



EN LO PRINCIPAL: ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE PRECEPTO LEGAL QUE INDICA. **PRIMER OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS. **SEGUNDO OTROSÍ:** SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO. **TERCER OTROSÍ:** SOLICITUD QUE INDICA. **CUARTO OTROSÍ:** PATROCINIO Y PODER. **QUINTO OTROSÍ:** NOTIFICACIÓN.

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTURO FERMANDOIS VÖHRINGER, en representación de Inmobiliaria Placilla SpA, ambos domiciliados para estos efectos en Avenida Nueva Costanera N°4040, oficina 52, comuna de Vitacura, ciudad de Santiago, a este Excmo. Tribunal Constitucional respetuosamente digo:

Que, de conformidad a lo autorizado y previsto por el artículo 93, inciso primero N°6 e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República (en adelante la “Constitución” o “CPR”) y por los artículos 31 N°6, 42 y 44 y normas del párrafo 6° del Título II de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (en adelante, también, “LOCTC”), y cumpliendo con los requisitos exigidos por todas ellas, vengo en interponer requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del precepto legal constituido por: **la frase del inciso primero del artículo 6° de la Ley N°10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República (la “Contraloría” o “CGR”), que dispone: “y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización”; por el inciso final del artículo 9° de la misma ley, que ordena: “Estos informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran”, y por la frase del artículo 52 de la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que indica: “sobre todas las materias sujetas a su control”;** siendo estas tres frases constitutivas de un mismo precepto legal para efectos del artículo 93 N°3 de la Carta Fundamental (en adelante el “Precepto Legal” o el “Precepto Impugnado”), cuya aplicación resulta abiertamente contraria a la CPR en la gestión pendiente sustanciada ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, correspondiente al recurso de protección caratulado “*Inmobiliaria Fortaleza Placilla SPA/Contraloría General de la República*”, Rol Ingreso Protección N°88.101-2018 y acumulados, en que varios recurrentes solicitan se deje sin efecto el Dictamen N°27.918, de fecha 12 de noviembre de 2018, del Contralor General de la República (en adelante, “el Contralor”).

En síntesis, el Precepto Impugnado es el sustento legal que habilitó al Contralor para emitir el Dictamen N°27.918, (en adelante, “el Dictamen”), y que, como parte de una facultad legal creada muchas décadas atrás bajo el imperio de la Carta de 1925, y que consiste en el poder de ese órgano de emitir informes o dictámenes obligatorios para los funcionarios públicos –la denominada “potestad dictaminante”– permitió, en los hechos de que trata la gestión pendiente, que el Contralor se arrogue una potestad completamente inconstitucional, por la cual:

- i. suplanta por disposición del mismo precepto, y sin matiz ni exclusión alguna, el criterio y potestad técnica-urbanística del Director de Obras Municipales de Estación Central (en adelante, “DOM”) en la materia respectiva, altamente técnica;
- ii. emite, bajo apercibimiento de graves apremios sobre el DOM de Estación Central, una orden consistente en la irreversible e irresistible invalidación del acto administrativo firme constituido por el permiso de edificación N°77 de 2017, emitido por la misma Dirección de Obras Municipales, en ejercicio regular y lícito de sus funciones, de fecha 16 de mayo de 2017, que autorizó la construcción de la obra nueva consistente en un edificio de mediana escala residencial con **12 pisos de altura y 298 departamentos**, ubicado en la Calle Placilla N°134 de la comuna de Estación Central, permiso que luego resultó invalidado por el mismo DOM en acatamiento de lo resuelto por el Contralor, según se detalla y discute en la gestión pendiente;
- iii. actúa sin procedimiento legal alguno, sin expediente -ni físico ni electrónico-, sin publicidad de sus actos, sin plazo alguno que lo rija y sustituyendo vistosamente las atribuciones jurisdiccionales exclusivas que el artículo 76 de la Carta Fundamental reserva a los Tribunales de Justicia, removiendo retroactivamente con su dictamen todo el sustento legal del proyecto de construcción, el cual se encuentra en plena fase desarrollo y en el que **se han invertido más de 1.900 millones de pesos**, despojando directamente y sin más trámite a mi representada, titular del permiso de edificación, y además a todas las muchas otras personas naturales afectadas (por ejemplo, promitentes compradores), de todos sus derechos de edificación adquiridos sobre estos inmuebles, amparados en una sucesión de actos administrativos firmes (anteproyecto aprobado, permiso de edificación), en la confianza

legal y administrativa de tratarse de actos administrativos válidos y regulares, amparados por el ordenamiento jurídico.

Lo anterior no debe entenderse como un reproche a la persona del Contralor, ya que, como veremos, el problema de constitucionalidad se encuentra en el Precepto Legal, el cual configura una potestad que produce efectos inconstitucionales en la gestión pendiente.

El Precepto Legal se encuentra en estado de volver a recibir aplicación, con carácter decisivo, al resolverse las acciones de protección pendientes. En efecto, según se advierte de los recursos de protección interpuestos y acumulados, y especialmente del informe del Contralor, el Precepto Impugnado se ubica en el centro del conflicto, en tanto norma que otorga la competencia legal para emitir el acto que produce la vulneración de derechos fundamentales alegada.

De ser aplicado el Precepto Legal, con sus tres frases indisolubles, en la gestión pendiente, éste:

- i. produce un efecto absolutamente disruptivo del orden constitucional armónico de poderes creado por la Constitución Política de la República de 1980 y de su sistema de pesos y contrapesos, perturbando en su esencia y hasta límites jurídicamente insanos, las competencias exclusivas atribuidas por ella a la Administración del Estado y a los Tribunales de Justicia, distorsionando el marco que el Constituyente atribuyó a la Contraloría;
- ii. otorga respaldo jurídico al ejercicio de una potestad inconcebiblemente amplia que carece de rango constitucional, que fue diseñada hace casi 90 años para materias presupuestarias y patrimoniales –no técnico-jurídico-urbanísticas–, y que opera con fuerza irresistible, anulando, sin limitación temporal, actos administrativos firmes;
- iii. ampara desde la ley misma el Dictamen del Contralor en el caso concreto en que incide esta inaplicabilidad, y consecuentemente ampara también la ejecución de la orden del Contralor por parte del **Director de Obras de Estación Central, funcionario que, pese a haber previamente emitido el permiso de edificación de que es titular mi representada, ejecutó la invalidación del mismo mediante la Resolución DOM N°19-2/2019, para lo cual se fundó**

única y exclusivamente en la orden, instrucción e interpretación del Dictamen N°27.978, sosteniendo en ella como veremos que “*los **dictámenes** de la Contraloría General de la República se encuentran amparados por la presunción de legalidad (...) careciendo esta Directora de Obras Municipales de la facultad para **desconocer su existencia y contenido...***”.

- iv. mantiene en suspenso indefinido y permanente -sin límite alguno de tiempo previsto en los preceptos legales que aquí impugno- el permiso de edificación de que mi representada es titular, asunto que se discute en la gestión pendiente. La consecuencia jurídica de esta omisión normativa consiste en que jamás el permiso o anteproyecto, y jamás un acto administrativo podrá entenderse realmente firme, porque permanecerá indefinidamente sujeto a la aparición de un dictamen obligatorio del Contralor dirigido, en este caso, al DOM de Estación Central, y en general, a cualquier funcionario público, emitido en cualquier tiempo, que alterará radicalmente la validez, efectos y legitimidad de ese acto y los derechos creados a su amparo;
- v. consolida -mediante la aplicación del mismo Precepto Impugnado en la gestión pendiente- el quebrantamiento del **derecho de propiedad** sobre el permiso de edificación de que es titular mi representada, invocado en el recurso de protección de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, y también la propiedad sobre los inmuebles en cuya superficie **aquel permiso habilitó expresamente para construir, desbaratando y transformando en inservibles las inversiones** efectuadas para la adquisición de los predios (más de 1.300 millones de pesos), hechas con **posterioridad a la aprobación del anteproyecto por el DOM**- funcionario competente de acuerdo a la ley- y en la legítima confianza de la estabilidad de tal aprobación del anteproyecto y del permiso subsecuente;
- vi. precariza la función pública, al someter a un imposible administrativo al funcionario público titular de la Dirección de Obras Municipales encargado de emitir permisos, quién pese a ejercer funciones desconcentradas (art. 3 CPR), sufre la **imposición de un criterio técnico externo**, proveniente del Contralor, forzándolo bajo graves apercibimientos a dar aplicación retroactiva a una interpretación de la División de Desarrollo Urbano (contra su propia opinión y criterio

técnico), privar de valor y efectos a un anteproyecto aprobado, volver sobre sus pasos e invalidar actos administrativos firmes, y asestar un golpe jurídicamente demoledor a la certeza jurídica que la Carta Fundamental protege. Así, de no cumplir con la instrucción contralora, en los términos compelidos, el funcionario arriesga su cargo con efecto inmediato, por medio de una suspensión cuya decisión depende, discrecionalmente, del propio Contralor (art. 133 de la Ley N°10.336, en relación con el art. 51, inciso segundo, de la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, “LOCM”).

vii. vulnera, en suma:

- los artículos 6 y 7 de la Carta, por tratarse de un exceso de competencia que la Norma Suprema no ha autorizado dentro de nuestro Estado de Derecho;
- el artículo 19 en su numeral N°2, por habilitar al Contralor para el ejercicio arbitrario de potestades, al carecer de todo parámetro, plazo y límite formal o sustantivo, vulnerando la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria;
- el artículo 19 en su numeral N°3, incisos 5° y 6°, por transformar al Contralor en una *comisión especial* en su sentido material y permitirle el ejercicio de la potestad dictaminante vinculante e imperativa -según demostraremos- aun sin el más rudimentario procedimiento previo que acoja el ejercicio el derecho fundamental a la defensa, refutación, prueba e impugnación por parte de los afectados (mi representada Inmobiliaria Placilla SpA, en este caso);
- el art. 38 en relación al artículo 19 N°17, que amparan desde la Ley Suprema el ejercicio mismo racional, estable y legítimo de la función pública, el que se ve gravemente perturbado por una potestad dictaminante irrestricta, sobreviniente, carente de plazos, de procedimientos, de recursos y de toda deferencia a la discrecionalidad técnica del DOM;
- el artículo 19 en sus numerales N°24 y N°26, por crear un mecanismo que, al no salvaguardar los derechos adquiridos, deviene en altamente lesivo de la esencia de los derechos corporales e incorporales de propiedad del titular sobre un acto administrativo

firme que el Contralor ordena potestativamente invalidar sin indemnización alguna, además de vulnerar los derechos adquiridos por terceros, tales como los promitentes compradores de departamentos, todo ello, sin respetar las normas expropiatorias establecidas por la propia Constitución;

- el artículo 19 en su numeral N°21, por permitir al Contralor poner fin en forma abrupta e injustificada a una actividad económica lícita que se desarrollaba de acuerdo a las regulaciones vigentes, según declaraciones formales expresas de la autoridad competente (DOM);
- el artículo 19 en su numeral N°26, al habilitar al Contralor la aplicación retroactiva de una norma jurídica urbanística (la Circular Ordinaria N°203, de 16 de mayo de 2016, emitida por la División de Desarrollo Urbano Ministerio de Vivienda y Urbanismo –también llamada DDU 313–) en perjuicio de mi representada, y adicionalmente, por permitir la más completa incerteza respecto de la estabilidad de los actos administrativos firmes y favorables que ya han producido efectos;
- los artículos 76 y 99 de la Constitución Política, por tratarse el precepto legal que impugno en esta inaplicabilidad de una distorsión no querida por el constituyente para el ejercicio del control de la legalidad por parte del Contralor, y una sustitución constitucionalmente anómala y no democrática de las atribuciones jurisdiccionales exclusivas de los Tribunales de Justicia.

Este requirente no impugna en esta inaplicabilidad el resto de los artículos 6° y 9° de la Ley N°10.336 que no ha sido incluido expresamente, según el texto destacado más arriba. Es decir, queda a salvo de esta inaplicabilidad la potestad dictaminante del Contralor en cuanto se refiera a “*los asuntos que se relacionen con la aplicación del Estatuto Administrativo*”, y también su potestad de informar sobre la inversión y compromiso de los fondos del Fisco. Lo anterior, porque tanto el ejercicio de esta potestad en materias presupuestarias y funcionarias no resulta contraria a la Constitución, en general, como porque ellas no tienen incidencia en la gestión pendiente en que recae este recurso y en el control concreto que US. Iltma. debe ejercer.

La argumentación anunciada se desarrolla según el siguiente índice.

ÍNDICE

CAPÍTULO I.....	9
ANTECEDENTES.....	9
1. El Precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita a este Excmo. Tribunal.	9
2. La gestión pendiente en la que recae este requerimiento.	10
2.1. El Dictamen N°27.918 del Contralor: acto impugnado en el recurso de protección pendiente. Lo que se discute en la Corte. Contexto.	10
2.3. El recurso de protección que constituye la gestión pendiente en que incide esta inaplicabilidad.	18
2.4. El informe del Contralor en la gestión pendiente: sitúa el precepto aquí impugnado en el centro de la controversia pendiente.	20
2.5. Este requerimiento no trae un asunto de legalidad a este Excmo. Tribunal Constitucional. Blindaje de Corte Suprema a potestad dictaminante de Contraloría General de la República.	21
 CAPÍTULO II	 25
CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE ADMISIÓN A TRÁMITE Y ADMISIBILIDAD DEL REQUERIMIENTO	25
1. Cumplimiento de requisitos para ser acogido a tramitación.	25
2. Cumplimiento de los requisitos de admisibilidad.....	26
 CAPÍTULO III.....	 28
LA POTESTAD DICTAMINANTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. ORIGEN, RANGO NORMATIVO Y EVOLUCIÓN.....	28
1. La potestad dictaminante de la Contraloría General de la República. Descripción y contenido.....	28
2. Origen de la potestad dictaminante: ámbito esencialmente presupuestario. Alteraciones posteriores.	30
2.1. Primer germen de la potestad dictaminante (1928): obligación de emitir “ <i>informes</i> ” para la ejecución presupuestaria.....	31
2.2. El Decreto Ley N°258 de 1932 y la ampliación de las competencias contraloras: <i>organización, funcionamiento y atribuciones</i> de los servicios públicos.	33
2.3. El desarrollo de la potestad dictaminante como mecanismo de control de la Administración ante el vacío de jurisdicción contenciosa administrativa.	35

3. La potestad dictaminante no tiene fuente constitucional, sino exclusivamente legal.	38
3.1. La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (“CENC”) rechazó expresamente elevar a rango constitucional el poder de dictaminar.....	38

CAPÍTULO IV..... 43

LA POTESTAD DICTAMINANTE ES IRRESTRICTA Y DE AMPLITUD INCOMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN EN LA GESTIÓN PENDIENTE 43

1. La potestad dictaminante de la CGR carece de límite en cuanto a las materias y funciones respecto de las que se ejerce.....	44
2. La potestad dictaminante de la CGR -amparada en el inciso final del artículo 9° de la Ley N°10.336- es ilimitada, irrestricta y obligatoria para el funcionario destinatario, en los hechos y en el derecho.	45
3. La potestad dictaminante de los artículos 6 y 9 impugnados crea, admite e incluye el poder del Contralor para decretar una anulación contraria a derecho de actos administrativos firmes afectando derechos.....	54
4. La potestad dictaminante del CGR carece de todo plazo constitucional, legal y administrativo dentro del cual deba ejercerse. Es cronológicamente perpetua.	57
5. Potestad dictaminante precariza función pública, afectando su estabilidad, certidumbre y dignidad funcionarias.....	63

CAPÍTULO V..... 65

LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO IMPUGNADO EN LA GESTIÓN PENDIENTE 65

VULNERA DERECHOS CONSTITUCIONALES..... 65

1. Vulneración del Debido Proceso. La potestad dictaminante carece del más básico procedimiento previo legal, justo y racional para su ejercicio.	65
2. El Contralor como <i>comisión especial</i> que resuelve conflictos jurídicos....	67
3. Vulneración de la Igualdad, de la Prohibición de la Discriminación y de la Proscripción de la Arbitrariedad.....	70
4. Vulneración del derecho a desarrollar una actividad económica lícita. Agravios concretos en patrimonio de esta requirente por aplicación de preceptos legales impugnados.....	73
5. Vulneración del derecho de propiedad: privación de un permiso que se ha incorporado de buena fe en el patrimonio de mi representada.....	75
6. Vulneración del Derecho a la Seguridad Jurídica.	79

CAPÍTULO I ANTECEDENTES

1. El Precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita a este Excmo. Tribunal.

El Precepto Impugnado está conformado por secciones precisas de los artículos 6° y 9° de la Ley N°10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, a saber:

- la frase del inciso primero del artículo 6° que dispone: *“y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización”*; y
- el inciso final del artículo 9°, que ordena: *“Estos informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran”*.

Adicionalmente, el Precepto Impugnado también se integra por la frase del artículo 52 de la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (en adelante también “LOCM”), que indica: *“sobre todas las materias sujetas a su control”*.

Estas tres frases constituyen, para efectos del artículo 93, N°6 de la Carta Fundamental, **un mismo precepto legal**, que será aplicado por la Corte de Apelaciones al resolver la gestión pendiente, y que produce un efecto abiertamente inconstitucional.

En efecto, este precepto es la fuente legal de la potestad dictaminante de la Contraloría (en general y específicamente respecto de Municipalidades), entregándole una habilitación amplia, genérica e irrestricta para pronunciarse sobre cualquier materia y en cualquier momento, sin previo procedimiento, sin publicidad y sin una notificación al interesado siquiera, y con carácter obligatorio, como ocurrió en el presente caso con el permiso de edificación de mi representada alcanzado en la gestión pendiente, declarando en el Dictamen que se trataría de actos *“contrarios a derecho”* e instruyendo al DOM a la invalidación, bajo explícito apercibimiento de responsabilidad disciplinaria.

Como se advierte, la aplicación del Precepto Impugnado en este caso erige a la Contraloría en una especie de **suprapoder administrativo**, sin plazos, límites

ni procedimientos, que juzga por sí y ante sí la legalidad de actos administrativos autorizatorios firmes, emitidos hace años por otras autoridades *desconcentradas* (DOM) e impone su criterio bajo la amenaza de graves sanciones disciplinarias que, asimismo, dependen de su propio criterio. No existe, en nuestra institucionalidad, autoridad o magistratura alguna que detente esta clase superlativa de poder.

2. La gestión pendiente en la que recae este requerimiento.

La gestión pendiente en que recae este requerimiento consiste en el recurso de protección pendiente ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, rol de ingreso Corte N°88.101-2018. En este expediente se conoce y resolverá el recurso interpuesto por Inmobiliaria Fortaleza Placilla SpA, en contra del Dictamen N°27.918, de 12 de noviembre de 2018, al cual se han acumulado los recursos de protección interpuestos contra el referido dictamen por las siguientes empresas: Placilla SpA (rol de ingreso N°88.161-2018), Inmobiliaria Cenit Placilla Limitada (rol de ingreso N°88.170-2018), Eurocorp Dos S.A. (rol de ingreso N°88.186-2018), Inmobiliaria Nogales SpA, Inmobiliaria Ecuador Origen S.A., Inmobiliaria Ecuador S.A (rol de ingreso N°88.218-2018) y la Asociación Nacional de Revisores Independientes (rol de ingreso N°88.219-2018).

Mi representada, Inmobiliaria Placilla SpA, se hizo parte en los recursos de protección acumulados, invocando el impacto en sus derechos que tendrá lo que ahí se resuelva.

Adicionalmente, se han hecho parte en esta acción de protección: en contra del recurso, la Agrupación de Defensa de Barrios de Estación Central y la Fundación Defendamos la Ciudad, y a favor del recurso, las empresas Constructora Grevia SpA, Constructora Ingevec S.A., además de la Cámara Chilena de la Construcción.

2.1. El Dictamen N°27.918 del Contralor: acto impugnado en el recurso de protección pendiente. Lo que se discute en la Corte. Contexto y contenido.

Según se anticipó, los recursos de protección se han interpuesto en contra del Dictamen N°27.918 de noviembre de 2018, en que el Contralor declaró “*contrarios a derecho*” un conjunto de permisos de edificación otorgados por la

Dirección de Obras de Estación Central, incluyendo el Permiso de Edificación N°77/2017, otorgado a mi representada en mayo de 2017.

Todos los permisos de edificación afectados por la orden del Dictamen N°27.918 comparten dos características esenciales:

- se acogieron al *sistema de agrupamiento continuo* previsto en los artículos 1.1.2 y 2.6.1 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (en adelante, “OGUC”);
- se emitieron en conformidad con lo autorizado en **anteproyectos de edificación aprobados con anterioridad** a la dictación de la Circular Ord. N° 203 de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de fecha 16 de mayo de 2016 -conocida como la DDU N° 313-.

En el caso de mi representada, el Anteproyecto fue aprobado con fecha 26 de abril de 2016, por medio de la Resolución de Aprobación de Anteproyecto de Edificación N°22-2016.

La DDU 313 entonces, emitida después de la aprobación formal del Anteproyecto que favorece a mi representada, Inmobiliaria Placilla SpA, inauguró un nuevo criterio: interpretó los artículos 1.1.2 y 2.6.1 de la OGUC en el sentido que no correspondería aprobar proyectos de edificación continua en caso que no existiera un límite de altura previsto en el Plan Regulador respectivo o instrumento de planificación territorial¹. Tal era el caso de la comuna de Estación Central.

¹ La DDU 313 de 2016 es la primera circular en que dicho órgano sostiene esta interpretación. Por el contrario, anteriormente el Secretario Ministerial Metropolitano de Vivienda y Urbanismo (Seremi Minvu) había validado permisos que se acogían al sistema de agrupamiento continuo en la comuna de Estación Central en al menos dos oportunidades (Ord. N°1962 de 4 de junio de 2007 y Ord. N°5284 de 27 de noviembre de 2014). El último de estos pronunciamientos es especialmente ilustrativo, al concluir que: *“esta Secretaría estima que el Permiso de Edificación en análisis fue bien otorgado y en apego a la normativa vigente, lo cual es avalado por lo establecido en el inciso final del artículo 2.6.1. de la misma Ordenanza General”* (Ord. N°5284). Recuértese en este punto que el Seremi Minvu es el superior técnico del Director de Obras Municipales (art. 12 de la LGUC). Sin perjuicio de lo anterior, cabe advertir que la División de Desarrollo Urbano sí había manifestado una discrepancia con este criterio en un oficio interno (Ord. N 549 de 2007), dirigido al Seremi Minvu y a propósito del mismo proyecto validado en el Ord. N°1962. Sin embargo, en dicha ocasión la DDU reconoció que correspondía a la Seremi Minvu la interpretación de los instrumentos de planificación territorial y la competencia para decidir el caso específico. El Seremi Minvu mantuvo su propio criterio, validando la procedencia del agrupamiento continuo en Estación Central. La DDU no emitió circular alguna al respecto en ejercicio de sus atribuciones sino hasta la DDU 313, 9 años después.

