

Urbanismo, Contraloría General de la República y tribunales de justicia. A propósito de la acción de protección deducida por la Fundación Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile



EDUARDO SOTO KLOSS

*Decano Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás
Profesor Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile*

RESUMEN

Conociendo la Contraloría General de la República de una consulta/reclamación de dos personas respecto de la legalidad de un oficio de la Secretaría Regional Ministerial Metropolitana de Vivienda y Urbanismo y otro del Alcalde de la Municipalidad de Las Condes, emitió un dictamen declarando la ilegalidad de ellos, basado en la interpretación de determinado precepto de la Ordenanza de urbanismo y construcciones. Deducida la acción constitucional de protección por la entidad que había iniciado el procedimiento urbanístico, y afectada por el pronunciamiento contralor, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la pretensión protectiva y, declarando ilegal y arbitrario el dictamen recurrido, lo dejó sin efecto, fallo que confirmara la Corte Suprema. El comentario que se realiza versa sobre la fundamentación jurídica del referido fallo, la cual establece que la Contraloría en estas materias posee solo competencia para pronunciarse respecto de la "forma" de los actos y no sobre el "fondo", fundamento que se controvierte por no tener asidero ni constitucional ni legal, y estableciéndose que el fundamento en el derecho vigente es otro, lo que no significa, de modo alguno, que la solución dada por la Corte haya sido injusta, ya que el dictamen controvertido es ciertamente contrario a Derecho, y, por tanto, nulo, pero por otros argumentos tanto constitucionales como legales.

SUMARIO

I. Introducción. II. El fallo. Bibliografía

*La naturaleza gusta esconderse
Heráclito*

I. INTRODUCCIÓN

Asuntos jurídicos de la máxima relevancia son los que han sido puestos en juego en este caso, como asimismo en dos casos más muy semejantes y coetáneos¹. De máxima importancia también es la solución que se ha dado en estos casos por las Cortes de Apelaciones², confirmada por la Corte Suprema.

La materia en que ha recaído el caso que comentamos es la *urbanística*, que ha tenido en el contencioso proteccional no poca frecuencia de aplicación y con soluciones que, en general, han sido bien certeras en cuanto la defensa de los derechos de las personas, cual es, precisamente, la finalidad de la acción constitucional de protección, de la propia Constitución (artículo 1º en todos sus incisos), y del Derecho mismo³.

La intervención de la Contraloría General de la República ha provocado protecciones, especialmente en atención a que suele pronunciarse sobre el tema a raíz de reclamaciones de terceros que se pretenden afectados por actos administrativos emitidos por los Directores de Obras de las Municipalidades, y/o por los Secretarios Regionales del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, y en las cuales ella sin ni siquiera escuchar al destinatario del acto reclamado de los referidos Directores de Obra o Seremis respectivos, decide sobre la legalidad de tales actos, pretendiendo imponer a esas autoridades administrativas, v.gr., que dejen sin efecto sus decisiones por estimarlas contrarias a Derecho; en otros términos, instándolas a “invalidarlas”⁴.

¹ Como son *Inmobiliaria Altair S.A. con Contralor General de la República (s)*, Corte de Apelaciones de Santiago (25 de agosto de 2006, Rol N° 3137-06, confirmada por la Corte Suprema (Tercera Sala), el 5 de octubre de 2006, Rol N° 4.614-06, caso llamado “Plaza Las Lilas”, comuna de Providencia/Santiago; y *Valparaíso Sporting Club S.A.*, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 8 de agosto de 2006, confirmada por la Corte Suprema (Tercera Sala) el 2 de octubre de 2006, en GACETA JURÍDICA (316/2006) pp. 61-71.

² De Santiago y de Valparaíso, respectivamente.

³ Ver HERMOGENIANO, *Digesto* I, V, 2, y aún más explícito MODESTINO, I, III, 25. Sobre la protección urbanística ver SOTO KLOSS (2007).

⁴ Alargaría en demasía extender este, que es solo un comentario, si entráramos a discutir el tema de la “invalidación”, que en el derecho chileno, y dado los términos de nuestras Constituciones, ya desde 1833, ha dado lugar a una lucha incesante entre los estatistas –de inspiración hegeliano/marxista, aunque desconozcan las bases filosóficas en que se basan– y los libertarios, que creemos que el Estado es un ente accidental (no sustancial) y, por ende, *al servicio de la persona humana* (como norma constitucional que es: artículo 1º incisos primero y cuarto y solo un medio para la perfección de esta. Hemos estudiado particularmente el tema desde antiguo: SOTO KLOSS (1984), (1988a), (1996a) (2001); Comentario a *Salinas Lolic con Municipi-*

