

Santiago, veintiséis de agosto de dos mil trece.-

VISTOS y teniendo presente:

1º Que a fojas 28 y siguientes el Sr. Ricardo Majluf Sapag, ingeniero civil, domiciliado en calle El Retiro N°5101, Comuna de Vitacura, interpone un recurso de protección en contra de tres actos administrativos arbitrarios e ilegales que lo privan y amenazan en el legítimo ejercicio de sus derechos constitucionalmente garantizados, en contra del Secretario Regional Ministerial de la Vivienda de la Región Metropolitana (SEREMI) Sr. Juan Andrés Muñoz Saavedra y la Directora de Obras de la Municipalidad de Vitacura (DOM) Sra. María Cristian Calvo Carmona, cuales son:

a) El ORD. N°670 dictado por el Seremi MINVU de 13/02/2013 por el cual se instruye a la DOM no aplicar el artículo 27 del Plan Regulador Comunal de Vitacura (PRCV) frente al proyecto de edificio de Inmobiliaria Forel S.A. y respecto de cualquier otro proyecto.

b) El Permiso de Edificación N°37/2013 que dicta la DOM de Vitacura el 22/03/2013,

c) La Resolución de Aprobación de Anteproyecto N°11/2013 emitida por la DOM de Vitacura, de 05/04/2013.

Señala que tales actos administrativos vulneran tanto su derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N°2 de la Constitución, como la garantía a que se respete su derecho de propiedad, contemplado en el artículo 19 N°24 del mismo texto normativo.

A este respecto indica que, tanto el permiso de edificación como la aprobación del anteproyecto dictados por la Directora de Obras Municipales de Vitacura, son consecuencia directa de la instrucción impartida por el Seremi MINVU en la cual de manera formal y explícita se instruye para desconocer la aplicación del artículo 27 del Plan Regulador de Vitacura, que señala “Las edificaciones que generan una cuota igual o superior a 15 unidades de estacionamientos, sólo podrán construirse en lotes que tengan acceso vehicular a una calle de un ancho mínimo o igual a 15 metros entre Líneas Oficiales, o a dos o más calles de un ancho mínimo igual o superior a 10 metros entre Líneas Oficiales cada una, salvo las excepciones indicadas bajo las cuerdas de las Áreas de Edificación”.

Y en los actos por los cuales recurre, han desconocido dicho precepto, pues la calle el retiro posee dimensiones reducidas de tan sólo 7 metros y los edificios que ambos proyectos pretenden, con 89 y 90 estacionamientos respectivamente, no cumplen con dicha ordenanza. Señalando incluso, que los actos dictados por la Directora de Obras, fueron hechos contra su criterio y parecer, debido a la instrucción expresa del superior jerárquico, el Seremi MINVU, quién le ordenó procediera sin considerar la norma antes referida.

A este respecto, incluso la DOM en ORD. N°1628/2012 dirigiéndose al Seremi, indica que “...cabe señalar que el mencionado artículo 27 del PRCV fue aprobado de acuerdo al procedimiento contemplado en los artículos 41 y siguientes de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, procedimiento del cual la SEREMI-MINVU decretó de manera favorable en su momento para aprobar el PRCV”.

Por lo anterior, solicita se dejen sin efecto los referidos actos administrativos, ordenándose la paralización de cualquier trámite, como obra, relacionado con los permisos de edificación previamente señalados, con costas;

2° Que, en lo principal del escrito que rola a fojas 76 y siguientes, don Andrés Ibarra Videla, en representación de la Directora de Obras de la Municipalidad de Vitacura, María Cristina Calvo Carmona, informa al tenor del recurso de protección interpuesto por el recurrente.- Dice que la recurrente dice verse afectada por la dictación del acto administrativo contenido en el ORD N°670 de 13/02/2013 de la Seremi de Vivienda y Urbanismo de la Región Metropolitana; el Permiso de Edificación N°37/2013 de su representada, de fecha 22/03/2013 para las propiedades N°4899, 4901, 5047 y 5085, y; Certificado de Aprobación de Anteproyecto N°11/2013 de 05/04/2013 de su representada para las propiedades N°4849, 4853, 4867 y 4891, todas ubicadas en calle el retiro de la comuna de Vitacura.