Con posterioridad a la interpretación efectuada por la DDU en su Circular N°313, pero en perfecta aplicación de la ley, el Director de Obras Municipales de Estación Central aprobó el Permiso de Edificación N°77 de 16 de mayo de 2017 en favor de mi representada, que autorizó la construcción de un edificio de 12 pisos ubicado en la calle Placilla. Luego, sobre la base de la plena validez y vigencia de este permiso, se emitieron sucesivas autorizaciones administrativas que permitieron el avance del desarrollo del proyecto (demolición total², instalación de faenas³, realización de excavaciones, entibaciones y/o socializado⁴), por lo que, al día de hoy, el terreno se encuentra con obras iniciadas.

Como se ha dicho, el permiso de edificación se había solicitado al amparo del **anteproyecto aprobado** N°22 de 26 de abril de 2016, esto es, aprobado antes de la dictación de la DDU 313, dando entonces aplicación al artículo 116 de la LGUC, que consagra el efecto de “congelamiento” de la normativa urbanística que produce la aprobación del anteproyecto.

Para entender lo que se discute en la gestión pendiente y de qué forma incide en ello este recurso de inaplicabilidad, es útil acudir al texto del artículo 116 de la LGUC. Dispone este precepto:

*“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”⁵.*

² Autorización de obras preliminares y/o demolición N°30-2017, de 10 de abril de 2017 que autorizó la demolición total de una superficie de 992,88 m² para el predio ubicado en calle Placilla N°134.

³ Autorización de obras preliminares y/o demolición N°56-2017, de 29 de agosto de 2017 que autoriza la instalación de faenas para el predio ubicado en calle Placilla N°134.

⁴ Autorización de obras preliminares y/o demolición N°78-2017, de 19 de octubre de 2017 que autoriza la realización de excavaciones, entibaciones y/o socializado para el predio ubicado en calle Placilla N°134.

⁵ En la misma línea, el artículo 1.1.2 de la OGUC define “Anteproyecto” como la: “*presentación previa de un proyecto de loteo, de edificación o de urbanización, en el cual se contemplan los aspectos esenciales relacionados con la aplicación de las normas urbanísticas y que una vez aprobado mantiene vigentes todas las condiciones urbanísticas del Instrumento de Planificación respectivo y de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones consideradas en aquél y con las que éste se hubiera aprobado, para los efectos de la obtención del permiso correspondiente, durante el plazo que señala esta Ordenanza*”.

El artículo 116 citado tiene el propósito de otorgar **certeza** al interesado de que la normativa urbanística necesaria para edificar un inmueble y su interpretación por las autoridades sectoriales, no se alterará luego de la aprobación del respectivo Anteproyecto.

Esto, por cuanto si el interesado estuviese sometido al riesgo permanente de quedar sobrevinientemente en el ilícito con su construcción mediante alteraciones sucesivas de normas o interpretaciones administrativas, incluso mientras se construye, sería absolutamente imposible desarrollar la actividad de construcción de viviendas, tan necesaria para la sociedad. La incerteza normativa haría inviable construir; nadie sensato arriesgaría las cuantiosas sumas necesarias para edificar el más básico inmueble. De ahí el propósito del artículo 116 LGUC, de fijar inamoviblemente el marco normativo y su interpretación técnica.

No obstante el claro tenor de aquel precepto legal, el Dictamen del Contralor, emitido en ejercicio de la potestad legal irrestricta atribuida por el Precepto Impugnado ante este Excmo. Tribunal, concluyó que la DOM actuó en contravención a la normativa aplicable al otorgar el referido permiso de construcción, que estaba precedido por un anteproyecto aprobado. El Dictamen N°27.918 instruyó dar aplicación al criterio de la DDU 313, aun a anteproyectos aprobados con anterioridad a su emisión⁶.

⁶ El Dictamen N°27.918 -impugnado en la gestión pendiente- es el primer dictamen en que la Contraloría ordena invalidar permisos otorgados sobre la base de anteproyectos aprobados con anterioridad a la DDU 313. Anteriormente, en relación con la DDU 313, la Contraloría emitió dos pronunciamientos. En primer lugar, en el Dictamen N 3.367 de 11 de diciembre de 2017, la Contraloría respondió a requerimientos de diversas inmobiliarias, descartando ilegalidad en la DDU 313. Al respecto, la Contraloría concluyó que “*esta Sede de Control no advierte reproche a la interpretación efectuada en la circular que se impugna*”. Por otra parte, en el Dictamen N°44.959 de 28 de diciembre de 2017, pronunciándose sobre varias presentaciones de la Fundación Defendamos la Ciudad en que “*reclama en contra de la Dirección de Obras Municipales de Estación Central*” por la emisión de 6 permisos específicos que ahí se individualizan, y dentro de múltiples temáticas que incluyen la vigencia de planes reguladores o la calificación ambiental de algunos de ellos, en lo que aquí interesa la Contraloría reitera su conclusión sobre la legalidad de la DDU 313 y concluye, refiriéndose a un conjunto de permisos y anteproyectos “*respecto a los cuales la SEREMI habría emitido un pronunciamiento, mediante el oficio N 3.660, de 2017*”, que “*los anteproyectos y permisos de edificación -que se indican en el oficio citado en el párrafo anterior- se habrían autorizado bajo el sistema de agrupamiento continuo, lo que de acuerdo a lo consignado precedentemente no es factible (...) por lo que ese municipio tendrá que arbitrar las providencias que correspondan a fin de corregir dichas irregularidades*”. Como se aprecia, SS. Excm., en estos pronunciamientos previos no existe ni la orden expresa de dar aplicación retroactiva a la DDU 313 respecto de anteproyectos aprobados antes de su emisión, ni la instrucción directa de invalidar, ni la amenaza de sumarios y

Sobre la base de lo anterior, la Contraloría resolvió la invalidación de este permiso, ordenando a la DOM que formalice tal decisión:

*“tratándose en la especie de permisos de edificación otorgados en virtud de anteproyectos aprobados por la DOM con anterioridad a la mencionada DDU, y respecto de edificaciones que contemplaron el sistema de agrupamiento continuo, cabe concluir que **estos fueron emitidos en contravención a la normativa aplicable**, por lo que **es deber** de ese municipio dar cumplimiento a lo dispuesto en el singularizado dictamen N°44.959, teniendo en consideración lo prescrito en el artículo 53 de la ley N°19.880 sobre la **invalidación** administrativa de **actos irregulares**”.*

Adicionalmente, y según se anticipó, el Contralor incluyó un **apercibimiento directo al DOM**, consistente en la instrucción de un **sumario** para el caso de no proceder este tanto a la invalidación del permiso N°77 de 2017, como a la de los permisos de edificación afectados por el Dictamen N°27.918:

*“(...) esa corporación **tendrá que dar cuenta** de lo anotado precedentemente a la Coordinación Nacional de Seguimiento y Apoyo al Cumplimiento de la División de Auditoría de este Órgano Fiscalizador, en el **plazo de 15 días** contado desde la recepción de este oficio. Lo anterior, haciendo presente, por cierto, que conforme a los artículos 9° y 19 de la ley N° 10.336, los dictámenes de esta Contraloría General **son obligatorios** para los órganos de la Administración sometidos a su fiscalización, de modo que **su inobservancia importa la infracción de los deberes funcionarios de los servidores públicos involucrados, comprometiendo su responsabilidad administrativa**”.*

Como se aprecia, al amparo de la potestad dictaminante que le confiere el precepto legal que aquí impugno, el Contralor resolvió e instruyó, bajo amenaza de sanción directa al funcionario⁷, la invalidación de un permiso de edificación,

responsabilidad disciplinaria. De hecho, según consta en el Dictamen N° 27.918, la DOM interpretó, respecto de los anteproyectos aprobados antes de la DDU 313, que “*atendido que los referidos anteproyectos se rigen por las normas urbanísticas vigentes a la fecha de su aprobación, no cabe aplicarles dicha circular, y, en consecuencia, los permisos de edificación fundados en esos anteproyectos se encontrarían conformes a derecho*”.

⁷ El artículo 133 de la Ley N°10.336 faculta al Contralor para iniciar un sumario a cualquier funcionario sujeto a su fiscalización, como es el caso de los Directores de Obras Municipales. El art. 133 bis dispone que, tratándose de sumarios en municipalidades, el Contralor propondrá a

otorgado por la Dirección de Obras Municipales hace casi dos años, que autorizó la construcción de un proyecto con obras iniciadas, en el que Inmobiliaria Placilla SpA ha incurrido en importantes inversiones y compromisos financieros.

Y todo ello sin procedimiento previo alguno en el que Inmobiliaria Placilla SpA pudiese hacer sus descargos, y sin siquiera haberse advertido o anunciado al titular de este permiso o a terceros afectados acerca de la existencia de un cuestionamiento o juzgamiento de la legalidad del mismo.

Considere, SS. Excma., que mi representada invirtió más de 1.300 millones de pesos en la compra del terreno, con posterioridad a la aprobación del anteproyecto de edificación⁸.

Adicionalmente, en el desarrollo del proyecto, ha invertido hasta el momento más de 600 millones de pesos en trabajos de arquitectura, diseño y formación del negocio, inicio de las obras e instalación de faenas.

la autoridad respectiva la sanción, la que será aplicada por este. Sin embargo, si la sanción aplicada es diferente a la propuesta por el Contralor, deberá imponerse por resolución fundada sujeta al trámite de toma de razón. Es decir, en definitiva, el Contralor mantiene el control respecto de la sanción aplicable al funcionario.

⁸ El terreno del proyecto resulta de la fusión de 6 lotes adquiridos por mi representada. La propiedad ubicada en calle Placilla N°134, fue adquirida por la suma de **\$175.000.000**, según consta en escritura pública de Compraventa, Hipoteca, Prohibición y Alzamiento, otorgada ante don Juan Ignacio Carmona Zúñiga, notario interino de la 36° Notaría de Santiago, de 6 de mayo de 2016. La propiedad ubicada en calle Placilla N°146, fue adquirida por la suma de 11.200 UF (equivalentes a **\$290.388.000** al valor de la UF de la fecha de celebración del contrato), según consta en escritura pública de Compraventa, Hipoteca, Prohibición y Alzamiento, otorgada ante el mismo notario, de 6 de mayo de 2016. La propiedad ubicada en calle Placilla N°150 fue adquirida por la suma de 9.720 UF (equivalentes a **\$252.015.300** al valor de la UF de la fecha de celebración del contrato), según consta en escritura pública de Compraventa, Hipoteca, Prohibición y Alzamiento, otorgada ante el mismo notario, de 6 de mayo de 2016. La propiedad ubicada en calle Afrodín Veloso N°4270, fue adquirida por la suma de **\$110.000.000**, según consta en escritura pública de Compraventa, Hipoteca, Prohibición y Alzamiento, otorgada ante el mismo notario, de 6 de mayo de 2016. La propiedad ubicada en calle Afrodín Veloso N°4260, fue adquirida por la suma de 9.108 UF (equivalentes a **\$236.147.670** al valor de la UF de la fecha de celebración del contrato), según consta en escritura pública de Compraventa, hipoteca, prohibición y alzamiento, otorgada ante el mismo notario, de 6 de mayo de 2016. La propiedad ubicada en calle Afrodín Veloso N°4242, adquirida por la suma de 9.177 UF (equivalentes a **\$237.936.667,5** al valor de la UF de la fecha de celebración del contrato), según consta en escritura pública de Compraventa, Hipoteca, Prohibición y Alzamiento, otorgada ante el mismo notario, de 6 de mayo de 2016.

2.2. La invalidación del Permiso de Edificación de Inmobiliaria Placilla con el Dictamen N°27.918 como única motivación, sustento y fundamento.

Como consecuencia directa de la orden del Dictamen N°27.978, el DOM inició el procedimiento de invalidación del permiso de edificación N°77-2017, por medio de la Resolución DOM N°19, de fecha 18 de diciembre de 2018.

El **único motivo** expresado en la citada resolución para iniciar el procedimiento, consiste en:

*“Que, de acuerdo a lo señalado en los Dictámenes N°s 43.367 de fecha 11 de diciembre de 2017 y N°44.959 de fecha 28 de diciembre de 2017 y N°27.918 de fecha 12 de noviembre de 2018 de la Contraloría General de la República dicho permiso se otorgó acogiendo el aludido proyecto al sistema de agrupamiento **continuo razón por la cual no se ajustaría a la normativa vigente** de conformidad con la interpretación normativa efectuada en la Circular Ord. N°203 de fecha 16 de mayo de 2016 (DDU 313) ...”* (considerando N°2 de la Resolución N°19).

El día 31 de enero de 2019, haciendo uso de su derecho de audiencia previa ante el DOM, mi representada se opuso a la invalidación del permiso, en procedimiento iniciado por la Resolución N°19/2018, mediante escrito presentado bajo el ingreso N°3458-19. En la misma presentación, y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 4, 10, 16 y 35 de la Ley N°19.880, se solicitó la apertura de un término de prueba. La DOM rechazó esta solicitud.

Luego, con fecha 14 de febrero de 2019, la DOM **ejecutó la invalidación resuelta por el Contralor** sobre el Permiso de Edificación de Obra Nueva N°77-2017, por medio de la Resolución N°19-2/2019⁹.

La Resolución N°19-2/2019 invalidó el permiso fundándose única y exclusivamente en la orden, instrucción e interpretación del Dictamen N°27.978. En efecto, la resolución invalidatoria:

- cita expresamente el Dictamen N°27.918 en su sección de “Vistos” (letra e);

⁹ La invalidación se decidió pese a encontrarse una reposición pendiente en contra de la resolución que denegó la apertura de un término probatorio.

- indica que “de acuerdo a lo señalado en los Dictámenes N°s 43.367 de fecha 11 de diciembre de 2017 y N° 44.959 de fecha 28 de diciembre de 2017 y N° 27.918 de fecha 12 de noviembre de 2018 de la Contraloría General de la República el otorgamiento de dicho permiso de edificación acogido al sistema de agrupamiento continuo razón (sic) no se ajusta a la normativa vigente...” (considerando N°3);
- explica que “**en especial, el dictamen N° 27.918 de fecha 12 de noviembre de 2017 de la Contraloría General de la República, debe considerarse como una instrucción** para que la DOM inicie el procedimiento invalidatorio” (considerando N°4);
- reitera que “**el Dictamen N° 27.018, de fecha 12 de noviembre de 2018 del Contralor General de la República sostiene que los permisos de edificación otorgados en virtud de anteproyectos aprobados por la DOM antes de la emisión de la mencionada DDU 313- relativos a edificaciones que contemplaron el sistema de agrupamiento continuo- fueron emitidos en contravención a la normativa aplicable y que es deber de este municipio arbitrar las medidas que resulten pertinentes...**” (considerando N°7);
- explica que “la DDU 313 y los **dictámenes** de la Contraloría General de la República se encuentran amparados por la presunción de legalidad (...) **careciendo esta Directora de Obras Municipales de la facultad para desconocer su existencia y contenido...**” (considerando N°8);
- advierte que “si bien corresponde a esta Directora de Obras Municipales adoptar la decisión final del procedimiento invalidatorio, no resulta posible soslayar que el artículo 51 de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades en su inciso primer dispone que: “Las municipalidades serán fiscalizadas por la Contraloría General de la República (...)”, que a mayor abundamiento el artículo 52 de la Ley N° 18.695 dispone que “En el ejercicio de sus funciones de control de la legalidad, la Contraloría General de la República podrá emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control” (considerando N°9);
- señala que, “como puede observarse esta Directora de Obras Municipales carece de atribuciones para efectuar una interpretación normativa distinta

de la señalada en la Circular Ord. N°203 de fecha 16 de mayo de 2016 (DDU 313) ... y **tampoco puede desconocer o dejar sin aplicación lo resuelto mediante los dictámenes** N°s43.367 de fecha 11 de diciembre de 2017 y N°44.959 de fecha 28 de diciembre de 2017 y **N°27.918** de fecha 12 de noviembre de 2018 de la Contraloría...” (considerando N°12);

- concluye que, “en consecuencia, las alegaciones efectuadas por el titular del permiso no permiten desvirtuar o dejar sin efecto lo señalado en la Circular Ord. N°203 de fecha 16 de mayo de 2016 (DDU 313) del Jefe de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo los dictámenes N°s43.367 de fecha 11 de diciembre de 2017 y N°44.959 de fecha 28 de diciembre de 2017 y **N°27.918** de fecha 12 de noviembre de 2018 de la Contraloría General de la República” (considerando N°13).

Como podrá SS. Excma. advertir, el dictamen operó como una instrucción obligatoria e irresistible de invalidar el permiso de edificación de mi representada; esto es, el Dictamen constituye en su sustancia, una verdadera invalidación.

En efecto, ninguna de las alegaciones planteadas por mi representada fue considerada, reconociendo expresamente la Dirección de Obras que la invalidación ya había sido decidida por la Contraloría en el Dictamen N°27.978, resultándole imposible “desconocer su contenido” (considerando N°8) o “dejar sin aplicación lo resuelto” (considerando N°12). Es decir, como verá SS. Excma., la invalidación fue decidida, en realidad, por la Contraloría en ejercicio de su potestad dictaminante, resultando el procedimiento ante la DOM una mera formalidad, predeterminada en su resultado y sin sentido alguno.

2.3. El recurso de protección que constituye la gestión pendiente en que incide esta inaplicabilidad.

En extrema síntesis y en lo que interesa a este requerimiento, las acciones de protección propias de la gestión pendiente se fundan en que el Dictamen N°27.918 del Contralor:

- sería **ilegal**, por infracción:

- del artículo 52 de la Ley N°19.880, al aplicar retroactivamente la referida circular DDU 313 a anteproyectos aprobados antes de su dictación¹⁰;
- del artículo 53 de la Ley N°19.880, en relación con el artículo 13 inciso final, al ordenar a la Municipalidad de Estación Central la invalidación de permisos de edificación, asunto en el cual no tendría competencia¹¹;
- del artículo 116 LGUC, inciso octavo, al prescindir del denominado efecto de “congelamiento” de la normativa urbanística que produce la aprobación de un anteproyecto, aplicándole un criterio interpretativo posterior (DDU 313);

ii. sería **arbitrario**:

- al imponer una aplicación retroactiva de un cambio de jurisprudencia por la DDU 313, lo que contradice la propia jurisprudencia de la Contraloría, en el sentido de que los cambios de jurisprudencia administrativa sólo producen efectos hacia futuro¹²;
- al despojar a los titulares de los referidos permisos de derechos adquiridos de buena fe en razón de los anteproyectos aprobados y respectivos permisos de edificación;
- al infringir el principio de confianza legítima, reconocido por la propia jurisprudencia de la Contraloría, la que impide privar de efectos un acto administrativo, si con ello traiciona la confianza legítima de los

¹⁰ El Dictamen impugnado dispone que “(...) tratándose en la especie de permisos de edificación otorgados en virtud de anteproyectos aprobados por la DOM con anterioridad a la mencionada DDU, y respecto de edificaciones que contemplaron el sistema de agrupamiento continuo, cabe concluir que estos fueron emitidos en contravención a la normativa aplicable (...)”.

¹¹ Los recurrentes sostienen que los términos empleados en el Dictamen N°27.918 dan cuenta de que el procedimiento de invalidación que se ha ordenado llevar a cabo a la Municipalidad de Estación Central obedece, en realidad, a una mera formalidad, ya que existiría una decisión *a priori*. Ello, considerando que la Contraloría ordenó la invalidación, bajo apercibimiento de instrucción de procedimientos disciplinarios (“es deber de ese municipio dar cumplimiento a lo dispuesto en el singularizado Dictamen N°44.959, teniendo en consideración lo prescrito en el artículo 53 de la Ley N°19.880 sobre la invalidación administrativa de actos irregulares. (...) esa corporación tendrá que dar cuenta de lo anotado precedentemente (...) en el plazo de 15 días (...). Lo anterior haciendo presente por cierto que conforme a los artículos 9 y 19 de la Ley 10.336, los dictámenes de esta Contraloría General son obligatorios para los órganos de la Administración sometidos a su fiscalización, de modo que su inobservancia importa la infracción de los deberes funcionarios de los servidores públicos involucrados, comprometiendo su responsabilidad administrativa”).

¹² En este sentido, invocan a su favor los dictámenes N°54.185 de 2006 y N°6.986 de 2018.

- administrados, sobre la cual adoptaron decisiones relevantes de inversión¹³;
- al infringir el *principio de proporcionalidad*, al imponer una medida intensa de anulación de permisos, que han justificado relevantes inversiones, fundándose únicamente en una divergencia de criterios interpretativos respecto de las normas que regulan los proyectos; y
- iii. vulneraría sus garantías constitucionales de la igualdad ante la ley (artículo 19 N°2), debido proceso (artículo 19 N°3 inciso quinto), de la libre iniciativa en materia económica (artículo 19 N°21), y del derecho de propiedad (artículo 19 N°24) de la Carta Fundamental.

2.4. El informe del Contralor en la gestión pendiente: sitúa el precepto aquí impugnado en el centro de la controversia pendiente.

El Contralor evacuó su informe en la gestión pendiente el día 8 de enero del presente año. Este informe es crítico para el presente requerimiento, pues coloca al Precepto Impugnado como eje central de la resolución del conflicto.

En efecto, como línea principal de defensa, el Contralor argumentó haber obrado en ejercicio de una potestad legal, habiéndose limitado en el Dictamen N°27.918:

“a efectuar algunas precisiones acerca de las consecuencias o efectos del criterio contenido en la nombrada DDU 313, ello en virtud de las facultades dictaminadoras de esta Entidad de Control, respecto de un acto emitido por un Órgano de la Administración del Estado sujeto a su fiscalización”
(Informe del Contralor, página 5).

Considerando lo anterior, el Contralor solicitó el rechazo del recurso, argumentando:

- i. Que el recurrente no habría intentado amparar un derecho no disputado, sino que impugnar el legítimo ejercicio de las atribuciones de la Contraloría, cuestionando los criterios interpretativos utilizados en el

¹³ En este sentido, invocan a su favor los dictámenes N°51.775 de 2013, 41.190 de 2009, 57.284 de 2010, 6.518 de 2011 y 16.730 de 2013.

dictamen recurrido, lo que no procedería en sede de protección (Informe del Contralor, página 4);

- ii. Que el dictamen sería conforme a derecho, en tanto que “*no se advierte de qué manera el pronunciamiento que se impugna ha podido ser ilegal, toda vez que esta Entidad de Control **se limitó a ejercer las competencias que le han sido asignadas** en virtud de los artículos 6°, 7° y 98° de la Constitución Política de la República; artículos 5°, 6° y 9° de la ley N°10.336, sobre Organización y Atribuciones de esta Contraloría General, y los artículos 51° y 52° de la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, por lo que la actuación recurrida se ha emitido de acuerdo a la habilitación que las mencionadas normas constitucionales, legales y reglamentarias han otorgado a la Contraloría General, con estricto apego y respeto al ordenamiento jurídico sustantivo que regula la materia” (Informe del Contralor, página 6);*
- iii. Que “*tampoco podría considerarse aquel dictamen como arbitrario, toda vez que, según lo expresado por la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, las conclusiones que se contienen en un pronunciamiento emanado de esta Contraloría General no derivan de un mero capricho o arbitrio, sino que constituyen el resultado de un estudio acabado (...) de la interpretación de la normativa vigente sobre la materia y el ejercicio de una actuación legítima del Organismo Contralor llevada a cabo en uso de sus facultades y dentro del marco jurídico que regla sus atribuciones*” (Informe del Contralor, página 8).

