
JURISPRUDENCIA

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

Carlos Dorn Garrido¹

**“INMOBILIARIA PUNTA PIQUEROS S.A. contra
CONTRALORÍA REGIONAL DE VALPARAÍSO”**

**Corte Suprema, Recurso de Protección, Sentencia de fecha 4 de
octubre de 2016, Rol Ingreso Corte N° 47.610-2016.**

La empresa inmobiliaria “Hotel Punta Piqueros” recurrió de protección en contra del dictamen contenido en el Oficio N° 5137, de 2016, emitido por la Contraloría Regional de Valparaíso, por estimar que había excedido sus competencias al haber ordenado a la Municipalidad de Concón la invalidación del Decreto Alcaldicio N° 3229, de 2014, conforme al cual dispuso el restablecimiento de la plenitud de los efectos jurídicos del Permiso de Edificación N° 7, de 2011, que había sido otorgado a la inmobiliaria por la Dirección de Obras respectiva para la ejecución del proyecto “Hotel Punta Piqueros”, a pesar de haber sido previamente anulado por la Excm. Corte Suprema mediante sentencia firme dictada en autos de reclamo de ilegalidad municipal (Rol CS N°3.918-2012).

El dictamen de la discordia fue emitido con motivo de la consulta formulada, al referido organismo contralor, por el Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar respecto a la juridicidad del permiso de obra en cuestión. La Contraloría, respondiendo a la citada consulta, precisó que con anterioridad, en el Oficio N° 54.068, de 2011, había resuelto abstenerse de emitir pronunciamiento sobre la misma materia por encontrarse el asunto, en esa época, sometido al

1 **CARLOS DORN GARRIDO.** Abogado de la Procuraduría Fiscal de Valparaíso del Consejo de Defensa del Estado y Profesor (Dr.) Adjunto de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

conocimiento de los Tribunales de Justicia producto de la interposición por el señalado Comité de recurso de reclamo de ilegalidad ante la Iltna. Corte de Apelaciones de Valparaíso (Rol IC N° 1251-2011). Sin embargo, existiendo sentencia de término en el citado reclamo de ilegalidad y, en consecuencia, siendo aplicable la limitación contenida en el inciso 3° del artículo 6 de la Ley N° 10.336, el organismo contralor respondió la consulta haciendo una interpretación y aplicación estricta de la sentencia de casación y de reemplazo dictada por la Corte Suprema, acogiendo el recurso de casación en el fondo interpuesto por el señalado Comité en contra de la sentencia de la Iltna. Corte de Apelaciones que había resuelto rechazar el reclamo de ilegalidad por estimarlo extemporáneo (Rol CS N° 3918-2012). Sin embargo, la poca afortunada redacción de la parte resolutive de la sentencia de reemplazo² sirvió de pretexto tanto a la peregrina interpretación del municipio respecto a la forma y modo de dar cumplimiento al fallo del Máximo Tribunal como al cuestionamiento de la legalidad de la actuación administrativa formulada por la empresa inmobiliaria vía recurso de protección.

Si bien la municipalidad dictó el Decreto Alcaldicio N° 2297, de 2013, dejó sin efecto el permiso de obra, una vez obtenida por la inmobiliaria la resolución de calificación ambiental favorable de parte del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Valparaíso, la entidad edilicia dictó el Decreto Alcaldicio N° 3229, de 2014, mediante el cual resolvió restablecer la plenitud de los efectos jurídicos del permiso de obra nueva anulado por la Corte Suprema.

Aclarado lo anterior, se debe recordar que de acuerdo a la letra h) del artículo 151 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, N° 18.695, la Corte al dar lugar a un reclamo de ilegalidad -como ocurrió en la especie- puede en su sentencia decidir u ordenar, según sea procedente, la anulación total o parcial del acto impugnado; la dictación de la resolución que corresponda para subsanar la omisión o reemplazar la resolución anulada; la declaración del derecho a los perjuicios, cuando se hubieren

2 La sentencia de reemplazo declaró en su parte resolutive lo siguiente: “*Se deja sin efecto el permiso de edificación N° 007, de 10 de enero de 2011, mientras no se cumpla la evaluación ambiental del proyecto Hotel Punta Piqueros a través del correspondiente Estudio de Impacto Ambiental*” (Rol CS N° 3918-2012).

solicitado, y el envío de los antecedentes al Ministerio Público, cuando estimare que la infracción pudiere ser constitutiva de delito.

