

Santiago, dos de octubre de dos mil diecisiete.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada.

Y teniendo además presente:

Primero: Que la acción intentada en autos tiene por fin examinar la legalidad del acto administrativo impugnado, vale decir, del Permiso de Edificación de Obra Nueva N° 352/2015, por cuyo intermedio se otorgó a Inmobiliaria Pereira Limitada el permiso para construir en calle Luis Pereira N° 774-776-786-790 de la comuna de Ñuñoa, un edificio de 5 pisos de altura destinado a vivienda.

Segundo: Que la defensa de la Dirección de Obras del municipio ha sostenido que la anotada determinación encuentra respaldo normativo en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, su Ordenanza, así como también en el Plan Regulador Comunal de Ñuñoa, razón suficiente para que el presente recurso de protección deba ser desestimado.

Tercero: Que el ejercicio de la acción de que se trata coloca a los juzgadores en la necesidad de examinar tanto la regularidad formal del permiso de edificación, como la pertinencia de los fundamentos normativos en que el mismo se asienta.

En efecto, la determinación que en la especie se debe adoptar exige que los falladores efectúen una valoración



que trasciende del mero cumplimiento de las solemnidades propias del acto, debiendo analizar, además, si en la adopción de tal decisión el órgano municipal dio cumplimiento al conjunto de disposiciones que la regulan.

Cuarto: Que, la normativa aplicable en la especie se encuentra contenida, en primer lugar, en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, cuyo artículo 1° dispone que: "Las disposiciones de la presente ley, relativas a planificación urbana, urbanización y construcción, y las de la Ordenanza que sobre la materia dicte el Presidente de la República, regirán en todo el territorio nacional".

A su turno, el artículo 2° prescribe que: "Esta legislación de carácter general tendrá tres niveles de acción: La Ley General, que contiene los principios, atribuciones, potestades, facultades, responsabilidades, derechos, sanciones y demás normas que rigen a los organismos, funcionarios, profesionales y particulares, en las acciones de planificación urbana, urbanización y construcción. La Ordenanza General, que contiene las disposiciones reglamentarias de esta ley y que regula el procedimiento administrativo, el proceso de planificación urbana, urbanización y construcción, y los standards técnicos de diseño y construcción exigibles en los dos últimos. Las Normas Técnicas, que contienen y definen las características técnicas de los proyectos, materiales y sistemas de construcción y urbanización, de acuerdo a los



requisitos de obligatoriedad que establece la Ordenanza General. Las normas técnicas de aplicación obligatoria deberán publicarse en internet y mantenerse a disposición de cualquier interesado de forma gratuita”.

Por su parte, el artículo 116 preceptúa en aquello que interesa al recurso en estudio que: “La construcción, reconstrucción, reparación, alteración, ampliación y demolición de edificios y obras de urbanización de cualquier naturaleza, sean urbanas o rurales, requerirán permiso de la Dirección de Obras Municipales, a petición del propietario, con las excepciones que señale la Ordenanza General”(…)“El Director de Obras Municipales concederá el permiso o la autorización requerida si, de acuerdo con los antecedentes acompañados, los proyectos cumplen con las normas urbanísticas...”. “Se entenderá por normas urbanísticas aquellas contenidas en esta ley, en su Ordenanza General y en los instrumentos de planificación territorial que afecten edificaciones, subdivisiones, fusiones, loteos o urbanizaciones, en lo relativo a los usos de suelo, cesiones, sistemas de agrupamiento, coeficientes de constructibilidad, coeficientes de ocupación de suelo o de los pisos superiores, superficie predial mínima, alturas máximas de edificación, adosamientos, distanciamientos, antejardines, ochavos y rasantes, densidades máximas, estacionamientos, franjas afectas a declaratoria de utilidad pública y áreas de



riesgo o de protección. La Dirección de Obras Municipales, a petición del interesado, emitirá un certificado de informaciones previas que contenga las condiciones aplicables al predio de que se trate, de acuerdo con las normas urbanísticas derivadas del instrumento de planificación territorial respectivo. El certificado mantendrá su validez mientras no se modifiquen las normas urbanísticas, legales o reglamentarias pertinentes. Los certificados de informaciones previas que se otorguen respecto de los lotes resultantes de subdivisiones afectas y loteos con urbanización garantizada mantendrán su vigencia mientras no se modifiquen el plano de subdivisión, loteo o urbanización, o las normas urbanísticas legales o reglamentarias. Sin perjuicio de lo anterior, podrán someterse a la aprobación del Director de Obras Municipales, anteproyectos de loteo, de edificación o de urbanización. El anteproyecto aprobado mantendrá su vigencia respecto de todas las condiciones urbanísticas del instrumento de planificación territorial respectivo y de las normas de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones consideradas en aquél y con las que se hubiere aprobado, para los efectos de la obtención del permiso correspondiente, durante el plazo que determine la misma Ordenanza”.