El punto está en que estas reclamaciones de terceros suelen plantearse después de toda una tramitación procedimental urbanística desarrollada ante esas Direcciones de Obras, en un tiempo prolongado y la cual ha sido posible gracias a elevadas inversiones de quienes promueven el desarrollo inmobiliario o simplemente de empresas dedicadas a la construcción de inmuebles. Y parece no advertir la Contraloría General de la República que tal invalidación de actos municipales urbanísticos lleva implícita la correspondiente “responsabilidad patrimonial” del ente edilicio, que perseguirá al afectado por la invalidación que resolviera la Dirección de Obras, por el daño producido en razón del “acto ilegal” emitido. Indemnización que deberá absorber íntegramente la Municipalidad y sin que la Contraloría General de la República asuma ninguna responsabilidad al respecto. Lo paradójico de la situación es que la pretendida ilegalidad que ve la Contraloría General de la República en los actos reclamados, las más de las veces es asunto de “interpretación” de disposiciones urbanísticas, o sea “interpretación” de leyes y preceptos reglamentarios (ordenanza de urbanismo y construcciones), que si bien la Ley N° 10.336, de 10 de julio de 1964, entrega a la Contraloría General de la República en cuanto se refiere a normas que inciden en la organización y funcionamiento de los servicios públicos sujetos a su fiscalización (artículo 6º inciso primero), resulta que aquí están en juego “derechos de particulares”, y, por tanto, ello origina de suyo una “controversia jurídica” que no es de competencia contralora (artículo 6º inciso tercero, de su Ley N° 10.336), sino única, exclusiva y excluyentemente de competencia jurisdiccional, es decir, de los tribunales de justicia⁵ (artículo 73 de la Constitución).

Parece olvidar la Contraloría General de la República su propia ley orgánica constitucional puesto que su artículo 6º inciso tercero expresamente le proscribe, le veda, le prohíbe, pronunciarse sobre asuntos que son de “naturaleza litigiosa”, y qué mayor naturaleza litigiosa es esta, en la cual precisamente se está discutiendo sobre *derechos*, esto es derechos que los actos procedimentales urbanísticos han ido otorgando progresivamente en el tiempo de su desarrollo al destinatario de ellos, y que por intervención de un órgano administrativo (que es la Contraloría General de la República:

palidad de Viña del Mar (2000) y más breve (1999); y *Ramírez Fuentes con Municipalidad de Huechuraba* (2006). De interés, también, *ARÓSTICA MALDONADO* (2003).

⁵ Como lo ha establecido ya la Constitución Política de 1833, artículo 108.

artículo 1º Ley 18.575, reiterado por su artículo 18), no jurisdiccional, se pretenden desconocer, decidiendo por sí y ante sí su pretendida ilegalidad⁶.

He aquí el meollo, la médula, el *quid* de la protección “Fundación Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile” deducida a raíz del Dictamen N° 56.977, de 5 de diciembre de 2005, emitido por la Contralora General de la República (s), sobre una consulta planteada por dos particulares referente a la legalidad de dos Oficios Ordinarios, uno del Alcalde de la Municipalidad de Las Condes y otro del Seremi de Vivienda y Urbanismo.

II. EL FALLO

Sin demorarnos en detalles, los diecisiete considerandos de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 25 de abril de 2006 (Rol N° 8344-05), que deciden el caso⁷, plantean la ilegalidad del dictamen contralor recurrido sobre la base que se ha pronunciado sobre el “fondo” de la materia, en circunstancias que su competencia contralora la limita a una fiscalización de “forma” de las decisiones administrativas, ya que el aspecto técnico/fondo de lo urbanístico la ley lo habría radicado en las autoridades administrativas pertinentes, a saber, Directores de Obras, autoridades municipales, y los Seremis de Vivienda y Urbanismo, autoridades centrales en la materia.

⁶ Está involucrado aquí y, en plenitud, el tema de los *derechos adquiridos*, que algunos, otrora, llegaron a sostener en total contrariedad al Derecho chileno y a la Constitución Política de 1925, que no existían, así de simple, en un estatismo colectivista, ajeno a toda nuestra tradición jurídica republicana, e incluso castellana indiana. Ver Soto Kloss (1984). El profesor Fermandois (2006), en el volumen anterior de esta publicación, se refería a la invalidación administrativa de oficio comentando el caso *Celco*.

También está involucrada nada menos que la estructura misma del “acto administrativo”, el cual si bien es “unilateral” en su emisión, *siempre* es “bilateral” en sus efectos, ya que va dirigido a destinatarios, en beneficio o carga/gravamen y, por lo tanto, esos efectos son “bienes” incorporales, que ingresan a sus patrimonios y devienen intangibles en razón de que son *su* propiedad y poseen el *dominio* sobre ellos (art. 19 n° 24 incs. 1º y 3º de la Constitución), a menos que intervenga el mecanismo constitucional de la expropiación efectuada en la forma, requisitos y exigencias que la propia Carta Fundamental establece a su respecto. Hemos puesto de relieve este carácter bilateral de los efectos del acto administrativo (“una” orden que crea “un” orden) en Soto Kloss (1996b), aumentado en Castaño y Soto Kloss (2005).