Como se aprecia, el Contralor ha invocado, como fuente de legitimidad y conformidad a derecho de su dictamen, la potestad legal que le confiere en términos amplios e ilimitados el precepto que aquí impugno ante SS. Excma.

2.5. Este requerimiento no trae un asunto de legalidad a este Excmo. Tribunal Constitucional. Blindaje de Corte Suprema a potestad dictaminante de Contraloría General de la República.

El requerimiento que traemos a US. Excma. no consiste, lamentablemente, en un asunto de mera legalidad. Quisiera mi representada que los tribunales superiores ordinarios de justicia tuvieran los instrumentos para reparar adecuadamente la aplicación de la ley con resultados tan agraviantes para la Constitución. Pero ello no es posible, por el blindaje jurisprudencial consistente

que hace la Excm. Corte Suprema del ejercicio de la potestad dictaminante del Contralor, dada su expresa fuente legal.

En efecto, y para cerrar el hermético círculo de protección que exhibe la potestad dictaminante del Contralor, la Corte Suprema afirma consistentemente, que la emisión de dictámenes tiene amparo legal y no puede representar una ilegalidad que vulnere derechos constitucionales. Al margen del contenido del dictamen y los agravios patentes a la Constitución que éste contenga, se estima que dado que existe una fuente de esta potestad en el artículo 6 de la Ley N°10.336, se hace imposible identificar ilegalidad alguna en un dictamen.

Si la copiosa doctrina anterior llegara a tener alguna excepción, sería ésta tan aislada e inusual, y tan precarias las posibilidades de que un interesado cualquiera pueda penetrar la capa de protección que construyen las cortes a los dictámenes, que sólo este Excmo. Tribunal Constitucional garantiza un adecuado conocimiento y resolución del grave problema constitucional que este requerimiento describe.

La Constitución no fue promulgada para que su vigencia dependa de situaciones tan aleatorias y sea tan precario su control que un ciudadano o entidad nunca sepa -hasta consumado el agravio- si existirá una magistratura constitucional que reparará su quebrantamiento. Es por ello que este requerimiento se interpone ante esta Magistratura, que custodia la constitucionalidad de la ley en su aplicación a un caso concreto.

Sólo como muestra de los muchos casos en que sucede lo que afirmo, **citaré a continuación ejemplos de las muchas sentencias de la Corte Suprema que estiman imposible identificar una ilegalidad o arbitrariedad en un Dictamen del Contralor, sólo por existir una fuente legal para su potestad en la Ley N°10.336.**

En reciente sentencia (2018) y precisamente en materia urbanística, la Corte aplicó este criterio:

*“Que en el presente caso, la Contraloría Regional de Valparaíso y la General después, dieron un determinado sentido a la normativa que consideraron aplicable para este caso según la consulta dirigida por la SEREMI de Vivienda y Urbanismo y que tendría clara incidencia en la aplicación del Plan Regulador Comunal de Viña del Mar, **ejerciendo en consecuencia***

la potestad que tiene para precisar el sentido y alcance de las disposiciones que entendió aplicables a la materia (...) que resulta además obligatoria para los servicios y funcionarios sometidos a su control y con carácter vinculante para el caso concreto, sin perjuicio de hacerse extensivas respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen de que se trate. Así se desprende de lo que dispone el artículo 6 inciso final de la ley 10.336: (...) artículo 9, después de indicar que los dictámenes pueden ser evacuados de oficio por el Contralor o a petición de cualquier jefe de oficina o de Servicio, en el inciso sexto dispone que “estos informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran”; (...) **Que en consecuencia, la actuación del órgano recurrido no es ni ilegal ni arbitraria** (...)”¹⁴.

En 2017, con ocasión de un recurso de protección interpuesto por la Municipalidad de Mostazal contra un dictamen de la Contraloría que ordena dictar, en reemplazo de una resolución sancionatoria, el acto administrativo que en derecho procediera, además de pagar las remuneraciones correspondientes a la funcionaria destituida mientras estuvo separada de sus funciones, la Corte estableció que:

“Que los dictámenes de la Contraloría General de la República tienen fuerza obligatoria para los organismos de la Administración Estatal afectos a su control, según lo señala el artículo 9° de la Ley N°10.336, y también para los entes municipales con arreglo a lo previsto en los artículos 51 y 52 de la Ley N°18.695, de modo que **no es posible sostener que se esté en presencia de un acto ilegal y arbitrario que deba ser corregido por esta vía, razones por las que el recurso de protección debe ser rechazado**”¹⁵.

En el mismo sentido, ante un dictamen de la Contraloría que ordenó la reapertura de un proceso disciplinario contra un funcionario municipal, y que se dejara sin efecto el decreto alcaldicio que dispuso su destitución para proceder a su reincorporación inmediata con el respectivo entero de sus remuneraciones, la Corte Suprema resolvió que:

¹⁴ Corte Suprema, sentencia rol N°37.841 de 7 de febrero de 2018, considerandos 12° a 14°

¹⁵ Corte Suprema, sentencia rol N°14.595-2017 de 20 de septiembre de 2017, considerandos 6° y 7°.

*“Que, en lo que interesa al análisis, conforme a las normas transcritas, el mandato constitucional es claro y categórico. La Contraloría General de la República está obligada a examinar la legalidad de los actos que dicten las municipalidades, emitiendo pronunciamientos que se manifiestan en la forma de dictámenes. El dictamen ha sido definido como “el informe en Derecho o interpretación jurídica emanada de la Contraloría General de la República sobre materias que son de su competencia. A través del dictamen, el Contralor resuelve consultas jurídicas formuladas por los propios órganos de la Administración del Estado, por un funcionario o por un particular. Estos informes constituyen verdaderas interpretaciones de la ley, respecto de la forma en que ésta debe ser entendida, son instrucciones para los jefes de servicios y fiscales, y, por tanto, vinculantes” (B.S., J.. “Derecho Administrativo General”. Legal Publishing Chile. p. 403). En consecuencia, el dictamen constituye una interpretación jurídica vinculante para la Administración del Estado y, para el caso concreto y ante la petición del administrado, la Contraloría está autorizada para emitirlos a propósito de este deber de comprobación. **En otras palabras, la recurrida se ha limitado a ejercer sus facultades en situaciones en las que ha sido expresamente requerido para ello por una persona interesada.** Que, en consecuencia, no se divisan argumentos que permitan sostener que la actuación del ente contralor pueda ser calificada de arbitraria o ilegal”¹⁶.*

Estos son sólo algunos de los ejemplos que explican por qué Inmobiliaria Placilla SpA está en esta sede de vuestro Excmo. Tribunal Constitucional.

Y de lo anterior se deduce inequívocamente que este requerimiento no trae a este Excmo. Tribunal un problema de legalidad, sino de ineludible constitucionalidad. En efecto, de los propios dichos del Contralor y de la sistemática aplicación que hace la Corte Suprema de los preceptos legales que impugno y que son fuente de la potestad dictaminante, se deduce que no existe otra vía para resolver este defecto constitucional, que la vía de esta inaplicabilidad del Precepto Legal que impugno.

¹⁶ Corte Suprema, sentencia rol N°82.471-2016, de 25 de abril de 2017, en sus considerandos 9° y 11°.

CAPÍTULO II

CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE ADMISIÓN A TRÁMITE Y ADMISIBILIDAD DEL REQUERIMIENTO

Este requerimiento de inaplicabilidad cumple, como se demostrará, con todos los requisitos previstos el artículo 93, inciso 1° N°6 e inciso 11° de la Constitución, en relación con lo dispuesto en los artículos 31 N°6, 42, 44 y todos los que integran el párrafo 6° del Título II de la LOCTC, para su admisión a trámite y admisibilidad.

A continuación, se revisarán las exigencias legales referidas.

1. Cumplimiento de requisitos para ser acogido a tramitación.

El artículo 82 de la LOCTC dispone que debe cumplirse lo ordenado en sus artículos 79 y 80, a fin de que pueda acogerse a tramitación el requerimiento. Los requisitos establecidos en dichos artículos se encuentran cumplidos en el presente caso, ya que:

- 1° El requerimiento ha sido deducido por una persona legitimada, mi representada, quien es parte en el recurso de protección pendiente ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago;
- 2° Se acompaña al presente requerimiento un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que consta la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte de esta requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados, tal y como lo exige el inciso segundo del artículo 79;
- 3° El requerimiento contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo se verifica la infracción constitucional, en los términos exigidos por la LOCTC en su artículo 80. En efecto, el requerimiento efectúa una narración precisa y detallada de los hechos más relevantes de la gestión pendiente, enfocándose en las principales características que permiten evaluar la inconstitucionalidad de la aplicación de la norma impugnada en el caso concreto;

- 4º Por último, este requerimiento desarrolla los vicios de inconstitucionalidad que se denuncian, con expresa mención y detalle de las normas constitucionales que se estiman transgredidas, a saber: infracción de los artículos 4, 6 y 7 (Estado de Derecho, separación de funciones, principio de control); del artículo 19 N°2 (proscripción de la arbitrariedad y en especial de la discriminación arbitraria); del artículo 19 N°3 (derecho al debido proceso y a no ser juzgado por una comisión especial); del artículo 19 N°21 (derecho al libre ejercicio de actividad económica); del artículo 19 N°24 (derecho a la propiedad); del artículo 19 N°26 (derecho a la seguridad jurídica y derecho a la intangibilidad de la esencia de los derechos), y de los artículos 76 y 99 (atribuciones jurisdiccionales exclusivas de los Tribunales de Justicia y facultades del Contralor), cumpliendo así lo prescrito en el artículo 80, parte final de la LOCTC.

2. Cumplimiento de los requisitos de admisibilidad.

Para verificar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, seguiremos el esquema planteado por el art. 84 de la LOCTC, que prevé las causales de inadmisibilidad de la acción de inaplicabilidad.

- 1º Legitimación activa: como se dijo, mi representada es parte en la acción de protección pendiente, según se acredita con el respectivo certificado que acompaño en este requerimiento.
- 2º El precepto no ha sido declarado conforme a la Constitución por este Excmo. Tribunal pronunciándose acerca del mismo vicio que aquí se denuncia: en efecto, US. Excma. no ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la disconformidad de la norma impugnada con la Carta Fundamental por las precisas razones que se exponen en el presente requerimiento.
- 3º Existencia de gestión judicial pendiente: consta del certificado emitido por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago que el proceso se encuentra en actual tramitación y, por lo tanto, constituye una gestión pendiente en el sentido del texto constitucional.

- 4° La acción se dirige en contra de un precepto legal: el Precepto Legal Impugnado, compuesto por las tres frases precisas que se han individualizado, es, sin lugar a dudas, un precepto de carácter legal.
- 5° Aplicación del precepto legal impugnado es decisiva en la resolución de la gestión pendiente en que incide esta inaplicabilidad: según se ha explicado, el Precepto Impugnado se encuentra en estado de volver a recibir aplicación, decisivamente, al resolverse las acciones pendientes. En efecto, según se advierte de los recursos interpuestos y especialmente del informe del Contralor, el precepto se ubica en el centro del conflicto, en tanto norma que otorga la competencia amplia, ilimitada y libre de cualquier plazo o procedimiento, para emitir el acto que produce la vulneración de derechos fundamentales alegada.
- 6° La impugnación está fundada razonablemente: el presente requerimiento, como se verá, tiene fundamento plausible y desarrolla de modo completo las infracciones constitucionales que denuncia, explicando clara y lógicamente la forma en que estas se producen por la aplicación concreta de la norma impugnada en este caso concreto, como se explica minuciosamente en este escrito.

Como se aprecia, este requerimiento cumple plenamente los requisitos de admisibilidad y de acogimiento a trámite que exigen tanto la Constitución como la LOCTC, por lo que corresponde que US. Excma. entre en su conocimiento y, en definitiva, lo acoja, declarando inaplicable el Precepto Impugnado.

CAPÍTULO III

LA POTESTAD DICTAMINANTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. ORIGEN, RANGO NORMATIVO Y EVOLUCIÓN.

Este requirente es consciente de la relevancia que ha adquirido la potestad dictaminante de la Contraloría en el desarrollo reciente de nuestra historia institucional, específicamente en el ámbito del derecho administrativo. Sin perjuicio de tratarse de una atribución que le ha permitido a la Contraloría ejercer positivamente un rol estabilizador en la Administración Pública chilena, la doctrina autorizada también ha advertido que mediante la evolución y el ejercicio de la potestad dictaminante, dicho organismo de control *“ha expandido sus competencias a materias donde las decisiones son difíciles de diferenciar de aquellas que corresponden a la Administración activa”*¹⁷.

En efecto, y según se desarrolla en este capítulo, se trata de una potestad que nace con un propósito preciso y determinado –vinculado a la ejecución presupuestaria y al funcionamiento interno de la Administración– pero que rápidamente adquiere un reconocimiento legal intenso y creciente, a través de sucesivas reformas, hasta alcanzar un ámbito prácticamente ilimitado, extendiéndose a todas las materias en que interviene un órgano administrativo.

Este requirente es consciente, asimismo, de la bondad con que un sector de la doctrina aprecia la potestad dictaminante, atendiendo a casos en que ha permitido controlar activamente a la Administración. Sin embargo, en el caso concreto que nos ocupa, la aplicación del Precepto Impugnado ampara una potestad exorbitante, ilimitada y cuyo ejercicio produce un resultado inconstitucional, únicamente reparable con la declaración de inaplicabilidad que aquí se solicita. Repasaremos ahora su origen y evolución, lo que facilitará la comprensión de este requerimiento.

1. La potestad dictaminante de la Contraloría General de la República. Descripción y contenido.

La denominada “potestad dictaminante” está consagrada en los incisos 1° y 2° del artículo 6° de la Ley N°10.336, de Organización y Atribuciones de la

¹⁷ CORDERO, Luis, *La jurisprudencia administrativa en perspectiva: Entre legislador positivo y juez activista. Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después*, Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, 2010, p.184.

Contraloría General de la República (en adelante, “LOCGR”), en los siguientes términos:

“Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen.

Del mismo modo, le corresponderá informar sobre cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas”.

Como se aprecia, se trata de una potestad de control establecida en términos amplísimos, que contiene una enumeración no taxativa de las materias sobre las que puede el Contralor intervenir (*“informar (...) en general sobre los asuntos que se relacionen (...) con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”*)¹⁸.

Su ejercicio se realiza a través de dictámenes, que son informes que el Contralor emite *“a petición de parte o de jefaturas de Servicio o de otras autoridades”* (artículo 5 de la Ley N°10.336). Un aspecto esencial de estos dictámenes y central en este requerimiento es su carácter vinculante para la autoridad administrativa, que deberá proceder y ejecutar según lo resuelto por el Contralor.

Así lo dispone el artículo 9, inciso final de la Ley N°10.336, que ordena que *“serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran”*, norma que forma parte del precepto legal impugnado en este requerimiento.

¹⁸ Comentando las materias comprendidas en esta norma, el profesor Valdivia explica que *“este terreno es extraordinariamente amplio, y puede entenderse que cubre todo sector de actividad administrativa. En efecto, los dictámenes pueden recaer sobre la organización o el funcionamiento propiamente tal de un organismo administrativo, y sobre sus operaciones jurídicas o materiales”*, en VALDIVIA, José Miguel, *Manual de Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 346.

De igual modo, y enmarcando el contenido de dicha potestad dictaminante, el inciso 3º del mismo art. 6 de la Ley N°10.336 dispone que la Contraloría no debe intervenir ni informar en aquellos asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso o estén sometidos al conocimiento de los tribunales, lo que avala que ella no puede ejercer sus atribuciones invadiendo con ello las competencias exclusivas de los Tribunales de Justicia.

2. Origen de la potestad dictaminante: ámbito esencialmente presupuestario. Alteraciones posteriores.

La potestad dictaminante comparte con la institución que la ejerce –la Contraloría General– un origen común: ambas nacen con un enfoque marcadamente restringido al ámbito presupuestario y organizacional, para luego adquirir, con el paso de los años, competencias en el ámbito del control de legalidad.

Como SS. Excma. bien conoce, la Contraloría fue creada en el año 1927 precisamente con este objetivo de regularización y ordenación presupuestaria, respondiendo a la urgente necesidad de un organismo que concentrara las funciones contables relativas a los ingresos y gastos fiscales¹⁹.

Persiguiendo tal propósito, el gobierno chileno contrató a un grupo de expertos financieros estadounidenses, liderados por Edwin Kemmerer, reconocido profesor de la Universidad de Princeton y asesor de varios gobiernos en temas bancarios y monetarios²⁰. La denominada “Misión Kemmerer” propondría la creación de una Contraloría General de la República, encargándole el control

¹⁹ Así lo reflejan trabajos académicos de la época: “*En nuestro país, por primera vez trascendió al público la idea del establecimiento de una Contraloría de la Hacienda, de una oficina moderna de contabilidad y control, en Febrero de 1925, a raíz de la revolución de ese año y auspiciada editorialmente por el Diario “La Nación”, con una insistencia muy digna de la causa. Muchas veces se dejó sentir esa opinión autorizada antes de que, en 30 de abril de 1925, en tiempos de la Junta de Gobierno que presidía el señor Bello Codesido y en Consejo de Gobierno, se acordara la contratación de un técnico norteamericano en finanzas, quien, abordaría el problema de la implantación de un mejor régimen presupuestario y de un régimen de contabilidad y control*”, en CORREA, Enrique, *La Contraloría. El Presupuesto del Estado. Su Control*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencia Políticas de la Universidad de Chile, Santiago, 1928, p.15.

²⁰ Integraban este equipo también Herley L. Lutz, Joseph T. Byrne, William W. Renwick, Howard Jefferson, Frank Whitson Fetter, G. Van Zandt, Henry M. West y José Avilés.

exclusivo del orden de los ingresos y gastos fiscales, y suprimiendo los órganos que desempeñaban tal función parcialmente²¹.

Como consecuencia de esta función limitada al control presupuestario, el DFL N°400 bis de 26 de marzo de 1927, primera norma orgánica de la Contraloría, no atribuyó al Contralor facultades interpretativas o de revisión de legalidad.

Regía a la sazón desde hace apenas un año y cinco meses la Constitución de 1925.

2.1. Primer germen de la potestad dictaminante (1928): obligación de emitir “*informes*” para la ejecución presupuestaria.

La primera modificación a la regulación de la Contraloría vendría con el DFL N°2.960 bis, publicado el 19 de enero de 1928²². Su artículo 7 es un antecedente directo de la potestad dictaminante, al disponer que:

*“Es obligación del Contralor General, emitir su **informe** por escrito, a petición de cualquier Jefe de Servicio, empleado o agente encargado de fondos o de la administración de bienes nacionales **respecto al objeto o alcance de cualquier ítem del Presupuesto**, fondo especial o de reserva, o sobre la aplicación de los ingresos, legalidad de los desembolsos o disposición de cualquiera propiedad del Estado. Este informe obligará a los funcionarios administrativos, pero éstos podrán apelar de él, por conducto del Ministro del ramo, ante el Presidente de la República, y dentro del plazo*

²¹ Los motivos ya indicados para la creación de un organismo como la Contraloría General de la República, fueron expresados también en el propio DFL N°400 bis, el que tuvo presente que: “*la desorganización que existe en la fiscalización de los ingresos nacionales y en la inversión de los dineros fiscales, ha producido una situación que ha causado verdadera alarma pública por los desgraciados y pavorosos sucesos y defraudaciones en la recaudación e inversión de los fondos públicos, descubiertas en diversos servicios*”. En la misma línea, se destacó en aquella época que “*la Contraloría nuestra, tal como fue primitivamente proyectada por la misión de peritos Financieros que presidió Mr. Edwin W. Kemmerer, refundió en el oficio de un solo funcionario las reparticiones antiguas del Tribunal de Cuentas, Dirección General de Contabilidad, Oficina de Bienes Nacionales y Dirección General de Estadística. (...) tenemos que la Contraloría es con más propiedad un elemento administrativo de administración financiera*”, en: CORREA, Enrique, *La Contraloría. El Presupuesto del Estado. Su Control*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencia Políticas de la Universidad de Chile, Santiago, 1928, p.7.

²² La doctrina estima que esta fue la principal reforma a la Contraloría en sus primeros 30 años de funcionamiento. Ver: SILVA CIMMA, Enrique, *La Contraloría General de la República*, Tesis de prueba para optar al grado de Licenciado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1948, Santiago, p.93.

de treinta días, contados desde la notificación de la providencia recurrida”
(Destacados nuestros).

Bajo aquel precepto legal histórico, se puede desprender:

- i. Que el ejercicio de la potestad del Contralor se ejerce –en su inspiración inicial– mediante “informes”, y no mediante “dictámenes, ni “actos administrativos”, “órdenes”, “instrucciones” ni menos “sentencias”;
- ii. Que el ejercicio de la potestad del Contralor se ejerce sólo y exclusivamente en el ámbito presupuestario y patrimonial del Estado: “fondos”, “administración de bienes nacionales”, “alcance de cualquier ítem del Presupuesto”, “fondo especial de reserva”, o “aplicación de ingresos”, “legalidad de los desembolsos”, o “disposición de cualquiera propiedad del Estado”;
- iii. Que los informes sólo pueden ser emitidos a petición de un funcionario público con responsabilidades presupuestarias: “Jefe de Servicio, empleado o agente encargado de Fondos o de la administración de bienes nacionales”;
- iv. Que el informe el Contralor es apelable ante una instancia política: Presidente de la República por intermedio del ministro del ramo.

Adicionalmente, el artículo 61 (contenido en el título XVI titulado “*Disposiciones Generales*”) facultaba al Contralor para dirigirse directamente a cualquier funcionario que tuviese relaciones con la Contraloría²³.

²³ Disponía dicha norma, textualmente: “*El Contralor General está facultado para dirigirse directamente a cualquier Jefe de Servicio o de Oficina independiente, o a cualquier empleado, agente o persona que tenga relaciones oficiales con la Contraloría o que le haya presentado alguna reclamación*”.

2.2. El Decreto Ley N°258 de 1932 y la ampliación de las competencias contraloras: **organización, funcionamiento y atribuciones de los servicios públicos.**

La primera ampliación de este poder de “informar” vendría con el Decreto Ley N°258, publicado el 26 de julio de 1932, que derogó el DFL N°2.960. En su artículo 7, dispuso:

“El contralor estará facultado para dirigirse directamente a cualquier jefe de oficina o a cualquier empleado o persona que tenga relaciones oficiales con la Contraloría o que le haya formulado alguna petición, a fin de solicitar datos o informaciones o de dar instrucciones relativas al servicio.

