correo electrónico patricioherman@hotmail.com, al Señor Contralor General de la República respetuosamente digo:

De conformidad, principalmente, de los artículos 6°, 7°, 8, 19 N° 14, 98 y siguientes de la Constitución Política de la República; el artículo 1°, 6° y 9° de la Ley N° 10.336 de Organización Orgánica y Atribuciones de la Contraloría General de la República (en adelante, “LOCCGR”); artículo 4° y 120 del Decreto con Fuerza de Ley que aprueba nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones (en adelante, “LGUC”); el artículo 1.4.17 del Decreto Supremo N° 47 que fija nuevo texto de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (en adelante, “OGUC”); la Ley N° 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos; la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, **solicito al señor Contralor General de la República que, en razón de los argumentos de hecho y derecho que se esgrimirán en esta presentación, dictamine lo siguiente:**

- **Que la Circular ORD. N° 174, DDU 429, de 03 de abril de 2020; Circular ORD. N° 280, DDU 436, de 02 de julio de 2020; Circular ORD. N° 428, DDU 445, de 28 de octubre de 2020, todas dictadas por la Jefa de la**

División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, doña Paz Serra Freire, adolecen de ilegalidad, por tratarse de actos administrativos que exceden las competencias que las leyes han conferido a dicha autoridad, al dejar sin efecto normas jurídicas vigentes y tienen efectos retroactivos en contravención al ordenamiento jurídico.

- **Que, en el ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, la Contraloría General de la República dictamine que la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo deberá proceder a dejar sin efecto las circulares DDU N° 429, 436 y 445, particularmente, en lo referido a la suspensión del plazo señalado en el inciso primero del artículo 1.4.17. de la OGUC, instruida en los actos ya individualizados.**

Lo anterior, porque las circulares individualizadas incurren en graves contravenciones al ordenamiento jurídico, con evidente infracción al principio de juridicidad, por cuanto a través de instrucciones se ha pretendido dejar sin efecto una normativa de mayor jerarquía.

En efecto, la DDU MINVU alteró la forma en que se determina la extinción de actos administrativos, que es la naturaleza jurídica de la caducidad de los permisos de construcción, contraviniendo el mandato legal del artículo 120 de la LGUC, según el cual, esta materia es determinada por la Ordenanza que, a su vez, corresponde a un Decreto Supremo. De tal modo, se atribuyó competencias que son propias de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, según lo consagrado en el artículo 32 N° 6 de la Constitución Política, que era la forma jurídica idónea para disponer la suspensión del plazo consagrado en el artículo 1.4.17. de la OGUC.

Adicionalmente, apelando a las circunstancias excepcionales derivadas de la pandemia, también se atribuye una competencia privativa del Presidente de la República para *“adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada”*, establecida en el artículo 43, inciso 3°, de la Constitución.

Con estas consideraciones preliminares, fundamento la presente solicitud en los argumentos de hecho y de derecho que se expondrán de conformidad al índice de contenidos que se señala a continuación:

I. ANTECEDENTES SOBRE EL PRESENTE CASO.....	4
A. Breves consideraciones generales sobre las principales medidas excepcionales que debieron ser adoptadas por la Administración del Estado, con ocasión de la pandemia COVID-19.	4
B. Las circulares de la DDU MINVU cuyas ilegalidades se denuncian y, en particular, las instrucciones referidas a la suspensión del plazo establecido en el inciso primero del artículo 1.4.17. de la OGUC.	5

1. Los contenidos que establece la Circular DDU N° 429, de fecha 03 de abril de 2020. La DDU MINVU, al unificar criterios de los procedimientos de las DOM en el contexto de la pandemia COVID-19, instruyó suspender plazos comprendidos en la LGUC y la OGUC.....	6
2. Los contenidos de la Circular DDU N° 436, de fecha 02 de julio de 2020. Al complementar los criterios señalados en la DDU 429, se revocó la facultad que había sido reconocida a las DOM para dejar sin efecto la suspensión de plazos mediante resolución fundada.....	7
3. Los contenidos de la Circular DDU N° 445, de fecha 28 de octubre de 2020. Al complementar los criterios anteriores, la autoridad restringió el ejercicio de facultades de los Directores de Obras Municipales.	9
II. SOBRE LAS ILEGALIDADES DE LAS DDU N° 429, 436 Y 445 QUE SE DENUNCIAN EN ESTA PRESENTACIÓN.	11
A. Cuestión preliminar: la competencia es un requisito de validez de las actuaciones de los órganos del Estado. Cuando un órgano excede sus competencias, los actos que dicte adolecerán de ilegalidad, debiendo ser anulados.	11
B. Las instrucciones impartidas por la DDU MINVU, a través de las circulares DDU N° 429, 436 y 445, exceden las competencias que legalmente se han conferido para impartir instrucciones sobre la aplicación de la normativa urbanística.	12
1. El ámbito de competencias legales que se ha conferido a la DDU MINVU no le facultan para instruir a las DOM que dejen de aplicar disposiciones normativas vigentes, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias.	12
2. Las instrucciones impartidas por la DDU MINVU exceden los límites de su competencia interpretativa. La jurisprudencia de la Contraloría General de la República y la Excm. Corte Suprema señalan que las facultades de instrucción no habilitan a los órganos de la Administración del Estado para contravenir el texto expreso de la ley o reglamento formulando exigencias diferentes a aquellas comprendidas en el ordenamiento jurídico vigente.	17
C. La circulares DDU 429, 436 y 445 contravienen el artículo 1.4.17. de la OGUC, el cual se refiere a supuestos con un carácter estrictamente material que las actuaciones administrativas no pueden alterar y, además, opera de pleno derecho.	19
1. Los requisitos de aplicación del artículo 1.4.17. de la OGUC corresponden a supuestos con carácter estrictamente material que deben ser constatados por las DOM. La jurisprudencia de la Contraloría General de la República en la materia.	19
2. Las circulares DDU N° 429, 433 y 445 omiten que la caducidad contemplada en el artículo 1.4.17. de la OGUC opera de pleno derecho y, por tanto, no es procedente tratarla como resultado de un procedimiento administrativo.	21

D. La DDU MINVU instruyó suspender plazos correspondientes a la LGUC y a la OGUC, con efecto retroactivo, general y obligatorio, contraviniendo el ordenamiento jurídico vigente.....24

I. ANTECEDENTES SOBRE EL PRESENTE CASO.

A. Breves consideraciones generales sobre las principales medidas excepcionales que debieron ser adoptadas por la Administración del Estado, con ocasión de la pandemia COVID-19.

Sr. Contralor, con ocasión de la situación excepcional que ha enfrentado el país, producto de la pandemia COVID-19, es de público conocimiento que las autoridades de la Administración del Estado han debido adoptar diferentes medidas tendientes a proteger la vida y salud de las personas, como también a modificar el funcionamiento regular de los órganos administrativos, con la finalidad de asegurar la continuidad de la función pública.

El 8 de febrero de 2020 se publicó en el Diario Oficial el Decreto N° 4, del Ministerio de Salud, que declaró Alerta Sanitaria para todo el territorio de la República, entregando facultades extraordinarias a todos los organismos del sistema de salud pública y, además, dispuso el deber de coordinación de las demás entidades para colaborar con dicha finalidad. Cabe consignar que la vigencia de la Alerta Sanitaria se ha prorrogado, sucesivamente, incluyendo el Decreto N° 24, de 15 de junio de 2021, que lo extiende hasta el 30 de septiembre de 2021.

Luego, **con fecha 18 de marzo de 2020, se publicó el Decreto N° 104, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que declara el Estado de Excepción Constitucional por estado de catástrofe con ocasión de la pandemia COVID-19**, cuya vigencia también ha sido prorrogada en forma sucesiva, correspondiendo la última al Decreto N° 153, de 25 de junio de 2021, que la extendió hasta el 30 de septiembre de 2021.

Adicionalmente, la propia Contraloría General de la República estimó necesario impartir instrucciones para que se adoptaran medidas de gestión interna por parte de los órganos de la Administración, mediante el **Dictamen N° 3.610, de 17 de marzo de 2020** que, entre otros aspectos, reconoció facultades a los jefes de servicio para disponer medidas excepcionales, que incluyeran el trabajo remoto, la tramitación electrónica o la suspensión de procedimientos, todo sobre la base de la situación de caso fortuito existente.

