

Santiago, 29 de mayo de 2021

Señor
Jorge Bermúdez Soto
Contralor General de la República
Presente

Mat.: Ante un desacato municipal, solicitamos aplicación del artículo 9° de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría y si procede, el artículo 22° de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

En su oportunidad, con el señor Mauricio Zulueta, denunciarnos que el permiso de edificación N° 143 de 2018 cursado por el Director de Obras Municipales (DOM) de La Florida a la empresa Besalco, contenía ilegalidades, lo que fue ratificado por su dictamen vinculante N° 58946/2020 del 11/12/20, motivo por el cual dicho DOM tenía la obligación de invalidar dicho acto administrativo, tal como lo ordena el artículo 53° de la ley N° 19.880.

Por lo anterior, adjuntamos la Resolución N° 198 del 26/05/21 de esa función municipal, en donde se aprecia la desobediencia al indicado dictamen, justificando esa actuación en que la empresa Besalco solicitó acogerse a lo establecido en el inciso primero del artículo 5.1.18 de la OGUC en relación con el cambio del artículo 2.6.12 de dicha ordenanza aprobado por el D.S. N° 8/2021 del Minvu, lo que fue autorizado por la DOM.

Según nuestra interpretación, la DOM no debió acoger la solicitud del titular pues el artículo 5.1.18 de la OGUC supone que el proyecto para el cual se solicita aplicar las nuevas disposiciones debe ser uno que cumplía la normativa previamente vigente, tal como lo exige el artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), lo que en este caso no ocurría según el dictamen N° 58946/2020. Con la actuación de la DOM se volvió legal un proyecto autorizado ilegalmente,

sin tener atribuciones para ello.

En tal sentido, le solicitamos el análisis de la situación para que no se produzca un nuevo hecho ilegal consumado, la aplicación del artículo 9° de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría y si procede, el artículo 22° de la LGUC.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'P' followed by a horizontal line and a small upward stroke.

Patricio Herman

Fundación Defendamos la Ciudad



LA FLORIDA
Me importa Tú!

Municipalidad de la Florida
Dirección de Obras

Resolución: 198
La Florida, 26 de Mayo de 2021

VISTOS

1. El Oficio Circular N° 184 de fecha 27 de marzo de 2009, correspondiente a la DDU – Específica N° 05/2009, del Ministerio de Vivienda y urbanismo;
 2. El Permiso de Edificación N° 143 de fecha 08 de febrero de 2019, para la edificación ubicada en Av. Américo Vespucio N° 7550, comuna de La Florida, propiedad de empresa Besalco Inmobiliaria S.A.
 3. El dictamen de la Contraloría General de la República N° E 58946/2020, de fecha 11 de diciembre de 2020, que emite pronunciamiento a petición de Patricio Herman Pacheco y Mauricio Zulueta Ramírez, en representación de la Fundación Defendamos la Ciudad, respecto del oficio N° 1546-s/2019 de la Dirección de Obras Municipales (en adelante DOM), respecto de inmueble ubicado en Av. La Florida N° 9295.
 4. La audiencia de fecha 21 de diciembre de 2020, con don Eduardo Nestler y don Pablo Ogno, representantes legales de empresa Besalco Inmobiliaria S.A.
 5. La audiencia de fecha 28 de diciembre de 2020, con don Samy Maldonado y don Alfredo Molina, a quienes la DOM dirigió el oficio N° 1456-s/2019;
 6. La audiencia de fecha 28 de diciembre de 2020, con don Patricio Herman y don Mauricio Zulueta, quienes solicitaron pronunciamiento a la Contraloría General de la República por la juridicidad del oficio N° 1546-s/2019 de la DOM de La Florida;
 7. La audiencia de fecha 07.01.21, con don Ricardo Emparanza, destinatario del Ordinario N° 1546-S/2019, correspondiente al trámite de cambio de profesional en inmueble ubicado en Av. La Florida N° 9295. Oficio ordinario que da origen al Dictamen de la Contraloría General de la República N° E 58946/2020;
 8. La Resolución N° 578-s/2020, de fecha 30.12.20, de la DOM, que inicia procedimiento de invalidación del permiso de edificación N° 143 de fecha 08.02.19, sin adopción medidas provisionales, en conformidad con el artículo 32 de la Ley 19880;
- El Ordinario N° 1546-S/2019, que se refiere al cambio de profesional arquitecto de un inmueble ubicado en Av. La Florida N° 9295;
10. El oficio ordinario N°18 de 20 de enero de 2021 del Alcalde de la Municipalidad de La Florida que solicitó la reconsideración y aclaración del dictamen en cuestión a la Contraloría General de la República;