*Sin perjuicio de la facultad que le concede el inciso anterior, es obligación del contralor emitir por escrito su **informe**, a petición de cualquier jefe de oficina o de servicio, acerca de todo asunto relacionado con los presupuestos; con la administración, recaudación, inversión o destinación de fondos, rentas o cualesquiera bienes de los indicados en el inciso primero del artículo precedente; con la organización y funcionamiento de los servicios públicos; con las atribuciones y deberes de los empleados públicos, o con cualquiera otra materia en que la ley dé intervención a la Contraloría. Estos informes serán obligatorios para funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran.*

Corresponderá exclusivamente al contralor, informar los expedientes sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones y montepíos, o cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos fiscales, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas”.

Como se observa, el nuevo artículo 7 refundió los antiguos artículos 7° y 61° del DFL N°2.960, pero además ensanchó las materias de intervención contralora. En efecto:

- si bien el énfasis sigue estando en el ámbito presupuestario (“... relacionado con los presupuestos”, “administración, recaudación, inversión o destinación de fondos”);
- el inciso segundo abre la competencia a “todo asunto relacionado con (...) la organización y **funcionamiento** de los servicios públicos; con las atribuciones y deberes de los empleados públicos”.

Esta ampliación es relevante, pues introduce precisamente el concepto que hoy sirve de fuente de la competencia amplia e irrestricta -sin límites- del Contralor (*“funcionamiento de los servicios”*), y que forma parte del precepto que aquí impugno.

Adicionalmente, resulta interesante destacar:

- i. que el inciso segundo consagra la obligatoriedad de los informes en términos prácticamente idénticos a la regla actualmente vigente, suprimiendo la apelación ante el Presidente de la República;
- ii. que el inciso final consagra por primera vez la fórmula *“para la correcta aplicación de las leyes”* como finalidad de la potestad, pero lo hace en el marco de una competencia restringida, consistente en *“informar los expedientes”* relativos a una serie de materias referidas al compromiso de los fondos públicos. Luego, en su formulación original, esta finalidad apuntaba a la interpretación de leyes que permitían desembolsos de recursos públicos (*“sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones y montepíos, o cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos fiscales”*).

Así, aunque se advierte aun en la norma cierta tensión entre el reconocimiento de una facultad propia del ámbito presupuestario, por una parte, o genérica, por otra, esta norma viene en definitiva a consolidar la potestad dictaminante como competencia amplia del Contralor para emitir informes (dictámenes) acerca del funcionamiento de los órganos administrativos.

Lo anterior es confirmado por la doctrina especializada de la década siguiente. El profesor Guillermo Varas, escribiendo en 1948, comentaba la relevancia de esta potestad:

“la Contraloría General de la República publica semestralmente un Boletín en que se insertan sus resoluciones más importantes, valiosos antecedentes estadísticos relacionados con los ingresos y egresos de los fondos del Estado y, lo que es más interesante a nuestro propósito, los dictámenes que prepara y estudia el Departamento Jurídico, informes que orientan, por decirlo así, las actividades de la Administración en la correcta aplicación de las

*disposiciones administrativas. Estos dictámenes constituyen una fuente doctrinal de indudable mérito en materias administrativas*²⁴.

En el mismo sentido, don Enrique Silva Cimma, en su tesis de licenciatura de 1948, destacaba la importancia de la función de:

“expedición de dictámenes sobre interpretación de las leyes administrativas. El valor y utilidad de esta fuente de Derecho Administrativo, pueden fácilmente calcularse. Es mediante sus dictámenes, que la Contraloría General imparte sus instrucciones sobre aplicación de las leyes a los Servicios Públicos, con lo que permite que estos se vayan organizando, y desarrollando su gestión dentro de las buenas prácticas administrativas”²⁵.

Como podrá advertirse SS. Excma., la apertura de competencia que introdujo hace casi 90 años atrás el DL N°258 de 1932, introdujo en definitiva la potestad dictaminante como medio de control de legalidad represivo, en términos prácticamente similares a aquellos en que opera hoy, en cuanto a su alcance²⁶.

2.3. El desarrollo de la potestad dictaminante como mecanismo de control de la Administración ante el vacío de jurisdicción contenciosa administrativa.

Desde 1932 en adelante, la Contraloría comenzó a desempeñar una relevante función de control de legalidad la Administración, con la potestad dictaminante como punta de lanza. El ejercicio de tales atribuciones debe entenderse en un contexto de vacío en materia de control jurisdiccional de la Administración. Recuérdesse que los tribunales contenciosos administrativos que dispuso el artículo 87 de la Constitución de 1925 nunca fueron creados, generando una

²⁴ VARAS, Guillermo, *Derecho Administrativo*, Editorial Nascimento, 2ª edición, 1948, Santiago, pp.442 y 443.

²⁵ SILVA CIMMA, Enrique, *La Contraloría General de la República*, Tesis de prueba para optar al grado de Licenciado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1948, Santiago, p.230.

²⁶ La reunión en un órgano de potestades de fiscalización contable y de legalidad es excepcional en el derecho comparado. En este sentido, la doctrina explica que “*la Contraloría es de los pocos órganos de fiscalización administrativa que ejerce el control de legalidad de los actos de la Administración, como función independiente del control fiscal, a diferencia de otras contralorías*” OBANDO CAMINO, Iván y ALLESCH PEÑAILILLO, Johann, “La Contraloría General de la República en perspectiva histórica y comparada”, en: *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, 2012, Santiago, p.70.

creciente demanda por revisión de actos de la Administración, que el poder judicial, por diversas razones, no satisfacía.

Poco más de 10 años después, en 1943, la Ley N°7.727 elevó a la Contraloría a rango constitucional²⁷, dotándola mayor autonomía e independencia, lo que fortalecería a la institución en todas sus funciones, incluyendo la dictaminante.

Sucesivas leyes posteriores potenciaron el rango institucional de la Contraloría²⁸, incluyendo la Ley N°10.336, Orgánica de la Contraloría, publicada el 29 de mayo de 1952²⁹, que en su artículo 8 consagró la potestad dictaminante en sus términos actuales³⁰.

Tras la dictación de esta ley, ya a fines de la década de 1950 la Contraloría se había posicionado como un *“actor institucional con una alta reputación. Ya no era un organismo auxiliar del Ejecutivo con el que colaboraba en el área financiera solamente. La Contraloría había respondido a la demanda creciente en el ámbito del control de legalidad, y como consecuencia de ello, se había consolidado como una autoridad independiente ejerciendo la función esencial de interpretación del Derecho. Se había convertido en el guardián principal de la legalidad administrativa”*³¹.

²⁷ El propósito de la reforma constitucional fue reducir y controlar el gasto público, tanto por parte del Congreso como del Ejecutivo *“y la incorporación de la Contraloría a la Constitución fue un asunto auxiliar a dichos propósitos”*, en: JÍMEÑEZ, Guillermo, “Non Judicial Administrative Justice in Latin America: A case study of the Chilean Comptroller-General”, Tesis doctoral para optar al título de Doctor en Filosofía, University College London, Londres, 2018, p.111 (Texto original en inglés: *“The entrenchment of the Comptroller-General into the Constitution was an ancillary issue to these arrangements”*).

²⁸ La Ley N°9.687 publicada el 21 de septiembre de 1950, tuvo por objeto, en principio, mejorar las remuneraciones y reestructurar la planta de personal de la Contraloría. Sin embargo, durante la tramitación legislativa del boletín se terminó por fortalecer las potestades de la Contraloría y aumentar la influencia del Congreso sobre este organismo. Con este último propósito, la ley dispuso que el nombramiento del Contralor debía ser aprobado por el Senado (artículo 2°) y que el Contralor debía informar al Congreso de los decretos de insistencia del Presidente de la República (artículo 13°).

²⁹ Posteriormente, el Decreto N°2.421, de 1964, fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°10.336, texto que se encuentra vigente hasta el día de hoy, con modificaciones.

³⁰ Dispuso la norma, en lo que interesa: *“Sólo la Contraloría tendrá competencia para informar en derecho (...) sobre los asuntos que se relacionen con la aplicación del Estatuto Administrativo y con el funcionamiento de los servicios públicos que constituyen la Administración Civil del Estado, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”*.

³¹ JÍMEÑEZ, Guillermo, *Non Judicial Administrative Justice in Latin America: A case study of the Chilean Comptroller-General*, Tesis doctoral para optar al título de Doctor en Filosofía, University College London, Londres, 2018, p.127 (Texto original en inglés: *“(...) the Comptroller General’s reputation as an institutional actor was already considerably high. It was no longer just an ancillary body collaborating with the executive in the financial arena only. The office had*

Como se aprecia, SS. Excma., el fenómeno de ampliación de la potestad dictaminante puede entenderse como una reacción institucional a la inexistencia revisión judicial de los actos de la Administración. Sin embargo, ello no impidió a la doctrina especializada de la época advertir acerca de la precariedad del precepto como para servir de verdadero sustituto jurisdiccional.

En este sentido, resulta especialmente ilustrativo el comentario del profesor de derecho administrativo don **Manuel Daniel Argandoña**, ya en 1960, **advirtiendo el vacío legal en que se situaba y ejercía el poder dictaminante del Contralor**. Precisamente, preguntándose acerca de las posibilidades de un particular de impugnar un acto administrativo ante la Contraloría, explicaba:

“Es evidente que actuaría dentro de su competencia la Contraloría General si, oyendo en este caso la petición de un particular interesado, ejerciera sus atribuciones inspectivas y persiguiera la responsabilidad de quienes hubiesen infringido sus obligaciones funcionarias. Pero el problema es otro: ¿cabría un pronunciamiento del Órgano de Control sobre la legalidad del acto? (...) Bien es verdad que, en rigor, la controversia planteada en tales términos debería considerarse dentro de lo “contencioso-administrativo”; pero los tribunales previstos constitucionalmente para dirimir esta clase de contiendas, como se verá más adelante, aún no han sido organizados por la ley. Por eso, la interpretación que para admitir su competencia ha sentado la Contraloría, en estas ocasiones, aunque estrictamente pueda estimarse discutible, entraña el propósito de proteger jurídicamente a los administrados frente a la ilegalidad, y cuenta, puede afirmarse, con la aquiescencia general”³².

Esta reflexión del profesor Manuel Daniel es relevante para comprender la evolución de la potestad dictaminante en sus primeras tres décadas. Revela, por una parte, la conciencia de una extralimitación, una intervención en un asunto propiamente jurisdiccional, cuando se trata de revisar la legalidad de actos administrativos con un efecto respecto de particulares (y no *intra-*

responded to an increasing demand for legality and, as a result, had consolidated itself as an independent authority exercising the essential functions of rule interpretation and application in the political domain. It had become the primary custodian of administrative legality”.

³² DANIEL, Manuel, *El control jurídico de la Administración*, Editorial Universitaria, Santiago, 1960, pp. 42-25.

Administración). Pero, al mismo tiempo, deja ver la razón para admitirla y no resistirla: la ausencia de un sustituto o remedio de protección de las personas que, justificaría tolerar un desborde de las atribuciones contraloras.

Llegamos así a la Constitución de 1980, que, como se sabe, dedicó un capítulo a la Contraloría. Con todo, como demostraremos a continuación, la Constitución se mantuvo y se mantiene sin consagrar la potestad dictaminante, cuya fuente y sustento normativo siguen siendo preceptos legales acuñados casi 90 años antes.

3. La potestad dictaminante no tiene fuente constitucional, sino exclusivamente legal.

Un asunto crítico para este requerimiento radica en determinar el rango normativo de la potestad dictaminante. El Contralor, al informar la gestión pendiente, ha argumentado que sus dictámenes serían el resultado del ejercicio de una potestad constitucional, con fuente en el art. 98 de la Carta³³.

Sin embargo, como SS. Excma. podrá apreciar de los antecedentes que a continuación se desarrollan, se trata de una atribución que no tiene reconocimiento constitucional, sino que emana exclusivamente de los artículos 6 y 9 de la Ley N°10.336, de modo que perfectamente puede ser objeto de una declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

3.1. La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (“CENC”) rechazó expresamente elevar a rango constitucional el poder de dictaminar.

Un antecedente relevante se encuentra en la discusión del estatuto constitucional de la Contraloría, que comenzó a analizarse en la sesión N°306 de la CENC, celebrada el 19 de julio de 1977.

³³ En página 6 de su informe en la gestión pendiente, el Contralor sostuvo que: “*No se advierte de qué manera el pronunciamiento que se impugna ha podido ser ilegal, toda vez que esta Entidad de Control se limitó a ejercer las competencias que le han sido asignadas en virtud de los artículos 6°, 7° y 98° de la Constitución Política de la República; artículos 5°, 6° y 9° de la ley N°10.336, sobre Organización y Atribuciones de esta Contraloría General, y los artículos 51° y 52° de la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, por lo que la actuación recurrida se ha emitido de acuerdo a la habilitación que las mencionadas normas constitucionales, legales y reglamentarias han otorgado a la Contraloría General, con estricto apego y respeto al ordenamiento jurídico sustantivo que regula la materia. Al efecto, en el plano de la regulación constitucional, la referida facultad interpretativa se encuentra recogida en el artículo 98° de la Carta Fundamental”.*

La discusión tuvo como base el proyecto de texto constitucional sobre la Contraloría General de la República enviado a la CENC por el entonces Contralor General, don Héctor Humeres. Lo interesante es que dicha propuesta, precisamente, buscaba elevar a rango constitucional la potestad dictaminante, acompañándola además de una facultad anulatoria directa.

La Comisión de Estudio rechazó expresamente recoger en la Carta la facultad dictaminante. Para ello tuvo presente la CENC dos criterios:

- i. En primer lugar, consideró que únicamente debían consagrarse a nivel constitucional las potestades básicas y necesarias de cada órgano,³⁴. En este sentido, don Enrique Ortúzar, Presidente de la Comisión, sostuvo que: “(...) *él coincide plenamente con la posición planteada por la señorita Ministro de Justicia, ya que siempre ha sostenido que es muy difícil detallar en el texto constitucional las distintas, funciones de la Contraloría, y cree que tal vez habría que adoptar un sistema similar al del artículo 21, es decir, señalar ciertas funciones que incuestionablemente nadie puede discutir que son propias del organismo contralor y, en lo demás, remitirse a las funciones que le asigne la ley; de manera que, por lo menos, en lo que a él respecta, coincide plenamente con ese pensamiento, y la Comisión está de acuerdo en que la normativa constitucional debe ser escueta*”³⁵.
- ii. En segundo lugar, y de gran relevancia para este requerimiento, la **CENC discrepó acerca de la validez de una potestad interpretativa obligatoria de la Contraloría**. En efecto, varios

³⁴ En este sentido, el Comisionado Ortúzar criticó la propuesta del Contralor Humeres, explicando que: “(...) *ha habido cierta coincidencia y cierto consenso para estimar que muchos de los preceptos que propone el señor Contralor, en realidad, debieran tener, como lo tienen actualmente, rango legal; y no constitucional, porque son disposiciones de la ley N° 10.336 y no se justificaría incorporarlas en la Constitución, así como hay otras que pudieran estar en ella — como la que dice relación a la designación del Contralor y a su inamovilidad— y que, en cambio, no aparecen en el proyecto*” Actas CENC, Tomo IX, sesión N°306 celebrada el 19 de julio de 1977, p.574. En la sesión siguiente, el comisionado Ortúzar advertía: “*como una manera de ir centrando un poco el debate sobre las ideas fundamentales, señala que en la sesión anterior le pareció entender que, desde luego, habría consenso en orden a que esta preceptiva sólo comprenda aquellas materias que, por su naturaleza, tengan realmente jerarquía constitucional, y que todas las demás deben ser materia de ley*”, Actas CENC, Tomo IX, sesión N°307, celebrada el 26 de julio de 1977, p. 605.

³⁵ Actas CENC, Tomo IX, sesión N°317 celebrada el 27 de septiembre de 1977, p.813, intervención del señor Enrique Ortúzar.

miembros de la Comisión plantearon resistencia de fondo acerca de la procedencia de esta clase de control represivo, vinculante e interpretativo.

La discusión sobre este asunto la inició el entonces Fiscal del Banco Central, don Roberto Guerrero del Río, quien invitado por la Comisión previno que: “(...) *otra cosa muy importante es la definición de la facultad de quien puede interpretar la ley. En la actualidad, en muchos campos de la administración la Contraloría ha ido extendiendo en realidad sus facultades y, precisamente, ha ido tomando aquellas que emanan de la interpretación de la ley..* A su juicio, la interpretación de la ley, en una primera fase, debiera estar radicada en quien administra y, luego, para dar la posibilidad al gobernado de impedir que el administrador abuse o interprete erróneamente la ley, en los tribunales de justicia, los que pueden ser o los tribunales administrativos, por su carácter de especialización en determinadas materias —si es que se decide en definitiva crearlos—, o los tribunales de justicia. Cree que no es conveniente que otro órgano del Estado, distinto de los tribunales, tenga facultad para interpretar la ley”³⁶⁻³⁷.

Esta postura fue recogida y compartida por la Comisión. Al efecto, el comisionado don Sergio Diez advirtió que:

“No tiene desacuerdo básico alguno con los planteamientos de los señores Ministro de Hacienda y Fiscal del Banco Central. Por el contrario, los comparte ciento por ciento; los estima muy atinados y acordes con la tradición chilena. Juzga peligrosa la pretensión de la Contraloría de interpretar la ley. A su modo de ver, esto se debe más bien a que, debido a la ausencia de un Poder fiscalizador en estos últimos años, la Contraloría ha ido llenando vacíos que ordinariamente corresponde ocupar a un organismo de carácter

³⁶ Actas CENC, Tomo IX, sesión N°313 celebrada el 30 de agosto de 1977, p.706, intervención del invitado a la Comisión don Roberto Guerrero del Río, Fiscal del Banco Central.

³⁷ En la misma línea, el entonces Presidente del Consejo de Defensa del Estado, don Mauricio Flisfisch, invitado por la Comisión y refiriéndose a la potestad interpretativa de la Contraloría indicó que: “*concuera en que se trata de una facultad propia del Parlamento o del Poder Ejecutivo, pero, en ningún caso, de un organismo fiscalizador. Piensa que si se aceptara la proposición —le parece que no hay ambiente para hacerlo—, generaría innumerables conflictos entre los servicios públicos y la Contraloría*” Actas CENC, Tomo IX, sesión N°313 celebrada el 30 de agosto de 1977, p.717, intervención de don Mauricio Flisfisch, Presidente del Consejo de Defensa del Estado.

*político, como era la Cámara de Diputados a través de sus facultades fiscalizadoras*³⁸.

En la misma línea, el comisionado don **Raúl Bertelsen** explicó que:

*“(...) lo que **él pone en duda, y tiende a negarlo, es la facultad del Contralor General de la República para interpretar, con carácter obligatorio** para la Administración, el alcance de la ley”*³⁹.

Pero el comisionado y profesor Raúl Bertelsen fue más allá con la siguiente intervención:

*“Por último, y aunque es dudoso que deba tener rango constitucional o estar incluida en la parte relativa a la Contraloría, piensa que en alguna parte de la Constitución debe incorporarse una norma que indique el órgano que tiene la facultad de interpretar en forma general y obligatoria las disposiciones legales. Ese órgano en ningún caso debe ser la Contraloría, como es hoy día. Tal vez debiera establecerse dentro de las atribuciones del Parlamento y señalar que sólo mediante ley pueden interpretarse en forma obligatoria las disposiciones legales”*⁴⁰.

El Comisionado Ortúzar coincidió con estas prevenciones en la sesión siguiente, indicando que: *“en cuanto al tema de la interpretación finalista que se refería la señorita Ministro de Justicia, recuerda que en la sesión pasada el señor Bertelsen formuló una observación, que compartió en principio y que entiende interpreta perfectamente a la señorita Ministro, en el sentido de que no es conveniente esta facultad que tiene la Contraloría, o que se ha arrogado en el hecho, en cierto modo —porque parece que se indicó, incluso, que no existe una disposición legal que se la otorgue en forma explícita—, de poder interpretar de modo generalmente obligatorio la ley, pues sin duda, en materia administrativa, si ello fuera así, impediría la posibilidad de*

³⁸ Actas CENC, Tomo IX, sesión N°313 celebrada el 30 de agosto de 1977, p.707, intervención de don Sergio Diez.

³⁹ Actas CENC, Tomo IX, sesión N°317 celebrada el 27 de septiembre de 1977, pp.831-832.

⁴⁰ Actas CENC, Tomo X, Sesión N°322 celebrada el 25 de octubre de 1977, p.53, intervención de don Raúl Bertelsen.

que la administración, dentro del marco de la ley, escogiera otras alternativas para dar cumplimiento a la finalidad de ésta”⁴¹.

Como puede observar este Excmo. Tribunal, entonces, la CENC rechazó terminantemente la idea y proposición del Contralor Humeres de reconocer en la Constitución una potestad interpretativa obligatoria a la Contraloría, adoptando por el contrario el criterio de recoger en la Constitución únicamente las facultades necesarias y esenciales del órgano contralor, que no incluyeron a la potestad dictaminante⁴².

⁴¹ Actas CENC, Tomo X, sesión N°319 celebrada el 4 de octubre de 1977, p.4, intervención del Presidente de la Comisión, don Enrique Ortúzar.

⁴² Actas CENC, Tomo X, sesión N°321 celebrada el 18 de octubre de 1977, p.35, intervención de don Enrique Ortúzar.

CAPÍTULO IV

LA POTESTAD DICTAMINANTE ES IRRESTRICTA Y DE AMPLITUD INCOMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN EN LA GESTIÓN PENDIENTE

Nuestra reseña histórica demuestra la expansión de la potestad dictaminante al amparo del Precepto Impugnado.

El resultado es que la potestad dictaminante consagrada en el precepto impugnado constituye una potestad amplísima, irrestricta, y en particular **ilimitada** en cuatro sentidos específicos de crucial importancia, lo que producirá efectos inconstitucionales en la gestión pendiente.

Estos ámbitos son: orgánico, técnico, de terceros y temporal.

Esta anomalía institucional ha sido advertida por la doctrina especializada. Por ejemplo, el profesor Luis Cordero explica que el carácter general y obligatorio de los dictámenes del Contralor –actuando, en los hechos, como legislador positivo–, sumado a la inexistencia de un órgano que controle sus actuaciones⁴³, implica que sus facultades sean “**prácticamente ilimitadas**”, configurando una potestad dictaminante que “*está sujeta a un conjunto de riesgos que **colocan en entredicho un sistema democrático** en que el derecho es legislado y está sujeto a escrutinio*”⁴⁴.

Para este caso, SS. Excmá. notará que la potestad dictaminante resulta una **potestad ilimitada** en los siguientes respectos:

- i) **En lo orgánico**, se extiende a todo el ámbito de la Administración, sin distinción de materias ni de funciones.
- ii) **En lo competencial**, carece de todo límite, alcanzando el juzgamiento de todo acto administrativo emanado de cualquier órgano público, proyectándose obligatoriamente incluso sobre órganos dotados por la ley de discrecionalidad técnica.
- iii) **En lo subjetivo**, se extiende a toda clase de personas, sean funcionarios públicos o personas o entes enteramente privados como

⁴³ Cordero precisa que dicha inexistencia de control es sin perjuicio del control coyuntural aplicado en la jurisdicción de amparo de derechos fundamentales (de urgencia para la protección de derechos) o el político (por la acusación constitucional en contra del Contralor).

