

C.A. de Santiago

Santiago, dieciséis de enero de dos mil diecinueve.

Vistos y teniendo presente:

Primero.- Que, comparece don José Gabriel Undurraga Martínez, abogado, en representación de Tomás Enrique Andreu Matta, Juan Ignacio Correa Amunategui, Roberto Guerrero Del Río, Alan Eduardo Nudman Zabelinski, y Juan Diego Santa Cruz Eyzaguirre, quien de conformidad con lo establecido en el artículo 151 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades interpone reclamo de ilegalidad en contra de la Ilustre Municipalidad de Vitacura, por el acto ilegal del Director de Obras Municipales de la reclamada que, con fecha 10 de abril de 2018, otorgó el Permiso de Edificación N° 40/2018 a Inmobiliaria O'Brien S.A. solicitando declarar, en definitiva, que éste es un acto ilegal y/o arbitrario, debiendo dejarse sin efecto mediante su declaración de nulidad.

Funda su reclamo exponiendo que con fecha 22 de septiembre de 2016, Inmobiliaria O'Brien ingresó en la Dirección de Obras de la Municipalidad de Vitacura , en adelante DOM , una solicitud de aprobación de Anteproyecto de Obra Nueva para el inmueble ubicado en calle General John O'Brien N° 2665, manzana A, Lote N° 5-12, Lo Castillo, comuna de Vitacura, añadiendo que el 14 de octubre de 2016 esa Dirección emitió un Acta de Observaciones, a través de la cual efectuó a la solicitante diversas objeciones, entre ellas, que no se dio cumplimiento a las normas sobre uso de suelo contenidas en el artículo 43 del Plano Regulador Comunal, emitiendo posteriormente el Ordinario N° 81, mediante el cual rechazó la solicitud de Anteproyecto, considerando para ello los plazos que otorga la normativa legal sobre la materia ya que transcurrieron 60 días desde la fecha de notificación de la citada Acta, sin que se cumpliera con las Observaciones dentro del plazo fijado en el artículo 1.4.9 inciso 4° de la Modificación de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

Agrega que previo al rechazo del permiso, Inmobiliaria O'Brien hizo una presentación a la Contraloría General de la República, reclamando en contra de la DOM por haber emitido el Acta de Observaciones, concluyendo el ente fiscalizador en su Dictamen N°



11.765, previo informe a la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo y a la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo, que el cuadro N° 48 del artículo 43 del Plano Regulador Comunal, al normar la zona y equipamiento de servicio así como el uso de suelo, se apartaba de lo previsto en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, toda vez que establece condiciones al margen de sus preceptos y regula los usos de suelo en función de las vías, el tipo de edificación y la clase de predio, sosteniendo además que en el sector se admite el uso de suelo equipamiento por lo que en esa zona sería posible realizar la actividad de servicios profesionales.

Asimismo la Contraloría ordenó a la DOM, arbitrar las gestiones para subsanar lo actuado, disponiendo que se rectificara el Acta de Observaciones y efectuara las adecuaciones pertinentes en el referido instrumento de planificación territorial, por lo que la Dirección dio inicio a un procedimiento de invalidación en contra del Ordinario N° 81, dictándose la Resolución N° 254, que lo invalidó y la Resolución N° 267, a través de la cual rectificó el Acta de Observaciones, eliminando la observación objeto del pronunciamiento de Contraloría, y se otorgó un nuevo plazo de 60 días para que se subsanaran las Observaciones..

Finalmente, con fecha 17 de agosto de 2017, la DOM aprobó la solicitud de Anteproyecto a través de la Resolución N° 529/2017, y en noviembre de 2017, la Dirección aprobó la fusión de los sitios 12 y 5, ubicados en la calle General John O'Brien N° 2665 a través de la Resolución N° 27 y, con fecha 26 de diciembre de 2017, Inmobiliaria O'Brien ingresó una Solicitud de Aprobación de Permiso de Edificación bajo el N° 1281/2017, el que fue otorgado mediante el PE N° 40/2018, correspondiente a la edificación total de 4.749,73 m², tres pisos con 16 oficinas, 76 estacionamientos de autos y 38 estacionamientos de bicicletas.

