

COMENTARIO:

DISCRECIONALIDAD URBANISTICA
Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Arturo Fernandois Vöhringer

Este fallo me parece una oportunidad propicia para discrepar frontalmente del criterio que las Cortes aplican por lo general en estos temas urbanísticos, y para repasar las peligrosas aristas constitucionales en una zona donde existe gran discrecionalidad funcionaria.

Anunciemos desde un comienzo que la Corte rechazó el reclamo de una empresa constructora que acusó de ilegal y arbitrario un decreto alcaldicio de la Municipalidad de Lo Barnechea. La agraviada alegó que dicho decreto alcaldicio postergó o “congeló” selectivamente algunos permisos de construcción en la comuna, como también lo hizo respecto de permisos de subdivisión, alcanzando sólo a predios de superficies menores a 80 metros cuadrados.

Subrayaré de inmediato mi crítica central a la doctrina que aplican las Cortes en este tema: evaden un análisis prolijo de la arbitrariedad del acto funcionario, confundiendo peligrosamente la existencia de la facultad legal con el uso razonable, justo y fundado de la misma. Es el viejo conflicto de la arbitrariedad saneada por la legalidad.

ajusta a derecho, debido a que actuó expresamente autorizada por la Secretaría Ministerial en las condiciones por ella fijadas y dando cumplimiento a las exigencias legales establecidas para proceder a la dictación de postergaciones.

De consiguiente, el decreto objetado no es ilegal por haberse dictado dando cumplimiento a la ley y tampoco es arbitrario porque no es abusivo, se dictó afectando a todas las solicitudes que se presentaron, sin excluir a personas que estuvieren en las condiciones establecidas.

Del examen acabado de las Actas de observaciones citadas se desprende que la Dirección de Obras sólo cumplió su función al haber efectuado serios reparos de tipo técnico y de insuficiencia en ciertas materias al Anteproyecto presentado y, por lo tanto, se encontraba impedida de aprobar el Anteproyecto de loteo.

I. CORTE SUPREMA

Santiago, veintiseis de noviembre de mil novecientos noventa y siete

VISTOS:

Se confirma la sentencia apelada de siete de mayo último, escrita a fojas 60.

Regístrese y devuélvase.

N° 1.511-97

Pronunciado por los ministros señores *Lionel Beraud P.*, *Arnaldo Toro L.* y al fiscal señor *Enrique Paillas P.* y los abogados integrantes señores *Manuel Daniel A.* y *José Fernández R.*

II. CORTE DE APELACIONES

Santiago, siete de mayo de mil novecientos noventa y siete.

VISTO Y TENIENDO PRESENTE:

A fojas 1 y siguiente don Miguel Calvo Aguirre, Empresario, en representación de "*Viviendas 2.000 Limitadas*", ambos domiciliados en Avda. Las Parcelas N° 7950, comuna de

1. *Fundamento y filosofía de los congelamientos urbanísticos*

Los congelamientos o postergaciones de permisos de construcción están recogidos en el artículo 117 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Por su naturaleza, detienen el desarrollo urbano en una comuna, al suspender el otorgamiento de estos permisos hasta por un plazo total de 12 meses. En consecuencia, afectan por la vía de la privación temporal al menos dos garantías constitucionales abstractas: el derecho de propiedad y el derecho a desarrollar actividades económicas (art. 19 números 24 y 21 de la Constitución). Tanto los propietarios como las empresas inmobiliarias que desarrollan legítimamente actividades económicas que no se oponen a la moral, las buenas costumbres ni a la seguridad nacional, deben resignar su derecho constitucional por completo, al menos temporalmente. Potencialmente, también, se tocan las garantías de la igualdad a la ley y la no discriminación arbitraria en materia económica en el trato que deben dar el Estado y sus organismos (números 2° y 22° del art. 19).

No obstante, el legislador ha autorizado la aplicación de esta medida excepcional. ¿Cuál es su fundamento? Conviene revisarlo, porque en este punto comienzan las falencias de la decisión judicial.

El fundamento de estas postergaciones o congelamientos es evitar las especulaciones inmobiliarias sobre sectores de una comuna cuyas normas urbanísticas serán afectadas por una inminente modificación al Plan Regulador Comunal. El legislador ha querido evitar que, ante tal inminente modifi-

Pañalolén, recurre de protección en contra del Alcalde Subrogante de la Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea, don Jaime Belmar Labbé, domiciliado en Avda. Las Condes 14891, de la misma comuna, por las siguientes razones:

Que mediante Decreto Sección I N° 1131/96, de fecha 27 de diciembre de 1996, "Postergación Selectiva de Permisos de Construcción, Subdivisión, Loteo o Urbanización", publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1996. a) Se ha postergado selectivamente algunos permisos de construcción, y b) Se ha postergado permisos de subdivisión, loteo o urbanización predial que implique superficies prediales menores de 800 m². Agrega además que, se estaría violando con la postergación decretada, la disposición contenida en el artículo 117 de la Ley General de Urbanismo y Construcción.