⁴⁴ CORDERO, Luis, “*La jurisprudencia administrativa en perspectiva: Entre legislador positivo y juez activista. Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después*”, Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, 2010, p. 187.

éste requirente, Inmobiliaria Placilla SpA, que es una sociedad por acciones, impactando con sus efectos aun a actos administrativos favorables y firmes que crean derechos en favor de terceros.

- iv) **En lo temporal**, se trata de una facultad que carece de todo plazo o delimitación cronológica, pudiendo ejercerse en cualquier tiempo, increíblemente ajena -como veremos- a toda limitación de plazo de prescripciones, invalidaciones u otras instituciones del derecho que miran a la certeza jurídica.

Desarrollaremos cada una de estas características a continuación.

1. La potestad dictaminante de la CGR carece de límite en cuanto a las materias y funciones respecto de las que se ejerce.

En su concreción actual, la potestad dictaminante se extiende a todo el ámbito propio de la Administración. En particular:

- No se encuentra limitada a asuntos de contabilidad, financieros, y de buen uso de los recursos públicos, como ocurrió en su origen histórico.
- Tampoco se encuentra circunscrita a asuntos de buen funcionamiento administrativo del servicio, no financieros, tales como contratación de personal, publicidad y transparencia, contratación pública, etc.
- Se extiende también a las actuaciones de los órganos de la Administración en aquellas materias específicas y propias de su competencia técnica, tal como la interpretación y aplicación de normas sectoriales.

Así, amparado en el Precepto Impugnado, el Contralor puede arrogarse, como lo hizo en el Dictamen objeto de la gestión pendiente, de la facultad técnica de interpretar los efectos emanados de un anteproyecto aprobado, en relación con una circular posterior emitida por la División de Desarrollo Urbano del MINVU, y, con su mérito, estimar que resultó ilegal la aplicación del concepto de agrupamiento continuo que hizo el Director de Obras, disponiendo y ordenando la invalidación de permisos de construcción emitidos con años de anterioridad, respecto de múltiples edificaciones que se encuentran con obras iniciadas -como es el caso de mi representada- o incluso terminadas o en avanzado proceso de construcción (como ocurre con otros recurrentes), y respecto de los cuales sus

titulares ejercen un derecho de propiedad incorporal amparado en el N°24 del artículo 19 de la CPR.

En esto el Precepto Impugnado contrasta con modificaciones más recientes a la Ley de la Contraloría. En efecto, el artículo 21 B de la Ley, introducido el año 2002, excluye explícitamente del control de legalidad y de las auditorías los “*aspectos de mérito o de conveniencia*”. Este esfuerzo de limitación por parte del legislador está totalmente ausente en los vetustos artículos 6 y 9 de la ley, que no excluyen los informes del Contralor en materias intrínsecamente técnicas, de alta complejidad constructiva y urbanística que conocen y sobre las que deciden los Directores de Obras Municipales.

2. La potestad dictaminante de la CGR -amparada en el inciso final del artículo 9° de la Ley N°10.336- es ilimitada, irrestricta y obligatoria para el funcionario destinatario, en los hechos y en el derecho.

Un atributo central del precepto legal que impugno y que configura la esencia de la actual potestad dictaminante amplia del Contralor, es su obligatoriedad. Esto es, su carácter forzoso para el funcionario público destinatario del mal denominado “*informe*” mediante el cual actúa aquí el Contralor.

Esta obligatoriedad no encuentra excepción, ni siquiera en ámbitos en que la misma ley entrega a la autoridad administrativa discrecionalidad técnica, abarcando incluso ámbitos prudenciales que la ley y un razonable diseño institucional entregarían primariamente al órgano administrativo especializado.

La obligatoriedad emana de la letra misma del inciso final del artículo 9 de la Ley N°10.336, el cual dispone inequívocamente que los informes del Contralor son imperativos. Lo hace en los siguientes amplios términos:

*“Estos informes **serán obligatorios** para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran”.*

Según la RAE, la palabra “obligatorio” proviene del latín *obligatorius*, y significa “*que obliga a su cumplimiento y ejecución*”. En consecuencia, y según se desprende también de las múltiples modificaciones a la Ley N°10.336 que se revisan en este requerimiento, el nítido tenor literal transcrito coincide también con la voluntad del legislador: se desea que el funcionario público destinatario

del informe ejecute, cumpla y proceda según le informa, dictamina y ordena el Contralor en su informe.

Este efecto imperativo del ejercicio de la potestad dictaminante ha sido advertido por la doctrina autorizada, en cuanto a que no implica una información general respecto de la mejor interpretación del derecho, sino una aplicación del mismo al caso concreto. En esta línea, el profesor Aldunate explica que:

*“en términos jurídicos, la Contraloría se alza con pretensiones de superior jerárquico del respectivo órgano al no limitarse a emitir un pronunciamiento sobre la legalidad o ilegalidad de su proceder, sino que, al **ordenarle un modo concreto de actuar...**”⁴⁵.*

De este modo, el Precepto Legal deja sin espacio alguno de recta apreciación discrecional al funcionario especializado, en el caso de la gestión pendiente, al Director de Obras Municipales de Estación Central. El funcionario obligado deberá siempre revocar, rectificar, invalidar, o ajustar el acto administrativo de que se trate, sujetándose estrictamente al criterio jurídico o técnico del Contralor.

Al respecto, SS. Excmá. notará los siguientes aspectos de la imperatividad de la potestad dictaminante en aquello que afecta la gestión pendiente:

- i. La obligatoriedad del artículo 9 en el Dictamen N°27.918 impugnado es inequívoca en la gestión pendiente.

En la gestión pendiente de esta inaplicabilidad, la obligatoriedad de la potestad dictaminante es inequívoca. Así lo demuestra el análisis de la resolución que invalidó el permiso (sección 2.2. del Capítulo I de este requerimiento).

Esta obligatoriedad no es una apreciación o interpretación del Director de Obras o del Contralor, sino que emana explícitamente del inciso final del artículo 9 de la Ley N°10.336, cuya aplicación aquí tacho de inconstitucional como parte del Precepto Impugnado.

⁴⁵ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, 2005, Semestre II, Valparaíso, pp. 26-28.

Ejerciendo esta potestad dictaminante obligatoria, el mismo Dictamen impugnado en los recursos de protección de la gestión pendiente, contiene una **orden perentoria dirigida** al Director de Obras de Estación Central:

“Por consiguiente, tratándose en la especie de permisos de edificación otorgados en virtud de anteproyectos aprobados por la DOM con anterioridad a la mencionada DDU, y respecto de edificaciones que contemplaron el sistema de agrupamiento continuo, cabe concluir que estos fueron emitidos en contravención a la normativa aplicable, por lo que es deber de ese municipio dar cumplimiento a lo dispuesto en el singularizado dictamen N° 44.959, teniendo en consideración lo prescrito en el artículo 53 de la ley N° 19.880 sobre la invalidación administrativa de actos irregulares”.

La fórmula verbal del Contralor en su dictamen “*es deber de ese municipio dar cumplimiento a lo dispuesto*”, junto a la alusión a la institución de la invalidación de actos administrativos “*teniendo en consideración lo prescrito en el artículo 53 de la ley N°19.880 sobre la invalidación administrativa de actos irregulares*”, **produce un solo resultado posible e ineludible: el Director de Obras Municipales debe necesariamente invalidar** “*los permisos de edificación otorgados en virtud de anteproyectos aprobados por la DOM con anterioridad a la mencionada DDU*”.

Pero como si ello no fuera suficiente, el Dictamen impugnado en la gestión pendiente invocó expresamente todo el poder obligatorio del artículo 9, inciso final que impugno en esta inaplicabilidad:

“Lo anterior, haciendo presente, por cierto, que conforme a los artículos 9° y 19 de la ley N°10.336, los dictámenes de esta Contraloría General son obligatorios para los órganos de la Administración sometidos a su fiscalización, de modo que su inobservancia importa la infracción de los deberes funcionarios de los servidores públicos involucrados, comprometiendo su responsabilidad administrativa”.
(subrayado nuestro).

La obligatoriedad de la potestad dictaminante descansa entonces en la letra de la ley, en el Dictamen que se impugna en la gestión pendiente y en la responsabilidad administrativa del funcionario que se resista a la orden del Contralor.

ii. La obligatoriedad de la potestad dictaminante en la práctica de la CGR.

Como complemento y corolario de lo anterior, SS Excma. tendrá presente que la CGR tiene como doctrina y práctica precisa, atribuir un efecto irreversiblemente obligatorio a sus dictámenes respecto de los servicios públicos, en términos de no dejar opción alguna real al funcionario para resistir la orden de su informe.

A pesar de que en la letra de sus dictámenes se sugiere a veces un espacio de juicio para el funcionario en la forma en que deben cumplirse, en la ley no existe explícitamente este espacio y en la práctica el Contralor no acepta ninguna actitud funcionaria que no sea el cumplimiento estricto de su precisa orden y criterio legal, imponiendo agraviantes apremios. Para ello, cuenta con la letra del precepto legal que impugno, que impone la imperatividad irresistible de su orden.

Expondré a este Excmo. Tribunal sólo algunos ejemplos que ilustran la forma en que el CGR entiende los artículos 6 y 9 en la parte impugnada:

- Un primer ejemplo llamativo es el caso llamado *Hotel Punta Piqueros*, en que la Contraloría Regional de Valparaíso, por Oficio N°5.138 de 28 de marzo de 2016, ordenó directamente a la Municipalidad de Valparaíso la invalidación de un decreto Alcaldicio, que restablecía la validez del permiso de edificación del proyecto: “*De este modo, y sin perjuicio de lo que resuelva en definitiva el Segundo Tribunal Ambiental, la Municipalidad de Concón deberá invalidar el decreto alcaldicio N° 3.229, de 16 de octubre de 2014, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, informando a esta Contraloría Regional acerca del estado del procedimiento de invalidación incoado,*

dentro del plazo de 30 días hábiles, contado desde la recepción del presente oficio”.

- Un pronunciamiento similar es el Dictamen N°45.217 de 20 de junio de 2016. En este caso, la CGR recibió –por medio del SEREMI MINVU– una consulta del DOM de la Municipalidad de Santiago relativa al proceder adecuado para emitir un permiso de edificación solicitado en base a un Anteproyecto que, en concepto del órgano de control, había sido otorgado ilegalmente, excediendo la altura máxima autorizada por el Plan Regulador de la comuna. Incluso, bajo este concepto se había denegado por el DOM una solicitud anterior, pero dicho rechazo había sido dejado sin efecto por un reclamo de ilegalidad municipal acogido por el alcalde, el cual ordenó al DOM “continuar la tramitación del permiso de edificación de acuerdo a las condiciones aprobadas en el anteproyecto”. Ante la consulta, la CGR ordenó al DOM “sin perjuicio de lo manifestado por ese municipio en el decreto alcaldicio sección 2ª, N° 3.741, de 2015 - que acogió el aludido reclamo de ilegalidad-” iniciar un procedimiento de invalidación respecto del Anteproyecto otorgado, “informando de dicha circunstancia a la Unidad de Seguimiento de la División de Infraestructura y Regulación de esa Contraloría General, en el plazo de 15 días contados desde la recepción de este dictamen”, **exigiendo adicionalmente** “instruir un proceso disciplinario tendiente a determinar y hacer efectivas las eventuales responsabilidades administrativas comprometidas en la situación en análisis, informando de ello en el término ya aludido a la Unidad de Seguimiento de Sumarios de la Fiscalía de esta Sede de Control (aplica el dictamen N° 72.776, de 2016, de este origen)”.
- Uno más, de entre muchos ejemplos, se encuentra en el Dictamen N°27.917, de 12 de noviembre de 2018. En este caso, la Municipalidad de Providencia había otorgado un permiso de edificación para un edificio de 11 pisos, lo que -de conformidad a la apreciación del municipio- se ajustaba a lo dispuesto el artículo 3.1.03. del Plan Regulador de la Comuna. Sin embargo, la Contraloría estimó en el Dictamen N°37.606 de 2017 (el cual fue confirmado por el Dictamen N°12.833 de 2018, que rechazó

la reconsideración del dictamen anterior por parte de la Municipalidad) que el DOM había procedido ilegalmente al otorgar el referido permiso de edificación, ya que el precepto citado del Plan Regulador no se ajustaba a derecho. En ambos pronunciamientos, la CGR ordenó a la municipalidad *“adoptar las medidas que correspondan en conformidad al ordenamiento jurídico”* respecto del permiso y del artículo del Plan Regulador citado. Luego, en el Dictamen N°27.917, advirtiendo que había transcurrido el plazo de dos años contemplado en el art. 53 de la Ley N°19.880 y afirmando la CGR que *“no aparece que la DOM hubiese adoptado medidas para ajustar el citado permiso de edificación a la normativa aplicable”*, el órgano de Control ordenó a la Municipalidad *“instruir un sumario administrativo para determinar y hacer efectivas las eventuales responsabilidades funcionarias involucradas en la situación analizada, debiendo dictar el correspondiente acto administrativo y remitir una copia a la Unidad de Seguimiento de la Fiscalía de este Órgano Contralor, dentro del plazo de 15 días hábiles contado desde la recepción del presente oficio”*.

- Mediante el Dictamen N°11.269, de 3 de mayo de 2018, la CGR resolvió una solicitud de reconsideración del DOM de Antofagasta respecto de un oficio de la Contraloría Regional de la región del mismo nombre, en que la sede local del órgano de control había estimado que un permiso de edificación y su posterior modificación emitidos por el DOM, no se ajustaban a derecho. Puntualmente, según la Contraloría Regional, los actos eran ilegales ya que autorizaban la construcción de una estación de servicio en una zona del plan regulador en que dicho uso de suelo no se encontraría expresamente permitido, mientras que el DOM entendía comprendidas a las estaciones de servicio en el concepto de “locales comerciales”, que el instrumento de planificación si autoriza a instalar en esa zona. Desechando lo sostenido por el Director de Obras de la Municipalidad fundado en las mismas razones del oficio, la CGR ordenó a la Municipalidad *“adoptar las medidas tendientes a dar cumplimiento a las instrucciones impartidas en dicho oficio, procediendo a instruir un **sumario administrativo** con el objeto que se investiguen las eventuales **responsabilidades**”*

administrativas de el o los funcionarios involucrados en la irregularidad determinada, de lo que deberá informar a la Unidad de Seguimiento de Fiscalía de esta Entidad de Control en el plazo de 15 días hábiles, contado desde la recepción del presente pronunciamiento”.

- En el caso del Dictamen N°7.992 de 9 de marzo de 2017, se reconsidera el oficio N°18.638, de 2015, de la Contraloría Regional de Valparaíso que reprochó la decisión del DOM de Valparaíso de no invalidar la resolución que aprobaba un anteproyecto de edificación. Pese a que el DOM no invalidó la resolución, dado que existían derechos adquiridos en favor del titular de una serie de permisos urbanísticos, y aun cuando la Contraloría estimó que dicha resolución estaba suficientemente fundada, señala que *“Lo anterior, por cierto, es sin perjuicio de que respecto del proyecto de que se trata ese municipio deba adoptar las providencias que en derecho procedan en caso de advertir irregularidades en el mismo, teniendo presente al efecto, entre otros, lo dispuesto en el artículo 53 de la ley N°19.880, relativo a la invalidación administrativa de los actos irregulares”.*

Es decir, **el CGR ordena y apercibe continuamente la invalidación cuando el DOM no sigue su decisión previa, insistiendo sucesivamente hasta obtener que se ejecute.**

Todo lo anterior demuestra que el Precepto Impugnado consagra una potestad pública obligatoria e irresistible para la Administración, lo que veremos que, en la forma prevista en la Ley N°10.336, resulta incompatible con la Constitución.

iii. Contenido de la obligatoriedad y apremios funcionarios.

La obligatoriedad de la potestad dictaminante que impugno tiene un contenido único y preciso: el funcionario público debe proceder de inmediato, y bajo **apercibimiento de apremios**, a aplicar exactamente el criterio legal y técnico que el Contralor le exige en su Dictamen.

Esto ocurre aun cuando la propia ley sectorial otorgue un ámbito de discreción legal y razonable a la respectiva autoridad, para que obre en base a razones prudenciales y de acuerdo a su apreciación de las circunstancias. El Contralor no sólo “informa” respecto de la interpretación del derecho, sino que bajo el amparo del Precepto Impugnado determina un solo curso de acción vinculante para el funcionario.

Así ocurre en las invalidaciones. Como vimos en los ejemplos, el Contralor no sólo constata una ilegalidad basada en su propia interpretación, sino que también instruye al órgano para que ejecute la invalidación de su acto ya resuelta por la CGR, conforme al artículo 53 de la Ley N°19.880. Pero esta norma establece una potestad discrecional de la administración (“podrá invalidar”) sujeta a ciertas condiciones (la más importante de ellas es que el acto sea contrario a derecho). De la mera verificación de una de las condiciones no se sigue la invalidación; entre la constatación de la antijuridicidad del acto y la invalidación media una decisión prudencial y discrecional de la autoridad. Pero esta discrecionalidad entregada por el legislador tampoco es un límite a la potestad dictaminante. Los preceptos legales que impugno no reconocen este sensato espacio técnico ni conversan con la Ley N°19.880.

Ello es exactamente lo que ocurre en el Dictamen N°27.918 que da origen a los recursos de protección de la gestión pendiente en los que mi representada es parte: la instrucción precisa al Director de Obras es invalidar los “*permisos de edificación otorgados en virtud de anteproyectos aprobados por la DOM con anterioridad a la mencionada DDU*”.

Excmo. Tribunal, no es necesario ahondar más en este atributo obvio: si algún funcionario público posterga el cumplimiento del dictamen, le sobrevienen los sumarios disciplinarios que con ahínco ordena la CGR; si el funcionario procede recogiendo el dictamen, pero sin aplicar exacta y prolijamente ente el criterio jurídico, técnico o meramente urbanístico que el órgano fiscalizador exhibe en el caso, sufre similares apremios personales, que terminan hasta con la remoción en el cargo público.

Como SS. Excma. conoce, el art. 133 de la Ley N°10.336 faculta al Contralor a iniciar los sumarios que estime pertinentes, pudiendo suspender al funcionario respectivo, de inmediato:

“El Contralor o cualquier otro funcionario de la Contraloría, especialmente facultado por aquél, podrá ordenar, cuando lo estime necesario, la instrucción de sumarios administrativos, suspender a los Jefes de Oficina o de Servicios y a los demás funcionarios, y poner a los responsables en casos de desfalcos o irregularidades graves, a disposición de la justicia ordinaria”.

En síntesis, y como hemos demostrado en torno al contenido de la amplia potestad dictaminante, de todo lo anterior se concluye:

- Que la amplia potestad dictaminante que emana de los artículos 6 y 9 de la Ley N°10.336 en las frases impugnadas, consagra un poder de contenido imperativo para el funcionario público;
- Que la imperatividad del dictamen del CGR consiste en que el funcionario debe emitir dentro del perentorio plazo que se le fija, el acto administrativo nuevo que refleje prolijamente la orden del contralor, invalidando, revocando o modificando de la forma que se le exige por él, la actuación sometida a examen fiscalizador;
- Que, cualquiera sea la fórmula verbal que utilice el dictamen del CGR, por efecto del Precepto Legal Impugnado le está vedado al funcionario por el artículo 9 inciso final reclamar para sí un espacio de apreciación discrecional, técnica o jurídica, que lo respalde en aplicar criterios, soluciones o modificaciones de actos distintos a las que ordena el Contralor en su dictamen;
- Que, si así lo hiciere el funcionario, el Precepto Impugnado habilita al Contralor para ordenar sumarios personales sobre él, desencadenando los apremios previstos en las leyes que los rijan, en nuestro caso, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades;

- Que, en consecuencia, **la potestad dictaminante de los artículos 6 y 9 de la Ley N°10.336 transforma al funcionario público en un mero instrumento del Contralor General de la República. Así, las invalidaciones administrativas que decreta el DOM - como la recaída sobre el permiso de edificación N°77-2017 de mi representada- sólo formalizan la invalidación que ya resolvió e instruyó con efectos jurídicos inmediatos, permanentes e irreversibles, el Contralor General de la República en su Dictamen.**

3. La potestad dictaminante de los artículos 6 y 9 impugnados crea, admite e incluye el poder del Contralor para decretar una anulación contraria a derecho de actos administrativos firmes afectando derechos.

Habiéndose demostrado la imperatividad de la potestad dictaminante, resta aquí deducir y afirmar lo obvio: es el mismo Contralor quién en rigor invalida los actos administrativos firmes que alcanza su dictamen. Esto lo hace el Contralor incluso si los actos invalidados afectan derechos e intereses legítimos de terceros, y lo hace sin otorgar el más mínimo derecho a defensa de quienes se verán alcanzados por sus graves efectos, asunto que abordaremos en detalle más adelante.

Así, la potestad dictaminante que entregan los artículos 6 y 9 de la Ley N°10.336, en cuanto se refieren al funcionamiento general de los “servicios públicos” y se impone al funcionario del Estado en forma irresistible, consiste en rigor y en sí misma una verdadera potestad anulatoria de actos administrativos firmes, que no reconoce limitación ni en la firmeza de dichos actos ni en los derechos adquiridos y legítimos intereses particulares que penden de la pervivencia de tales actos.

Paralelamente, eso es exactamente lo que ocurrió con el Dictamen N°27.918, cuya legalidad se discute en la gestión pendiente, ya que en él el Contralor ordenó invalidar los “*permisos de edificación otorgados en virtud de anteproyectos aprobados por la DOM con anterioridad a la mencionada DDU*”, todos los cuales son actos administrativos firmes, entre los cuales se encuentra el permiso N°77 de 2017, cuyo titular es mi representada, y que fue invalidado por la Dirección de Obras siguiendo la orden e instrucción del Contralor.

De consiguiente, la frase del artículo 6 de la Ley N°10.336 que faculta al Contralor para informar sobre los asuntos que se relacionen “*con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización*”, concordada con la frase que atribuye obligatoriedad a ese informe en el artículo 9 de la misma ley, crean, admiten e incluyen inequívocamente una potestad anulatoria de actos administrativos firmes. Esto es, crean un poder legal para privar de todo efecto jurídico a actos administrativos terminales, emanados de funcionarios legalmente investidos, actuando dentro de su competencia.

SS. Excma. notará que en este sentido es tan ilimitada la potestad dictaminante -al poder ejercerse respecto de actos firmes y con importantes efectos en derechos de terceros- que se transforma en **intrínsecamente jurisdiccional**, potestad reservada por la Constitución a los tribunales de justicia (Art. 76) y sujeta exigencias del debido proceso (19 N°3), todos parámetros inexistentes en el actuar de la Contraloría en este caso concreto.