Luego de analizar los requisitos que hacen procedente el reclamo y hacer presente que todos los reclamantes tienen su domicilio en la comuna de Vitacura, son vecinos de la calle O'Brien, explica el reclamante que el Acta de Observaciones constituye un acto trámite y, por ende, no puede ser objeto de impugnación, salvo que concurren las circunstancias indicadas en el artículo 15 de la Ley N° 19.880, cuestión



que no sucede en el caso en estudio, por lo que Inmobiliaria O'Brien contravino lo establecido por la referida Ley, impugnando un acto de trámite como lo es el Acta de Observaciones, creando una vía de impugnación completamente inexistente en el ordenamiento jurídico que se dedujo ante un órgano que evidentemente carecía de competencia para resolverla- Contraloría General de la República-, invocando, erradamente en su concepto, diversos preceptos legales de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Añade que tampoco se tuvo en consideración que a la fecha de interposición del reclamo por parte de la Inmobiliaria O'Brien, el procedimiento administrativo aún se encontraba en tramitación, contraviniéndose el criterio de abstención en dichos casos, establecido por la propia Contraloría.

Manifiesta que la invalidación del Ordinario N° 81 es ilegal, ya que la Contraloría, más que instruir a la Municipalidad un marco de actuación, efectuó un control de juridicidad de la norma contenida en el Plano Regulador, ya que no determinó el sentido y alcance de la norma objeto de su pronunciamiento, sino que, ordenó a la DOM excluirla del ordenamiento jurídico y mientras aquello no aconteciera, abstenerse de aplicarla.

Por otra parte, denuncia vulneraciones a las normas contenidas en los artículos 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcción, al artículo 24 de la Ley N° 18.695, ya que al aprobar el Anteproyecto N° 529/2017 omitió que el cuadro N° 48 del artículo 43 del Plano Regulador era normativa urbanística vigente a la fecha del ingreso de la solicitud, y por lo tanto, no debería haberse rectificado el Acta de Observaciones, ni aprobado el referido Anteproyecto, ilegalidad de la cual también adolece el Permiso de Edificación N° 40/2018, al tener como fundamento el acto administrativo ya mencionado, infringiéndose también el principio de irretroactividad del acto administrativo.

Estima que también resultan vulnerados, los numerales 2 y 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental, ya que se creó por una vía de hecho una reclamación en contra de un acto inimpugnable para un particular, por lo que se efectuó una diferenciación entre la Inmobiliaria y aquellos particulares que se encuentran en una posición de igualdad,



denunciando también la infracción a los artículos 6 y 7 de la Constitución, por haber existido una manifiesta contravención tanto de las normas legales como constitucionales.

Segundo.- Que, la reclamada Ilustre Municipalidad de Vitacura, evacuando el traslado conferido, solicita el rechazo del reclamo señalando que el Permiso de Edificación reclamado se encuentra otorgado conforme a la legislación urbanística vigente, indicando que para ello se cumple cabalmente con la normativa de Urbanismo y Construcciones vigentes, cuyo resguardo compete a la DOM en virtud del artículo 24 de la Ley N° 18.695, no siendo posible a ésta cumplir con dicho mandato, si mediante la aplicación del cuadro 48 en comento, se incumplen norma de rango superior sobre la base de los cuales se determina el campo de acción de los Planos Reguladores Comunales.

Agrega que el actuar de la DOM se circunscribe estrictamente al principio de juridicidad, toda vez que se emite el acto conforme con la legislación urbanística vigente, y, asimismo, obedece al cumplimiento del Dictamen N°11.765 de la Contraloría General de la República.

Estima que el pronunciamiento de la entidad fiscalizadora, no acarrea vicio de ilegalidad en razón de la vía de impugnación escogida por el interesado para solicitar el ejercicio de sus potestades fiscalizadoras, y que no existe ilegalidad en la aplicación retroactiva del Dictamen 11.765, añadiendo que lo que la reclamante debió haber impugnado es el Dictamen aludido, más no el Permiso de Edificación en cuestión, por lo que no se justifica la forma en que el Municipio habría incurrido en las infracciones que se le imputan.