Expresa la recurrente que mediante el Decreto impugnado se constituiría un acto ilegal y arbitrario de esa corporación, que vulnera los siguientes derechos y garantías

establecidas en favor de la recurrente, en el artículo 19 de la República.

La recurrente también imputa a esa Corporación, como conducta ilegal, el no pronunciamiento dentro de plazo máximo de 15 días respecto de su Anteproyecto de loteo, ingresado el 18 de noviembre de 1996, lo que habría impedido gozar del derecho establecido en el artículo 3.1.3. de la Ordenanza General, actualmente artículo 3.1.4. de la misma.

El pronunciamiento de la Directora de obras sobre un Anteproyecto tiene una importancia capital, pues éste fija cuál es la legislación aplicable al proyecto definitivo, de tal forma que si con posterioridad cambia la legislación sobre esta materia, el Anteproyecto y su corolario lógico, el proyecto definitivo, no son afectados por la nueva legislación.

Termina pidiendo se declare nulo y se deje sin efecto el Decreto impugnado, de la Municipalidad de Lo Barnechea, y, en subsidio, pide se ordene al señor Alcalde que éste no sea aplicado a su representada, con costas.

cación, se obtengan permisos de última hora que resten armonía a las modificaciones urbanísticas a aplicarse.¹

¿Cómo se prueba que existe una modificación inminente al Plan Regulador? La ley exige la existencia de estudios en curso, aprobados por resolución del Alcalde.

2. Estudios como único fundamento de las postergaciones

Es así como el único fundamento legal, racional y constitucional para la aplicación de una medida tan excepcional, y que deslegitima el ejercicio de derechos fundamentales por un breve período, es la existencia de estudios que respalden la modificación al Plan Regulador.

La fiscalización de este simple requisito, sin embargo, suele desaparecer ante la existencia de la facultad legal de postergar los permisos, conferida al Alcalde con informe previo del Secretario Regional Ministerial de Vivienda respectivo. El texto del artículo 117 de la LGUC exige el informe previo favorable del Seremi, y con ello el Decreto Alcaldicio puede dictarse.

Normalmente los reclamos no están dirigidos a la ilegalidad de la medida, entendida como ejercicio de una atribución formal por el Alcalde, quien normalmente obtiene un informe previo y favorable del Seremi. Los agravios

¹ El artículo 117 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones autoriza el congelamiento, en consecuencia, sólo cuando "el sector de ubicación del terreno esté afectado por estudios sobre modificaciones del Plan Regulador Intercomunal o Comunal, aprobados por resolución del Alcalde".

A fojas 40 y siguientes informa el Alcalde Subrogante de la Municipalidad recurrida, por intermedio de su abogado, señalando que, en relación con la dictación del Decreto Alcaldicio N° 1131/96, de 27 de diciembre de 1996, de postergación selectiva de permisos, el artículo 117 de la Ley General de Urbanismo y Construcción, facultad expresamente a los Alcaldes para que por resolución se disponga la postergación hasta por un plazo de tres meses, de los permisos de subdivisión, loteo o urbanización predial y de construcción cuando el sector de ubicación del terreno esté afectado por estudios sobre modificaciones del Plano Regulador Intercomunal o Comunal.

Que dando cumplimiento a la ley, por Ordinario Alcaldicio N° 689, de fecha 18 de diciembre de 1996, la Alcaldesa solicitó al señor Secretario Ministerial Metropolitano de Vivienda, informe favorable para decretar postergaciones selectivas en sectores de la comuna de Lo Barnechea. Por Ordina-

rio N° 2949, de 24 de diciembre de 1996, la Secretaría Ministerial, emitiendo un pronunciamiento en relación con la postergación selectiva de permisos solicitada, la autorizó en idénticos términos en los formulados por la Alcaldesa. Consecuencia de lo antes expuesto, es que la actuación de la corporación se ajusta plenamente a derecho, debido a que actuó expresamente autorizada por la Secretaría Ministerial en las condiciones por ella fijadas, dando cumplimiento a las exigencias legales establecidas para proceder a la dictación de postergaciones. Agrega que para las Municipalidades, tanto los dictámenes, recomendaciones e interpretaciones respecto a la aplicación de normas sobre construcción y urbanización contenidas en la legislación especial referida, efectuadas por las Secretarías Regionales Ministeriales de Vivienda y Urbanismo, tienen carácter obligatorio y deben ser cumplidas a cabalidad, por aplicación del artículo 4 de la Ley General.

se acumulan por la vía de la arbitrariedad, análisis que en este caso la Corte no efectúa.