Señala que efectivamente, por la dictación de tales actos administrativos, se ha dejado sin aplicación el artículo 27 del Plan Regulador Comunal de Vitacura, sin embargo su representada no incurrió con su accionar en actos ilegales o administrativos, toda vez que:

En primer lugar, en lo que dice relación con el Permiso de Edificación N°37/2013, ante una solicitud de obra nueva realizada por la Inmobiliaria Forel Ltda., la DOM mediante acta de observaciones señaló que el proyecto no

cumplía con el artículo 27 del PRCV, disposición que es obligatoria para la DOM (artículo 1.1.3 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones), lo que motivo una solicitud de pronunciamiento de la constructora a la Seremi MINVU, la que mediante ordinario N°64 de 08/01/2013, estimó improcedente la observación de la DOM y señaló que “...corresponderá a la DOM, en el evento de no existir obligaciones pendientes, continuar con la tramitación del expediente en análisis”.

Por lo anterior, su representada, por Ordinario N°100/2013 de 16801/2013 ejerció su derecho de Representación, conforme lo establecido en el artículo 59 de la Ley 18.883, señalando que lo que hace la SEREMI es “pretender derogar, mediante la vía administrativa una disposición que se encuentra plenamente vigente y que sólo puede ser derogada y por ende no aplicada, a través de una modificación al Plan Regulador, siguiéndose para ello todo el procedimiento legal que establece nuestra legislación al respecto”.

No obstante lo anterior, la Seremi MINVU mediante ORD. N°670 de 13/02/2013, por la vía administrativa de la “Insistencia”, referida en la disposición antes señalada, instruyó a la DOM en orden a que no debe aplicar la norma del artículo 27 del PRCV, cuestión que en virtud del principio jerárquico que gobierna los procedimientos administrativos, implicó insoslayablemente para su representada, dictar el permiso de edificación antes citado.

En segundo término, en relación al Anteproyecto N°11/2013, con fecha 29/10/2012 su representada emite Acta de Observaciones a la solicitud de anteproyecto de la empresa Idea Inmobiliaria S.A. para la edificación de un edificio de altura ubicado en las propiedades ya indicadas, por no cumplir con lo dispuesto en el artículo 27 del PRCV, a lo cual la empresa presenta un reclamo ante el Seremi MINVU, pero habiéndose recibido a esa fecha el Ordinario N°670 de la Seremi MINVU, se emite Resolución de Aprobación de Anteproyecto, en estricta sujeción a lo ordenado por su superior jerárquico técnico.

Por lo anterior, reitera que no existió por parte de su representada un accionar ilegal y arbitrario, toda vez que se vió obligada a entregar el permiso, por lo que el recurso de protección debe ser desestimado respecto de su parte;

3° Que, en lo principal del escrito que rola a fojas 91 y siguientes, don Juan Andrés Muñoz Saavedra, en su calidad de Secretario Regional Ministerial Metropolitano de Vivienda y Urbanismo, informa al tenor del recurso de protección interpuesto por el recurrente.

Señala que, su representada emitió el ORD. N°64 de 08/01/2013, por el que le reitera a la DOM de Vitacura que, a partir del pronunciamiento emitido por la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, contenido en su oficio ORD. N°079 de 31/01/2011, por el que se concluyó que los Planes Reguladores Comunes están facultados (en la materia que nos ocupa) sólo para definir la dotación mínima de estacionamientos, esta repartición ministerial se ha manifestado respecto del aludido artículo 27 del Plan Regulador Comunal de Vitacura concluyendo que aquel se aparta de las materias que puede normar un Plan Regulador Comunal, por cuanto no es competencia de ese instrumento de Planificación Territorial el establecer restricciones a la cantidad de estacionamientos proyectada en virtud de alguna tipología de vía, toda vez que dichas materias se encuentran normadas en los artículos 2.1.1.; 2.1.36; 2.3.1; 2.3.2 y 2.3.3. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, indicando además que el criterio ya expuesto le ha sido comunicado a la DOM de Vitacura en varios otros oficios.