Asimismo, con relación a los procesos judiciales, se estimó imprescindible y urgente la dictación de la **Ley N° 21.226** que suspendió plazos procedimentales y, además, confirió a los jueces la posibilidad de aplicar con flexibilidad las reglas adjetivas, con tal de asegurar el derecho a la defensa de las partes durante el desarrollo de los procedimientos judiciales durante el Estado de Excepción Constitucional. En efecto,

las audiencias imprescindibles, para la buena administración de la justicia, se han desarrollado por vías telemáticas.

Lo cierto es que, en términos generales, todos los órganos del Estado debieron adoptar medidas extraordinarias, como consecuencia de las restricciones impuestas por la autoridad sanitaria para enfrentar, adecuadamente, la pandemia COVID-19. De hecho, diferentes servicios que tramitan procedimientos administrativos resolvieron suspender, en forma breve y transitoria, algunos plazos procedimentales, como ocurrió con la Superintendencia del Medio Ambiente (Resolución Exenta N° 548, de 30 de marzo de 2020) y el Servicio de Evaluación Ambiental (Resolución Exenta N° 202099101137, fecha 31 de marzo de 2020), a modo de ejemplo.

Una característica común de estas medidas se refiere a su temporalidad acotada y plazos de vigencia determinados, con la finalidad de dar continuidad a las funciones públicas, otorgando certezas sobre los procedimientos suspendidos. Además, se publicaron en el Diario Oficial y se dictaron por los jefes de servicios respectivos, ajustándose a las medidas señaladas por el Dictamen N° 3.610/2020.

En este sentido, los principios de eficacia, eficiencia, servicialidad y juridicidad fueron plena y debidamente resguardados. De hecho, pese a la emergencia, ninguna de las medidas referidas permitió fundamentar la inobservancia de las leyes, ni aun a pretexto de las circunstancias excepcionales que la pandemia COVID-19 ha ocasionado.

En contraste, la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (en adelante, “DDU MINVU”), dictó las circulares DDU N° 429, 436, 445, con el objetivo de “*unificar criterios*” en materia de procedimientos desarrollados por y ante las Direcciones de Obras Municipales (en adelante, “DOM”). Sin embargo, a diferencia de las medidas excepcionales a las que se ha hecho referencia, suspendió plazos contenidos en la LGUC y la OGUC con efecto retroactivo, sujetando la vigencia de esta instrucción administrativa a la dictación de una nueva circular sobre la materia, excediendo sus competencias interpretativas.

Por lo mismo, en el presente caso, los actos administrativos de la DDU MINVU han contravenido el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, hacen procedente solicitar un pronunciamiento jurídico a la Contraloría General de la República, por cuanto en ellos concurren graves vicios de ilegalidad, tal como se expondrá en esta presentación.

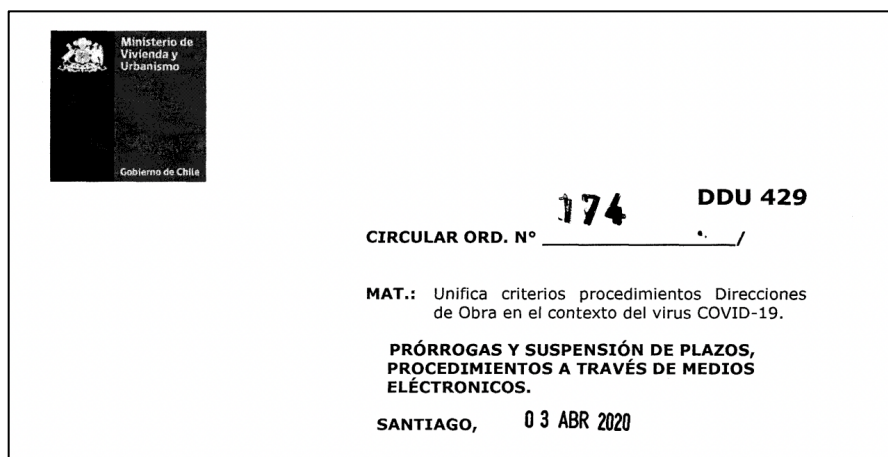
B. Las circulares de la DDU MINVU cuyas ilegalidades se denuncian y, en particular, las instrucciones referidas a la suspensión del plazo establecido en el inciso primero del artículo 1.4.17. de la OGUC.

Como se anticipó, la DDU MINVU decidió impartir instrucciones generales “*para la aplicación de esta Ley y su Ordenanza*”, con el objeto de “*unificar criterios*” respecto

a los procedimientos desarrollados por las DOM del país, en los términos que se expondrán a continuación.

1. **Los contenidos que establece la Circular DDU N° 429, de fecha 03 de abril de 2020. La DDU MINVU, al unificar criterios de los procedimientos de las DOM en el contexto de la pandemia COVID-19, instruyó suspender plazos comprendidos en la LGUC y la OGUC.**

En primer lugar, con el objetivo de “*unificar criterios en la aplicación de los procedimientos que llevan adelante las Direcciones de Obras Municipales del país*”, la DDU MINVU dictó la Circular ORD. N° 174 DDU 429 (en adelante, “DDU 429”), con fecha 3 de abril de 2020, determinando prórrogas y suspensión de plazos, como también procedimientos a través de medios electrónicos, según puede apreciarse en la siguiente imagen:



Entre las consideraciones expresadas en la DDU 429, se hace referencia a hechos de conocimiento público, relacionados al brote pandémico de COVID-19, mencionándose entre ellos el Decreto de Alerta Sanitaria y la declaración de Estado de Excepción Constitucional de catástrofe, por calamidad pública; además, se refirió al Dictamen N° 3.610/2020 de la Contraloría General de la República, que calificó como una situación de caso fortuito el brote de pandemia en nuestro país, habilitando a los órganos de la Administración a adoptar medidas que el ordenamiento jurídico les confiere “*a fin de resguardar la vida y salud de sus servidores, así como la continuidad del servicio público y de procurar el bienestar general de la población*”.

Por lo anterior, fundamentando que la LGUC y la OGUC disponen procedimientos para la aprobación de anteproyectos y el otorgamiento de permisos por parte de las DOM, con plazos asociados, estimó necesario establecer las siguientes medidas:

- a) **Prórroga de plazos establecidos en la LGUC o en la OGUC**, que daban ser cumplidos por la DOM. Para ello, determinó necesario exigir una resolución

fundada de cada Director, “*cuando exista imposibilidad de dar continuidad a la función pública*”, como consecuencia de la catástrofe provocada por la pandemia, “*considerando los efectos en el respectivo territorio comunal*”.

- b) **Suspensión de plazos**, a contar de la fecha de publicación del Decreto N° 4 de 2020, del Ministerio de Salud, precisando que esta medida se aplicaba a las siguientes disposiciones:
- i) Plazo establecido en el inciso final del artículo 1.4.9. de la OGUC, relativo a subsanar observaciones formuladas por DOM en el marco de solicitud de aprobación de anteproyecto, otorgamiento de permiso de construcción o aprobación de modificación de un proyecto.
 - ii) Plazo establecido en el inciso segundo del artículo 1.4.11. de la OGUC, referido a la vigencia de los anteproyectos aprobados.
 - iii) **Plazo establecido en el inciso primero del artículo 1.4.17. de la OGUC, referido a la vigencia de los permisos de construcción en general.**
 - iv) Otros plazos establecidos en la LGUC o la OGUC, aplicables a los particulares.

Respecto a la suspensión de plazos, cabe consignar que la DDU 429 precisó que se trataba de una medida que se mantendría vigente “*hasta la dictación de una nueva circular sobre esta materia*”, permitiendo que fuera “*declarada no aplicable por la respectiva Dirección de Obras Municipales, mediante resolución fundada, argumentándose que no ha existido entorpecimiento que justifique la indicada suspensión*”.