Quinto: Que, de conformidad con la definición contenida en el artículo 1.1.2 de la Ordenanza General de



Urbanismo y Construcciones, el anteproyecto de una obra de edificación constituye una etapa previa a la solicitud de permiso de edificación, mediante la cual el interesado manifiesta a la Dirección de Obras Municipales una idea de proyecto con el propósito de verificar la normativa que le afecta, el cual solo ha de ser aprobado si los antecedentes presentados cumplen con las normas urbanísticas que le son aplicables establecidas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en su Ordenanza General y en los Instrumentos de Planificación Territorial. Luego, el anteproyecto aprobado "para los efectos de la obtención del permiso correspondiente, mantendrá su vigencia respecto de todas las condiciones urbanísticas del Instrumento de Planificación Territorial respectivo y de las normas de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones consideradas en aquél y con las que se hubiere aprobado", durante el periodo de 180 días por regla general o un año, según sea el caso, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1.4.11 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

Sexto: Que precisamente el interesado en la edificación de la obra nueva de que se trata, hizo uso de la facultad que el artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones contempla en su favor, en tanto sometió a la aprobación del Director de Obras Municipales de la comuna de Ñuñoa un anteproyecto de edificación que



fue aceptado por dicho organismo, mediante la Resolución de Aprobación de Anteproyecto de Edificación de Obra Nueva N° 05/2015 de 5 de febrero de 2015, en el inmueble ubicado en calle Luis Pereira N° 774-776-786-790 de la comuna de Ñuñoa. A continuación, para la obtención del permiso de edificación que la norma legal citada exige para la ejecución de una obra nueva y actuando según se establece en el artículo 5.1.6 N° 1 letra h) de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, el interesado presentó al Director de Obras Municipales el anteproyecto de edificación aprobado. Aquella actuación importó en definitiva que tal antecedente haya sido uno de los elementos que el órgano municipal tuvo en consideración para conceder el Permiso de Edificación de Obra Nueva N° 352/2015 de 28 de septiembre de 2015 para la construcción de un edificio destinado a vivienda.

Séptimo: Que, seguidamente la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la Región Metropolitana, en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 4 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, mediante el Ordinario N° 5655 de 17 de noviembre de 2015, realizó una serie de observaciones contenidas en los apartados signados con las letras b) y d) respecto de la aprobación del Anteproyecto de Edificación de Obra Nueva N° 05/2015, considerando que el plan autorizado no se ajusta a derecho y que como tal la



Dirección de Obras Municipales debía subsanar las irregularidades detectadas con antelación a la emisión del permiso de edificación, atendido el incumplimiento del artículo 2.6.11 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, pues, "la superficie de la sombra proyectada del volumen teórico sobre los predios vecinos del deslinde oriente, poniente y sur está distorsionada".

Ahora bien, aun cuando las observaciones al anteproyecto de edificación fueron formuladas con posterioridad a la extensión del permiso de construcción, la actuación de la autoridad administrativa motivó la declaración de invalidez de la Resolución de Aprobación del Anteproyecto de Edificación de Obra Nueva N° 05/2015 como consta a fojas 171, toda vez que el volumen teórico del estudio de sombras incluyó adosamientos en el deslinde sur y poniente que no estaban considerados en el volumen proyectado.

Octavo: Que al respecto es necesario señalar que ciertamente la etapa previa de que se conoce no constituye un requisito para que la Dirección de Obras otorgue un permiso de edificación de obra nueva, puesto que es opcional para el interesado someter a la aprobación de dicha entidad un anteproyecto de edificación, pero aprobado y estando vigente un anteproyecto que haya servido de base para el desarrollo del proyecto, la resolución que así lo acredita, es uno de los antecedentes que han de ser



presentados al Director de Obras para obtener el permiso de edificación de obra nueva, tal como aconteció en la especie, desde que la Resolución de Aprobación del Anteproyecto de Edificación de Obra Nueva N° 05/2015 constituyó uno de los motivos tenidos en consideración por la entidad municipal al momento de otorgar el permiso de edificación.

Noveno: Que lo dicho resulta trascendental para la revisión del acto censurado, toda vez que ningún antecedente permite asentar que la deficiencia apuntada por la autoridad administrativa -que tornaba contrario a derecho el anteproyecto que sirvió de base para el desarrollo del proyecto-, haya sido subsanada al momento de conceder el permiso en comento, tanto más cuanto que el vicio observado no fue advertido en su oportunidad por la Dirección de Obras. Desde luego, aquella circunstancia permite concluir que la autorización para edificar fue otorgada transgrediendo las normas que regulan su aprobación.