Afirmo ello considerando, como se ha dicho, lo siguiente:

- i. Que los artículos 6 y 9 no excluyen materia alguna, ni órgano administrativo ni servicio alguno de la Administración del Estado en su amplísima e inconstitucional referencia a los “servicios públicos”;
- ii. Que, por tanto, los artículos 6 y 9 no excluyen los informes obligatorios del Contralor respecto de funcionarios públicos de las Municipalidades, admitiendo que el órgano de control se transforme en el superior jerárquico real de los Directores de Obras Municipales a que se refieren la Ley N°18.695 y el DFL 458, del MINVU, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones;
- iii. Que esta potestad consiste, en lenguaje constitucional, en el poder de decidir sobre asuntos de relevancia jurídica que afectan derechos de personas precisas. En este caso, estas personas son el Director de Obras Municipales, el titular del permiso cuya invalidación se dictamina, los promitentes compradores de la propiedad construida, las entidades que financiaron la construcción, las que financiaron las compras individuales, etc.; todos los cuales penden en sus derechos del acto administrativo firme que el Contralor invalida;

- iv. Que, en la práctica, **el Contralor está resolviendo un conflicto de relevancia jurídica en ejercicio del Precepto Impugnado** (resolver la validez de permisos), a requerimiento de una “parte” (agrupaciones de vecinos) y con efectos precisos y concretos sobre la otra “parte”, sin siquiera emplazarla ni notificarla de estar en trámite este “proceso”;
- v. Que esta potestad es entonces intrínsecamente jurisdiccional, en el sentido del artículo 76 de la CPR, y consiste en el poder de privar de todo efecto jurídico, con efecto retroactivo, al permiso de edificación, acto administrativo acogido y protegido por la LGUC, el que pasa a quedar en los hechos con el sólo mérito del Dictamen y desde la fecha de su emisión, como un acto jurídicamente inerte, un instrumento sin valor alguno para el ordenamiento, a la espera de su mera formalización mediante la simple y aparente invalidación del DOM, que es un mero ejecutor de lo ya decidido en sede contralora;
- vi. Que un acto administrativo terminal deviene en firme cuando no se han deducido recursos en su contra y han vencido los plazos legales previstos para ello, o cuando interpuestos estos recursos han sido desechados. Estos recursos son, como regla general, el de reposición y jerárquico (art. 15 y 59, Ley N°19.880). Fuera de estos casos, la ley N°19.880 sólo prevé el recurso extraordinario de revisión, que procede por las estrictas y gravísimas causales del artículo 60 de ese cuerpo legal, siempre **dentro de un año de plazo, sólo por fraudes** y jamás por una razón de derecho, cuál es la materia en la cual el Contralor emite su dictamen. La revocación administrativa tiene como límite los derechos adquiridos legítimamente (*“Cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente”*), lo que es obvio, porque si la adquisición es fraudulenta, sólo procede la revisión. Dice Rivadeneira que *“la firmeza de un acto administrativo opera cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso”*⁴⁶. Y para Puñet Gómez, *“Transcurrido el plazo del recurso el acto administrativo deviene*

⁴⁶ RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember, *Manual de procedimiento administrativo según la ley 1437 de 2011*, Librería Jurídica Sánchez, Bogotá, p. 164.

*firme e inatacable, inadmitiéndose eventuales recursos extemporáneos*⁴⁷.

4. **La potestad dictaminante del CGR carece de todo plazo constitucional, legal y administrativo dentro del cual deba ejercerse. Es cronológicamente perpetua.**

Este Excmo. Tribunal podrá apreciar que un elemento determinante de la inestabilidad jurídica que produce la potestad contenida en el Precepto Legal, es la ausencia completa de plazos para su ejercicio por parte del Contralor. Es decir, ni la Constitución, ni la Ley N°10.336 ni ningún otro cuerpo legal, e increíblemente ni siquiera una norma interna de la propia Contraloría, sujetan a la poderosa potestad del Contralor a plazos dentro de los cuales deba ejercerse.

La consecuencia jurídica de esta omisión normativa consiste en que jamás un acto administrativo podrá entenderse realmente firme, porque permanecerá indefinidamente sujeto a la aparición de un dictamen obligatorio del Contralor dirigido al funcionario público respectivo, emitido en cualquier tiempo, que alterará radicalmente la validez, efectos y legitimidad de ese acto y los derechos creados a su amparo.

Este inusual e inaceptable elemento repugna a todo sentido básico de seguridad jurídica y control democrático de las autoridades. No existe ninguna potestad constitucional que, produciendo efectos respecto de casos concretos que alcanzan a particulares como el que se ventila en la gestión pendiente y que afecta gravemente los derechos de esta recurrente, no esté sometida a plazo alguno cierto dentro del cual deba ser ejercida.

Esta inestabilidad intrínseca vulnera el sentido mismo de la Base de la Institucionalidad de Chile como República Democrática (art. 4), porque no es compatible con la democracia republicana que una autoridad constitucional opere exenta de todo marco temporal.

Adicionalmente, la carencia de parámetros cronológicos para esta potestad anulatoria asesta un golpe mortífero al derecho a la seguridad jurídica del N°26

⁴⁷ PUÑET GÓMEZ, Pilar, *Una excepción a la excepción de acto firme: las relaciones jurídico administrativas de naturaleza obligatoria*, en Revista de Administración Pública, N°186, Madrid, 2011, p. 245.

del artículo 19 (cuya afectación veremos en detalle más adelante). En efecto, podemos observar lo siguiente en este punto:

- i. ***Ausencia de plazos en la Constitución.*** Ya se demostró que la Constitución no crea, recoge ni admite la potestad dictaminante que se impugna en este requerimiento. Se demostró también que la CENC rechazó reconocer esta potestad en la Carta. Luego, si el constituyente no tolera su existencia, por cierto, menos aún prevé plazos para su ejercicio.
- ii. ***Ausencia de plazos en la Ley N°10.336.*** A nivel legal, la carencia de todo plazo para el ejercicio de la potestad dictaminante es asombrosa. Siendo la ley orgánica constitucional de la CGR el instrumento normativo que debe complementar la regulación de las facultades constitucionales del Contralor (artículo 99, inciso final CPR), es sintomático de la inconstitucionalidad que aquí alego el que tampoco en ella se haya previsto plazo alguno.

Esta carencia transforma por sí misma en inconstitucional la aplicación de las tres frases que impugno ante este TC en la gestión pendiente que dio lugar a esta inaplicabilidad. Ello porque habilitan al Contralor para el ejercicio caprichoso, cronológicamente arbitrario, de su facultad de imponer su criterio técnico y obligatorio en cualquier tiempo y a cualquier miembro de los “Servicios Públicos”, y en especial al DOM de Estación Central, anulando o invalidando actos administrativos firmes, como son los permisos de edificación de que son titulares los recurrentes de la gestión pendiente, y el Permiso N°77, de mi representada.

De la sola lectura del artículo 6 de la Ley N°10.336 se concluye que no hay plazo alguno para la facultad de “informar”, que como sabemos, redundaría en “anular actos administrativos”:

“Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”.

No está de más hacer presente a US. Excma. que por cierto en ningún precepto del resto de los artículos de la Ley N°10.336, como tampoco en ningún otro cuerpo legal vigente en Chile, se prevén plazos para el ejercicio de la potestad dictaminante del Contralor respecto de los Servicios Públicos, como tampoco respecto de los directores de obras municipales.

- iii. ***Ausencia de plazos en normas internas de la Contraloría.*** Sorprenderá aún más a este Excmo. Tribunal comprobar que tampoco ha sido inquietud de la Contraloría regularse a sí misma en el ejercicio de la potestad dictaminante amplia que impugno en esta inaplicabilidad. Una magistratura con sentido constitucional de autoridad sujeta a limitaciones, racionales, debió – en la ausencia de la ley– crear por sí mismas plazos para la emisión de sus informes, contados desde que los actos administrativos han sido emitidos por los funcionarios públicos.

Nada de esto ha ocurrido. La Contraloría no se somete a sí misma a plazo alguno para ejercer su potestad anulatoria de actos administrativos, normativos o incluso íntegramente particulares. Esto puede acaecer dos o más años después de celebrados o emitidos dichos actos administrativos o jurídicos, como demostraré más adelante.

Por contraste, los Tribunales Superiores de Justicia sí se autolimitan en el ejercicio de sus altas potestades, principalmente mediante autos acordados, correspondiendo a la Corte Suprema, en su caso, la superintendencia a que se refiere el artículo 82 de la CPR. Ello pese a que en determinadas materias –como el conocido Auto Acordado para tramitación del recurso de protección–, ni la Constitución ni la ley han definido plazos, pero la Corte sí se dota de ellos. Nada de esto ha hecho el Contralor respecto de la potestad dictaminante.

Pero aún más; en un increíble contraste, la Contraloría sí ha emitido diversas resoluciones regulando otras materias, las que no podrían considerarse como más relevantes que la potestad dictaminante amplia cuya aplicación a este caso impugno.

En efecto, la revisión del sitio web de la CGR permite comprobar que el Contralor ha emitido al menos cuatro resoluciones en materia de Toma de Razón, con muy detalladas regulaciones en ese tópico.

¿Por qué nada ha regulado respecto de la potestad dictaminante anulatoria que ejerce en la gestión pendiente?

Para fundar este aserto, solicito a US. Excma. que revise el sitio: [https://www.contraloria.cl/web/cgr/ambito-de-la-función jurídica](https://www.contraloria.cl/web/cgr/ambito-de-la-funcion-juridica).

Y verificará US. Excma. que la CGR ha dictado varias resoluciones, de acceso público, y ninguna para la relevante función de que hemos tratado. Específicamente, para el ejercicio de su función jurídica, la CGR publica sólo las siguientes normas en su web:

- Ley N°10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República. Texto coordinado, sistematizado y refundido, fijado por decreto N°2.421, de 1964, del Ministerio de Hacienda.
- Resolución N°1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República. Fija normas sobre exención del trámite de toma de razón.
- Resolución N°10, de 2017, de la Contraloría General de la República. Fija normas sobre exención del trámite de toma de razón de las materias de personal que indica.
- Resolución N°4, de 2018, de la Contraloría General de la República. Exime temporalmente de toma de razón los actos administrativos sobre las materias que indica.
- Resolución N°13, de 2018, de la Contraloría General de la República. Exime temporalmente de toma de razón los actos administrativos que conceden indultos.

Ninguna de estas resoluciones de Contraloría accesibles al público se refiere ni regula el ejercicio de la potestad dictaminante.

Pues bien, cuando por normas internas de la CGR se regulan por ésta incluso temas como los controles sobre decretos de indultos, pero no existe la más mínima regulación ni plazo alguno para el ejercicio de una potestad anulatoria de carácter amplio y vinculante para la

administración, que en el caso concreto priva de todo efecto a un permiso de edificación firme –que amparó, entre otros, la construcción de un edificio de 12 pisos – emerge la nítida inconstitucionalidad de esta potestad.

- iv. ***Preceptos Impugnados operan ajenos a todo plazo legal creador de certeza, incluyendo plazo de invalidación del artículo 53 de la Ley N°19.880. Desconsideración por Contraloría de plazos.*** Es tan jurídicamente absurda la falta de toda limitación temporal al ejercicio la potestad dictaminante, que incluso el plazo de dos años previsto como límite dentro del cual puede decretarse la invalidación administrativa de un acto según el artículo 53 de la ley N°19.880, la Contraloría advierte en sus dictámenes que no le empece.

Este punto es relevante para este requerimiento, porque varios titulares de permisos de edificación que se encontraban en condiciones análogas a mi representada Inmobiliaria Placilla SpA, vieron sus permisos ratificados por el DOM pese a la contraria instrucción del Contralor. En casi todos esos casos el único argumento del DOM para confirmar la validez de los actos fue el vencimiento del plazo de dos años del referido artículo 53, argumentando que se encontraba impedido de invalidar el respectivo permiso una vez transcurrido éste.

No obstante este sano criterio de certeza, el Contralor discrepa de él e, invocando los preceptos que impugno ante este Excmo. Tribunal, alega que su potestad dictaminante ¡no se encuentra sujeta a limitación alguna de plazo!

Algunos de los muchos ejemplos recientes de esta inconstitucional y peligrosa arista de la potestad dictaminante son los siguientes (subrayados nuestros):

- En Dictamen N°30.901 de la Contraloría General de la República, de 13 de diciembre de 2018, el Contralor afirma:

“A este respecto, es menester señalar, de acuerdo con lo consignado en el dictamen N° 62.378, de 2009, de este origen, entre otros, que la obligatoriedad de los pronunciamientos emitidos por esta Contraloría

General, es pura y simple, sin que proceda a someterla a plazo o condición alguna".

Y más adelante, el mismo dictamen:

"...se previene que en la especie no resulta posible acudir a la limitación contenida en el artículo 53° de la ley N°19.880, y restringir el cumplimiento del señalado oficio N°34.834, de 2017...".

- En Dictamen N°62.378, de 10 de noviembre de 2009, bajo la dirección de otro titular, la Contraloría subrayó:

"...este Organismo de Control ha informado en sus dictámenes N°os 56.391, de 2008 y 35.906, de 2009, entre otros, que la obligatoriedad de sus pronunciamientos es pura y simple, sin que proceda someterla a plazo o condición alguna. De este modo, no cabe sostener que los dictámenes N°s 23.114, de 2007, y 4.168, de 2008, hayan quedado sin efecto por haber transcurrido el referido término de dos años, ya que ello importaría, en los hechos, dejar entregada su eficacia la diligencia de la Administración para disponer la invalidación del acto viciado".

- En otro Dictamen, N°46.719, de 24 de julio de 2013, la Contraloría fue aún más explícita en su completa desconsideración del plazo de invalidación:

"Por consiguiente, la determinación de Carabineros de Chile de no invalidar el proceso calificadorio del año 2010, en virtud del cual se dispuso el licenciamiento del señor Victor Vidal Nauco, por haber transcurrido el plazo de dos años, contemplado en el artículo 53 de la ley N° 19.880, no se ajusta a derecho, correspondiendo entonces que se adopten las medidas destinadas a superar la situación que afecta al ocurrente".

Excmo. Tribunal: estos dictámenes son una pequeña muestra de la inconstitucionalidad de una potestad anómala, que incluso atraviesa impunemente las barreras más valiosas que el legislador moderno ha creado para dar certeza y estabilidad a los actos administrativos.

La lógica de la Contraloría en estos sorprendentes dictámenes podría entenderse por su celo en obtener que los funcionarios públicos ejecuten sin más sus pronunciamientos al margen de cualquier limitación de tiempo.

No obstante, resulta intolerable a la Carta Fundamental que esta inestabilidad la sufra un inocente, el particular en cuyo beneficio cede el acto administrativo que se trata de invalidar a los tres, cuatro o más años de emitido. Resulta constitucionalmente inconcebible la asignación de efectos en la Ley N°10.336: ni al Contralor ni al funcionario le empecen el plazo máximo de dos años de la invalidación, pero los efectos debe sufrirlos en sus derechos el particular.

5. Potestad dictaminante precariza función pública, afectando su estabilidad, certidumbre y dignidad funcionarias.

Desde otra perspectiva, SS. Excma. podrá advertir que la aplicación del Precepto Impugnado en la gestión pendiente, precariza la función pública que desarrolla el Director de Obras Municipales, en este caso, de Estación Central.

En efecto, según se ha demostrado en esta presentación, el precepto impugnado faculta al Contralor a imponer su criterio, forzosamente y bajo apercibimientos graves constitutivos de verdaderas amenazas al funcionario público competente en la materia. Así, la voluntad del órgano - Director de Obras Municipales - es anulada: su propio criterio técnico resulta irrelevante e intrascendente. Si no cumple con la instrucción contralora, en los términos planteados, el funcionario arriesga su cargo con efecto inmediato, por medio de una suspensión cuya decisión depende, discrecionalmente, del propio Contralor (art. 133 de la Ley N°10.336, en relación con el art. 51, inciso segundo, de la LOCM).

El profesor Aldunate ha constatado y criticado este fenómeno:

*“Aunque pueda parecer increíble, o surrealista, los respectivos funcionarios de Contraloría recurren al procedimiento de presionar a sus contrapartes de la administración activa con la **amenaza** de sumarios y sanciones para el caso de negarse a cumplir, y cito de mi experiencia personal, “lo ordenado” por el respectivo dictamen. Pero esta especie de **amedrentamiento institucional** no sólo se observa en la forma en que los funcionarios de Contraloría “instan” a sus contrapartes de la administración activa al*

cumplimiento de los dictámenes, sino que aparece de manifiesto en el lenguaje de éstos”⁴⁸.

En estas condiciones, la aplicación del Precepto Legal en la gestión pendiente no sólo afecta los derechos de mi representada, al privarle de un permiso de edificación válidamente adquirido, sino que, además, resulta incompatible con la protección constitucional de la función pública, impidiendo su ejercicio normal y amenazando la estabilidad que la Constitución le asigna como valor institucional (artículo 38 inciso primero, en relación al artículo 19 N°17).

Ello porque se precariza la función pública, al someter a un imposible administrativo al funcionario público titular de la Dirección de Obras Municipales encargado de emitir permisos, quién pese a ejercer funciones administrativamente desconcentradas y aun ciñéndose estrictamente a las instrucciones del Seremi Minvu, que es su superior técnico de acuerdo a la LGUC, sufre la imposición de un criterio técnico externo distinto proveniente del Contralor, contradictorio con los anteriores, forzándolo bajo graves apercibimientos a volver sobre sus pasos, a invalidar actos administrativos firmes y a asestar un golpe jurídicamente demoledor a la certeza jurídica que la Carta Fundamental protege.

En síntesis, SS. Excm., hemos establecido que la potestad dictaminante, al amparo de los preceptos impugnados, es una facultad legal constitucionalmente anómala, porque arrasa con todas las limitaciones, protecciones y balances que las leyes modernas imponen a la autoridad pública en defensa de los actos administrativos terminales y firmes.

Será el planteamiento de este requerimiento entonces que **esta potestad, surgida en 1927 casi simultáneamente con la entrada en vigencia de una Carta Fundamental en muchos aspectos obsoleta y ya derogada, la Constitución de 1925, deviene en 2019 -dos cartas fundamentales y casi 90 años después- claramente inconstitucional**, y que es competencia de vuestro Excmo. Tribunal declararla inaplicable para los efectos urbanísticos de la gestión pendiente en que incide.

⁴⁸ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, 2005, Semestre II, Valparaíso, pp.26-28.

CAPÍTULO V

LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO IMPUGNADO EN LA GESTIÓN PENDIENTE VULNERA DERECHOS CONSTITUCIONALES

Como hemos demostrado, el Precepto Legal se aplica en el caso que se discute en la gestión pendiente con efectos incompatibles con un conjunto de principios y reglas constitucionales, ya que configura una potestad tan absoluta, tan carente de regulación y limitaciones, que simplemente desborda la Carta Fundamental.

Pero no solo eso. Expondremos ahora a SS. Excma. cómo la aplicación del Precepto Impugnado en el caso concreto ha significado, con agravio de mi representada, la vulneración de numerosos derechos fundamentales recogidos expresamente por nuestra Constitución.

1. Vulneración del Debido Proceso. La potestad dictaminante carece del más básico procedimiento previo legal, justo y racional para su ejercicio.

Resulta inconcebible que ni el legislador ni el Contralor hayan dispuesto procesos de tramitación o sustanciación para el ejercicio de la potestad dictaminante, permitiendo al Contralor eximirse del mandato constitucional de velar por la *justicia y racionalidad* del procedimiento (artículo 19 N°3 inc. 6° de la Carta).

Así, nos encontramos frente a la paradoja de una facultad contralora anulatoria y jurisdiccional, que opera sin ningún tipo de procedimiento previo, justo y racional, y que, sin embargo, es apta para producir efectos devastadores sobre los particulares interesados, como efecto adicional al que recae en el órgano administrativo para el que fue prevista.

Como SS. Excma. ha insistido en su jurisprudencia, un procedimiento *racional y justo* requiere de ciertos elementos mínimos. Un ejemplo reciente lo encontramos en la sentencia rol N°3649-17, de 6 de marzo de 2019, considerando undécimo:

“El derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia

rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por los tribunales inferiores” (énfasis agregado)”⁴⁹.

Nada, absolutamente nada de esto prevén los artículos constitutivos de la potestad dictaminante para la adecuada defensa de los interesados, lo que redundará, entre otros vicios de constitucionalidad, en los siguientes:

- i. *Imposibilidad de prueba.* Los preceptos legales impugnados no prevén oportunidad alguna para la “*presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen*”⁵⁰ o refutación⁵¹. Es más, el Contralor suele negar la apertura de un período probatorio cuando se le solicita;
- ii. *Secreto.* El procedimiento que antecede a la emisión del Dictamen del Contralor es absolutamente secreto. El Precepto Impugnado no contiene exigencia alguna de publicidad de los actos previos de sustanciación, situación evidentemente incompatible con la racionalidad y justicia que exige la Carta Magna. La práctica que pueda exhibir uno u otro Sr. Contralor de entregar copias cuando lo estime, no subsana esta incomprensible omisión legal;
- iii. *Ausencia de todo expediente físico o electrónico.* La potestad dictaminante amplia que impugno carece además de todo expediente en que consten sus actuaciones y puedan revisarse. No hay un expediente ni físico ni electrónico accesible al interesado, ni notificación. ¿Puede cumplirse debidamente con el principio de probidad y publicidad de los actos del Estado (art. 8° CPR) si ni siquiera puede revisarse por los interesados lo actuado por el Contralor antes del dictamen que afectará irreversiblemente sus derechos?
- iv. *Falta de todo recurso impugnatorio.* Desde que la apelación al Presidente de la República fuera derogada con la reforma del año 1932, no existe recurso legal alguno mediante el cual se pueda

⁴⁹ Ver también sentencias roles N° 4859-18 y 4347-8, de 6 de marzo de 2019.

⁵⁰ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, Los Derechos Constitucionales, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 144.

⁵¹ CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II*, Ediciones UC, segunda edición, Santiago, 2012, p. 158.

solicitar la revisión de lo dictaminado por el Contralor. La práctica de interponer una reconsideración se funda en el derecho de petición del artículo 19 N°14 de la Constitución, pero no en la ley. Y el recurso de protección emana del artículo 20 de la Carta, lo que desnuda la vulneración en que incurre el Precepto Impugnado.

Más aún, ante la **total ausencia de procedimiento** para el ejercicio de esta potestad, podría pensarse que la práctica atenuaría la inconstitucionalidad de la ley. Es efectivo que el Sr. Contralor registra una cierta práctica de solicitar un informe al funcionario público respecto del cual emitirá su dictamen, como lo hizo en el caso ventilado en la gestión pendiente.

Empero, este trámite es **constitucionalmente irrelevante** y está lejos de subsanar la infracción constitucional, principalmente porque prescinde del verdadero afectado por el ejercicio de la potestad: el titular del permiso que será cuestionado y declarado contrario a derecho. Fue el caso en la gestión pendiente en que recae el esta inaplicabilidad. Mi representada, Inmobiliaria Placilla SpA, ni siquiera fue oída en sede de Contraloría.