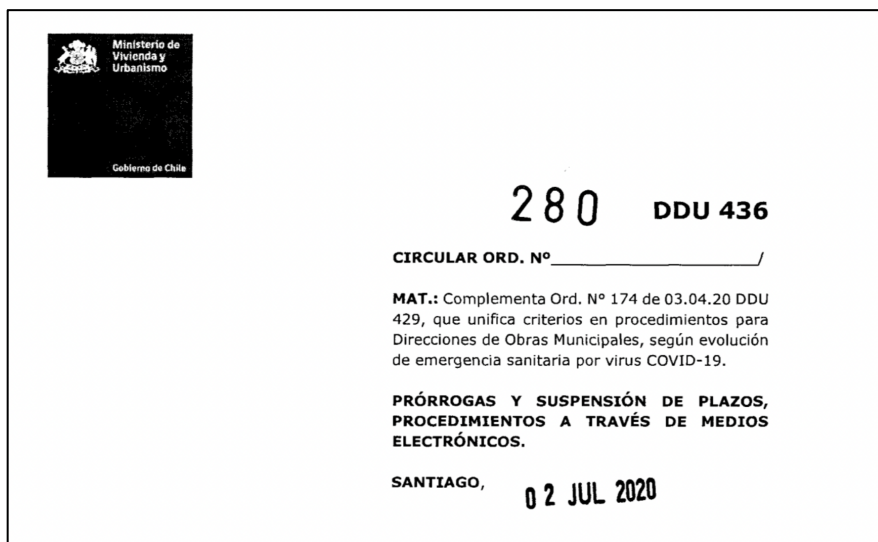
- c) **Inicio, instrucción y finalización de los procedimientos a través de medios electrónicos**, para lo cual se dispuso que las DOM dieran lugar a los procedimientos futuros o pendientes, a través de medios electrónicos. En este sentido, la DDU 429 permite que los interesados puedan “*valerse de medios electrónicos para acompañar los antecedentes que sean procedentes, tanto para respaldar sus solicitudes y otras actuaciones escritas, como para acreditar la ejecución de las obras*”.

Es decir, aunque la DDU 429 dispuso la suspensión de plazos, admitió la posibilidad que éstas fueran dejadas sin efecto a través de una resolución fundada de la DOM, en aquellos casos en que no existiera entorpecimiento. Además, al admitir la posibilidad que los interesados se valieran de medios electrónicos, permitió que estas presentaciones pudieran referirse a solicitudes u otras actuaciones escritas, incluyendo la posibilidad de acreditar el inicio de obras. Asunto este último que se vincula con la ilegalidad de suspender el plazo referido a la vigencia de los permisos de edificación, tal como será detallado más adelante.

2. Los contenidos de la Circular DDU N° 436, de fecha 02 de julio de 2020. Al complementar los criterios señalados en la DDU 429, se revocó la facultad que había sido reconocida a las DOM

para dejar sin efecto la suspensión de plazos mediante resolución fundada.

Con el objetivo “*complementar el ORD. N° 174 de 03.04.20 DDU 429, que unifica criterios en procedimientos para Direcciones de Obras Municipales, según evolución de emergencia sanitaria por virus COVID-19*”, la DDU MINVU dictó la Circular ORD. N° 280 DDU 436 (en adelante, “DDU 436”), con fecha 2 de julio de 2020, cuyo contenido modifica las instrucciones relativas a las prórrogas y a la suspensión de plazos, como también las materias referidas a los procedimientos desarrollados a través de medios electrónicos. Lo anterior se puede apreciar con la siguiente imagen extraída del acto administrativo ya referido:



Entre los fundamentos expresados en este acto administrativo, fue señalada la prórroga del Estado de Excepción Constitucional, a través del Decreto N° 269, de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública; como también las medidas sanitarias dispuestas por el Ministerio de Salud. Así, la autoridad urbanística ponderó que existían “*elementos suficientes para tomar medidas excepcionales con la finalidad de resguardar a las personas que se desempeñan en las Direcciones de Obras Municipales, así como para salvaguardar los derechos de los interesados*”.

Considerando lo anterior, estimó necesario “*aclarar y complementar la Circular Ord. N° 174 de 03 de abril de 2020, DDU 429*”, de conformidad a la siguiente síntesis de contenidos:

- a) **Aclara que la facultad de prorrogar los plazos que deben ser cumplidos por las DOM corresponde a los Directores de Obras**, en su calidad de Jefes de Unidad de Obras Municipales, “*cuando exista imposibilidad de dar continuidad a la función pública*”.

- b) **Los plazos suspendidos por la DDU 429 se encuentran suspendidos desde la fecha de publicación del Decreto N° 4, de 2020, del Ministerio de Salud, que decretó la alerta sanitaria en todo el territorio de la República.**

Al respecto, es imperioso señalar que la DDU 436 no se limitó a aclarar y/o complementar la DDU 429 en esta materia; pues resolvió modificar sustancialmente uno de los contenidos sobre la suspensión de plazos, al señalar que “**no puede ser dejada sin efecto por los Directores de Obras Municipales**, *manteniéndose por consiguiente vigente hasta la dictación de una nueva Circular sobre la materia por parte de la presente División*”.

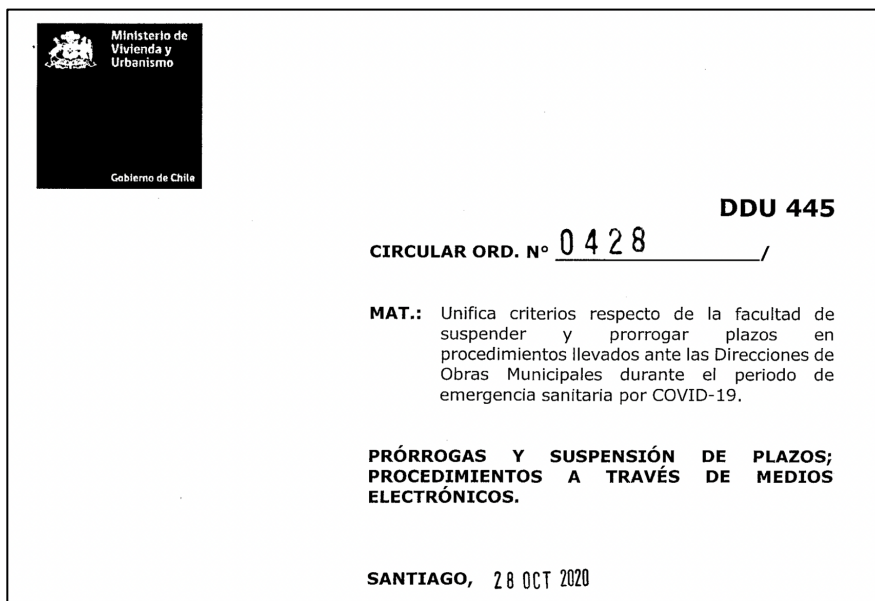
- c) **Hizo presente que es deber de las DOM velar por la continuidad y celeridad de los procedimientos administrativos** que llevan a cabo en virtud de las normas de la LGUC y en la OGUC.

- d) **Para agilizar las recepciones definitivas, los interesados pueden consultar medios remotos de verificación de ejecución de las obras**, en acuerdo con las DOM.

En este sentido, es posible identificar que la DDU 436 desarrolló nuevos criterios, intensificando las medidas excepcionales ya instruidas, “*de acuerdo con la evolución de las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria y el Ministerio del Interior y Seguridad Pública para efectos de controlar la pandemia*”.

3. Los contenidos de la Circular DDU N° 445, de fecha 28 de octubre de 2020. Al complementar los criterios anteriores, la autoridad restringió el ejercicio de facultades de los Directores de Obras Municipales.

Con el declarado objetivo de “*unificar criterios respecto de la facultad de suspender y prorrogar plazos en procedimientos llevados ante la Direcciones de Obras Municipales durante el período de emergencia sanitaria por COVID-19*”, la DDU MINVU dictó la Circular ORD. N° 428 DDU 445 (en adelante, “DDU 445”), con fecha 28 de octubre de 2020. Lo anterior se puede apreciar con la siguiente imagen extraída del acto administrativo ya referido:



La DDU 445, en su número 7, señala en forma expresa que:

*“las suspensiones de los plazos establecidos en los artículos 1.4.9.; 1.4.11; 1.4.17. y otros de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, y otros plazos de la Ley General de Urbanismo, que sean aplicables a los particulares o requirentes ante las Direcciones de Obras Municipales, **estos se encuentran suspendidos, como se indicó, desde la publicación del Decreto N° 4 de 2020 del Ministerio de Salud, siendo innecesaria la dictación de un acto administrativo que la habilite, toda vez que dicha prerrogativa va en beneficio del administrado, no permitiéndose la discrecionalidad de su aplicación al Director de Obras Municipales**”.*

Finalmente, la DDU MINVU estimó necesario señalar que los DOM, en su calidad de jefes de Unidad de Obras Municipales, debían desarrollar sus facultades con razonabilidad, particularmente, en relación a la suspensión de plazos en el período de subsanación de observaciones, resguardando el principio de celeridad y conclusivo de los procedimientos administrativos, tal como se puede apreciar en su numeral 9:

“[...] el Director de Obras Municipales, deberá efectuar un uso racional de dichas prerrogativas, aplicando el sentido común y procurando no causar distinción de ninguna especie respecto de cualquier persona o entidad que efectúe tramitaciones ante sus unidades, a fin de no incurrir en una discriminación arbitraria que atente contra la igualdad de trato ante los requirentes.”