3. Arbitrariedad

La arbitrariedad de un acto es "*la vulneración del uso razonable con que los elementos discrecionales de un poder jurídico han de ser ejercidos*".² El acto es arbitrario cuando, existiendo un grado de discrecionalidad conferida por la ley al funcionario para la ejecución del acto, este lo ejecuta apartándose del fin para el que la facultad fue otorgada, haciendo el acto intrínsecamente injusto.

El congelamiento o postergación de permisos será arbitrario, entonces, cuando no existan estudios en curso para modificar el Plan Regulador, cuando estos estudios no sean de la relevancia necesaria para justificar una modificación al Plan Regulador, o cuando, existiendo estudios relevantes para tal modificación, ellos recomienden la modificación de áreas o zonas mayores o bien menores a las que el Decreto Alcaldicio congeló. Finalmente, será también arbitrario el acto cuando no sea verosímil que el Plan Regulador pueda modificarse en el breve plazo dispuesto por el congelamiento, o en el plazo total de congelamientos autorizados por la ley (12 meses).³ Expertos

² Excma. Corte Suprema en sucesivos fallos de 1983, 1984, 1986, 1988, 1989 y 1990, que la definió como (Rep. de Leg. y Jurisp. CPE, Ed. Jdca. 1993, pg. 20).

³ Al respecto, debe tenerse presente que la modificación a un Plan Regulador Comunal exige una larga tramitación administrativa, en la que intervienen el Concejo Municipal, el Seremi, el Gobierno Regional, la Comunidad y la Contraloría General de la República. Nuevos requisitos legales hacen aún más larga una modificación, como el agregado por la letra h) del artículo 10 de la Ley 19.300, que exige a estas modificaciones someterse al sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Considerando:

1° Que para resolver el presente recurso debe considerarse si efectivamente el Decreto Sección I N° 1131/96, de 27 de diciembre de 1996, dictada por la Municipalidad recurrida constituye un acto arbitrario o ilegal.

2° Que el artículo 117 de la Ley General del Urbanismo y Construcciones, facultada expresamente a los Alcaldes para que, por resolución suya, se disponga la postergación hasta por un plazo de tres meses, de los permisos de subdivisión, loteo o urbanización predial y de construcción, cuando el sector de ubicación del terreno esté afectado por estudios sobre modificaciones del Plano Regulador Intercomunal o Comunal, y agrega que, esta postergación deberá ser informada previa y favorablemente por la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda.

3° Que, por Ordinario Alcaldicio N° 689, de 18 de diciembre de 1996, la Alcaldesa solicitó al señor Secretario Ministerial Metropolitano de Vivienda, in-

forme favorable para decretar postergaciones selectivas en sectores de la comuna de Lo Barnechea, lo que obtuvo por Ordinario N° 2949, de 24 de diciembre del mismo año.

4° Qué, como consecuencia de lo antes expuesto la actuación de la corporación se ajusta a derecho, debido a que actuó expresamente autorizada por la Secretaría Ministerial en las condiciones por ella fijadas y dando cumplimiento a las exigencias legales establecidas para proceder a la dictación de postergaciones.

5° Que, de consiguiente, el Decreto objetado no es ilegal por haberse dictado dando cumplimiento a la ley y tampoco es arbitrario porque no es abusivo, se dictó afectando a todas las solicitudes que se presentaron, sin excluir a personas que estuvieren en las condiciones establecidas.

6° Que, en lo referente a la segunda parte del recurso de protección: falta de pronunciamiento de la Dirección de Obras Municipales, dentro del plazo legal de 15 días a contar del 18 de noviembre de 1996, en que dicho Anteproyecto de-

urbanistas afirman que es prácticamente imposible tramitar una modificación a un Plan Regulador Comunal, por sencilla que parezca, en menos de dos años, en circunstancias que las postergaciones pueden decretarse por tres meses y prorrogarse hasta por 12 meses.

¿Es presumible esperar arbitrariedades? Definitivamente sí, por cuanto la desnaturalización del congelamiento está a la vista. Determinadas autoridades municipales la utilizan como una forma de arbitrar las disputas entre vecinos, entre empresas constructoras y vecinos o incluso entre miembros del Concejo Municipal, sin consideración alguna a la existencia de los referidos estudios y apartándose del único fundamento constitucional que legitima un régimen tan excepcional.

4. *Omissiones concretas del fallo*

El rechazo del recurso en el caso que comentamos no constituye *-per sé-* un asunto reprochable. Únicamente llamo la atención a que el razonamiento judicial no revisa el fundamento técnico o racional del acto, sino que se satisface constatando la existencia de la facultad legal y del informe del Seremi: "*la actuación de la corporación se ajusta a derecho, debido a que actuó expresamente autorizada por la Secretaría Ministerial en las condiciones por ella fijadas*".