Agrega, que la DOM de Vitacura representa la instrucción contenida en el ORD N°64, por lo que su representada mediante oficio N°670 de 13/02/2013 (que se impugna en estos autos), le aclara a la DOM que no procede la representación, toda vez que no existe un vínculo de jerarquía entre ambas reparticiones, por otro lado, en cuanto a la aplicabilidad del mencionado artículo 27, se le reitera lo ya planteado en numerosos oficios, en el sentido que debe prescindir de la aplicación del artículo 27 del PRCV, por cuanto tal disposición desborda el ámbito de atribuciones de un instrumento de Planificación Territorial.

Por otra parte señala, que el conocimiento de asuntos de esta naturaleza no es propio de una acción cautelar y no puede tener por objeto, como pretende el actor, la declaración o constitución de derechos.

Agrega que el mencionado ORD. N°670, no ha hecho más que seguir el criterio que, tanto la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo como la Contraloría General de la República han

trazado en relación a las normas que exceden la competencia de un Plan Regulador Comunal.

Señala, por último, que por expresa disposición del artículo 4 del DFL Ley general de Urbanismo y Construcciones, le corresponde a la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo impartir las instrucciones para la aplicación de las disposiciones de la citada Ley y su Ordenanza General, mediante circulares. Es por ello, que en el ejercicio de tales facultades esa División emitió la circular ORD. N°0935 de 01/12/2009, mediante la cual instruye respecto de la formulación y ámbito de acción de planes reguladores comunales, estableciendo en los párrafos 4° y 5° de su punto 3.2.3.14 “Estacionamientos”, lo que sigue:

“Los Planes Reguladores Comunales están facultados sólo para definir los siguientes aspectos de esta norma urbanística:

- Establecer la dotación mínima de estacionamientos
- Prohibir el uso compartido de la exigencia de estacionamientos

“Cabe hacer presente que los instrumentos de planificación territorial no tienen competencias para establecer estándares de diseño de los estacionamientos, ni de las vías internas que acceden a ellos, así como características, dimensiones u otras disposiciones que se aparten de lo señalado en el párrafo anterior, de toda vez que estas materias son de competencia de la ordenanza General de Urbanismo y Construcciones”. Por lo anterior, concluye que la impugnación de autos resulta improcedente, por cuanto no cabe considerar el acto recurrido como arbitrario o ilegal. Toda vez que los artículos 2.4.1 y siguientes de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, regulan las competencias de los Planes Reguladores Comunales en cuanto a la norma urbanística de estacionamientos, revistiéndolos de atribuciones sólo para establecer la dotación mínima de estacionamientos y para prohibir el uso compartido de la exigencia de estacionamientos, más no para condicionar el emplazamiento de una edificación al acceso de una vía determinada según las unidades de estacionamientos que genere.

Por ello, no se puede estimar que con la emisión de la resolución recurrida, se pueda haber vulnerado alguna garantía constitucional, teniendo en consideración, que su contenido es sólo la expresión de mandatos legales y de

los criterios contemplados en la jurisprudencia administrativa vigente sobre la materia que se reclama, por lo que solicita rechazar con costas el recurso interpuesto por don Ricardo Majluf Sapag;

4° Que, en síntesis, el problema que corresponde dilucidar por medio del presente recurso de protección consiste en determinar cual es la norma jurídica que se debe aplicar para resolver el presente caso.

En efecto, según el parecer de la recurrente se ha vulnerado el parecer de la Dirección de Obras Municipales de la I. Municipalidad de Vitacura quién dando aplicación a las normas pertinentes del Plano Regulador de la referida comuna ha objetado la construcción de un edificio en altura ubicado en un sector residencial por tener un elevado número de estacionamientos que podrían impedir el normal desplazamiento vehicular por carecer las calles adyacentes de las medidas necesarias para hacerlo efectivo.

Por otra parte, como la recurrida recurrió a la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo dicho organismo por medio del oficio ordinario ORD. N°64 de 08/01/2013, señaló al respecto lo siguiente:

“Por Acta de Observaciones de fecha 16.10.2012, Observación N°1 de los antecedentes se indica: Su presentación no cumple con el artículo 27 del PRCV-93, considerando lo estipulado en el artículo N° 1.1.3 de la O.G.U.C., el que indica que las solicitudes de aprobaciones o permisos presentadas ante las Direcciones de Obras Municipales serán evaluadas y señaladas conforme a las normas vigentes en la fecha de su ingreso y que a la fecha de hoy el PRCV-93 no ha sido modificado”.