Es menester hacer presente, asimismo, que la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza General, sancionadas, respectivamente, por el Decreto con Fuerza de Ley N° 458, de 1975, y por el Decreto N° 47, de 1992, ambos del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, no regulan la posibilidad de suspender ni reestablecer los efectos de un permiso de edificación.

Siendo ello así, el dictamen impugnado por el recurso de protección no hizo más que interpretar la ley, constatando la imposibilidad jurídica de revivir un acto administrativo que fuera previamente anulado y dejado sin efecto por el tribunal competente, en este caso por sentencia de casación y de reemplazo pronunciada por la Corte Suprema.

Finalmente, la sentencia definitiva de segunda instancia dictada por la Corte Suprema, conociendo del recurso de apelación deducido por el Fisco en contra de la sentencia pronunciada por la Illtma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, abordó, lo que a mi juicio eran los aspectos fundamentales de la controversia:

1.- Fijar la correcta interpretación de la sentencia de casación y de reemplazo dictada por la Excma. Corte Suprema y;

2.- Resolver si la orden de invalidación del Decreto Alcaldicio N°3229, de 2014, impartida por la Contraloría al referido municipio constituía o no un vicio de legalidad por exceso de poder.

El comentario de la sentencia seguirá precisamente dicho orden expositivo.

En lo que atañe a la interpretación de la sentencia de casación y de reemplazo dictada por el Máximo Tribunal, en los referidos autos de reclamo de ilegalidad, el organismo contralor concluyó en su dictamen que la dictación del Decreto Alcaldicio N° 3229, de 2014, estaba viciado de legalidad porque pretendía restablecer la vigencia de un acto administrativo

previamente anulado y en contra de la autoridad de cosa juzgada emanada de las antedichas sentencias. De guisa, el dictamen impugnado por la empresa inmobiliaria, a través del recurso de protección, no hizo más que consignar un razonamiento evidente, esto es, la imposibilidad normativa y jurídica de revivir un acto administrativo dejado sin efecto por resolución firme de un órgano jurisdiccional.

Según se puede apreciar, el problema central versaba sobre la correcta interpretación y aplicación de la citada sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema, en el marco del reclamo de ilegalidad municipal ya individualizado, mediante el cual se declaró nulo y privó de eficacia al permiso de obra nueva concedido a la inmobiliaria. La fuente del disenso nace de la ambivalente redacción de la parte resolutive de la sentencia de reemplazo al haber aparentemente condicionado la ineficacia del permiso de obra nueva a la obtención por la inmobiliaria de la correspondiente autorización ambiental del proyecto. Justamente, la ambivalencia se origina en el uso del adverbio condicional *mientras*, de la cual se vale el municipio para dictar su cuestionada decisión de restablecimiento de los efectos jurídicos del permiso de obra anulado por la sentencia de reemplazo estimatoria del reclamo de ilegalidad municipal dictada por la Corte Suprema.

En este punto, la sentencia definitiva de segunda instancia en el párrafo final de su considerando noveno, luego de recordar al municipio los vicios de legalidad procedimentales cometidos en la concesión del permiso de obra nueva, fija la correcta interpretación la referida sentencia de reemplazo, precisando que *“la nulidad del acto final del procedimiento [permiso de obra nueva] por el cual se otorgó el permiso de construcción, también, importa la invalidación del procedimiento que lo sustenta, sin que sea procedente atribuir un carácter parcial, circunstancial o temporal a la resolución de esta Corte Suprema, puesto que, como se ha dicho, igualmente queda sujeto a reproche la legalidad del procedimiento”* (lo subrayado es nuestro).

La interpretación del Máximo Tribunal guarda consistencia con la naturaleza jurídica del contencioso administrativo de nulidad del reclamo de ilegalidad municipal, conforme al cual la competencia del órgano jurisdiccional está limitada a constatar la concurrencia de algún vicio de

ilegalidad que justifique la declaración de la nulidad total o parcial del acto o resolución municipal reclamada, por no haber cumplido al momento de su dictación con los presupuestos de validez del mismo. Es por ello que resultaba un contrasentido pretender atribuir carácter condicional a los efectos de la nulidad judicialmente declarada del permiso de edificación que, precisamente, pretendía *revivir* el Decreto Alcaldicio N°3229, de 2014. Con todo, el artículo 151 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, no faculta a los órganos jurisdiccionales para declarar *nulidades condicionales* del acto administrativo objeto del reclamo de ilegalidad municipal.