11. El Decreto Supremo N°8 de 2 de marzo de 2021 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial el día 29 de marzo de 2021, que modificó el artículo 2.6.11, de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, en materia de cálculo de distanciamientos para edificaciones acogidas a lo dispuesto en el artículo 2.6.12 y que consulten retranqueos;



12. La solicitud de fecha 10 de mayo de 2021, Exp. 269-E/2021, Folio 202106679 de la empresa Besalco Inmobiliaria, propietaria del predio ubicado en calle Las Acacias N° 7604, números adicionales Av. Américo Vespucio N° 7550 y Rodríguez Velasco N° 73, comuna de La Florida, que cuenta con Permiso de Edificación N° 143 de fecha 08.02.19, de acogerse al DS N° 8 del MINVU, publicado en 29 de marzo de 2021, acogiéndose al procedimiento descrito en el artículo 5.1.18 de la OGUC;
13. La Resolución de la DOM N° 229-s/2020 de fecha 23 de marzo de 2020, que modifica número municipal del predio rol 399-3, por Las Acacias N° 7604, quedando adicionales Av. Américo Vespucio N° 7550 Rodríguez Velasco N° 73, debido a ubicación de acceso principal del proyecto.
14. El oficio ordinario N°550 de fecha 25 de mayo de 2021 del Director Jurídico en donde informa sobre el proceso administrativo de invalidación;
15. El Decreto N° 248 de fecha 31 de octubre de 2007, que nombra a don Agustín Pérez Alarcón como Director de Obras Municipales de la Municipalidad de la Florida.
16. La ley N°19.880 de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, en particular, los artículo 53° y siguientes sobre invalidación del procedimiento administrativo;
17. La Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, especialmente, el artículo 24° que establece las funciones de la Dirección de Obras Municipales, y;
18. La Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Considerando

1. Que, el Oficio Circular N° 184 de fecha 27 de marzo de 2009, correspondiente a la DDU – Específica N° 05/2009, del Ministerio de Vivienda y urbanismo, instruye a las Direcciones de Obras Municipales, para la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y en su Ordenanza General, específicamente, en lo relativo a la aplicación del artículo 2.6.3. y 2.6.12 de la ordenanza mencionada;
2. Que, con fecha 8 de febrero de 2019, se otorgó el permiso de edificación N°143/2019 a la empresa Besalco Inmobiliaria S.A., RUT 84.056.200-K. para –en lo que importa- 295 departamentos con una superficie edificada total de 29,283.11 m2 y de 16 pisos de altura, con destino habitacional, ubicado en Av. Américo Vespucio N°7.550, aprobando los planos y demás antecedentes debidamente suscritos por el propietario y los profesionales, que forman parte de la solicitud de aprobación correspondientes al expediente S.P.E.-5.1.4./5.1.6. N° 201821450 / 1177-E/2018.
3. Que, mediante el ordinario N°1456-S/2019 de 10 de octubre de 2019 de la DOM, se dio respuesta a la solicitud de invalidación de permiso de edificación N°143/2019 y paralización de faenas presentada por don SAMY MALDONADO DE LA FUENTE y don ALFREDO MOLINA GONZÁLEZ.
4. Que, a razón de una denuncia interpuesta por los señores PATRICIO HERMAN PACHECO y MAURICIO ZULUETA RAMIREZ, en representación de la Fundación Defendamos la Ciudad, la Contraloría General de la República emitió el dictamen N°E58946 de fecha 11 de diciembre de 2020, referente a un inmueble ubicado en Av. La Florida N° 9295. En dicho acto administrativo, el Órgano Controlador señaló –en términos generales- que la