Tercero.- Que, consta de los antecedentes agregados a los autos, lo siguiente:

a) que con fecha 02 de octubre de 2018 esta Corte, tuvo por desistido del reclamo al reclamante Sr. Tomás Enrique Andreu Matta, quien efectuó la respectiva presentación ingresada con el folio N° 20 y

b) que con fecha 19 de octubre de 2018 esta Corte, tuvo presente la comparecencia en calidad de tercero coadyudante de la recurrida a la sociedad Inmobiliaria O'Brien S.A., quien se



apersonó en presentación que se ingresó bajo el folio N° 24. .

Cuarto.- Que, acorde con lo referido precedentemente, lo que es objeto de reproche por parte de los reclamantes y por ende, piden que se declare que es ilegal es el acto del Director de la DOM de la Municipalidad de Vitacura, consistente en la dictación del Permiso de Edificación N°40/2018 de fecha 10 de abril de 2018 a Inmobiliaria O'Brien S.A. para la construcción de un edificio en el inmueble ubicado en calle General John O'Brien N° 2665, manzana A, lote N° 5-12, Lo Castillo, zona U-V-;E-Am 1 del Plano Regulador de la comuna de Vitacura, ya que en su otorgamiento a juicio de los reclamantes, se infringió el artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones; el artículo 24 de la Ley Orgánica Constitucional N°18.695; los artículos 15 y 52 de la Ley 19.880 y los artículos 6, 7 y 19 numerales 2 y 26 de la Constitución Política de la República.

Señalan que no ha podido dictarse el Permiso de Edificación, por cuanto con anterioridad se había rechazado el Anteproyecto presentado ante la DOM, por cuanto la zona en que se pretendía llevar a cabo la obra conforme al Plano Regulador Comunal, revestía la condición de residencial y nó de equipamiento, lo que fue cuestionado ante la Contraloría General de la República por la titular del permiso, cuando reclamó contra el Acta de Observaciones de la DOM al anteproyecto emitiendo el ente Contralor el Dictamen N° 11.765 que dispuso que la Municipalidad de Vitacura debía adoptar las medidas necesarias tendientes a efectuar las adecuaciones pertinentes en el Plano Regulador Comunal ya que éste no se ajusta a normas sobre la zona y clase de equipamiento y las restricciones de uso de suelo de conformidad con la Ley General de Urbanismo y Construcciones y la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, ya que establece condiciones al margen de sus preceptos y regula los usos de suelo en función de las vías, el tipo de edificación y la clase de predio, amén de sostener que en el sector se admite el uso de suelo equipamiento por lo que en la zona en que se pretende la construcción del edificio sería posible realizar la actividad de servicios profesionales.



Quinto.- Que, acorde con lo reseñado precedentemente, Inmobiliaria O'Brien S.A. en el ejercicio legítimo de su derecho de petición recurrió a la Contraloría General de la República, impugnando los reparos del Acta de Observaciones que la DOM había formulado al Anteproyecto de construcción del Edificio y frente a este escenario, el Organismo Contralor, instruyó a la recurrida que debía ser reconsiderado lo que ella planteaba en su reclamo, sin que pueda estimarse que la recurrida al hacerlo incurrió en una ilegalidad desde que una Acta como la aludida, no resulta procedente estimarla como un acto insubsanable y que per se importe el rechazo de un derecho que se pueda entender amagado por parte del administrado desde que la propia normativa contemplada en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, posibilita que los interesados puedan acompañar en el plazo de 60 días de notificada de Acta de Observaciones nuevos antecedentes rectificatorios y/o aclaratorios superando los reparos formulados.

El Acta de Observaciones, es un acto administrativo por medio del cual la DOM formula comentarios y solicita aclaraciones al titular de un anteproyecto y por sus características, es dable considerar que a todo administrado del rubro inmobiliario o de la construcción, le asiste el derecho para presentar aclaraciones, rectificaciones o nuevos antecedentes complementarios, para salvar los reparos que se formulen a sus requerimientos que fue lo ocurrido en el presente caso.