En estos términos, es posible apreciar que la DDU MINVU ratificó el criterio de retroactividad de la suspensión de plazos, instruyendo que era aplicable desde la fecha de publicación del Decreto N° 4 de 2020 del Ministerio de Salud, “*siendo innecesaria la dictación de un acto administrativo que la habilite*”, hasta la dictación

de una nueva circular, cuando las ponderación de las condiciones sanitarias así lo permitieran.

II. SOBRE LAS ILEGALIDADES DE LAS DDU N° 429, 436 Y 445 QUE SE DENUNCIAN EN ESTA PRESENTACIÓN.

En el presente caso, estimamos que los antecedentes de hecho y de derecho hacen procedente solicitar a la Contraloría General de la República que emita un pronunciamiento jurídico que dictamine la ilegalidad de las circulares N° 429, 436 y 445 dictadas por la DDU, en razón de los siguientes fundamentos:

A. Cuestión preliminar: la competencia es un requisito de validez de las actuaciones de los órganos del Estado. Cuando un órgano excede sus competencias, los actos que dicte adolecerán de ilegalidad, debiendo ser anulados.

La doctrina y la jurisprudencia nacional comparten que la Constitución Política vigente, en sus artículos 6°, 7° y 8°, consagra el principio de legalidad o juridicidad que rige a todos los órganos y autoridades del Estado, quienes deben someter sus actuaciones al ordenamiento jurídico vigente, garantizando el orden institucional de la República.

Una consecuencia inmediata de este deber de sometimiento al ordenamiento jurídico se encuentra en lo señalado por el referido artículo 7° de la Constitución:

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

Lo anterior es reiterado, además, en el artículo 2° de la LOCBGAE, según el cual:

“Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes.

Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”.

Así, es posible identificar que uno de los elementos o requisitos de validez de las actuaciones de los órganos del Estado es la competencia. El mandato constitucional y legal es claro: las autoridades y organismos estatales solo pueden manifestarse “en la forma que prescriba la ley” y, además, nadie puede arrogarse otra autoridad,

atribuciones o derechos que los conferidos por el ordenamiento jurídico, “*ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias*”. De lo contrario, tales actos serán nulos.

El desarrollo de la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, con relación al control de legalidad de los actos administrativos reafirma lo que venimos sosteniendo. De hecho, como se ha señalado recientemente:

*“[...] Que la jurisprudencia asentada por esta Corte –y que recoge una doctrina que ha gozado de general aceptación- aduce que **la ilegalidad de un acto administrativo, que puede acarrear su anulación, puede referirse a la ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, defectos de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y violación de la ley de fondo aplicable.**”¹.*

Es decir, los actos administrativos que se dictan por autoridades en exceso de sus competencias, necesariamente, carecen de validez jurídica. Por lo mismo, en el examen de legalidad de los actos, se incluye una revisión de las normas que habilitan al órgano respectivo para dictarlos. Así, para determinar cuándo un órgano ha actuado dentro de sus competencias, en primer término, se debe proceder con un análisis que constate la existencia de una norma atributiva y, luego, que la actuación se enmarque dentro de los supuestos expresados por ella.

Lo anterior requiere más que un simple cotejo formal, por cuanto la circunstancia que a un órgano le sea permitido dictar instrucciones, como es el objeto controvertido en el presente caso, no admite que cualquier instrucción se entienda realizada dentro del marco de competencias otorgadas por el ordenamiento jurídico. Esto último es lo que ha ocurrido con la DDU MINVU que, con el pretexto de las circunstancias extraordinarias producidas por la pandemia de COVID-19, ha excedido sus competencias conferidas por las leyes, siendo procedente solicitar a la Contraloría General de la República que dictamine dejar sin efecto las circulares DDU 429, 436 y 445, por las ilegalidades que les afectan.

B. Las instrucciones impartidas por la DDU MINVU, a través de las circulares DDU N° 429, 436 y 445, exceden las competencias que legalmente se han conferido para impartir instrucciones sobre la aplicación de la normativa urbanística.

- 1. El ámbito de competencias legales que se ha conferido a la DDU MINVU no le facultan para instruir a las DOM que dejen de aplicar disposiciones normativas vigentes, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias.**

De conformidad al artículo 10° del D.L. N° 1.305 que reestructura y regionaliza el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, la División de Desarrollo Urbano es un órgano

¹ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 11.681-2021, c. 11°.

que integra la Subsecretaría, cuyas funciones o atribuciones generales se encuentran descritas taxativamente en el artículo 12 de ese cuerpo normativo.

Al respecto, la norma citada consagra aquellas funciones de la DDU MINVU relacionadas con las actuaciones que desarrollan las Direcciones de Obras Municipales, señalando:

“Artículo 12° *Corresponderá a la División de Desarrollo Urbano:*

[...]

h) *Supervigilar el cumplimiento por parte de las Direcciones de Obras Municipales, de la Ley General de Construcciones y Urbanización y de toda otra norma legal o reglamentaria referida a la misma materia;*

[...]

j) *Resolver en segunda instancia las reclamaciones interpuestas en contra de las resoluciones adoptadas por los Directores de Obras Municipales* en asuntos relativos a la construcción y urbanización, siempre que la apelación sea fundada;

k) *Autorizar a los Directores de Obras Municipales para postergar la concesión de permisos de construcción cuando está en estudio la modificación del Plan Regulador o su Ordenanza Local [...]*

Adicionalmente, se debe considerar que el inciso final del artículo 12 del D.L. N° 1.305, dispone que “*las facultades de las letras h), i), j), k), l) , m), ñ) y o), precedentes, deberán entenderse en concordancia con lo que se dispone en el artículo 24° de este cuerpo legal*”. Esta norma señala:

“Corresponderá a cada Secretaría Ministerial, en su jurisdicción, el ejercicio de las facultades señaladas en las letras h), i), j), k), l), m), ñ) y o) del artículo 12° y letras f) y g) del artículo 13° del presente decreto ley, cuando el Ministro de Vivienda y Urbanismo determine que cuentan con unidades competentes para realizar estas actividades.

Asimismo, les corresponderá otorgar permisos y recepciones definitivas de construcciones en zonas declaradas afectadas por catástrofe, en los casos especiales que contempla la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Para tal efecto podrán nombrar delegados que cumplan dichas funciones en las localidades afectadas, con las mismas competencias que el Secretario Regional Ministerial en esta materia”.

Las funciones conferidas por el D.L. N° 1.305 a la DDU MINVU, además, deben ser complementadas por aquellas que son señaladas en la LGUC y la OGUC. En ese marco, es posible relacionar la función de “*supervigilar el cumplimiento por parte de las Direcciones de Obras Municipales, de la Ley General de Construcciones y Urbanización y de toda otra norma legal o reglamentaria referida a la misma materia*”, con la competencia de impartir instrucciones que le ha sido conferida en el inciso primero del artículo 4° de la LGUC, a saber:

“Al Ministerio de Vivienda y Urbanismo corresponderá, 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 [...].

Como se puede apreciar, el ámbito de competencias que el ordenamiento jurídico le ha conferido a la DDU MINVU se encuentra delimitado con precisión. El tenor literal de las normas citadas no deja espacios a dudas. Mientras que el artículo 12, literal h), señala que a la DDU MINVU le corresponde “*supervigilar el cumplimiento por parte de las Direcciones de Obras Municipales de toda norma legal y reglamentaria*”; según la competencia conferida en el artículo 4° de la LGUC, le corresponde impartir instrucciones “*para la aplicación de las disposiciones*” de la ley y la OGUC, mediante circulares.

La especificidad de ambos mandatos legales se refiere a una función de velar por el cumplimiento y aplicación de las disposiciones normativas en materia urbanística, en especial, aquellas contenidas en la LGUC y la OGUC. **En estos términos, la competencia entregada tiene un sentido natural y obvio direccionado a hacer efectivas las normas de urbanismo y construcciones que, justamente, es lo contrario a dejarlas sin efecto por una mera declaración administrativa.**

Por lo demás, no procede interpretar las competencias de la DDU MINVU extensivamente, arrogándole atribuciones que el ordenamiento jurídico no le ha conferido en forma expresa. Menos aún cuando sus actos se han orientado a dejar sin efecto la normativa vigente. De hecho, cuando el legislador le ha reconocido competencias para alterar la normal aplicación de normas, lo asiente en términos precisos y concretos; por ejemplo, en la letra k) del artículo 12 del D.L. N° 1.305 que habilita autorizar a los DOM para “*postergar la concesión de permisos de construcción cuando está en estudio la modificación del Plan Regulador o su Ordenanza Local*”.