En efecto, como se observa de las normas urbanísticas contenidas en el permiso de obra nueva, aparece que la construcción se autoriza bajo la figura que establece el artículo 2.6.11 de la Ordenanza General, aun cuando no se cumple con el presupuesto que la norma exige, puesto que si bien aquella permite que las edificaciones aisladas sobrepasen la altura de la rasante predeterminada (60°), su



factibilidad se encuentra supeditada a que las sombras que éstas arrojen no sean mayores que las proyectadas por el denominado volumen teórico, cuyo no es el caso habida consideración de la distorsión de la superficie de sombra proyectada.

Décimo: Que, en ese contexto, si bien conforme a la normativa que regula la materia de que se trata, el acto impugnado, en principio, debiera ser considerado legal, puesto que ha sido dispuesto dentro de la órbita de las competencias que la ley ha encomendado a la Dirección de Obras, y emanado del ejercicio de las facultades con que se ha dotado a la recurrida respecto de la concesión de permisos de edificación, es lo cierto que, como se ha sostenido, la determinación reprochada en estos autos debe ser tildada de ilegal, toda vez que la autorización dispuesta por el Director de Obras de la comuna de Ñuñoa permite la construcción de una obra en disconformidad con las disposiciones de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, de su Ordenanza General y el Instrumento de Planificación Territorial, como además, contrario al interés general de los habitantes de la comuna.

En otras palabras, es posible concluir que al emitir el Permiso de Edificación, el órgano municipal no solo actuó sin contar con respaldo normativo, sino que, por la inversa, quebrantó de manera flagrante las disposiciones que rigen la situación en examen.



Undécimo: Que, por otra parte, de los antecedentes de autos aparece, además, que el indicado permiso fue extendido por el Director de Obras de un modo que no puede ser calificado de regular, toda vez que siendo un hecho no controvertido que la obra a construir corresponde a un edificio de cinco pisos de altura o catorce metros medidos desde el nivel de la solera, el espacio que se destina por concepto de antejardín, vale decir, el área entre la línea oficial y la línea de edificación, corresponde a una zona inferior a aquella que el Plan Regulador Comunal contempla para las edificaciones de una altura inferior.

Duodécimo: Que, en ese contexto resulta importante destacar que de conformidad con las normas específicas de edificación contenidas en el Plan Regulador Comunal, el área mínima de antejardín resulta proporcional a la elevación de la edificación, lo que equivale a sostener que la dimensión del terreno destinada con tal propósito es mayor conforme mayor sea también la altura de la obra. Luego, si bien es efectivo que el instrumento de planificación territorial no regula la superficie de antejardín cuando la altura de la edificación es de cinco pisos o catorce metros medidos desde la solera, resulta evidente la ausencia de razonabilidad en el permiso concedido, puesto que la dimensión de cinco metros de antejardín que la recurrida autoriza no solo es ostensiblemente inferior a aquel mínimo que la normativa



urbanística estable para edificaciones de cuatro pisos, sino que además, es equivalente a la extensión que debe satisfacer una edificación de uno a tres pisos de altura.

Décimo tercero: Que, en conformidad al criterio establecido por reiterada jurisprudencia de nuestros tribunales, "para que exista arbitrariedad debe haber carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, falta de proporción entre los motivos y el fin o finalidad a alcanzar, ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener o, aún, inexistencia de los hechos que fundamentan un actuar, o sea, una actuación carente de fundamentación" (Zabala Ortiz, José Luis, Recurso de Protección, Casos y Jurisprudencia, Editorial Punto Lex y Thomson Reuters, Santiago, 2009, pág. 13).

Décimo cuarto: Que de lo anotado, no cabe sino concluir, que la decisión adoptada por el órgano municipal resulta de igual modo arbitraria, toda vez que una parte de las especificaciones técnicas conforme a las cuales se autoriza construir un edificio vivienda de cinco pisos de altura, aparece desprovista de fundamento o carente de justificación, al establecer una condición de edificación que resulta desproporcionada en relación a obras cuya elevación incluso es inferior a la proyectada en el caso en estudio.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la



República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se confirma** la sentencia apelada de catorce de julio de dos mil dieciséis.

Acordada con el **voto en contra** de la Ministra señora Egnem, quien estuvo por revocar la sentencia apelada y en consecuencia por rechazar el recurso, teniendo únicamente presente que la acción de protección no es la vía adecuada para sustanciar y resolver una materia como la planteada en el presente conflicto, misma que debe ser debatida en el procedimiento especialmente previsto al efecto por el legislador.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Muñoz y de la disidencia, su autora.

Rol N° 49.726-2016.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Ricardo Blanco H., y Sr. Manuel Valderrama R. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, la Ministra señora Sandoval por estar con feriado legal. Santiago, 02 de octubre de 2017.





PPJZCXSXTT

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a dos de octubre de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