A mayor abundamiento, pretender atribuir un efecto condicional a la nulidad judicialmente declarada respecto del permiso de edificación comentado, significaba interpretar la expresión *mientras*, empleada por la Excm. Corte Suprema en la referida sentencia de reemplazo, conforme a los principios de las facultades conservadoras de los tribunales de justicia que son ejercitadas en el marco de la medida cautelar de la orden de no innovar, cuyo no era el caso. En consecuencia, el pasaje citado del fallo de la Corte Suprema establece claramente que no es lícito ni jurídicamente correcto interpretar la naturaleza y efectos de la institución de la nulidad del acto administrativo conforme a los principios de otra institución de naturaleza y fines disímiles como lo son las medidas cautelares.

Con todo, además, un principio fundamental de la Teoría del Acto Administrativo consiste en que todo acto administrativo debe estar precedido de un procedimiento administrativo legalmente tramitado. Pues bien, en la especie, al haber la Corte Suprema anulado el permiso de edificación se produjo no solamente la extinción del acto administrativo sino, además, por extensión de todo el procedimiento administrativo que le sirvió de antecedente. Por lo tanto, el dictamen controvertido en sede de protección al ordenar al municipio dejar sin efecto el Decreto comentado, solamente constataba el único cauce de legalidad para la actuación administrativa del municipio, conforme a la interpretación antedicha de la sentencia de reemplazo del reclamo de ilegalidad, esto es, la necesidad de ser incoado un nuevo procedimiento administrativo mediante la presentación por la empresa inmobiliaria de una nueva solicitud de permiso de obra nueva, cuya terminación incluyera la ponderación de los elementos objetivos de

juicio contenidos en la Resolución de Calificación Ambiental favorable dictada por el Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Valparaíso. No pudiendo, en consecuencia, el municipio haber procedido a revivir el permiso anulado pues el procedimiento que le había servido de soporte formal y material carecía de eficacia y vigencia.

En efecto, la exigencia de instrucción de un nuevo procedimiento administrativo y la dictación de un nuevo acto administrativo terminal, en los términos comentados, no es un mero prurito teórico sino un imperativo lógico-jurídico. Efectivamente, el Máximo Tribunal en la sentencia que se comenta reiteró en el considerando noveno las razones que le llevaron a estimar favorablemente el reclamo de ilegalidad en contra del permiso de edificación, en específico la comisión de vicios de legalidad procedimentales en la instrucción del expediente administrativo de solicitud de permiso de obra nueva, al haber sido omitido el acto trámite esencial que hubiere ordenado a la inmobiliaria someter el proyecto “Hotel Punta Piqueros” al correspondiente Estudio de Impacto Ambiental. Asimismo, la calificación ambiental favorable condiciona formal y sustantivamente la forma y modo en que puede ser llevado a cabo el proyecto de edificación, y por extensión el ***trasfondo procedimental*** que sirve de soporte formal y material al universo de razones acopiadas en el respectivo procedimiento y que, a la postre, condicionarán la extensión del margen de opciones legalmente plausibles de decisiones terminales susceptibles de ser adoptadas por la autoridad municipal competente para finalizar el nuevo procedimiento administrativo mediante un acto terminal válido. Dicho lo anterior, el procedimiento que sirvió de base al permiso anulado perdió todo tipo de vigencia normativa porque, además, su trasfondo procedimental resulta ser absolutamente incompatible con el nuevo surgido a partir de las exigencias sustantivas derivadas de la resolución de calificación ambiental, no siendo, por tanto, lógica la pretensión del municipio de restablecer los efectos jurídicos de un acto que ha perdido su soporte formal y material.

Por otra parte, respecto al vicio de legalidad por exceso de poder atribuido a la Contraloría Regional de Valparaíso por haber ordenado al municipio la invalidación del Decreto Alcaldicio que restableció los efectos del permiso de obra nueva, si bien la Corte Suprema en el considerando décimo coincide en la conclusión del organismo contralor relativa a la

ilegalidad del referido Decreto Alcaldicio, estima que al tenor del artículo 53 de la Ley N°19.880, no podía ordenar perentoriamente al municipio la invalidación del dictado acto administrativo, pues ello supone anticipar el resultado del procedimiento administrativo que debe ser incoado, vaciando, consecencialmente, de contenido al trámite esencial de audiencia previa prescrito por la disposición legal citada. De manera que, el Máximo Tribunal estima que el ente contralor al constatar vicio de legalidad en actuaciones administrativas que no han sido objeto del trámite de toma de razón, solamente puede impartir a la autoridad respectiva la orden de instruir el procedimiento de invalidación, pero en forma alguna imponer el resultado final del mismo.