Además, lo señalado por los reclamantes en orden a que el Dictamen N° 11.765 de 07 de Abril de 2017 de la Contraloría debiera regir a futuro y nó para el caso sublite, igualmente importaría privar al administrado del derecho de impugnar la interpretación errónea que la DOM tenga en la aplicación de la normativa sobre el Plano Regulador Comunal, aun cuando éste adolezca de inexactitudes y/o errores.

Sexto.- Que, por otra parte, en el otorgamiento del Permiso de Edificación N° 40/2018 no se ha vulnerado como lo pretenden los reclamantes el artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en relación con el artículo 1.1.3 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones y por ende, el artículo 24 de la Ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, que le entrega



a la DOM Municipales las atribuciones y facultades para velar por que se cumplan las disposiciones de la aquella ley, del Plan Regulador Comunal y la Ordenanzas que se den los municipios.

En este caso, la Contraloría General de la República en el Dictamen N° 11.765 determinó la existencia de contravenciones en que incurre el Plan Regulador Comunal de Vitacura, al normar la zona y clase de equipamientos de servicios en ella, por cuanto no se ajusta a la Ley y a la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, estableciendo condiciones al margen de sus preceptos, regulando los usos de suelo en función de las vías tipo de edificación y la clase del predio y la DOM al proceder al otorgamiento del Permiso cuestionado lo hizo ajustándose para ello a la resuelto por el Organismo Contralor, sin que por ello el acto cuestionado sea ilegal o arbitrario, lo que debe tenerse en especial consideración desde que si lo atacado es el fondo de lo concedido, debió ser objeto de impugnación por los reclamantes lo que sostuvo el ente contralor en el referido Dictamen.

Séptimo.- Que, de conformidad con lo dispuesto en la letra g) del artículo 151 de la ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, se acompañó al presente recurso informe de la Fiscal Judicial Sra. Javiera González Sepúlveda, que se tuvo por evacuado con fecha 27 de septiembre de 2018 y que en lo sustancial, estima que el otorgamiento del permiso de edificación impugnado se adecúa a la normativa legal vigente, sin que pueda atribuírsele la ilegalidad que describe el recurrente y por ende, es de opinión de rechazar el reclamo de ilegalidad, lo que es compartido por esta Corte..

Octavo.- Que atendido lo que se viene indicando y lo conclusivo, no existiendo acto arbitrario o ilegal en el otorgamiento del Permiso de Edificación 40/2018 se estima innecesario emitir pronunciamiento sobre las garantías constitucionales supuestamente vulneradas contenidas en los numerales 2 y 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Por estos fundamentos, y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 85 y siguientes de la Ley N° 20.529, se declara que **se rechaza** el reclamo de ilegalidad deducido en contra del Permiso de Edificación N° 40/2018, de titularidad de Inmobiliaria O'Brien S.A.,



emitido por la Dirección de Obras Municipales de la Ilustre Municipalidad de Vitacura interpuesto por don José Gabriel Undurraga Martínez, en representación de don Juan Ignacio Correa Amunátegui, Roberto Guerrero Del Río, Alan Eduardo Nudman Zabelinski, y Juan Diego Santa Cruz Eyzaguirre.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Abogado Integrante señor Jaime Guerrero Pavez.

Rol N° Contencioso Administrativo-328-2018.

Pronunciada por la **NOVENA Sala de la Il'tma Corte de Apelaciones de Santiago** presidida por el Ministro señor Javier Aníbal Moya Cuadra e integrada por el Ministro señor Juan Antonio Poblete Mendez y el Abogado Integrante señor Jaime Guerrero Pavez





XMCLHLSMMX

Pronunciado por la Novena Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Javier Anibal Moya C., Juan Antonio Poblete M. y Abogado Integrante Jaime Bernardo Guerrero P. Santiago, dieciséis de enero de dos mil diecinueve.

En Santiago, a dieciséis de enero de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 12 de agosto de 2018, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.