⁷ La Corte Suprema (2 de julio de 2006, Rol N° 2224-06), luego de rectificar dos detalles de la sentencia apelada, se expide en un escueto “Se confirma” (una línea), con una prevención (brevísima) del Presidente de la Sala (Tercera), Ministro Sr. Ricardo Gálvez Blanco, de tipo procesal, muy explicable dada su reconocida pericia en la disciplina.

La solución ha ciertamente sorprendido a la cátedra y a los especialistas⁸, ya que dicho tan así: “forma sí, fondo no”, sería propiamente un “supremazo”, pero a nivel de Corte de Apelaciones, que aparentemente no estaría dentro de la regulación normativa constitucional y legal vigente, pero que sí –en buena medida– lo estaría si se atiende a ciertas posturas jurisprudenciales de la Contraloría General de la República durante el siglo pasado, y que los sentenciadores habrían retomado y revivido a nivel judicial.

Fuera de ser un juridicismo bastante artificioso, muy querido especialmente por los procesalistas siguiendo el mecanismo afrancesado de la “casación”⁹ –inexistente en el derecho castellano indiano–, esto de la distinción “forma-fondo”, además de ser artificioso, repugna a la lógica más elemental, ya que son de hecho inescindibles, desde que la forma es lo que especifica la materia y hace que una cosa sea lo que es, sin la cual o simplemente no sería, o bien, no sería tal sino otra cosa¹⁰.

Que una materia sea regulada por una resolución y no por decreto presidencial ¿es asunto de forma y no de fondo, ya que se trataría de algo meramente “formal”, documentos y firmas distintas? Obviamente, para cualquiera que conozca verdaderamente el derecho chileno, advertirá de inmediato que ello es de fondo, puesto que incide nada menos que en un asunto de “competencia”, o sea, de cuál es el órgano al cual la Constitución o la ley le ha atribuido el poder jurídico de dictar tales normas¹¹ y la “competencia” aquí no es asunto formal, meramente adjetivo o adventicio, sino de “fondo” puesto que quien la viola hace nula su decisión (artículo 7º inciso tercero de la Constitución) y propiamente “inexistente”, hablando con rigor, ya que ello es un requisito de existencia de un acto

⁸ Ver la exposición sobre el tema del Profesor Pedro AGUERREA (2006).

⁹ Cómo no recordar aquí la obra clásica de CALAMANDREI (1961).

¹⁰ Lo dicho no es sino algo metafísicamente elemental; vid. ARISTÓTELES, *Metafísica*, VII. Para una explicación sencilla ver GÓMEZ PÉREZ (1978) capítulo IV, especialmente pp. 90-96.

¹¹ Es precisamente lo que ha dicho el Tribunal Constitucional (Rol N° 591-06, de 11 de enero de 2007), a propósito del requerimiento que diputados han presentado respecto de la Resolución exenta N° 584, de 1 de septiembre de 2006 que ha dictado “Normas sobre regulación de la fertilidad”; reserva hecha que ni siquiera por decreto presidencial podrían ser dictadas ya que pugnan con derechos claramente reconocidos por la Constitución a toda persona (incluida la que está por nacer: artículo 19 N° 1 inciso dos), como son al derecho a la vida y a su integridad física y síquica, y al derecho de los padres a la educación de sus hijos (artículo 19 N° 10 inciso tercero).

administrativo (artículo 7º inciso primero), mucho más que validez o de eficacia (usando terminología civilista)¹².

Lo que sorprende al especialista es la forma tan osada en que sostiene la Corte que la Contraloría General de la República carece de competencia para pronunciarse sobre el “fondo” de las materias que le toca fiscalizar, y respecto de materias técnicas como las urbanísticas en este caso, que, por lo tanto, no serían controlables, sino en lo puramente formal. Me da la impresión de que al usar el término “fondo” ha querido tal vez la Corte referirse a lo que la propia Contraloría –en una jurisprudencia casi inalterada– alude a que no entra al control del “mérito”, usando terminología italiana (no encajable en nuestro sistema¹³), o sea, carecería de competencia para sostener ilegalidad de una decisión por ser inconveniente, o incluso inoportuna. Si es así, la Corte no haría más que repetir lo que la propia Contraloría lo ha repetido muchísimas veces.