En tal caso, se reconoce una habilitación para determinadas circunstancias y con un objeto específico. El límite al ámbito de discrecionalidad está contenido en la propia norma habilitante y, en ningún caso, queda al puro arbitrio de la autoridad que la ejerce. Al respecto, cabe consignar que la interpretación restrictiva de las normas de derecho público es una regla general en nuestro ordenamiento jurídico; en consecuencia, al momento de determinar el marco competencial de los órganos de la Administración, el contenido preciso de la ley siempre es determinante para evitar las arbitrariedades en el ejercicio de las funciones públicas.

En este sentido, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha señalado que, necesariamente, los actos administrativos deben respetar la jerarquía normativa de la norma superior que sirve de fuente para el ejercicio de la potestad atribuida, tal como lo expresó a propósito de un oficio circular de la Superintendencia de Valores y Seguros que dispuso instrucciones en esa materia, señalando que:

*“Por consiguiente, en armonía con lo expuesto, dicho oficio circular N° 591, de 2010, -tal como se concluye en el pronunciamiento cuya aclaración se solicita-, **de acuerdo a su naturaleza jurídica y a la jerarquía normativa a***

la que se encuentra sometido, debe ajustarse estrictamente a las normas que le sirvieron de fuente a la potestad ejercida”².

Asimismo, la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema ha considerado lo siguiente:

*“[...] uno de los principios de la organización administrativa, cual es, el de **la competencia, que está constituida por la cuota, parte o proporción de poder que se le confiere a cada autoridad que la integra, definida como ‘la medida de la potestad que corresponde a cada entidad y a cada órgano o, si se prefiere, es el conjunto de facultades, poderes, atribuciones y responsabilidades que corresponden a una determinada entidad administrativa o a un determinado órgano en relación a los demás.** Es por lo mismo que se extraen las consecuencias inmediatas derivadas de la actuación de la autoridad, puesto que es un elemento esencial de todo ente y de todo órgano, presupuesto de su lícita actividad y límite de la misma. **Lógico es precisar que si se actúa dentro de la esfera de sus atribuciones el actuar de la autoridad es legítimo, válido y no merece reproche en este sentido. Por el contrario, en el evento que los actos dictados por un órgano excedan sus atribuciones, obre fuera de sus facultades y se determine que no es competente, dichos actos se encontrarán viciados de incompetencia y, por lo mismo, no son válidos, cesando sus efectos, los que no serán reconocidos por el Derecho.** Resulta de esta manera indispensable determinar la forma en que se atribuye la cuota de poder a los entes administrativos dentro del Estado, surgiendo la respuesta de inmediato: **La única que puede atribuir competencia a las Autoridades Administrativas, según lo que disponen los artículos 7° y 65, inciso cuarto, N° 2 de la Constitución Política de la República, es la ley**’.” (Luis Cordero Vega, ‘Lecciones de Derecho Administrativo’, 2° Edición, Thomson Reuters, p. 198)³.*

De tal modo, considerando el contenido de las leyes que confieren competencias a la DDU MINVU, relacionadas a los procedimientos y actuaciones de las DOM, se puede concluir que tanto la facultad de impartir instrucciones, en los términos señalados por el artículo 4° de la LGUC, como la de supervigilancia contemplada en el artículo 12 del D.L. N° 1.305, bajo ningún aspecto comprenden la posibilidad de suspender discrecionalmente, de forma general y por un plazo indeterminado, la aplicación de la normativa de urbanismo y construcciones.

En efecto, como el control de competencias se debe realizar en concreto, es decir, de acuerdo con las atribuciones o habilitaciones que, en términos precisos y específicos, se reconocen por la LGUC y el D.L. N° 1.305, podemos determinar la infracción al principio de juridicidad que concurre en el presente caso, pues las instrucciones contenidas en las circulares DDU 429, 436 y 445 exceden los límites competenciales ya referidos.

² Dictamen N° 52.502/2011.

³ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 41751-2017, c. 11°.

Lo anterior es coherente con los términos consagrados en el artículo 7°, inciso segundo, de la Constitución, particularmente, cuando señala que *“ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”*.

Este mandato cobra especial importancia en el presente caso, pues la DDU MINVU dicta las circulares DDU 429, 436 y 445, en atención a la pandemia de COVID-19. Esta apelación a una circunstancia especial, sin embargo, es insuficiente para tener por atribuida una competencia que la Constitución ni las leyes han reconocido, ni menos ejercerla por un tiempo indeterminado *“hasta la dictación de una nueva Circular sobre la materia por parte de la presente División”*.

Es más, considerado el Decreto de Alerta Sanitaria (Decreto N° 4/2020 MINSAL) y sus respectivas prórrogas, tampoco existe norma alguna que permita interpretar una habilitación normativa para instruir a las DOM que dejen sin aplicación lo señalado en el artículo 1.4.17. de la OGUC, suspendiendo el plazo para determinar la caducidad de los permisos de construcción hasta que sea dictada una nueva circular sobre la materia; la cual, además, correspondería a una habilitación con menor rango jerárquico que las competencias determinadas por ley.

Idéntica conclusión se extrae de lo regulado en el Decreto N° 104/2020 y sus respectivas prórrogas que han mantenido vigente el Estado de Excepción Constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en todo el territorio nacional. Todavía más, conforme señala el inciso tercero del artículo 43 de la Constitución solo el Presidente puede adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad y no la División de Desarrollo Urbano :

“Por la declaración del estado de catástrofe, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada”.

De este modo, aún en las circunstancias excepcionales que se encuentra el país, la normativa constitucional solo autoriza el establecimiento de limitaciones al ejercicio de ciertos derechos fundamentales y reconoce la posibilidad de adoptar medidas extraordinarias, de carácter administrativo, que se orienten al *“pronto restablecimiento de la normalidad”*. Su invocación para otras funciones, se encuentra fuera del ámbito de juridicidad admitido por la Constitución.

Por todo lo anterior, es posible concluir que las instrucciones contenidas en las circulares DDU 429, 436 y 445 exceden el ámbito de competencias legales que las leyes han conferido a la DDU MINVU, en términos claros y precisos, por cuanto al disponer la suspensión del plazo establecido en el artículo 1.4.17. de la OGUC,

fundamentado únicamente en una apreciación discrecional de las medidas adecuadas para el contexto de la emergencia sanitaria, este órgano administrativo ha infringido el principio de juridicidad, extralimitando el ejercicio de sus competencias para dictar instrucciones y supervigilar el cumplimiento de la normativa urbanística.

2. Las instrucciones impartidas por la DDU MINVU exceden los límites de su competencia interpretativa. La jurisprudencia de la Contraloría General de la República y la Excma. Corte Suprema señalan que las facultades de instrucción no habilitan a los órganos de la Administración del Estado para contravenir el texto expreso de la ley o reglamento formulando exigencias diferentes a aquellas comprendidas en el ordenamiento jurídico vigente.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, es necesario precisar al Sr. Contralor General de la República que las instrucciones impartidas por la DDU MINVU, a través de las circulares DDU 429, 436 y 445, exceden los límites competenciales para determinar el sentido y alcance de los preceptos normativos de carácter urbanístico.

Los actos administrativos cuyas ilegalidades se denuncian en esta presentación se fundamentan, en primer término, en lo dispuesto por el artículo 4°, inciso primero, de la LGUC; es decir, en la facultad de impartir instrucciones *“para la aplicación de las disposiciones de esta Ley y su Ordenanza General, mediante circulares”*. En este sentido, el ámbito de competencia se encuentra referido a interpretar la normativa urbanística, aclarando la correcta forma en que debe ser aplicada.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, las instrucciones pueden ser emitidas por los órganos administrativos, en uso de sus facultades legales de interpretar la normativa, correspondiéndole aplicar y corregir las deficiencias que observare en el ámbito de sus atribuciones. Sin embargo, cuando las actuaciones realizadas en este contexto exceden aquello que se limita a la sola interpretación, estaremos ante un vicio de ilegalidad; pues, en tal caso, el órgano **“no ha procedido a la determinación del sentido y alcance de un precepto, sino todo lo contrario, lo que en rigor hizo fue dejar sin efecto un precepto de rango legal”**⁴.

En estos términos, el ejercicio de las facultades interpretativas no permite dejar sin efecto un precepto legal por la sola declaración del órgano administrativo, ni tampoco habilita a modificar su contenido o imponer más requisitos que los ya consagrados en las normas vigentes. Igual conclusión ha sido expresada por la Excma. Corte Suprema, considerando lo siguiente:

“[...] la potestad interpretadora que la ley ha conferido a la Superintendencia no habilita a tal repartición para contravenir texto

⁴ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 50.520-2021, c. 12°.

expreso y formular exigencias adicionales, complementarias o diferentes a aquellas comprendidas en el ordenamiento jurídico vigente⁵.