Sin perjuicio de lo anterior, advertirá además SS. Excma. que este “traslado” al órgano administrativo es una *concesión graciosa y voluntaria* del Contralor - *no es una exigencia legal* – quién puede omitirla cuando así lo estime. El vicio en el precepto se mantiene, por tanto, inalterado.

En síntesis, el Precepto Impugnado que impugno en esta inaplicabilidad, y que está siendo decisivamente aplicado en la gestión pendiente, resulta contrario a la esencia misma de los derechos asegurados en el inciso 6°, del N°3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile. Esto es, al derecho humano fundamental a ser escuchado en un justo y racional procedimiento, antes que se emita el dictamen que producirá efectos jurídicos anulatorios, y que privará de todo efecto jurídico a la validez de un permiso, que habilita la construcción de un edificio. Adicionalmente, se erige el Contralor en una verdadera comisión especial, juzgando y condenando sin habilitación suficiente.

2. El Contralor como *comisión especial* que resuelve conflictos jurídicos.

El artículo 19 N°3 de la Constitución dispone, en su inciso 5°, que:

“La Constitución asegura a todas las personas:

3°. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (...)

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”.

Comisiones especiales son “*aquellas entidades formadas por un individuo o grupo de individuos que, de facto, ejercen jurisdicción*”⁵². A su vez, el artículo 76 de la Constitución define a la jurisdicción como:

“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, [la cual] pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley”.

En este caso, el Precepto Impugnado le ha permitido a la Contraloría ejercer facultades jurisdiccionales privativas de los tribunales de justicia, ya que:

- i) Conoce y resuelve una controversia de relevancia jurídica entre el DOM de Estación Central y mi representada;
- ii) Ordena ejecutar una sanción, cual es la invalidación del permiso de edificación de que soy titular, la cual consiste en anular un acto a consecuencia de un vicio de juridicidad⁵³. En nuestro derecho, es comúnmente reconocido que la nulidad es una forma de sanción jurídica⁵⁴;
- iii) Ordena extinguir derechos de mi representada. Es difícil concebir una muestra más absoluta de jurisdicción que la extinción de derechos que ésta. Los derechos incorporales del *ius aedificandi* emanados del permiso quedan extinguidos con el mérito del Dictamen vinculante.

Es claro, por tanto, que el Contralor está ejerciendo facultades jurisdiccionales cuando aplica el Precepto Impugnado en este caso, cuestión evidentemente inconstitucional. En efecto, la jurisdicción es un ejercicio directo de soberanía

⁵² CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II*, Ediciones UC, segunda edición, Santiago, 2012, p. 152.

⁵³ SOTO KLOSS, Eduardo, *Invalidación de los actos administrativos*, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 16, N°2 (junio-agosto de 1989), p.477.

⁵⁴ ALESSANDRI BESA, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 67-68.

que sólo puede ejercerse, con autorización constitucional, por atribución legal expresa y sujeta a un conjunto de requisitos y condiciones fundamentales, tanto de carácter orgánico como sustantivo (independencia, revisión de decisiones, exigencias de formación, etc.). Un órgano de la Administración del Estado, como lo es la Contraloría General de la República, no puede ejercer jurisdicción, sino de forma excepcional y rodeada de un conjunto de exigencias y regulaciones, como ocurre en su función de Tribunal de Cuentas. Fuera de tales casos, como ocurre con la potestad dictaminante que impugno, la Contraloría ejerce inconstitucionalmente jurisdicción, vulnerándose por el Precepto Impugnado la Constitución, en particular la separación de funciones consagrada en el artículo 4° y custodiada por los artículos 6° y 7°, además del ya mencionado artículo 76.

La doctrina especializada ha problematizado el carácter jurisdiccional de la potestad dictaminante. El profesor Valdivia advierte:

*“En cuanto los dictámenes dicen el derecho aplicable a casos concretos, se presentan en cierto modo como **sustitutos de la jurisdicción**. En términos prácticos, para los particulares la Contraloría opera como un foro alternativo a los tribunales... No obstante, las falencias del sistema son fácilmente perceptibles. Ante todo, el procedimiento tendiente a su elaboración no ofrece garantías comparables a la jurisdicción”⁵⁵.*

Como se ve, este autor advierte que la potestad dictaminante envuelve el ejercicio de una facultad jurisdiccional, pero sin sujeción a las reglas y garantías propias de dicha actividad.

Incluso el insigne profesor y administrativista don Eduardo Soto Kloss, por su parte, advierte el mismo problema en la potestad dictaminante. Comentando una sentencia de la Corte Suprema que dejó sin efecto un dictamen (rol 4.614-6, 2016), advierte:

“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 “superadministración” y que ésta asumía “como quien declara el Derecho” para la Administración”. Pero se olvida, y la Contraloría parece estar

⁵⁵ VALDIVIA, José Miguel, *Manual de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.350.

todavía imbuida de ello, pero eso pudo ser en otra época, y que ya estando de por medio los derechos de los ciudadanos, es el juez, y sólo él, quién en nuestro régimen republicano asume tal función, de modo definitivo”.

Y sobre los derechos adquiridos en materia urbanística, continúa Soto Kloss:

“...obviamente no pueden ser desconocidos por Contraloría cuando pretende que algún acto de ellos sería ilegal, pronunciándose sobre reclamaciones de terceros”.

Es así como la potestad dictaminante, aún si existen recursos judiciales extraordinarios posteriores, no puede arrogarse atribuciones jurisdiccionales ni por un momento siquiera.

3. Vulneración de la Igualdad, de la Prohibición de la Discriminación y de la Proscripción de la Arbitrariedad.

El artículo 19 N°2 de la Constitución señala lo siguiente:

“La Constitución asegura a todas las personas:

2°. La igualdad ante la ley (...).

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

En su aplicación al caso en cuestión, el Precepto Impugnado vulnera este numeral al ignorar la proscripción de la arbitrariedad consagrada en la frase final del numeral transcrito, en relación los artículos 4, 6 y 7 de la Constitución. En efecto, el conjunto de normas citadas tiene como uno de sus efectos fundamentales la imposición de límites de **razonabilidad** al ejercicio del poder, el que no puede desplegarse de manera arbitraria, esto es, de forma caprichosa, contraria a la equidad o ética elementales, irracional o injustificable⁵⁶. Nociones fundamentales de democracia y separación de poderes (artículo 4), así como de

⁵⁶ CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno Tomo II*, Segunda edición actualizada, Ediciones UC, Santiago, 2012, p. 138; SILVA BASCUÑÁN Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional: De los derechos y deberes constitucionales*, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 121-125; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, *Derecho a la jurisdicción y debido proceso*, Estudios Constitucionales, 2004, pp. 73-82; EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 125. Véase también los fallos del Tribunal Constitucional, e.g., Roles N°28 (voto de minoría), con. 4° a 8°; N°219, con. 17°; N°280, con. 24°, y N°807, con. 22°; N°980, con. 13°; N° 986, con. 32°; N°2664, con. 23°; N°1204; con. 10° a 22°.

Estado de Derecho (artículos 6 y 7), suponen tanto la proscripción de la arbitrariedad como la plena vigencia del principio de control⁵⁷, impidiendo la creación de verdaderos bolsones administrativos autocráticos, sometidos exclusivamente a su particular voluntad y juicio personal.

Lo anterior tiene particular aplicación en el artículo 19 N°2 transcrito, que vincula la **proscripción de la arbitrariedad** al establecimiento de diferencias arbitrarias. Evidentemente, no se prohíbe a la ley o a la autoridad establecer diferencias, sino que exige que toda desigualdad de trato sea efectivamente sustentada en la razonabilidad y no en el mero capricho.

Pues bien, en el caso sub lite, y aplicando la ley que lo faculta, el Contralor decidió, por sí y ante sí, despojar a mi representada de sus derechos adquiridos al amparo de un permiso de edificación, sobre la base de un anteproyecto también aprobado por la autoridad correspondiente. De esta forma, utilizó el Precepto Impugnado para ejercer su poder en forma abiertamente discrecional, causando una diferencia de trato injustificada.

En efecto, mi representada es una empresa que, a diferencia de la inmensa mayoría de los beneficiarios de un permiso de edificación, se ha visto privada de sus derechos de construcción y posterior disposición del respectivo inmueble. Ello, además del valor cuantioso de desembolsado para su adquisición, fijado teniendo a la vista las calidades constructivas que certificó el anteproyecto aprobado y posterior permiso, con las certezas que éstos otorgaron. Esta distinción es tanto más odiosa cuando existen, en la misma comuna de Estación Central, una serie de edificaciones que, encontrándose en la misma situación que el Dictamen tilda de “incumplimiento” de la normativa urbanística, fueron construidos y vendidos a cientos de propietarios que hoy gozan tranquilamente de su dominio.

Peor aún, y como se ha demostrado, los deplorables efectos señalados tienen como origen el ejercicio de una potestad absurdamente discrecional que permite las mayores arbitrariedades. Tal y como ha declarado SS. Excma., “*discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad*” (STC 1341, c.14), sin embargo, “*En la discrecionalidad puede existir un margen mayor para la arbitrariedad porque implica una posibilidad de opción*”. En este caso, el

⁵⁷ GARDAIS ONDARZA, Gabriela, *El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXIII, Valparaíso, 2002, p. 329.

legislador ha configurado una **discrecionalidad tan exageradamente amplia**, que la arbitrariedad es el resultado esperable de su ejercicio (STC 1341, c. 14). Tal diseño legislativo es abiertamente inconstitucional. Como SS. Excma. ha declarado:

“No hay potestades discrecionales absolutas; lo que existe son elementos de dicha atribución que pueden tener rasgos de ese carácter. Por eso, se afirma que en las potestades íntegramente regladas, los elementos que las configuran (su titular, la forma en que se ejercen, su finalidad, la forma que adoptan los actos que se dictan en su ejercicio, la oportunidad de su ejercicio, los hechos y fundamentos en que se fundan, etc.) están detalladamente definidos por la norma que las confiere. En la potestad discrecional, en cambio, hay uno o más de dichos elementos abiertos, entregados al órgano respectivo para ser completados por su apreciación subjetiva. Ello implica que el órgano debe optar entre elementos igualmente justos o equivalentes” (STC 1341, c. 14, el subrayado es nuestro).

El Precepto Impugnado, en contraste, no configura prácticamente ninguno de los elementos propios de una potestad aceptablemente discrecional. Más allá de definir su titular, no se establece forma o procedimiento alguno para su ejercicio, tampoco queda clara su finalidad, no se establece ningún plazo, ni tampoco parámetros de ejercicio (fácticos o jurídicos). En fin, nos encontramos frente a lo que SS. Excma. dice precisamente que no existe: una potestad discrecional absoluta, la cual permite un riesgo también absoluto de arbitrariedad.

Ahora bien, si ya la discrecionalidad absoluta en sí es inaceptable, por cuanto constituiría Poder sin control (artículos 4, 6 y 7 de la Constitución), la situación se agrava exponencialmente cuando esa discrecionalidad permite la vulneración de derechos fundamentales, como sucede en este caso.

En efecto, dado que el Estado tiene el mandato constitucional, directo e incalificado, de respetar y promover los derechos fundamentales (artículo 5° de la Constitución), los estándares de control son necesariamente más exigentes. Así, SS. Excma. ha señalado que:

“En aras de la protección de los derechos fundamentales, la legislación debe detallar los criterios o parámetros para el ejercicio de potestades administrativas” (STC N°799, cc. 9 y 10, el subrayado es nuestro).

Se reconoce así que, si bien no sería necesario “*detallar cabalmente*” tales estándares, ciertamente se excluye la completa y absoluta indeterminación que se observa en el Precepto Impugnado.

Esta línea argumental se repite coherentemente en las decisiones de SS. Excma. Así, por ejemplo, en un fallo sobre las facultades del Consejo de Defensa del Estado, se declaró que:

“Dotar a un servicio público (CDE) de facultades absolutamente discrecionales para la investigación de determinado delito, como las de (...) es inconstitucional al no proteger el goce efectivo de los derechos y libertades que la CPR asegura y garantiza a todas las personas” (STC 198, c. 10).

En definitiva, resulta meridianamente claro que el Precepto Impugnado contempla una facultad incompatible con el sistema democrático, el Estado de Derecho y el Principio de Control. Peor aún, en la causa sublite, el Precepto Impugnado ha permitido al Contralor ejercer una potestad absolutamente discrecional, no sujeta a ningún tipo de parámetro, plazo, modalidad o procedimiento, en perjuicio directo de mi representada, quién ha recibido un trato claramente perjudicial, sin que exista razón suficiente para ello, vulnerando así la proscripción de la arbitrariedad impuesta por la Constitución.

4. Vulneración del derecho a desarrollar una actividad económica lícita. Agravios concretos en patrimonio de esta requirente por aplicación de preceptos legales impugnados.

El artículo 19 N°21 de la Constitución señala que:

*“La Constitución asegura a todas las personas:
21°. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.*

En este caso, mi representada, en ejercicio de este derecho, organizó su actividad en torno a la construcción y venta de edificios de departamentos. Este es un negocio conocido y de común ocurrencia, perfectamente lícito, y que ciertamente no atenta en contra de la moral, el orden público y la seguridad nacional, únicos bienes jurídicos que limitan absolutamente el derecho en cuestión.

Pues bien, el precepto legal impugnado permitió a la Contraloría la vulneración completa, absoluta e irreparable del derecho de mi representada. No se trata de una mera regulación, es decir, de una “reglamentación que indique cómo puede realizarse” (STC 167, c. 14) la actividad o negocio, sino que simplemente lo hace imposible del todo, sin matices.

En efecto, mi representada no podrá seguir construyendo, concluir u obtener recepción municipal para el edificio de departamentos, ni mucho menos enajenar las unidades habitacionales.

Tal y como señaló recientemente SS Excma. en un fallo recaído también en materia urbanística, existe una “incompatibilidad” con el derecho consagrado en el artículo 19 N°21 de la Constitución:

“en cuanto paralizaría la actividad económica de un particular (...) sin perjuicio del consistente menoscabo patrimonial que se propina al inversionista, con mayor razón cuando éste ya había dado inicio a la ejecución de obras” (STC 5172 c. 20).

Así, lo que hace la Contraloría es utilizar el Precepto Impugnado, verdadera patente de corso jurídica, para modificar a posteriori el estatuto jurídico y normativo del negocio de mi representada, transformando una regulación en una prohibición, y produciendo pérdidas millonarias.

De esta forma, se olvida que, como ha declarado SS. Excma.:

“una pretendida regulación de una actividad económica debe tener presente los derechos legítimamente adquiridos por las personas al amparo de la norma vigente al momento de su adquisición” (STC 207, cc. 68 y 69; STC 2643, c. 16, STC 2644, c. 16).

Como ya se explicó y no está controvertido en la gestión pendiente, mi representada había obtenido previamente la aprobación del Anteproyecto respectivo por parte del DOM, fijando así la normativa urbanística aplicable a la obtención del permiso de construcción (artículo 116 LGUC).

Sólo después de esa aprobación y en la confianza que da la letra del artículo 116 de la LGUC, Inmobiliaria Placilla SpA adquirió el inmueble (varios inmuebles luego fusionados) con el preciso propósito de construir, pagando por ello un precio

cuantioso, determinado por las características constructivas definidas en el anteproyecto aprobado.

Según consta en las escrituras públicas de compraventa, mi representada invirtió \$1.301.487.637,5 millones de pesos en la adquisición de dichos predios, con el propósito de ejecutar el proyecto previamente autorizado.

Este precio, hoy dilapidado en inmuebles cuyo permiso la Contraloría dispuso invalidar, es una parte del agravio concreto que impacta a este requirente, consecuencia directa de la potestad dictaminante del Contralor.

En consecuencia, era del todo legítimo y esperable que comenzara la ejecución del negocio descrito, sin que se pudiera prever como contingencia razonable que, invocando el Precepto Impugnado, el Contralor simplemente desconociera la norma legal, así como los derechos de mi representada.

Como SS. Excma. podrá apreciar, se hace imposible desarrollar un negocio lícito si la regulación a que está sometido cambia según la sola voluntad de un funcionario público, por importante que este sea. Máxime cuando, en los hechos, la “regulación” se convierte en una verdadera prohibición.

5. Vulneración del derecho de propiedad: privación de un permiso que se ha incorporado de buena fe en el patrimonio de mi representada.

El artículo 19 N°24 dispone que:

“La Constitución asegura a todas las personas:

24°. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”.

La aplicación de la norma impugnada es la causa jurídica o antecedente normativo que priva a las recurrentes del ejercicio del *ius aedificandi* conferido en virtud del permiso de edificación, incorporado de buena fe en su patrimonio tras un procedimiento administrativo reglado, que cumplió con todos los trámites legales, emanado del órgano de la Administración competente en la materia.

- a) **Las recurrentes adquirieron el derecho a construir los proyectos autorizados en virtud de los permisos de edificación (“*ius aedificandi*”). Facultad de dominio amparada por el derecho de propiedad (art. 19 N°24 de la CPR).**

El permiso de edificación autoriza al propietario de un terreno para construir o edificar un proyecto que ha sido aprobado por el DOM, previo cumplimiento de la normativa urbanística aplicable. Es decir, la autorización administrativa que otorga el DOM regula el ejercicio de una de las facultades que emanan del derecho de propiedad que el particular tiene sobre un terreno, cual es la de construir o edificar una obra determinada que ha sido aprobada por la autoridad, denominado “*ius aedificandi*”.

Refiriéndose específicamente a los efectos patrimoniales que produce el otorgamiento de un permiso de edificación, en tanto éste autoriza el ejercicio del “*ius aedificandi*” o derecho a construir, la doctrina ha sostenido:

- i. Que el permiso de edificación, en tanto acto administrativo, produce efectos jurídicos en el mundo del Derecho, “efectos que ingresan al patrimonio de esos destinatarios, como “derechos” u “obligaciones”, esto es, como “bienes incorporales”, los cuales constituyen derechos de propiedad de ellos”⁵⁸, por lo que se encuentran, en consecuencia, “reconocidos, asegurados, amparados y protegidos por la Constitución”⁵⁹;
- ii. Que el permiso de edificación, implica un reconocimiento que “da forma a un derecho preexistente, incorporándose al patrimonio del petitionario, como derecho adquirido”⁶⁰;

⁵⁸ SOTO KLOSS, Eduardo, *La intangibilidad de los permisos de construcción ¿Es posible dejarlos sin efecto por la vía administrativa?* Ius Publicum N° 19, 2007, p.128.

⁵⁹ Comentario del profesor Eduardo Soto Kloss publicado en Rev. Derecho y Jurisprudencia, tomo XCVII, N°1, de enero a abril del año 2000, sec. 5, pp.39 y ss., citado en: FIGUEROA VELASCO, Patricio, FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, *Urbanismo y Construcción*, Lexis Nexis, Santiago, 2006, p.268.

⁶⁰ FIGUEROA VELASCO, Patricio, FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, *Urbanismo y Construcción*, Lexis Nexis, Santiago, 2006, p.224.

- iii. Que el derecho a construir que emana del permiso de edificación, en tanto acto administrativo decisorio favorable, “se incorporan al patrimonio del beneficiario”⁶¹;
- iv. Que el permiso de edificación permite y autoriza el libre ejercicio del *ius aedificandi*, que constituye una **expresión esencial de las facultades del dominio**, por lo que ésta se “*encuentra amparada por la Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 24*”⁶².

Del mismo modo, la jurisprudencia de SS. Excma. ha declarado expresamente (STC roles N°2917, c. 8° y 11°; N°3250, c. 27 y 28; N°5172, incluso en su voto de minoría c. 25-27):

- i. Que los anteproyectos aprobados y los permisos de edificación otorgados por las DOM generan derechos adquiridos para sus titulares.

Recordamos a SS. Excma. que esa es precisamente la situación de mi representada en la gestión pendiente: existe **anteproyecto aprobado** y permiso de edificación otorgado, por lo que han surgido derechos adquiridos protegidos por la garantía constitucional de la propiedad (art. 19 N° 24).

- ii. Que ni siquiera el legislador puede desconocer estos derechos, los que quedan al amparo de alteraciones a las normas urbanísticas que sean posteriores a la aprobación del anteproyecto. Nuevamente, es la situación de nuestra representada, a quién la aplicación del Precepto Impugnado le ha despojado de sus derechos adquiridos.
- iii. Que ni siquiera la utilidad pública, calificada por el legislador, permite desconocer los derechos adquiridos emanados de anteproyectos y de permisos de edificación.

⁶¹ DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, ENTEICHE, Nicolás, *La Estabilidad de los Actos Administrativos Urbanísticos*, Revista Actualidad Jurídica N° 31 – Enero 2015, p.248.

⁶² VÁSQUEZ, José Ignacio, *Una ausencia de efectiva garantía jurisdiccional en el derecho urbanístico*, en Sentencias Destacadas, 2004, p.91.

- b) **La aplicación del precepto legal impugnado infringe el derecho de propiedad de mi representada: Dictamen N° 27.918 como antecedente que detona forzosamente la invalidación de los permisos de edificación.**

La aplicación del Precepto Legal impacta severamente sobre el derecho de propiedad de mi representada, cuestión que se verifica considerando lo siguiente:

- i. Que el Precepto Legal permitió al Contralor, a través del Dictamen, declarar que una serie de actos del DOM resultaron, a su juicio, *contrarios a derecho* –mediante la aplicación retroactiva de la DDU N°313–, instruyendo a dicho órgano a iniciar el procedimiento de invalidación del permiso de edificación otorgado a mi representada, bajo amenaza de iniciar sumarios e imponer sanciones disciplinarias;
- ii. Que los derechos adquiridos al amparo de los permisos de edificación (“*ius aedificandi*”), fueron posteriormente desconocidos por la Administración al instruir el procedimiento de invalidación, y en este caso, invalidar el permiso, configurando una vulneración al derecho de propiedad de éstas, que solo puede ser llevado a cabo mediante expropiación, según los requisitos del art. 19 N°24 de la CPR⁶³;
- iii. Que, a este respecto, la doctrina ha criticado las limitaciones o vulneraciones al dominio que emanan del simple ejercicio de la facultad fiscalizadora de la Administración, por sí y ante sí –cual es precisamente el caso del Dictamen N°27.918– afirmando que ello implica “*un grave atentado al propio Estado de Derecho, pues conllevan un impedimento al libre desarrollo del orden social*”⁶⁴;
- iv. Que, por otra parte, el vínculo entre la instrucción de iniciar los procedimientos de invalidación contenida en el Dictamen y el acto terminal de invalidación que emitió el DOM, no es contingente ni hipotético, sino que se trata de un vínculo causal directo y necesario, en tanto que la potestad dictaminante que ejerce la Contraloría es, como hemos insistido, en los hechos y el derecho, imperativa,

⁶³ DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, ENTEICHE, Nicolás, *La Estabilidad de los Actos Administrativos Urbanísticos*, Revista Actualidad Jurídica N° 31 – Enero 2015, p.254.

⁶⁴ VÁSQUEZ, José Ignacio, *Una ausencia de efectiva garantía jurisdiccional en el derecho urbanístico*, en Sentencias Destacadas, 2004, p. 119.

irreversible e irresistible para el funcionario público destinatario, de forma tal que la invalidación ya se resolvió en sede Contraloría.