Y digo “osadía” porque si se atiende al DL N° 258, de 26 de julio de 1932, artículo 1º, y a la Ley N° 10.336, de 10 de julio de 1964, artículo 1º, como a los artículos 87 inciso primero y 88 inciso primero de la Constitución (1980), en los cuales ya desde hace más de 75 años se ha dicho que la competencia de la Contraloría General de la República, en este caso, comprende, el “pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos” (DL N° 258, de 1932); “y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General de la República” (Ley N° 10.336, de 1964); y que “ejercerá el control de legalidad de los actos de la Administración” (Constitución Política artículo 87), y en esta función tomará razón de ellos o los representará si los estima contrarios a Derecho, e incluso en esta segundo caso la propia Constitución hace la distinción entre la representación por ilegalidad o por inconstitucionalidad (artículo 88 inciso primero)¹⁴, no hay lugar a sostener que todo ello es en el puro aspecto formal y jamás en el fondo.

¹² Ver al respecto SOTO KLOSS (2006b). Como decían los clásicos, algo es perfecto en la medida que posea todos los atributos, todas las propiedades o exigencias que hacen que eso sea eso, es decir “integridad” (*ex integra causa*).

¹³ Hemos trabajado el tema en SOTO KLOSS (1988b) y (1996a) tomo II, pp. 51-63.

¹⁴ Dándole efectos distintos según asuma tal representación una u otra causa. No nos pronunciamos aquí sobre el absurdo en que cayera el constituyente de 1980, al hacer tal distinción como si fueran diferentes, porque ¿acaso lo ilegal no es ya de suyo inconstitucional? ¿Puede algo ser ilegal y no ser inconstitucional, si se atiende simplemente a lo dispuesto por los artículos 6º y 7º de la Constitución, y más aún, en concordancia con sus artículos 1º y 5º?

Cierto es que una cosa son las disposiciones normativas, sean constitucionales o legales, y otra cosa es la “interpretación” que hagan de ellas, por una parte, la Contraloría para la Administración (*ad intra*), y los jueces para toda la comunidad, como guardianes últimos del ordenamiento jurídico y ángeles tutelares de los derechos de las personas¹⁵. Y sabemos bien que los jueces en los últimos años participan activamente también en la creación del Derecho¹⁶, situación ante la cual solo cabe estudiar en profundidad la materia tratando de iluminar el tema y persuadir a los jueces, especialmente supremos, del error cometido, e instarlos a modificar su criterio.

Alguno podría entender que las disposiciones normativas antes indicadas se refieren a la actividad contralora ejercida a través de la toma de razón de decretos y resoluciones, en circunstancia que el caso “Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile” no incide en este punto, desde que aquí se trata de una consulta de particulares acerca de la juridicidad de ciertos actos de las autoridades municipales y Seremi. Y, por ende, aquellas no serían aplicables. Pero no parecería sostenible esto, si se atiende a que la propia Ley N° 18.695, de municipalidades, dispone ya desde su origen en 1988, que “en el ejercicio de sus funciones de control de legalidad, la Contraloría General de la República podrá emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control” (artículo 52, en el texto refundido último, DFL/Subdere N° 1, de 26 de julio de 2006).

Ahora bien, la materia urbanística en cuanto al otorgamiento de permisos de construir y todo el procedimiento administrativo que le precede, como asimismo que le sucede, está radicada en las Direcciones de Obras de cada Municipalidad (artículo 24 Ley N° 18.695), y con la supervigilancia de los Seremis de Vivienda y Urbanismo (DFL/Minvu N° 458, de 1976, artículos 12 y 118), respecto a recursos administrativos que pudieran deducirse por afectados por ciertas decisiones de dichos Directores.

¹⁵ Recuérdese la Constitución Política de 1823, artículo 116 (“El Poder Judicial *protege los derechos individuales* conforme a los principio siguientes”) y respecto de la Suprema Corte de Justicia, su artículo 146 disponía: “Sus atribuciones son: 1. *Proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros poderes por las garantías individuales y judiciales*” (cursivas nuestras); textos vigentes hasta 1875.

¹⁶ Como v. gr. el “secuestro permanente”; la acción de amparo económico como acción no de amparo sino simplemente declarativa; la llamada falta de servicio no como “omisión” de la actuación debida, sino como “culpa del servicio” al modo civilista y en que la víctima debe probar la “culpa”/negligencia del organismo público, etc.

Pues bien, cuando los tales terceros afectados recurren a la Contraloría General de la República para que intervenga en la disputa, se produce una situación en la que hay algo de eso tan típicamente chileno que es la indefinición y que ha llevado a que Contraloría se pronuncie *sobre disputas/controversias entre particulares*, a raíz de actos administrativos urbanísticos de los Directores aludidos.

Valga recordar que cuando los tribunales de justicia dimitían de su función de conocer de la juridicidad de los actos de la Administración, ya que decían que ello era de competencia de los tribunales contencioso administrativos (que no existían más que en el texto del artículo 87 de la Constitución de 1925¹⁷), la Contraloría General de la República asumió motu proprio y paulatinamente (años 1960 a 1973, pero en especial en el período 1970/1973) una función tutelar de los derechos agraviados de los particulares por la Administración, llenando en alguna medida aquel vacío y erigiéndose en un defensor de las personas, sin que fuera ello su función propia. De allí que se formó una costumbre *extra legem* de acudir ante ella requiriendo su intervención¹⁸.