Por su parte, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República es coincidente con este criterio general, como fue expresado en relación a las competencias de la Comisión Chilena de Energía Nuclear (CCHEN):

“En efecto, el legislador determina cuál es la esfera de las atribuciones de la CCHEN, como también de la autoridad sanitaria, en materia de autorización de instalaciones radiactivas y protección radiológica, y encarga la regulación complementaria de esa materia a un reglamento dictado por el Presidente de la República, que ha de ser suscrito, además, por los Ministros de Energía y de Salud.

*Por las razones anotadas y **en consideración al principio de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, y 2° de la ley N° 18.575, no corresponde que la CCHEN dicte una norma de general aplicación que precise cuáles son las atribuciones con que cuentan tanto esa entidad como la autoridad sanitaria en las materias referidas, pues ello está fuera del ámbito de las facultades que el ordenamiento le confiere***⁶.

Asimismo, cabe señalar que las facultades interpretativas no pueden ejercerse con prescindencia del criterio de jerarquía normativa. De tal modo, los contenidos establecidos en las normas de nivel superior siempre deberán primar respecto a aquellas señaladas en las de menor rango. Así, la jurisprudencia administrativa ha señalado al respecto:

*“[...] cabe tener en cuenta que dicho criterio interpretativo no es, por sí mismo, suficiente para resolver el problema planteado, sino que debe complementarse, en lo que interesa, con **el criterio jerárquico, en cuya virtud las normas de nivel inferior han de respetar el contenido de las de nivel superior.***

*Por tanto, si bien el mencionado decreto exento N° 1.173, y la aludida resolución exenta N° 5.417, ambos de 2016, contienen una regulación especial acerca de la jaiba limón en el área geográfica de las regiones V, VI y VII -vigente hasta el 31 de diciembre de 2017-, **tales actos administrativos no resultan aplicables en la medida que contravengan los preceptos del Reglamento Sanitario de los Alimentos, ya que por tratarse de un texto de jerarquía normativa superior como lo es un decreto supremo reglamentario, sus disposiciones deben primar por sobre los referidos actos exentos, que además tienen una vigencia transitoria***⁷.

Como se aprecia, la irrenunciable aplicación del principio de juridicidad al que deben someterse todos los órganos de la Administración, exige que el ejercicio de las

⁵ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 8.387-2019, c. 9°.

⁶ Dictamen N° 72.927/2015.

⁷ Dictamen N° 255/2018.

facultades interpretativas se desarrolle con observancia al ordenamiento jurídico vigente, no solo respecto a sus propios límites de actuación, sino también en el sentido de no alterar las condiciones o requisitos ya determinados por la normativa aplicable.

Lo anterior es lo que ha ocurrido en el caso de las circulares DDU 429, 436 y 445, por cuanto la DDU MINVU, bajo la cobertura de su facultad de impartir instrucciones para la aplicación de la normativa urbanística, en los hechos, lo que hizo fue dejar de aplicar el artículo 120 de la LGUC y el artículo 1.4.17 de la OGUC, excediendo sus competencias legales. Así, ha incurrido en una desviación de poder, en tanto ha ejercido sus facultades para un fin distinto al conferido, vicio que acarrea la nulidad de los actos individualizados.

Por lo demás, no puede omitirse que, por aplicación del principio de jerarquía normativa, en ningún caso la DDU MINVU, a través de sus circulares, puede alterar, modificar o dejar sin efecto el contenido expresado en las leyes o reglamentos. La competencia de instrucción debe ser ejercida con estricta sujeción al ordenamiento jurídico vigente y de acuerdo a su especificidad, no siendo válido que la autoridad la extienda discrecionalmente, *“ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias”* ocasionadas por la pandemia de COVID-19.

En este sentido, para dejar sin efecto la aplicación de las normas relativas a la caducidad de los permisos de construcción, necesariamente, se requería dictar una norma del mismo nivel jerárquico que el artículo 1.4.17. de la OGUC; es decir, solo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, en consideración a lo dispuesto en el artículo 120 de la LGUC que remite, exclusivamente, tal determinación a la Ordenanza.

En consecuencia, la DDU MINVU carece de competencias para suspender la aplicación o contravenir disposiciones contenidas en la LGUC y la OGUC, por medio de instrucciones expresadas mediante circulares, de conformidad al criterio de jerarquía normativa que emana del principio de juridicidad.

C. La circulares DDU 429, 436 y 445 contravienen el artículo 1.4.17. de la OGUC, el cual se refiere a supuestos con un carácter estrictamente material que las actuaciones administrativas no pueden alterar y, además, opera de pleno derecho.

1. Los requisitos de aplicación del artículo 1.4.17. de la OGUC corresponden a supuestos con carácter estrictamente material que deben ser constatados por las DOM. La jurisprudencia de la Contraloría General de la República en la materia.

Señor Contralor, como es de su pleno conocimiento, el artículo 1.4.17. de la OGUC corresponde a la materialización de un mandato legal, que tiene el objeto de precisar

los términos en que se computan los plazos de vigencia y caducidad de los permisos de edificación. En efecto, señala el artículo 120 de la LGUC:

“La vigencia, caducidad y prórroga de un permiso, como asimismo los efectos derivados de una paralización de obra o la ejecución de una obra sin permiso, se sujetarán a las normas que señale la Ordenanza General.

Contra las resoluciones del Alcalde que ordenaren la demolición de obras ejecutadas sin previo permiso procederán los recursos contemplados en los artículos 152° y 154° de esta ley”.

Por su parte, para determinar la caducidad de un permiso de edificación, el artículo 1.4.17 de la OGUC señala:

“El permiso caducará automáticamente a los tres años de concedido si no se hubieren iniciado las obras correspondientes o si éstas hubieren permanecido paralizadas durante el mismo lapso. Una obra se entenderá iniciada una vez realizados los trazados y comenzadas las excavaciones contempladas en los planos del proyecto”

Considerando el tenor literal de estas disposiciones, la jurisprudencia de la Contraloría ha determinado que las circunstancias para hacer posible la interrupción o suspensión del plazo de caducidad de los permisos de edificación tienen un carácter estrictamente material, que las actuaciones administrativas no pueden alterar.

En este sentido, la jurisprudencia administrativa ha desarrollado los siguientes criterios para determinar la caducidad de un permiso de edificación:

- a) **La apreciación acerca de si concurren o no los supuestos que establece el artículo 1.4.17 de la OGUC “corresponde a una ponderación de situaciones de hecho que, necesariamente, y de manera fundada, debe ser efectuada por la Administración activa, sin perjuicio de las atribuciones fiscalizadoras de este Órgano Contralor”** (Dictámenes N°s 37.927/2013 y 73.004/2015, que aplican los dictámenes N°s 45.656/2011, 61.781/2011 y 61.536/2012).

Es decir, le corresponde a la DOM respectiva constatar que, de conformidad a los antecedentes fácticos que concurren en cada caso, se ha iniciado la ejecución de las obras en el plazo de tres años, señalado en el artículo 1.4.17. de la OGUC.

- b) **En complemento a lo anterior, para acreditar el inicio de las obras y su realización, es necesario adecuarse a los elementos exigidos por el artículo 1.4.17. de la OGUC y, por tanto, no resultan suficientes los actos formales y de carácter administrativo, al no tratarse de hechos de carácter material.**

Así, se ha señalado que la aprobación de nuevos propietarios, de modificaciones y/o de subdivisiones no pueden constituir un antecedente suficiente para definir la concurrencia de un supuesto que dice relación

con un aspecto material, vinculado a la ejecución de las obras. (En este sentido, Dictámenes N°s 95.979/2014, ratificado y complementado por el Dictamen N° 40.981/2015 y 51.178/2015).

Tampoco altera la conclusión que se haya aprobado una solicitud de modificación del permiso, pues ésta *“no constituye un antecedente que permita definir la concurrencia de un supuesto relacionado con un aspecto material, vinculado al comienzo de la ejecución de los trabajos”* (Dictamen N° 73.004/2015). Así, la Contraloría ha rechazado la pretensión de titulares de proyectos que han pretendido dar un efecto de reinicio al plazo de caducidad, a partir de la fecha de emisión de la aprobación de la modificación. En este mismo sentido resolvió el Dictamen N° 95.979/2014, que fue ratificado por el Dictamen N° 40.981/2015.