La conclusión de la Corte Suprema puede resultar acertada desde una perspectiva de interpretación estricta del artículo 53 de la Ley N°19.880, sin embargo merece dudas que dicha conclusión sea necesariamente válida a todo evento. Precisamente, el razonamiento de la sentencia discurre sobre la base de atribuir al trámite de la audiencia previa del interesado el carácter de requisito esencial del procedimiento de invalidación, siendo, por tanto, incompatible siquiera aceptar la posibilidad de que el organismo contralor pueda impartir perentoriamente al órgano respectivo la orden de invalidar. Sin embargo, no resulta tan claro dicho aserto tratándose de aquellos casos en que los vicios de legalidad constatados por la Contraloría sean de carácter evidente y manifiestos, por ejemplo vicios de forma, procedimentales, de incompetencia, o de errónea apreciación del Derecho producto de la contravención de la interpretación administrativa establecida por el organismo contralor. En la especie, el vicio de legalidad constatado por la Contraloría respecto del Decreto Alcaldicio N°3.229, de 2014, consistía en la contravención evidente y manifiesta de la autoridad de cosa juzgada emanada de la sentencia de término que acogió el reclamo de ilegalidad municipal y anuló el permiso de obra nueva de la empresa inmobiliaria.

Por consiguiente, no resultaba tan claro que la orden de invalidación contenida en el controvertido dictamen constituyera un vicio de legalidad por exceso de poder, ya que la preterición del derecho a ser oído, en el marco del procedimiento administrativo de invalidación, no implicaba *per se* un vicio esencial debido a la entidad y evidencia de la ilegalidad representada por la Contraloría, cualidad que privaba objetivamente al

trámite de audiencia previa de la capacidad de influir sustancialmente en el cambio del cauce decisorio del procedimiento, no existiendo por tanto un perjuicio real y efectivo al interesado. De lo anterior se sigue que, la mera preterición del derecho a ser oído en el procedimiento administrativo no supone una presunción de derecho de perjuicio al interesado, sino que éste debe ser evaluado a la luz del carácter evidente y manifiesto del vicio de legalidad y de la objetiva capacidad de influencia del trámite de audiencia previa en el contenido eventual del acto terminal del procedimiento de invalidación. La conclusión anterior encuentra recibo en el inciso 2° del artículo 13 de la Ley N°19.880, al disponer que el vicio de procedimiento afecta la validez del acto cuando recae en un requisito esencial y, además, genera perjuicio al interesado. A mayor abundamiento, dicho precepto guarda similitud, a nivel de principio subyacente, con el artículo 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo alemana al disponer que *“la anulación de un acto administrativo no puede ser requerida solamente por el solo hecho de haber sido vulneradas reglas de procedimiento si es evidente que la infracción no ha influido en el fondo de la decisión”*³.

-
- 3 Respecto a la aplicación del artículo 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo tiene interés el caso *Buschhaus II*, en el cual el Tribunal Administrativo Federal (Bundesverwaltungsgericht) resolvió rechazar el recurso de nulidad de un grupo de residentes cercanos al lugar donde se había concedido autorización para operar a una nueva planta energía. El fundamento del recurso, precisamente, consistía en la omisión del trámite de audiencia previa, sin embargo la Corte rechaza la acción puesto que, si bien reconoce la importancia del derecho a ser oído establece que las exigencias procedimentales sólo tienen sentido en la medida que son salvaguardas efectivas a los derechos fundamentales de las personas. En consecuencia, dichas formalidades pasan a ser irrelevantes si su violación no supone la afectación de los derechos fundamentales de los recurrentes.

Incluso, en el modelo de Derecho Administrativo del *Common Law* (Reino Unido) se arriba a la misma conclusión estableciendo, entre las numerosas excepciones al derecho a ser oído en el procedimiento administrativo, el caso en que el defecto procedimental carezca de trascendencia en el resultado final del procedimiento⁴.

4 Künnecke, Martina, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Springer_Verlag Berlin, Heidelberg, 2007, pág. 142. En este sentido destacan los precedentes *Cinnamond v British Airports Authority* y *Glynn v Keele University*. En ambos se tratan de sanciones impuestas por autoridades públicas, una aeroportuaria y la otra universitaria, prescindiendo de la audiencia previa producto que se trata de infracciones cuyos hechos eran tan evidentes y manifiestos que en ambos casos se estimó que el derecho a ser oído habría tenido nula incidencia en el cambio de la decisión administrativa (Ob., cit., págs. 157 y 158)