No obstante, sin que advirtiera la Contraloría –ya después de la introducción de la acción constitucional de protección (DL N° 1552, de 13 de septiembre de 1976, artículo 2º) y luego con la vigencia de la Constitución Política de 1980– que ya conociendo los tribunales ordinarios de justicia de la contención de derechos frente a la Administración por los agravios que esta ocasionara a los particulares, sea por su actividad/hechos o actos, sea por su inactividad/omisiones, ella debía hacer aplicación plena e integral del artículo 6º inciso tercero de su ley orgánica, cuyo texto dispone a la letra “La Contraloría *no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso*, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor” (el destacado es nuestro).

¹⁷ Ver sobre esta insólita e inicua posición jurisprudencial SOTO KLOSS (1974) y (1977).

¹⁸ Incluso la propia Contraloría General de la República a través de dictámenes fue regulando esta vía “graciosa” de reclamación ante ella de los particulares; véase v. gr. Dictamen N° 24.841, de 10 de abril de 1974, posteriormente N° 25.583, de 16 de octubre de 1992 y N° 23.170, de 2 de septiembre de 1993 (este en GACETA JURÍDICA 159/1993, p. 190).

El hecho es que la Contraloría da aplicación sin problema alguno a este precepto en lo que dice referencia a abstenerse de intervenir si un asunto *está en conocimiento de la justicia*, es decir, bajo la competencia de un juez; si bien ocurre a veces que se pronuncia sobre una reclamación de un particular, que la sorprende sin indicar que ha ocurrido a los tribunales, y desconociendo ella esta circunstancia¹⁹.

No ocurre lo mismo –y se da frecuentemente en este tema urbanístico– con la primera prohibición que la ley dirige al Contralor, esto es, abstenerse de intervenir en “asuntos que por su naturaleza son propiamente de carácter litigioso”. Y no hay que ser un genio para advertir de inmediato que estos asuntos en que alguien reclama de un acto administrativo municipal de una Dirección de Obras (o Alcalde, en su caso) o de un Seremi Minvu, en un procedimiento urbanístico, significa y configura, de suyo, una *contienda*, una *disputa*, una *controversia*, que opone al reclamante ciertamente a la autoridad administrativa, pero también al interesado beneficiario de esos actos procedimentales. Hay “contención de derechos” o de pretendidos derechos, pero obviamente una “contienda de Derecho” y ello es en nuestro régimen republicano y conforme a nuestra Constitución, asunto exquisitamente judicial, propio de los tribunales de justicia, y jamás de un órgano administrativo como lo es la Contraloría General de la República (aun si este es autónomo, artículo 87 de la Constitución)²⁰.

De allí que pueda afirmarse con toda propiedad que *carece la Contraloría de competencia* para pronunciarse sobre tales reclamaciones aun si, pretextamente, se arguye que se habría incurrido en alguna ilegalidad por parte de la autoridad municipal de Obras o de un Seremi Minvu. Sin embargo, no porque sea incompetente para

¹⁹ Ver v. gr. *Inversiones Incova Ltda. con Contraloría General de la República*, protección acogida, declarándose contrario a derecho y dejándolo sin efecto dictamen contralor recurrido que decidía la ilegalidad de un permiso de construir otorgado por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Vitacura, en circunstancias que existía un reclamo de ilegalidad municipal pendiente; en REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA t. 98/2001, 2.5, pp. 40-50.

²⁰ Cómo no recordar aquí a Ambrosio Montt, fiscal de la Corte Suprema a fines del siglo XIX; decía en una vista fiscal: “En el régimen actual (...) toda contención de bienes i derechos, sea que se ajite entre particulares, sea que se suscite entre el fisco i los ciudadanos, es de necesidad un asunto judicial, peculiar i privativo de los tribunales i jamás i en ningún caso de la competencia del Presidente de la República, de las autoridades administrativas i aún del propio Congreso Nacional” (vista en *Allendes-Carrasco* (16 de abril de 1889), en FISCAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1894-95), Vol. II, pp. 261-275).

conocer el fondo y sí para pronunciarse respecto de la forma, porque la Contraloría General de la República es *incompetente radicalmente* (ni forma ni fondo), y ello, como decíamos, por expresa disposición de la propia Ley N° 10.336, que en su texto de más de 50 años (1952) bien previó que toda contención de derechos no corresponde sino a un juez de la República, y específicamente a los tribunales ordinarios de justicia²¹.