Agrega que respecto a la aplicación del tantas veces mencionado artículo 27, cabe reiterar una vez más, que a partir del pronunciamiento emitido por la Dirección de Desarrollo Urbano, a través del ORD. N°0079 de fecha 31.01.2011, por el cual se concluyó que los Planos Reguladores Comunes están facultados sólo para definir la dotación mínima de estacionamientos, esta Secretaría Ministerial se ha pronunciado respecto a la aplicación de la norma ya señalada, concluyendo que ésta se aparta de las materias que puede normar un Plan Regulador Comunal, por cuanto no es competencia de estos instrumentos de Planificación establecer restricciones a la cantidad de estacionamientos proyectados en virtud de alguna tipología de vía, ya que

dichas materias, se encuentran tratadas en la OGUC (2.1.1., 2.1.3.6., 2.3.1., 2.3.2. y 2.3.3. de OGUC).

5° Que, como lo que se discute en estos antecedentes se limita a establecer si la derogación del artículo 27 del Plan Regulador Comunal de Vitacura realizada por la Secretaria Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo la que ha significado que la Dirección de Obras Municipales de la Municipalidad de Vitacura es jurídicamente válida, lo cual en concepto de esta Corte no resulta jurídicamente procedente por cuanto no cumple con las normas legales que regulan la derogación de Planes Reguladores Comunales.

En efecto, el artículo 27 del PRCV fue aprobado por la SEREMI mediante ORD. N°59 de 1999, siendo confirmado en su validez mediante el ORD. N°462 de 2008.

Sin embargo, como la SEREMI, basándose en una nueva interpretación de la Dirección de Desarrollo Urbano que alude a supuesta contradicción entre el PRCV y la OGUC, deja sin efecto los dos actos administrativos señalados anteriormente, en circunstancia que carece de facultad para hacerlo, puesto que el artículo 4° de la LGUC sólo le permite supervigilar e interpretar los instrumentos de planificación territorial, no la de derogar los mismos. Interpretar una norma jurídica es determinar su sentido y alcance, derogar, en cambio, es terminar con sus efectos.

Por otra parte, la modificación que se realice a los Planos Reguladores Comunales se debe someter al mismo procedimiento que se utiliza para su aprobación, el cual se señala en el artículo 45 en relación con el artículo 43 de la LGUC, dicha norma contempla diversos trámites los cuales son los siguientes:

1. Informar a los vecinos, especialmente a los afectados de sus efectos;
2. Realizar una o más audiencias públicas en los barrios o sectores más afectados para exponer el proyecto a la comunidad;
3. Consultar la opinión del Consejo Económico y Social Comunal, en sesión citada expresamente para este efecto; y,
4. Exponer el proyecto a la comunidad, con posterioridad a la audiencia pública.

Los referidos trámites deben ser avisados mediante la publicación de dos avisos, en semanas distintas, en el diario de mayo difusión de la comuna.

Asimismo, el artículo 43 de la LGUC en su inciso 12 ordena que: “Los actos administrativos que promulguen la aprobación de un instrumento de planificación territorial, deberán publicarse en el Diario Oficial, junto con la respectiva ordenanza.

Lo anterior, también se ratifica en virtud de lo expuesto en el artículo 4° inciso 2° de la LGUC que dispone: “Las interpretaciones de los instrumentos de planificación territorial que las Secretarías Regionales Ministeriales emitan en el ejercicio de las facultades señaladas en este artículo, sólo regirán a partir de su notificación o publicación, según corresponda”.

Ninguna de las exigencias antes señaladas ha sido cumplida en la especie.

Por último, a este respecto resulta necesario señalar que el artículo 3° inciso 8° de la Ley N°19.880 señala lo siguiente: “Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y de exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia...”, lo que tampoco ha ocurrido tal como se ha señalado precedentemente.