El fallo desecha también la arbitrariedad porque la postergación "*se dictó afectando a todas las solicitudes que se presentaron*", lo que excluiría las diferencias arbitrarias. Esto, lamentablemente, no es relevante. Aun así habrán diferencias arbitrarias si el área congelada no tiene respaldo técnico que imponga que esa, y no otra área, sea objeto de postergación. Esta es la fuente corriente de arbitrariedad, y no la referida a las solicitudes sobre una misma área urbana.

bía ser aprobado, rechazado u observado en el plazo señalado y al no hacerlo le habría causado un grave perjuicio.

7° Que, del examen de los antecedentes acompañados por la recurrida, apreciados en conciencia, permiten concluir que:

a) Con fecha 25 de julio de 1996, la sociedad recurrente, sometió a la aprobación de la Dirección de Obras una solicitud de Anteproyecto de loteo que fue rechazada con fecha 30 de agosto del mismo año.

b) Posteriormente, el 18 de diciembre de 1996, la recurrente ingresó un nuevo expediente de solicitud de Anteproyecto de loteo. La Dirección de Obras, el 5 de diciembre de 1996, emitió a través de su Departamento de Asesoría Urbana y su Departamento de Edificación las Actas de Observaciones N° 1. En ambas Actas de Observaciones, emitidas dentro del plazo legal, se hace presente el arquitecto patrocinante del Anteproyecto de loteo, sendas observaciones e inconvenientes que presenta el mismo en la forma en que fue planteado y que son necesarias subsanar para que la Dirección de Obras otorgue su aprobación al mismo. Del examen acabado de las Actas de Observaciones citadas se desprende que la Dirección de Obras, sólo cumplió su función al haber efectuado serios reparos de tipo técnico y

de insuficiencia en ciertas materias al Anteproyecto presentado y, por lo tanto, se encontraba impedida de aprobar el Anteproyecto de loteo.

c) De lo antes expuesto se desprende que no existe omisión ilegal por haberse dado aplicación oportuna la ley, o arbitrariedad, por no existir en la Dirección de Obras recurrida conducta abusiva y que implique la violación de una garantía constitucional.

8° Que, por lo tanto, la acción cautelar intentada debe ser rechazada por no ser ilegales ni arbitrarios los hechos denunciados, sino, por el contrario, ajustados a derecho, encontrándose dentro de las atribuciones propias de las municipalidades.

Y de acuerdo también con lo preceptuado en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República, y el Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección, se rechaza el recurso de protección deducido en lo principal de fojas 1 y siguientes.

Regístrese, comuníquese y archívese.
Redacción del abogado integrante señor
Diego Guzmán Latorre
Rol N° 144-97

Sentencia pronunciada por los Ministros señores don *Ricardo Gálvez Blanco* y don *Juan Araya Valenzuela* y abogado integrante don *Diego Guzmán Latorre*.

En fin, discrepamos de esta sentencia, porque las potestades altamente discrecionales que la ley confiere a Alcalde y Seremi de Vivienda en esta materia exigen una revisión judicial más prolija del Tribunal de Protección, particularmente en lo referido a la justificación racional del acto.^{4,5}

⁴ Nótese que ni el decreto alcaldicio que ordena la postergación de permisos ni el Oficio del Seremi respectivo que lo autoriza están sometidos al control previo de legalidad por la Contraloría, lo que exige una aún más activa revisión judicial. Sólo las prórrogas a los congelamientos iniciales están sujetas al trámite de Toma de Razón.

⁵ Por Dictamen del Jefe de la División de Vivienda, Urbanismo, Obras Públicas y Transporte, por Orden del Contralor General, Número 038990, de 15 de noviembre de 1994, frente a una consulta específica respecto de si la resolución del Seremi que dispuso la prórroga de la postergación de permisos estaba sometida a control previo de la legalidad, se estimó que: "...los actos administrativos dictados en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, están afectos al examen previo de jurisdicción, por cuanto regulan materias esenciales relacionadas con las aprobaciones y modificaciones de los planos reguladores, tanto intercomunales, como comunales, los cuales expresamente se han incluido dentro de los asuntos que deben cumplir con dicho trámite ante este Organismo Contralor..." En la práctica, sólo las prórrogas están sujetas a la Toma de Razón, por cuanto se decretan por resolución del Seremi o bien Decreto Supremo (en caso de Plan Intercomunal). La postergación inicial se informa por un simple oficio ordinario del Seremi y se impone por Decreto Alcaldicio, ambos sin control previo de legalidad. Esto abre un nuevo espacio para arbitrariedades: las prórrogas disfrazadas como congelamientos iniciales, mecanismo que también se ha hecho común.