²¹ La posición jurídica de la Contraloría en cuanto se plantea como un órgano por encima de todos los órganos de la Administración del Estado, y que “dice el Derecho” para la Administración, origina, y seguirá originando, problemas no solo respecto de terceros, ajenos a la Administración, sino también frente a los propios servicios que integran esta y de sus funcionarios; véase v. gr. las disputas entre Alcaldes y Contraloría General de la República en materia de concursos para llenar cargos docentes, y que afecta a funcionarios. Ese “decir el Derecho” y el carácter vinculante para la Administración de sus dictámenes (artículos 5° inciso tercero, 6° incisos primero y segundo, 9° incisos quinto y sexto y 19) ha significado, en su interpretación extrema, erigir a Contraloría en una especie de “cuasi-juez”, en “superadministrador”, y en una especie de “superior jerárquico” de toda la Administración sujeta a su fiscalización, lo que llevado al límite implica, ciertamente, un elemento que no se compadece con la Constitución, ni con la función jurisdiccional propia de los tribunales de justicia, la cual función, obviamente, se impone por sobre toda la actividad contralora: esta está sujeta a la Constitución y no sobre ella, y por ende, carece de una pretendida inmunidad de jurisdicción, incompatible con un Estado de Derecho y con el debido respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Y tal conflicto se ha producido entre los derechos del *Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile* y dos particulares que reclaman de la proyección de tres edificios de oficinas y estacionamientos subterráneos en la propiedad de este Club, proyecto aprobado por el Seremi de Minvu Metropolitano e informado favorablemente por la Municipalidad de Las Condes. Tal reclamación ante la Contraloría General de la República se fundamenta por los particulares en que habría en ello una violación de normas urbanísticas sobre uso del suelo del predio en cuestión. No es del caso aquí entrar a ver si esos dos particulares estaban legitimados a plantear la reclamación aludida, en cuya ausencia de legitimación, simplemente habría una “denuncia” más que propiamente una reclamación. Y si hay derechos, como son lo que posee el dueño del predio, no es la Contraloría General de la República la competente en nuestro Derecho para *reconocerlos* o *desconocerlos*; ello es propio de un juez, y la Contraloría, en este aspecto, carece totalmente de potestades jurisdiccionales: hasta podría decirse que al pronunciarse en ello se erige como una “comisión especial”, expresamente prohibida por la Constitución (artículo 19 N° 3° inciso cuarto). Así también lo ha reconocido la Corte Suprema (Tercera Sala), 19 de junio de 2006 (Rol N° 2198-06) al confirmar Corte de Apelaciones de Santiago, de 28 de abril de 2006 (Rol N° 6488-05), *Empresa Periodística La Nación S.A. con Contraloría General de la República*, protección acogida, cuyo considerando N° 22, in fine, señala que si se considera dicho artículo 6° inciso tercero de la Ley Orgánica de la Contraloría N° 10.336 en relación con los artículos 6° y 7° de la Constitución, resulta *arbitrario* el pronunciarse la Contraloría en un asunto que es de naturaleza o carácter litigioso, ya que *carece de competencia para ello*. Y en su considerando N° 23 establece de modo clarísimo que “un pronunciamiento emitido respecto a un acto jurídico celebrado, o a uno que ha producido sus efectos, generando derechos que han ingresado al patrimonio de sus destinatarios o de las personas que con su voluntad concurren a celebrarlo, se *vincula con un asunto que por su naturaleza misma es de carácter litigioso*, de la competencia privativa de los tribunales de justicia que son los únicos (...) que están llamados y facultados para pronunciarse acerca de tales asuntos y sobre la validez o legalidad de los actos de que trate. Ello, porque si un determinado acto produce sus efectos, genera un estado

Las situaciones que frecuentemente se producen por las reclamaciones que particulares plantean ante la Contraloría –hay que reconocerlo– vienen de antiguo y se colocan en una perspectiva en que se la estimaba como una especie de “superadministración”, y que esta asumía como “quien declara el Derecho” para la Administración. Pero se olvida, y Contraloría parece estar todavía imbuida de ello, que eso pudo ser en otra época ya que estando de por medio los derechos de los ciudadanos, es el juez, y solo él, quien en nuestro régimen republicano asume tal función, de modo definitivo. Y más aún hoy –y por medio del llamado recurso de protección (1976)– en que frente a actos e incluso omisiones de la Administración, siempre cabe recurrir ante la justicia reclamando de su contrariedad a Derecho²².