Es síntesis, la regla general para que proceda la caducidad se refiere a la necesidad de acreditar que los supuestos de hecho del artículo 1.4.17. de la OGUC se cumplen en el caso concreto y, por tanto, se trata de un asunto con carácter estrictamente material. La jurisprudencia administrativa de la Contraloría se ha manifestado, permanentemente, en contra de consideraciones que permiten alterar los criterios objetivos sobre el inicio de obras. Así, ninguna actuación administrativa tiene la aptitud suficiente para modificar los supuestos materiales de aplicación de la normativa urbanística, al momento de determinar si ha operado la caducidad de un permiso de edificación.

La razón, como no puede ser otra, se refiere a la remisión expresa del artículo 120 de la LGUC a *“las normas que señale la Ordenanza General”*. Por tanto, no puede pretenderse válidamente que la instrucción de la DDU MINVU, en relación a suspender la aplicación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1.4.17. de la OGUC, tenga la fuerza normativa suficiente para derrotar el mandato legal.

La DDU MINVU, como ha sido explicado en los apartados anteriores, carece de competencias legales para modificar, alterar o dejar sin efecto las disposiciones normativas vigentes y, en consecuencia, mediante las circulares DDU 429, 435 y 446 ha impartido instrucciones que exceden de sus competencias, viciándolas de ilegalidad.

2. Las circulares DDU N° 429, 433 y 445 omiten que la caducidad contemplada en el artículo 1.4.17. de la OGUC opera de pleno derecho y, por tanto, no es procedente tratarla como resultado de un procedimiento administrativo.

Continuando el argumento expuesto en el apartado anterior, los requisitos normativos para que proceda la caducidad de los permisos se encuentra regulada en el artículo 1.4.17. de la OGUC, al señalar:

“El permiso caducará automáticamente a los tres años de concedido si no se hubieren iniciado las obras correspondientes o si éstas hubieren permanecido paralizadas durante el mismo lapso. Una obra se entenderá

iniciada una vez realizados los trazados y comenzadas las excavaciones contempladas en los planos del proyecto”

De este modo, es posible sostener que la autorización contenida en un permiso de edificación puede extinguirse de pleno derecho, por el solo transcurso del tiempo, cuando sea constatado que el titular no ha realizado los trazados ni comenzado las excavaciones contempladas en los planos del proyecto, que son los hechos materiales que permiten tener por iniciadas las obras.

Esta constatación de hechos debe ser realizada por la DOM respectiva, verificando si concurren o no las circunstancias materiales precisas que describe la normativa urbanística. Cumplidos los supuestos exigidos, la caducidad de los permisos operará de manera automática, sin necesidad de un acto administrativo que la establezca; es decir, de pleno derecho.

Ahora bien, lo anterior no exime a la DOM del deber que tiene respecto a resolver, de manera precisa y cierta, la concurrencia de los supuestos de caducidad o vigencia del permiso de edificación, en especial, cuando existe controversia con el particular interesado. En tal caso, debe constatar que las obras no han comenzado a ejecutarse, ya sea porque no se han realizado los trazados o porque las excavaciones contempladas en los planos del proyecto no han comenzado.

Al respecto, es posible encontrar criterios similares a los expuestos en la jurisprudencia administrativa, particularmente, en los Dictámenes N°s 35.166/2010; 40.981/2015, 51.178/2015, 73.004/2015, 3.170/2020 y E124211/2021⁸.

Reiteramos, el deber de la DOM se vincula con la acreditación precisa de los hechos del caso. Por lo mismo, es importante clarificar que el artículo 1.4.17. de la OGUC no exige que la DOM inicie un procedimiento administrativo para declarar la caducidad del permiso.

Lo anterior cobra especial relevancia en el caso de las circulares DDU 429, 436 y 445. En efecto, sus finalidades declaradas consistieron en “*unificar criterios en la aplicación de los procedimientos que llevan adelante las Direcciones de Obras Municipales del país*”, frente a la excepcionalidad provocada por la pandemia de COVID-19.

De hecho, para fundamentar sus instrucciones, la DDU MINVU se refirió al Dictamen N° 3.610/2020 de la Contraloría General de la República, que se pronunció sobre “medidas de gestión que pueden adoptar los órganos de la Administración del

⁸ Por ejemplo, en el Dictamen N° E124211/2021 se ratificó lo sostenido por la SEREMI de Vivienda y Urbanismo que, mediante Res. Ex. N° 2.514 de 2019, desestimó una solicitud de caducidad interpuesta por un particular, aludiendo para ello que, “*de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, **la decisión de que se trata es una labor delegada en las Direcciones de Obras Municipales***”, por lo que resultaba de su competencia pronunciarse al respecto.

Estado a propósito del brote de COVID-19” y, en lo particular, caracterizó la emergencia sanitaria como:

*“[...] **una situación de caso fortuito que, atendidas las graves consecuencias que su propagación en la población puede generar, habilita la adopción de medidas extraordinarias de gestión interna de los órganos y servicios públicos que conforman la Administración del Estado, incluidas las municipalidades,** con el objeto de resguardar a las personas que en ellos se desempeñan y a la población evitando así la extensión del virus, al tiempo de asegurar la continuidad mínima necesaria de los servicios públicos críticos; esto es, aquellos cuyas funciones no pueden paralizarse sin grave daño a la comunidad”.*

Adicionalmente, el citado Dictamen se pronunció sobre la situación de los procedimientos administrativos en curso, considerando la situación de excepcionalidad. Al respecto, señaló que:

*“[...] **los jefes superiores de los servicios se encuentran, facultados para suspender los plazos en los procedimientos administrativos o para extender su duración, sobre la base de la situación de caso fortuito que se viene produciendo.** Al efecto, deberá considerarse especialmente la naturaleza de los actos terminales a que darán origen los procedimientos administrativos, pudiendo suspenderse los plazos respecto de algunos de ellos, pero siempre respetando la igualdad de trato entre los distintos interesados.*

En estos términos, resulta necesario precisar que las atribuciones reconocidas para “suspender los plazos de procedimientos administrativos o extender su duración”, de acuerdo a lo señalado por el Dictamen en comento, corresponde a los jefes superiores de los servicios públicos respectivos.

Como es evidente, ninguna de estas circunstancias concurren en relación a la suspensión de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1.4.17. de la OGUC, instruida por las circulares DDU 429, 436 y 445.

En primer lugar, porque se trata de una norma que opera de pleno derecho, una vez que se acrediten las circunstancias que la hacen aplicable y, por tanto, no se trata de un procedimiento administrativo al cual se pueda aplicar una suspensión o extensión de plazo, sin previa modificación de la norma que la consagra. En efecto, las instrucciones de la DDU MINVU tienen por objetivo dejar sin efecto un mecanismo de extinción de los actos administrativos, como es la caducidad; y además, deja sin efecto la competencia de constatación de hechos materiales por parte del DOM.

En segundo término y relacionado a lo anterior, cabe señalar que la DDU MINVU no corresponde al jefe superior del servicio al que pertenecen las DOM; de modo que, mediante las circulares 429, 436 y 445 ha impartido órdenes de suspender un plazo que no es procedimental a organismos que no se encuentran subordinados

jerárquicamente a ella. En efecto, como ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema:

*“Que, además, resulta necesario aclarar que el Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo no es el superior jerárquico del Director de Obras. **El superior jerárquico es el Alcalde. En efecto, la Municipalidad como ente administrativo descentralizado tiene una estructura administrativa con el Alcalde a la cabeza, siendo los funcionarios de ella inferiores jerárquicos del Alcalde y de cada uno de los jefes que se encuentran sobre los mismos en la escala jerárquica respectiva. Tratándose de Jefes de Departamento, como el de Obras, el superior jerárquico es el Alcalde.** La confusión se produce por cuanto al Director de Obras, inferior jerárquico del Alcalde, la ley le ha entregado atribuciones desconcentradas, pudiendo decirse, por lo tanto, que se trata de una autoridad desconcentrada, concepto que se contempla en el artículo 3 inciso primero de la Constitución Política de la República y que, por definición, consiste en la entrega de atribuciones a una autoridad inferior, dentro de la estructura jerárquica de una institución. La desconcentración opera al interior de entes centralizados”⁹.*

Todo lo anterior, lleva a la conclusión ineludible que la DDU MINVU, mediante sus circulares 429, 436 y 445 ha transgredido lo dispuesto en el artículo 1.4.17. de la OGUC. Además, se excedió en relación a las medidas de gestión interna que fueron expresadas en el Dictamen N° 3.610/2010. En suma, ha incurrido en una doble inobservancia al ordenamiento jurídico vigente: 1) ha instruido suspender un plazo que no es procedimental, pues opera de pleno derecho; 2) ha impartido órdenes respecto a quienes no detenta la calidad de jefe superior del servicio, pues los DOM están subordinados jerárquicamente al Alcalde respectivo.