En virtud de lo antes expuesto resulta que por haber sido transgredido el principio de legalidad contemplado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, también se valoran los preceptos constitucionales invocados por la recurrente, esto es, la garantía de igualdad ante la ley y el derecho de propiedad, consagrados en el artículo 19 N°2 y 24° de la carta Fundamental;

Que, no obstante que resulta evidente que los denominados Planes Reguladores Comunes deben ajustarse a las normas que contempla la Ley General de Urbanismo y Construcciones, la facultad de interpretarlas corresponde a la respectiva Dirección de Obras de la Municipalidad correspondiente, siendo improcedente que la Secretaría Regional Ministerial Metropolitana de Vivienda y Urbanismo se arrogue la potestad de “derogar” un artículo del señalado Plano Regulador, que es precisamente el llamado a determinar y fijar en un sentido amplio la determinación urbanística de cada una de las comunas donde debe aplicarse;

6° Que, asimismo, es necesario destacar que la facultad de interpretar las normas jurídicas corresponde con exclusividad a los tribunales que señala la ley, lo cual realiza por medio de los procedimientos que el orden jurídico

contempla para cada caso específico y, por ello resulta que si no se piensa que las referidas regulaciones carecen de importancia y, que la necesidad de velar por el desarrollo armónico de un sector residencial cautelando la mejor calidad de vida de los vecinos, es un asunto que carece de importancia y que necesariamente debe ceder al desarrollo inmobiliario que vulnera dichos límites, por resultar más beneficioso a otros intereses que no son precisamente los que la Ley Urbanismo y Construcciones debe resguardar;

7º Que, en consecuencia, el Permiso de Edificación N°37/2013 del Anteproyecto de Edificación (N°11/2013), al desconocer específicamente la norma contenida en el artículo 27 del PRCV, que autoriza la construcción de 89 estacionamientos (74 más 15 de visitas) y, el Anteproyecto que autorizó la construcción de 90 estacionamientos (76 más 14 de visitas) que sobrepasa el máximo de 15 estacionamientos permitidos dada las dimensiones de la calle El Retiro, dadas las dimensiones de esta última, resulta ser ilegal y arbitrario, pues se ha otorgado el referido permiso de edificación con violación de las garantías constitucionales que describen los Nos. 9 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en el primer caso, pues la SEREMI y la DOM que ha otorgado las referidas autorizaciones se han constituido en un tribunal al interpretar normas jurídicas que regulan la materia de una manera arbitraria al exceder las facultades que detenta en virtud de la ley, y, por otra parte, resulta evidente que la construcción de los referidos proyectos inmobiliarios violentando el aludido Plan Regulador al exceder el número de estacionamientos permitidos, constituye también una afectación de la facultad constitucional que consagra el derecho de propiedad en atención al efecto sobre la plusvalía que podría proceder el recurrente si se aplicaran las resoluciones administrativas que han sido objetadas por medio del presente recurso.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales de la Excma. Corte Suprema, se declara:

Que **SE ACOGE, con costas**, el recurso de protección, deducido por don Ricardo Majluf Sapag, en contra de Secretaría Regional Ministerial de la Vivienda y Urbanismo de la Región Metropolitana y la Dirección de Obras de

la Municipalidad de Vitacura, y en consecuencia, se deja sin efecto, la resolución del SEREMI de Vivienda y Urbanismo RM. ORD. N°670 de 13/02/2013, mediante el cual se instruye a la Dirección de Obras Municipales de Municipalidad de Vitacura respecto a que no debe aplicar la norma del artículo 27 del Plan Regulador de esa comuna.

Asimismo, se deja sin efecto, el Permiso de Edificación N°37/2013, de 22/03/2013 otorgado por la Dirección de Obras antes referida y, consecuencialmente, la Resolución de Aprobación de Anteproyecto N°11/2013 de 05/04/2013, dictada por esa Dirección de Obras, a la que se comunicará que debe ordenar la paralización de las obras cuestionadas.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.-

Redacción del Ministro Sr. Alejandro Madrid Crohare.-

Protección N°19.395-2013

Pronunciada por la **Octava Sala de esta Corte de Apelaciones de Santiago**, Presidida por el Ministro señor Alejandro Madrid Croharé e integrada por la Ministra señora Marisol Rojas Moya y el Abogado señor Rodrigo Asenjo Zegers.

En Santiago, veintiséis de agosto de dos mil trece, autorizo la resolución que antecede, la que se notifica por el estado diario con esta fecha.