En conclusión, el Precepto Impugnado permite la privación del derecho de propiedad de las recurrentes, a consecuencia de la invalidación de los permisos de edificación que les conceden o reconocen el *ius aedificandi*.

c) Impacto Real e Implacable sobre la Propiedad de la Requirente.

Como consecuencia de lo antes señalado, la requirente ha sufrido un gran daño en su propiedad. Despojada inconstitucionalmente del *ius edificandi*, su inmueble ya no sirve para lo que fue adquirido y su valor es hoy una fracción muy menor de lo que era antes del Dictamen N°27.918. Más aún, se ha vulnerado la esencia del derecho de dominio, cuyo núcleo está constituido por las facultades de usar, gozar y disponer del respectivo bien. En este caso:

- i) La requirente no podrá utilizar el bien para aquello que lo adquirió (y para lo cual había recibido autorización formal de la autoridad competente).
- ii) La requirente, en el mejor de los casos, podrá recuperar un valor residual muy menor de los frutos civiles que podría haber recibido de las edificaciones autorizadas.
- iii) La requirente no podrá enajenar los departamentos que prometió a terceros, ya que le será imposible construirlos.

En síntesis, SS. Excm., el Precepto Impugnado ha permitido una verdadera **expropiación** del patrimonio de la requirente, sin que se haya cumplido con ninguno de los estrictos requisitos exigidos por la propia Constitución para ello.

6. Vulneración del Derecho a la Seguridad Jurídica.

El artículo 19 N°26 de la Constitución dispone lo siguiente:

“La Constitución asegura a todas las personas:

26°. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos

en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Según la doctrina, este numeral constitucional protege el derecho a la seguridad jurídica, entendido como “*la situación psicológica de la persona que, en cuanto sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, conoce el ordenamiento objetivo que debe cumplir, sabe que este sistema normativo es generalmente observado y confía en que así continuará ocurriendo*”⁶⁵.

Como veremos a continuación, en este caso el Precepto Impugnado ha permitido la vulneración en forma evidente este derecho, al menos de dos formas distintas:

a) Aplicación Retroactiva de la DDU 313.

El Precepto Impugnado permite que el Contralor, a posteriori, ordene al DOM de Estación Central que aplique retroactivamente una norma urbanística posterior a la que ordena la ley (DDU 313, Circular de la División de Desarrollo Urbano del MINVU). Cuesta imaginar una situación de mayor desamparo para la seguridad jurídica de nuestra representa, ya que:

- i) Se le priva de un derecho ya adquirido a construir el edificio de departamentos, en virtud de un permiso de edificación ya otorgado;
- ii) Se le impide confiar en la autoridad a quién la ley le ha otorgado competencia en esta materia (el DOM);
- iii) Se le señala que lo que dice expresamente la ley (artículo 116 de la LGUC), no se aplicará en su caso;
- iv) Se le cambia completamente el marco normativo a una operación que ya había comenzado a ejecutarse, incurriendo en considerables inversiones, sobre la base de un anteproyecto aprobado por la autoridad competente.

¿Quién podría disponer de certeza jurídica en estas condiciones? Aquella consiste precisamente en la confianza de poder prever las consecuencias jurídicas de las propias acciones, en virtud de normas jurídicas conocidas (Cfr. STC 2666-14 c.

⁶⁵ CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II*, Ediciones UC, segunda edición, Santiago, 2012, p. 626.

35º; 2922-16 c. 32º y 25º). En este caso se produce todo lo contrario: ¿Cómo podía prever mi representada –cuando comenzó la ejecución de su negocio y luego al obtener la aprobación del anteproyecto–, que se iba a dictar después una norma distinta –la DDU 313– y que esta se aplicaría retroactivamente y en contradicción a lo dispuesto por el art. 116 de la LGUC?

El absurdo es evidente, y demuestra cuán comprometida está la seguridad jurídica en este caso.

El principio de irretroactividad es un principio general del Derecho, indispensable para la seguridad jurídica. Tal y como ha señalado SS. Excmá., la aplicación retroactiva de normas jurídicas:

“conduce a aceptar un estado de inseguridad jurídica que impide a los individuos un desarrollo integral de su personalidad frente al temor que naturalmente conlleva el no saber con certeza las consecuencias jurídicas de sus actos...” (STC 46-87, c. 22º).

Y sin embargo, en el caso sublite, invocando el Precepto Impugnado, se ha aplicado retroactivamente la DDU 313, destruyendo toda seguridad jurídica. Al respecto, resulta útil recordar el reciente fallo de SS. Excmá., rol N°5172, el que, pronunciándose precisamente sobre el efecto temporal de normas urbanísticas, señala que:

“las limitaciones al dominio deben ser armónicas con la seguridad jurídica que tiene que contener el ordenamiento jurídico en términos que no afecten el contenido esencial de la propiedad, estableciéndose normas jurídicas que contengan condiciones estables que conlleven a situaciones de certeza” (c. 26º, el subrayado es nuestro).

Como ya es evidente a estas alturas, en este caso ha ocurrido exactamente lo contrario: el Precepto Impugnado ha permitido desconocer la estabilidad de actos jurídicos legítimos - fundamentalmente la aprobación del anteproyecto y el permiso de edificación N°77/2007, pero también una serie de autorizaciones posteriores que consolidaron aún más la situación de mi representada⁶⁶-, afectando así la esencia de su dominio.

⁶⁶ Véase notas 2, 3 y 4.

b) Inestabilidad de Actos Jurídicos que han Producido Efectos.

Como ha señalado la doctrina, *“la estabilidad de los derechos es una de las principales garantías del orden jurídico, a tal punto que puede incluso sentarse un principio general en tal sentido, que sólo podría ser objeto de excepción en casos concretos y ante norma expresa”*⁶⁷.

Así, la estabilidad de los actos jurídicos es la regla general, especialmente respecto de los actos administrativos decisorios favorables. Si bien esta regla presenta excepciones, estas son limitadas y deben interpretarse restrictivamente: caducidad, revocación e invalidación. Esta última, que es la que se pretende aplicar en la especie, supone que el acto adolece de un vicio de juridicidad⁶⁸.

Sin embargo, como dispone el artículo 52 de la Ley N° 19.880: (“Ley de Procedimiento Administrativo”):

“los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables”.

En otras palabras, un acto invalidatorio (que es un acto administrativo) no tiene efectos retroactivos si aquellos perjudican al destinatario del acto invalidado⁶⁹. Así lo ha reconocido la propia Contraloría, al declarar que:

⁶⁷ GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Tomo 3, *El acto administrativo*, 10ª edición, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 2011. Véase también: ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La intangibilidad de los actos administrativos favorables como límite a la revocación e invalidación de oficio* en la Ley 19.880 sobre Procedimientos Administrativos, Santiago, Conferencias Santo Tomás de Aquino, 2003, p. 64; VIÑUELA HOJAS, Mauricio, *La estabilidad de los permisos otorgados al amparo de la Ley General de Urbanismo y Construcciones frente a modificaciones de los instrumentos de planificación territorial dispuestas por la autoridad ambiental*, en Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 15, 2005, p. 106; y SOTO KLOSS, Eduardo, *Inestabilidad del acto administrativo y derechos de los destinatarios (a propósito del artículo 53 inciso 1° de la Ley N° 19.880)* en SOTO KLOSS, Eduardo (coord.), *Administración y Derecho*, 2014 pp. 296-297.

⁶⁸ Véase MORAGA KLENNER, Claudio, *Tratado de Derecho Administrativo: La actividad formal de la administración del Estado*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010, p. 263, y CALDERA DELGADO, Hugo, *Manual de derecho administrativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pp. 204-206.

⁶⁹ ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2003): *La intangibilidad de los actos administrativos favorables como límite a la revocación e invalidación de oficio* en la Ley 19.880 sobre Procedimientos Administrativos, Santiago, Conferencias Santo Tomás de Aquino, 2003, p. 72.

“de conformidad con lo previsto por el artículo 52 de la citada Ley de Procedimiento Administrativo, los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros. En relación con el alcance de dicha norma respecto de la invalidación (...) como tal, se rige por el precepto citado precedentemente, el que pasa a constituir un límite a la potestad invalidatoria de la Administración, en cuanto ésta no puede afectar desfavorablemente al interesado, de modo que, en la medida que signifique una privación o una merma para éste, el acto invalidatorio no puede producir el efecto retroactivo que le es propio”⁷⁰ (el subrayado es nuestro).

Pese a que este precepto y su doctrina son esenciales a todo Estado de Derecho, la Ley N°10.336, al configurar la potestad dictaminante en 1927, no recoge la irretroactividad de sus informes. Si a eso se suma que la misma CGR estima no aplicársele la Ley N°19.880, entonces la indefensión de los afectados por sus dictámenes es completa: sólo reparable por este Excmo. Tribunal Constitucional mediante esta acción de inaplicabilidad.

En este caso el perjuicio para mi representada es enorme, a lo que debe sumarse el gran daño que se provoca a terceros, contándose entre ellos proveedores, acreedores y promitentes compradores de los departamentos a ser construidos.

Pero más aún, la invalidación tiene también como límite la buena fe. Es así como: *“La doctrina nacional mayoritaria señala que no es posible desconocer los efectos del acto originario en caso que el beneficiado ignore el vicio del que adolece, o incluso cuando no haya propiciado que se produjese este yerro”⁷¹.*

Así, la misma Contraloría ha reconocido que:

“el principio de confianza legítima, aplicable en situaciones jurídicas concretas en que las consecuencias de las medidas adoptadas por la Administración no pueden afectar a los terceros que adquirieron derechos de buena fe dentro de un procedimiento administrativo”⁷² (el subrayado es nuestro).

⁷⁰ Contraloría General de la República (2008) Dictamen N° 12.391, el cual fue confirmado el año siguiente por el mismo organismo contralor, Contraloría General de la República (2009) Dictamen N° 24.445.

⁷¹ DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, ENTEICHE, Nicolás, *La Estabilidad de los Actos Administrativos Urbanísticos*, Revista Actualidad Jurídica N° 31, Enero 2015, p. 243.

⁷² Contraloría General de la República, Dictámenes N° 49.863, 7.430 y 59.072.

Huelga señalar que mi representada adquirió de buena fe, de acuerdo a las normas urbanísticas vigentes a la época de aprobación del anteproyecto, el *ius aedificandi* para desarrollar su proyecto inmobiliario, y que nunca propició vicio jurídico alguno. Más aún, como SS. Excma. sabe, la buena fe en nuestro derecho se presume (artículo 707 del Código Civil), y la mala fe debe acreditarse ante los Tribunales de Justicia⁷³, lo que en la especie ni siquiera se ha intentado.

Pues bien, el Precepto Impugnado ha sido aplicado en este caso por el Contralor en uso de sus facultades legales, pero violación de todo lo anterior: en una especie de anómala presunción de mala fe del titular del permiso, no explicitada ni probada, se ordena al DOM invalidar actos administrativos decisorios beneficiosos para mi representada (permiso de construcción), produciendo efectos retroactivos, todo ello en contravención al principio que inspira al artículo 52 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y sin mediar indicio ni prueba alguna de mala fe por parte del afectado.

Lo anterior acusa un vicio constitucionalidad en los preceptos que admiten este ejercicio, ya que la aplicación de la fuente legal de la potestad dictaminante se ha traducido en la brutal afectación del derecho a la seguridad jurídica de mi representada. A este respecto, la doctrina ha sostenido que:

“es de toda lógica suponer que la posibilidad de que cualquier acto beneficioso dictado por una autoridad sujeta a fiscalización de la Contraloría ... sea declarado contrario a derecho y luego invalidado, genera un estado de incertidumbre difícilmente compatible con la seguridad jurídica, cualquiera sea el concepto que se tenga de ésta”⁷⁴.

En efecto, el Contralor aplica los preceptos legales que contiene una competencia pública completamente desregulada, irrestricta, otorgada por el Precepto Impugnado, para vulnerar los derechos de mi representada, de una forma absolutamente imprevisible, contraria a lo que dice la ley, la doctrina y los propios pronunciamientos de la Contraloría.

⁷³ ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2003): *La intangibilidad de los actos administrativos favorables como límite a la revocación e invalidación de oficio* en la Ley 19.880 sobre Procedimientos Administrativos, Santiago, Conferencias Santo Tomás de Aquino, 2003, p. 72.

⁷⁴ EVANS, Eugenio y POBLETE, Domingo, *Efectos que produce la declaración de contrariedad a derecho de un acto administrativo por parte de la Contraloría General de la República*, en: *La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Contraloría General de la República, Santiago, 2012, p.129.

En conclusión, SS. Excma., en este requerimiento se ha demostrado:

- i. Que el Precepto Legal impugnado, compuesto por sus tres fases indisolubles, consagra y ampara una potestad exorbitante, única en nuestro sistema e incompatible con la noción de un Estado de Derecho (arts. 6 y 7 CPR), consistente en la facultad de dictar una orden consistente en la irreversible e irresistible invalidación del permiso de edificación N°77 de 2017, emitido por el órgano técnico competente, *desconcentrado* (art. 3 CPR): la Dirección de Obras Municipales;
- ii. Que el Precepto Legal impugnado faculta a la Contraloría a emitir esta orden invalidatoria por sí y ante sí, sin previo procedimiento, sin notificar siquiera a los afectados y sin someterse a plazo alguno;
- iii. Que, en efecto, en aplicación del Precepto Legal impugnado, la Contraloría ordenó la invalidación del permiso de edificación de mi representada, sin haberla oído ni haberle advertido acerca de un juzgamiento acerca de la legalidad de su proyecto de edificación, lo que repugna a las nociones más básicas de debido proceso legal (art. 19 N°3 CPR);
- iv. Que, como resultado de la aplicación del Precepto Legal impugnado, Inmobiliaria Placilla SpA ha sufrido la privación del permiso de edificación N°77, que había incorporado por medio de una sucesión de actos administrativos emitidos por la autoridad competente (DOM), consistentes en la aprobación del anteproyecto de edificación (2016) y posterior permiso de edificación (2017), lo que se traduce en la pérdida de más de 1.900 millones de pesos en inversiones consistentes en la adquisición del terreno (posterior a la aprobación del anteproyecto) y trabajos de arquitectura y de desarrollo de inicio de faenas, todo lo cual constituye una vulneración evidente e intensa de los atributos esenciales de la propiedad (art. 19 N°24) y de la garantía de seguridad jurídica (art. 19 N°26)
- v. Que, asimismo, como resultado de la aplicación del Precepto Legal impugnado, mi representada se ha visto impedida del todo, sin matices, de desarrollar su actividad económica (art. 19 N°21): no podrá seguir construyendo, concluir u obtener recepción municipal para el

edificio de departamentos, ni mucho menos enajenar las unidades habitacionales, respecto de la mayoría de las cuales ya había celebrado contratos de promesa de compraventa;

- vi. Que, luego, la declaración de inaplicabilidad constituye el único remedio para evitar que el Precepto Legal impugnado produzca y consolide las graves vulneraciones a la Carta Fundamental que aquí se han expuesto.

POR TANTO,

A US. EXCMA. PIDO: Tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del precepto legal constituido por la frase del inciso primero del artículo 6 de la Ley N°10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría que dispone: “*y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización*”; por el inciso final del artículo 9 de la misma ley, que ordena: “*Estos informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran*”, y por la frase del artículo 52 de la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que indica: “*sobre todas las materias sujetas a su control*”, siendo las tres frases constitutivas de un mismo precepto legal para efectos del artículo 93, N°3 de la Carta Fundamental, en la gestión pendiente sustanciada ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, correspondiente al recurso de protección caratulado “*Inmobiliaria Fortaleza Placilla SpA con Contraloría General de la República*”, Rol Ingreso Protección N°88.101-2018 y acumulados, acogerlo a tramitación y, tras conocerlo, declarar la inaplicabilidad del Precepto Impugnado en la gestión pendiente individualizada.

PRIMER OTROSÍ: Pido a US. Excma. tener por acompañados, con citación, los siguientes documentos:

1. Copia de la escritura pública en que consta mi personería para representar a Inmobiliaria Placilla SpA.
2. Copia de certificado emitido por la Secretaria de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 24 de junio de 2019, que acredita la existencia de la gestión pendiente en que incide esta inaplicabilidad, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes, tal y como lo exige el inciso segundo del artículo 79 de la ley 17.997.

3. Copia del Recurso de Protección interpuesto por Inmobiliaria Fortaleza Placilla SpA ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol N° Protección-88101-2018.
4. Copia del Recurso de Protección interpuesto por Placilla SpA ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol N° Protección-88161-2018, acumulado al rol N° 88101-2018.
5. Copia del Recurso de Protección interpuesto por Inmobiliaria Cenit Placilla Limitada ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol N° Protección-88170-2018, acumulado al rol N° 88101-2018.
6. Copia del Recurso de Protección interpuesto por Eurocorp Dos S.A. ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol N° Protección-88186-2018, acumulado al rol N° 88101-2018.
7. Copia del Recurso de Protección interpuesto por Inmobiliaria Nogales SpA. Inmobiliaria Ecuador Origen S.A., Inmobiliaria Ecuador S.A., Constructora Alonso de Córdova Limitada e Inmobilia S.A ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol N° Protección-88218-2018, acumulado al rol N° 88101-2018.
8. Copia del Recurso de Protección interpuesto por la Asociación Nacional de Revisores Independientes A.G., doña Marcela Hormazábal Mutis y otros revisores independientes, ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol N° Protección-88219-2018, acumulado al rol N° 88101-2018.
9. Copia del escrito en que mi representada Inmobiliaria Placilla SpA se hizo parte como interesada en los recursos de protección rol N° 88101-2018 y acumulados.
10. Copia de Certificados de Informaciones Previas N°s IPB-253 de 26 de junio de 2015, IPB-453 e IPB-469 de 13 de octubre de 2015, IPB-478 e IPB-479 de 16 de octubre de 2015 e IPB-538 de 10 noviembre de 2015.
11. Copia de comprobante de ingreso del Anteproyecto, Ingreso N°47.708-15, de 24 de diciembre de 2015.
12. Copia de la Resolución de Aprobación de Anteproyecto de Edificación N°22-2016, de 26 de abril de 2016.
13. Copia de comprobante de ingreso de la solicitud de Permiso de Edificación, Ingreso N°2.381-16, de 16 de septiembre de 2016.
14. Copia de comprobante de pago de derechos municipales, de 26 de abril de 2017.
15. Copia del Permiso de Edificación N°77-2017, de 16 de mayo de 2017.
16. Copia de la Autorización de obras preliminares y/o demolición N°30-2017 de 10 de abril de 2017 que autoriza la demolición total de una superficie de 992,88 m2 para el predio ubicado en calle Placilla N°134.

17. Copia de la Autorización de obras preliminares y/o demolición N°56-2017 de 29 de agosto de 2017 que autoriza la instalación de faenas para el predio ubicado en calle Placilla N°134.
18. Copia de la Autorización de obras preliminares y/o demolición N°78-2017 de 19 de octubre de 2017 que autoriza la realización de excavaciones, entibaciones y/o socializado para el predio ubicado en calle Placilla N°134.
19. Copia de la Resolución Rectificación de Resolución de Aprobación de Proyecto de Fusión Predial N°4/2017, de 9 de febrero de 2017.
20. Copia de la Resolución N° 19/2018 emitida por la Dirección de Obras de la Ilustre Municipalidad de Estación Central, de 10 de diciembre de 2018.
21. Copia de la Resolución N° 19-2/2019 emitida por la Dirección de Obras de la Ilustre Municipalidad de Estación Central, de 14 de febrero de 2019.
22. Copia del Informe emitido por la Contraloría General de la República en los recursos de protección rol N° 88101-2018 y acumulados.
23. Copia del Dictamen N° 27.918 de 12 de noviembre de 2018.
24. Copia del ORD. N° 5284 del Secretario Ministerial Metropolitano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 12 de noviembre de 2014.
25. Copia de la Circular N°203 de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de fecha 16 de mayo de 2016, denominada “DDU 313”.
26. Copia de la resolución dictada por la Il. Corte de Apelaciones de Santiago el 20 de junio de 2019, en los recursos de protección rol N° 88101-2018 y acumulados.

SEGUNDO OTROSÍ: En aplicación de lo dispuesto por el artículo 93, inciso 11 de la Carta Fundamental y el artículo 37, inciso primero de la ley 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, y en atención al estado en que se encuentra la causa y a la posibilidad de que el recurso de protección interpuesto sea resuelto por la Il. Corte de Apelaciones de Santiago antes que US. Excma. pueda pronunciarse acerca del presente requerimiento, solicito se ordene la **suspensión inmediata del procedimiento en la causa pendiente, al momento de admitirlo a trámite.**

Pido a US. Excma. considerar especialmente que, por resolución de 20 de junio de 2019 (acompañada en otrosí), **la gestión pendiente ya fue agregada extraordinariamente y en lugar preferente en la tabla de la Séptima Sala de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, para el día miércoles 26 de junio de 2019.** Si bien la vista de la causa ese día fue suspendida, la Il. Corte de Apelaciones de Santiago.

Corte debiera en forma próxima e inminente volver a agregar la gestión pendiente en la tabla de la sala sorteada.

De este modo, una vez que se verifique la próxima audiencia pública de alegatos en la gestión pendiente, la sentencia puede dictarse en cualquier minuto, incluso inmediatamente después de la referida audiencia (en lo que se conoce en jerga procesal como “fallo sobre tabla”).

Por tanto, como podrá apreciarse, existe un **riesgo inminente** de que se resuelva el recurso de protección antes que este Excmo. Tribunal pueda entrar en conocimiento del asunto.

En atención a lo anterior y con el fin de evitar que se produzcan y consoliden efectos contrarios a la Carta Fundamental sin que este Excmo. Tribunal haya tenido la oportunidad de pronunciarse, pido a SS. Excma. se decrete la **suspensión inmediata** del procedimiento en la gestión pendiente en que incide esta acción de inaplicabilidad, al momento de acogerlo a trámite.

TERCER OTROSÍ: En conformidad a lo dispuesto en los artículos 82 inciso tercero y 43 de la Ley N°17.997, solicito a US. Excma. disponer se oigan alegatos para decidir la admisibilidad del requerimiento, sólo en caso de estimarlo necesario.

CUARTO OTROSÍ: Pido a US. Excma. tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado, asumiré personalmente el patrocinio y poder en el presente requerimiento, y que, además, confiero poder para actuar en autos a los abogados don José Manuel Díaz de Valdés, don Domingo Poblete Ortúzar y don Cristóbal Zepeda Torey, todos domiciliados a estos efectos en Nueva Costanera 4040, oficina 52, Vitacura, quienes podrán actuar conjunta o separadamente, y firman en señal de aceptación.

QUINTO OTROSÍ: Pido a US. Excma. tener presente los siguientes correos electrónicos, como forma válida y preferente de notificación: afermandois@fermandois.cl, dpoblete@fermandois.cl y czepeda@fermandois.cl. jdiazdevaldes@fermandois.cl.