D. La DDU MINVU instruyó suspender plazos correspondientes a la LGUC y a la OGUC, con efecto retroactivo, general y obligatorio, contraviniendo el ordenamiento jurídico vigente.

Finalmente, es necesario establecer que las circulares DDU 429, 436 y 445, de forma arbitraria, instruyeron la suspensión de plazos contenidos en la LGUC y la OGUC, “a contar de la fecha de publicación del decreto N° 4 de 2020, del Ministerio de Salud, que establece la alerta sanitaria”.

De este modo, la DDU MINVU ha pretendido dotar de un efecto retroactivo a sus circulares 429, 436 y 445, lo cual solo es admitido como una excepcionalidad dentro del ordenamiento jurídico vigente. Como ha señalado la jurisprudencia de la Contraloría General de la República:

“Precisado lo anterior, y en cuanto a la materia que se consulta, cumple señalar, que el artículo 52 de la ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la

⁹ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 33.218-2021, c. 13°.

Administración del Estado, previene que los actos de ésta no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros.

*Dicho precepto consagra, en el orden del procedimiento administrativo, **el principio de la irretroactividad de los actos de la Administración, habilitando a las autoridades, sólo de manera excepcional, para dictar actos que puedan tener efectos retroactivos**, en la medida, por cierto, que concurran los supuestos que la referida norma exige”¹⁰.*

La regla general contenida en el artículo 51 de la Ley N° 19.880, en nuestro Derecho, es indiscutida: los actos administrativos producen efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general. Solo en casos excepcionales pueden tener efectos retroactivos, siempre que cumplan, necesariamente, los requisitos señalados en el artículo 52 de la Ley N° 19.880, es decir, “*cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros*”.

El tenor de la norma, al referirse a “*los interesados*”, da a entender una referencia a los actos administrativos de efectos particulares, lo que se reafirma al exigir que “*no se lesionen derechos de terceros*”, cuestión que difícilmente puede ponderar un acto administrativo de efectos generales que, además, tiene el deber de publicarse en el Diario Oficial, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley N° 19.880.

Por lo demás, el establecimiento del plazo de caducidad en el artículo 1.4.17. de la OGUC se vincula con el derecho de las personas, particularmente, de aquellos vecinos que son afectados por los proyectos de construcción en las inmediaciones de sus hogares; pues, la pérdida de eficacia jurídica de un permiso, por el solo transcurso del tiempo sin que se inicien las obras, evita la especulación o el congelamiento indefinido de la normativa urbanística aplicable.

En este sentido, la suspensión con efectos retroactivos que ha instruido la DDU MINVU se agrava todavía más por la condición de mantenerse vigente, en tanto no dicte una nueva circular sobre la materia. Así, se manifiestan con claridad los perjuicios que se generan a los vecinos afectados por proyectos de construcción, por cuanto se les imposibilita solicitar a la DOM respectiva que constate la caducidad de un permiso, cuyas obras no se han iniciado por más de tres años; pues, mediante la sola voluntad discrecional de la Administración, se ha establecido un beneficio en favor de interesados, lesionando derechos de terceros que se encuentran reconocidos en la normativa vigente.

Lo anterior es demostrativo de la necesaria interpretación restrictiva que debe proceder en el caso, especialmente, en coherencia al carácter excepcional que tiene la retroactividad en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, la Contraloría ha dictaminado lo siguiente:

¹⁰ Dictamen N° 20.599/2011.

*“[...] la retroactividad de la ley constituye una excepción dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en el cual **imperera el principio de irretroactividad, y que por lo tanto, tratándose de una figura de derecho estricto, su interpretación y aplicación sólo puede extenderse a las materias expresamente señaladas en ella.***

*De esta manera, entonces, frente a la falta de texto legal que contemple dicho efecto retroactivo, **la ley debe aplicarse sólo a los actos y situaciones que se produzcan con posterioridad a su entrada en vigor y en ningún aspecto se podría extender su alcance a aquellas situaciones acaecidas con anterioridad a ese momento**”¹¹.*

Si bien este criterio se ha expresado en relación a las leyes, por un argumento a *fortiori* que aplique el principio de jerarquía normativa, también debe ser considerado para el caso de los actos administrativos, en particular, aquellos que se refieren al ejercicio de las competencias interpretativas de la Administración, tal como ocurre en el presente caso.

Adicionalmente, cabe preguntarse: **¿Cuál es el criterio que sirve de fundamento a la DDU MINVU para fijar la suspensión de los plazos de la LGUC y OGUC en la fecha de publicación del Decreto de Alerta Sanitaria, es decir, retroactivamente?**

La pregunta es legítima para evaluar la discrecionalidad por parte de la DDU MINVU, al otorgar un efecto retroactivo general a sus circulares 429, 436 y 445; pues, el Decreto N° 4 del Ministerio de Salud se publicó en el Diario Oficial con fecha 8 de febrero de 2020, cuando aún no se reportaban personas contagiadas de COVID-19 en Chile y, además, la Organización Mundial de la Salud todavía no calificaba la emergencia sanitaria como una pandemia¹².

La retroactividad, indiscutiblemente, es una excepción en nuestro ordenamiento jurídico y, para que su aplicación sea válida, debe conformarse a los requisitos establecidos en la ley. Nada de eso ha ocurrido en el presente caso.

La DDU MINVU ha actuado fuera el ámbito de sus competencias, pretendiendo que las instrucciones contenidas en sus circulares 429, 436 y 445, tengan el efecto retroactivo general de suspender plazos contenidos en la LGUC y la OGUC, alterando arbitrariamente la normal aplicación de la normativa urbanística. En estos actos, además, tampoco fundamentó el motivo por el cual determinó que la fecha, a contar de la cual suspendió los plazos referidos, corresponde a la publicación del decreto N° 4, de 2020, que declaró la Alerta Sanitaria en todo el país. Simplemente, así lo dispuso.

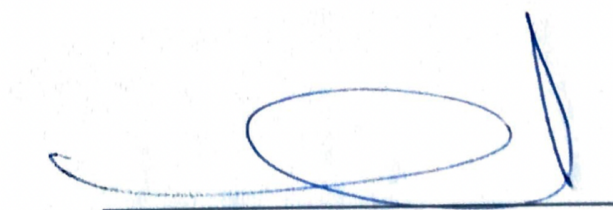
¹¹ Dictamen N° 59.709/2008.

¹² El primer reporte de una persona contagiada en Chile ocurrió el día 3 de marzo de 2020: <https://www.minsal.cl/ministerio-de-salud-confirma-primer-caso-de-coronavirus-en-chile/>
A su vez, la OMS declaró la pandemia de COVID-19, recién, el día 11 de marzo de 2020: <https://www.minsal.cl/la-oms-declara-el-brote-de-coronavirus-pandemia-global/>

La retroactividad es un efecto excepcional en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que su aplicación siempre es de derecho estricto. Sin embargo, analizados los antecedentes del caso, es posible identificar un grave vicio de ilegalidad en la instrucción de la DDU MINVU, pues a través de la facultad de “impartir instrucciones” ha pretendido suspender plazos contemplados en la LGUC y la OGUC retroactivamente, con carácter general y obligatorio, en clara contravención al ordenamiento jurídico.

POR TANTO,

Al señor Contralor General de la República respetuosamente solicito: dictaminar que la Circular ORD. N° 174, DDU 429, de 03 de abril de 2020; Circular ORD. N° 280, DDU 436, de 02 de julio de 2020; Circular ORD. N° 428, DDU 445, de 28 de octubre de 2020, todas dictadas por la Jefa de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, doña Paz Serra Freire, adolecen de ilegalidades, por tratarse de actos administrativos que exceden las competencias interpretativas que las leyes han conferido a dicha autoridad, dejan sin efecto normas vigentes y tienen efectos retroactivos en contravención al ordenamiento jurídico. En consecuencia, se solicita determinar la forma en que, de conformidad con la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo deberá dejar sin efecto las circulares DDU N° 429, 436 y 445, particularmente, en lo referido a la suspensión del plazo señalado en el inciso primero del artículo 1.4.17. de la OGUC, instruida en los actos ya individualizados.



Patricio Herman Pacheco
Presidente Fundación Defendamos la Ciudad

Adjuntos:

- Circular DDU N° 429, de 03 abril de 2020.
- Circular DDU N° 436, de 02 julio de 2020.
- Circular DDU N° 445, de 28 de octubre de 2020.