No nos parece prudente alargar más este comentario refiriéndonos sobre un punto que suele incidir en estas materias urbanísticas, como es el de los “derechos adquiridos” que se originan en cada acto trámite o preparatorio en el procedimiento administrativo, y que obviamente no pueden ser desconocidos por Contraloría cuando pretende que algún acto de ellos sería ilegal, pronunciándose sobre reclamaciones de terceros. Sobre “derechos adquiridos” (o no adquiridos) solo el juez es competente para determinar su existencia o inexistencia, y ello en un “debido proceso”, racional y justo (artículos 73 y 19 N° 3 inciso quinto), y no Contraloría General de la República sin ni siquiera escuchar al afectado. Por ello me refería en párrafos precedentes a “erigirse en comisión especial”, pues careciendo de atribuciones judiciales pretende la Contraloría ejercer funciones que son exclusivas y propias de un juez²³.

de cosas, de manera que solo puede ser modificado en el marco de un debido proceso y no por autoridades que no han sido dotadas de jurisdicción, tal como lo garantiza expresamente el inciso cuarto del numeral 3º del artículo 19 de la Constitución” (destacados nuestros; fallo pronunciado por los ministros C. Villarroel y L. Cisternas y abogado integrante Sra. M. Undurraga).

²² Ciertamente, sí, que con la aberrante “inadmisibilidad” que la Corte Suprema ha dispuesto en 1998, como trámite previo ante la interposición de recurso de protección (modificación del Auto Acordado de 1977, artículo 2º), se hace particularmente dificultoso que sean admitidos cuando se impugnan actos de la Administración, al menos, como demuestra la práctica, en la Corte de Apelaciones de Santiago.

²³ Ellos han sido reconocidos en numerosas ocasiones y a través de la acción de protección; vid., entre otros, respecto de permisos de construcción, *Soc. Constructora Castillo e Hijos Ltda.*, en REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA t. 83/1986, 2.5, nota p. 145; *Muñoz Permuth*, t. 89/1992, 2.5, pp. 384-390; *Heresi Zarruck*; t. 89/1992, 2.5, p. 384; *Confeciones Corona S.A.*, t. 93/1996, 2.5, pp. 21-31; *Casagrande Ltda.*, t. 95/1998, 2.5, pp. 59-65; *Soc. Educativa San Esteban S.A.*, t. 97/2000, 2.5, pp. 39-45; *Inversiones Incova Ltda.*, t. 98/2001, 2.5, pp. 40-50; *Rojas Ruiz*, t. 99/2002, 2.5, pp. 333-339, etc. Respecto de certificados de informaciones previas,

Por último, aunque pudiera estimarse un *obiter dictum* no podemos dejar de referirnos a un evidente error en que incurre el fallo de la instancia (considerando 13, párrafo segundo) al sostener que del acto del Director de Obras se puede recurrir ante el Alcalde por vía del llamado “reclamo de ilegalidad” (artículo 141 Ley N° 18.695), por cuanto habiendo el legislador atribuido a dicho Director con potestades “desconcentradas” en estas materias, el Alcalde está desprovisto de ellas y mal puede –como superior jerárquico– pronunciarse sobre el ejercicio que de ellas ha hecho dicho Director, puesto que la desconcentración es, precisamente, el mecanismo jurídico organizativo de sacar, o no otorgar, según el caso, potestades al superior jerárquico del Servicio (aquí el Alcalde) sino radicarlas en un inferior, a fin de agilizar la gestión o simplemente tecnificarla (como en este caso urbanístico) y eliminar así el componente político que pudiera existir, lo que perturbaría la más eficiente y eficaz actividad del órgano desconcentrado²⁴.

Este caso que hemos comentado solamente en su meollo esencial, y cuya solución es idéntica a la que posteriormente se ha dado en “Valparaíso Sporting Club S.A.”, e “Inmobiliaria Altair S.A.”, confirmadas por la Corte Suprema, es constitutiva de una posición judicial de enorme trascendencia si es que pueda considerarse como verdadera jurisprudencia, ya que nunca puede decirse con certidumbre o firmeza, que puedan determinadas soluciones repetirse o reiterarse tratándose de jueces supremos, dado el activismo creador del que hacen gala desde algunos años atrás.

Aparece de gran relevancia porque pone en su justo lugar a la función contralora, que en materia urbanística es fluctuante, dado que la labor de los Directores de Obras municipales llega a su conocimiento no por la vía de la toma de razón ni por la vía de una solicitud de un dictamen requerido por parte de las autoridades urbanísticas, sino por la vía de una reclamación de particulares, fluctuación que hace no poca insegura las actividades de construcción e inmobiliaria y deja en la incertidumbre la *estabilidad* de los

Empresa Diez, Luengo, Weil Ltda., t. 96/1999, 2.5, pp. 204-212; *Inmobiliaria Quar-tomiglio S.A.*, t. 96/1999, 2.5, p. 205; *Soc. Inmobiliaria Río Napo Ltda.*, t. 96/1999, 2.5, p. 206. Respecto del derecho a que se otorgue la recepción de la obra que se ha atendido al permiso otorgado, vid. *Soc. Clínica Iquique S.A.* (amparo económico), t. 98/2001, 2.5, pp. 50-60; *Soc. Terminal Buses Los Héroes S.A.*, t. 87/1990, pp. 3-14; para intangibilidad del acto administrativo de recepción de obra, *Santos Valcárcel*, t. 84/1987, 2.5, pp. 273-277; *González Martín*, t. 97/2000, 2.5, nota p. 40.