DOM había desestimado su petición de iniciar un procedimiento de invalidación respecto del permiso N° 143, de 2019, fundado en que los proyectos de la especie se regían por la Circular DDU Específica N°5 de 2009, de la División de Desarrollo Urbano del MINVU. Por su parte, después de consultas a la Secretaría Regional Ministerial Metropolitana de Vivienda y Urbanismo (SEREMI) y a la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo (que no respondió a su consulta), así como un exhaustivo análisis de la normativa vigente, consideró que la DDU Específica N° 5, no se ajustaba a derecho. Por lo tanto tampoco el oficio DOM N° 1456-s/2019, correspondiente al inmueble ubicado en Av. Américo Vespucio N° 7550, ni el permiso N° 143, de 2019 otorgado a Inmobiliaria Besalco S.A., *“por lo que ese municipio tendrá que arbitrar las providencias que según el ordenamiento correspondan a fin de corregir la irregularidad antes descrita, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 53 de la ley N° 19.880, sobre la invalidación administrativa de los actos irregulares...”*

Finalmente, el dictamen de marras indica que *“coincidiendo con lo expresado por la SEREMI, que no se ajustó a derecho el citado PE N° 143, por lo que ese municipio tendrá que arbitrar las providencias que según el ordenamiento correspondan a fin de corregir la irregularidad antes descrita, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 53 de la ley N° 19.880, sobre la invalidación administrativa de los actos irregulares...”*, para continuar señalando que *“la mencionada subsecretaría deberá adoptar las medidas tendientes a adecuar el contenido de la DDU Específica N° 5, de 2009, a lo consignado en el presente pronunciamiento...”*.

5. Que, conforme a lo dispuesto por la Contraloría General de la República se procedió a dar inicio al proceso de invalidación del permiso de edificación N°143 de 8 de febrero de 2019 por medio de la resolución N°578-S/2020 de 30 de diciembre de 2020 de don Agustín Pérez Alarcón, Director de Obras Municipales de La Florida.
6. Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 53 de la ley N°19.880, se efectuaron las audiencias con los interesados en el proceso de invalidación, tal como sigue:
 - a. 21 de diciembre de 2020: se llevó a cabo la audiencia con don Eduardo Nestler, don Pablo Ogno, don Claudio Moraga y don Rafael Lira, representantes legales de empresa Besalco Inmobiliaria S.A;
 - b. 28 de diciembre de 2020: se efectuó la audiencia con don Samy Maldonado y don Alfredo Molina, a quienes la DOM dirigió el oficio N° 1456-s/2019, ya citado.
 - c. 28 de diciembre de 2020: audiencia con don Patricio Herman y don Mauricio Zulueta, quienes solicitaron pronunciamiento a la Contraloría General de la República por la juridicidad del oficio N° 1546-s/2019 de la DOM de La Florida referido a inmueble ubicado en Av. La Florida N° 9295.
 - d. 7 de enero de 2021: Finalmente, se realiza la audiencia con don Ricardo Emparanza, destinatario del Ordinario N° 1546-S/2019, correspondiente al trámite de cambio de profesional en inmueble ubicado en Av. La Florida N° 9295, y que se vio involucrado en el proceso de invalidación, por cuanto el Dictamen de la Contraloría General de la República N° E 58946/2020 citó, erróneamente, dicho oficio ordinario.
7. Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 10 de la ley N°18.880, la Inmobiliaria Besalco S.A., representada por el Sr. Nestler, ingresó a la DOM –con el folio N°202015136 de fecha 22 de diciembre de 2020- una solicitud sobre prórroga de plazo para presentación de alegaciones y observaciones por escrito en virtud a lo instruido en Dictamen de Contraloría General de la República N°E58946/2020. En ese contexto, y mediante el oficio ordinario N°1176-S/2020 de fecha 30 de diciembre, de la DOM, se otorga una prórroga de plazo de 15 días hábiles para efectuar sus descargos.



8. Que, en fecha 19 de enero de 2021, folio N°202100912 de la Oficina de Partes de la DOM, se recibieron las alegaciones de Besalco Inmobiliaria S.A., las cuales se entienden formar parte de la presente resolución.
9. Que, en fechas 05 de febrero de 2021 y 08 de febrero de 2021, Samy Maldonado solicitó a la Municipalidad como medida provisional conforme al artículo 32 de la Ley 19880, ampliar el plazo de 2 años dispuesto en el artículo 53 de la misma Ley. A ese respecto, el Artículo 26. "*Ampliación de los plazos.*", señala que la Administración podrá conceder a petición de interesado una ampliación de plazos si con ello no se perjudican derechos de terceros, pero el error del dictamen E58946 al referirse a dos oficios de la DOM que se refieren a distinta materia, no permitió a la Administración aumentar el plazo, mientras la Contraloría General de la República no lo aclarase a petición de la Municipalidad de La Florida, según constan en oficio de fecha 20 de enero de 2021.
10. Que, mediante el Informe N°134-S/2021 de 10 de febrero de 2021 de la Dirección de Obras Municipales, se remiten las alegaciones señaladas en el numeral 8 a la Dirección Jurídica, con el objeto de que se emita un informe jurídico sobre las argumentaciones expuestas.
11. Que, por medio del oficio ordinario N°550 de 25 de mayo de 2021 de la Dirección Jurídica, se analizan los fundamentos de hechos y de derecho expuestos por la empresa Besalco Inmobiliaria S.A., y además, realiza un análisis jurídico del proceso administrativo de invalidación y de sus antecedentes, el cual, atendido su extensión, se entiende formar parte de la presente resolución.
12. Que, el artículo 52 de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado, previene que "*los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros*", lo que ha sido reafirmado por la jurisprudencia administrativa de la CGR, entre otros, por el dictamen N° 34.810, de 2006.
13. Que, el dictamen N°26.901 de 25 de mayo de 2009 de la Contraloría General de la República quien, luego de un acabado análisis sobre un permiso de edificación que no se ajustaba a derecho, concluye lo siguiente:

"No obstante, cabe señalar que la reiterada jurisprudencia de este Organismo Contralor, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 53.290, de 2004, y 2.965, de 2008, se ha mantenido invariable en el sentido de considerar que la invalidación de los actos irregulares de la Administración -como el de la especie- tiene como límite aquellas situaciones jurídicas consolidadas, por lo que no procedería que actualmente el permiso de edificación N° 50/06 y la recepción definitiva total otorgada mediante resolución N° 68/06, ambos de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Peñalolén, sean dejados sin efecto".



14. Que, la Contraloría General de la República, en su dictamen N°16.238 de 2007, señaló que "si bien la autoridad que ha emitido un acto irregular cuenta con la atribución para invalidarlo, esa potestad se encuentra limitada -entre otras circunstancias- por la existencia de situaciones jurídicas consolidadas de buena fe, que se han generado sobre la base de la confianza de los particulares en la Administración, puesto que la seguridad jurídica de tales relaciones posteriores asentadas en esos supuestos ameritan su amparo".
15. Que, la DDU específica N°5, al igual que los dictámenes de la Contraloría General de la República, se encuentran amparados por la presunción de legalidad establecida en el artículo 3 inciso final de la Ley N°19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen a los Órganos de la Administración del Estado, sin que a la fecha se haya declarado su ilegalidad

mediante resolución administrativa o sentencia judicial alguna, por lo que el Director de Obras Municipales carece de facultades para desconocer su existencia y contenido o para declarar su ilegalidad dentro del procedimiento administrativo. (Aplica criterio empleado por CS en causa rol 88.101-2018 y acumuladas, Inmobiliaria Fortaleza Placilla SpA con CGR),

A mayor abundamiento, y en un fallo de materia homóloga, el máximo tribunal de nuestro país expresó que: "la invalidación de los permisos de edificación se deben, a la existencia de pronunciamientos de otros órganos de la administración del Estado, como son la DDU N°313 de mayo de 2016 y el dictamen N°27.918 de fecha 12 de noviembre de 2018 de la Contraloría General de la República, actos administrativos que gozan de una presunción de legalidad, imperio y exigibilidad al tenor del artículo 3° de la ley N°19.880 y el municipio se encontraba en el imperativo legal de acatarlos". (Causa Rol 237-19 de 7 de agosto de 2020, Inmobiliaria Loja II SpA con Ilustre Municipalidad de Estación Central).