²⁴ Ver Soto Kloss (1992).

actos de la Administración municipal que recaen en ellas, afectando gravemente las inversiones, a veces muy cuantiosas, que conllevan los proyectos inmobiliarios.

Estos fallos parecería que pondrían punto final a esta especie de sustituto judicial en que algunos, en vez de acudir a los tribunales de justicia, pretenden erigir a la Contraloría General de la República, la cual sin ser juez y sin tener competencia para ello, se alza en organismo que “declara el Derecho” y decide, sin debido proceso alguno, sobre derechos de las personas, en un asunto en que se contiene respecto de ellos.

Si ello es así, estos fallos constituyen sentencias muy destacadas emitidas durante el año 2006, por nuestros Tribunales Superiores de Justicia, aunque la fundamentación y su consecuencial argumentación no aparezcan muy apegadas y concordes con la Constitución y las leyes vigentes, y se haya soslayado la que creemos es la verdadera base de sustentación de la solución dada, para justificar el dejar sin efecto el dictamen contralor ilegal y, por ende, arbitrario, recurrido de protección.

Pero como suelo decir en estos casos, lo importante es que se hizo justicia y se reconoció en los hechos la *estabilidad* de los actos administrativos, y de sus *efectos adquiridos*. Y es que los jueces están para hacer justicia y no para dictar cátedra, aunque el ideal sería que esa justicia fuera hecha ajustándose a una justificación rigurosa en el Derecho. Pero, tal vez, esto es mucho pedir y exigir demasiado a quienes detentan hoy la muy noble función de decir el Derecho entre nosotros.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUERREA, Pedro (2006): "La Contraloría General de la República y el control de los organismos administrativos con competencia en materia urbanística", 5 *Derecho Mayor* (IV Jornadas Constitucionales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Mayor de Temuco, octubre 2006).
- ARÓSTICA MALDONADO, I. (2003): "La intangibilidad de los actos administrativos favorables como límite a la revocación e invalidación de oficio (en Ley 19.880, sobre procedimientos administrativos)", *Conferencias Santo Tomás de Aquino*, (Santiago, Universidad Santo Tomás) pp. 63-74.
- CALAMANDREI, P (1961): *La casación civil* (2 tomos/3 vols.) (trad. Sentís Melendo, S.; Buenos Aires, Bibliográfica Omeba).
- CASTAÑO, S. y SOTO KLOSS, Eduardo (Eds.) (2005): *El derecho natural en la realidad social y jurídica* (Santiago, Universidad Santo Tomás).
- FERMANDOIS, Arturo (2006): "Invalidación Administrativa y Caso Celco: estabilidad o precariedad de los permisos ambientales", en Fermandois, Arturo y Delaveau, Rodrigo: *Sentencias destacadas* (Santiago, Libertad y Desarrollo), pp. 9-30.
- FISCAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1894-95): *Dictámenes* (2 vols.) (Santiago, Imprenta Nacional).
- Gómez Pérez, R. (1978): *Introducción a la Metafísica* (Madrid, Rialp).
- SOTO KLOSS, Eduardo (1974): "La competencia contencioso administrativa de los tribunales de justicia", 1 *Revista Chilena de Derecho* pp. 349-359.
- (1977): "Comentario a "Undurraga con Cora", 21/22 *Revista de Derecho Público* pp. 233-249.
- (1984): "Los derechos adquiridos en el derecho público chileno", 81 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Primera Parte, Sección Derecho pp. 13-23.
- (1988a): La invalidación de los actos administrativos en el derecho público chileno, 85 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Primera Parte, Sección Derecho pp. 157-167.
- (1988b): "Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos" 43/44 *Revista de Derecho Público* pp. 117-130.
- (1992): "La desconcentración en el derecho administrativo chileno" 51/52 *Revista de Derecho Público* pp. 103-125.
- (1996a): *Derecho Administrativo* (2 vols.) (Santiago, Editorial Jurídica).
- (1996b): "La noción de acto administrativo en el derecho chileno" 60 *Revista de Derecho Público* pp. 85-97.
- (2000): "Salinas Lolic con Municipalidad de Viña del Mar", 5 *Revista Ius Publicum* pp. 185-195 (más breve en (1999): 96 *Revista de Derecho y Jurisprudencia* pp. 175-177).
- (2001): "Sobre la autotutela de la Administración (la jurisprudencia judicial)", *La Semana Jurídica* N° 38.
- (2006a): "Ramírez Fuentes con Municipalidad de Huechuraba", 16 *Revista Ius Publicum* pp. 235-240.
- (2006b): "Validez y eficacia en el acto administrativo", *Apuntes del curso El acto administrativo* (Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile).
- (2007): "La intangibilidad de los permisos de construcción" (en prensa).