16. Que, con fecha 29 de marzo de 2021, se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N°8 de 2 de marzo de 2021 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo que "modifica Decreto Supremo N°47, de Vivienda y Urbanismo, de 1992, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, en materia de cálculo de distanciamiento para edificaciones acogidas a lo dispuesto en el artículo 2.6.11. y que consulten retranqueos".

Dicho decreto supremo, publicado en el D.O., dispone:

Artículo único.- Modificase la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, cuyo texto fue fijado por D.S. N° 47 (V. y U.), de 1992, en el sentido de intercalar en el inciso tercero del artículo 2.6.12., a continuación de la palabra "respectivamente.", el siguiente texto:

"En los casos de edificaciones aisladas que consulten retranqueos sobre los 10,5 m de altura, el distanciamiento antes mencionado se medirá en relación a la altura de cada uno de ellos, altura que corresponderá a la distancia vertical expresada en metros, entre el suelo natural y la altura de cada uno de dichos retranqueos."

Con lo anterior, se modifica la OGUC en el sentido de ajustar dicha reglamentación administrativa a la interpretación que le concediera la DDU cuestionada por la Contraloría General de la República, dando por resuelto la discordancia entre la OGUC y la DDU N° 5/2009, constatada por la dicho órgano contralor.

17. Que, mediante la solicitud de fecha 10 de mayo de 2021, Expediente 269-E/2021, Folio 202106679 de la oficina de partes de la DOM, la empresa Besalco Inmobiliaria, propietaria del predio ubicado en, numeración municipal principal Las Acacias N°7604 (números adicionales Av. Américo Vespucio N° 7550 y Rodríguez Velasco N° 73) comuna de La Florida, que cuenta con Permiso de Edificación N° 143 de fecha 08 de febrero de 2019, solicita acogerse al DS N° 8 del MINVU, publicado en 29 de marzo de 2021, acogiéndose al procedimiento descrito en el artículo 5.1.18 de la OGUC.

18. Que, el artículo 5.1.18, de la OGUC, se refiere a la factibilidad del propietario de acogerse a nuevas normas de la ordenanza mencionada o de los Instrumentos de Planificación Territorial, cuando estos se modifican, en el tiempo que medie entre el otorgamiento del permiso y la recepción de una obra, situación que es del caso.

19. Finalmente, las facultades que concede la ley a este Director de Obras Municipales, de conformidad a los vistos y considerandos.



Resuelvo

1. Recházase la solicitud de invalidación del permiso de edificación N° 143 de fecha 08 de febrero de 2019 para la edificación ubicada en Av. Américo Vespucio N° 7550, comuna de La Florida, propiedad de empresa Besalco Inmobiliaria S.A, por los fundamentos expuestos en los "vistos y considerandos" de la presente resolución.
2. Apruébese y dese curso a la solicitud de fecha 10 de mayo de 2021, Expediente 269-E/2021, Folio 202106679 de la oficina de partes de la DOM, de la empresa Besalco Inmobiliaria S.A, de modificación de permiso presentado.
3. Notifíquese a Eduardo Nestler, Pablo Ogno, Samy Maldonado, Alfredo Molina, Patricio Herman y Mauricio Zulueta.

Las personas que se sientan afectadas a sus derechos con la disposición del presente acto administrativo, podrán pedir ante la autoridad la reposición de la medida, según lo dispone la Ley 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos, sin perjuicio de sus derechos a interponer los recursos que le plantea la justicia Ordinaria.



AGUSTIN PEREZ ALARCON
ARQUITECTO
DIRECTOR DE OBRAS MUNICIPALES
MUNICIPALIDAD DE LA FLORIDA



Al Vapa
Destinatarios:

- Alfredo Molina,
- Samy Maldonado,
- Patricio Herman,
- Mauricio Zulueta,
- Eduardo Nestler,
- Pablo Ogno,
- Alcalde de la Florida,
- Administradora Municipal,
- Director Jurídico,
- Dirección de Control,
- Arch. Urbanismo,
- Arch. DOM