

LAS ACCIONES CONTENCIOSAS DERIVADAS DEL PERMISO DE EDIFICACION MUNICIPAL

LIC. PAULINA VALENZUELA PARAVIC

Contencioso viene de contienda, lo que supone dos partes con intereses divergentes y contrapuestos, un asunto o materia en discusión y que toma conocimiento de ello un tercero imparcial, un juez que cuenta con facultades jurisdiccionales. Específicamente con respecto al tema que pasamos a desarrollar, el asunto o materia de la contienda tiene que versar sobre un permiso de edificación, ya sea porque se discute acerca de su legalidad, o bien, porque es base para dar lugar a una reclamación pecuniaria.

El permiso de construcción es un acto administrativo de mucha frecuencia dentro de la Administración Pública Local chilena, sobre todo por la gran relevancia que tiene dentro de la economía nacional, el rubro de la construcción y en especial en los últimos años, en que el promedio de solicitudes de permisos presentados y que fueron aprobados, ascienden a unos 50 mil por año.

Desde un punto de vista doctrinario podemos conceptualizar al permiso de edificación como un acto municipal consistente en una autorización administrativa previa y obligatoria para todo aquel que pretenda erigir una obra, y que se otorga una vez verificado que el proyecto cumple con las normas del Plano Regulador, la Ley General de Urbanismo y Construcción y la Ordenanza General respectiva, teniendo en cuenta el terreno sobre el cual se va a ejecutar la construcción.

Ahora bien, para poder entrar a examinar todas aquellas alternativas de procesos contenciosos en que se vea involucrado el permiso de construcción, es necesario sistematizar esta materia a tratar según quienes son las partes en la contienda y el "juez natural" que le corresponde a cada eventualidad. De ahí que se distinguen tres tipos de contenciosos:

1. El contencioso contravencional, en que las partes son, por un lado la Administración Municipal en ejercicio de su poder sancionador y por otro el administrado-infractor; conociendo de este proceso, el juez de policía local respectivo.

2. El contencioso administrativo, en que las partes son, por un lado la Administración Municipal que ha dictado un acto administrativo cuya legalidad y/o mérito se discute y produce perjuicios y, por otro el administrado agraviado por dicho acto; el tribunal competente será generalmente la Corte de Apelaciones respectiva, y aquel que haya sido establecido especialmente por ley para una materia determinada.

3. El contencioso civil, en que las partes son el particular afectado por una situación que le ocasiona perjuicios, la que pudo haberse originado por un acto ya sea de la Administración Pública, o bien, de un particular; el tribunal competente será el juez común, esto es, el juez de letras de primera instancia.

A continuación, en los acápites siguientes analizaremos la normativa positiva que actualmente rige en la materia, conforme a las tres situaciones mencionadas precedentemente.

LO CONTENCIOSO CONTRAVENCIONAL

De un modo general, a la administración local en Chile le compete fiscalizar el cumplimiento de la ley y los reglamentos promulgados en materia de urbanismo y construcción por parte de los administrados, a quienes va dirigida, para lo cual la ley le ha otorgado una serie de prerrogativas públicas derivadas del ejercicio de su competencia específica.

Ante la constatación por el DOM o de un funcionario de su dependencia, de la ocurrencia de un hecho constitutivo de una infracción al derecho positivo, le nacen dos posibilidades o alternativas de ejercicio de potestades públicas, las que bajo ciertas circunstancias y dependiendo de la gravedad de los hechos no son excluyentes, y que pueden ejercerse conjuntamente; éstas son, en un primer caso, la formalización de la respectiva denuncia ante el Juzgado de Policía Local, y la segunda, recurrir al Alcalde solicitando que ordene la demolición de lo ejecutado ilegalmente.

a) Denuncia ante el Juzgado de Policía Local:

Resulta importante mencionar que no sólo el DOM puede formalizar dicha denuncia, sino que asimismo el SEREMINVU, según se establece en el inciso segundo del artículo 21 de la LGUC:

"Las denuncias por infracciones serán formuladas por la Dirección de Obras Municipales o por la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo al juzgado de policía local..."

Los particulares no pueden hacer denuncias al juzgado de policía local, *sólo* es posible que concurran a denunciar de dichas infracciones ante las Municipalidades o la SEREMINVU respectiva, para que éstas ejerzan las acciones ante el juzgado correspondiente (artículo 20 inciso segundo de la LGUC); si los funcionarios municipales omiten dar curso a la respectiva denuncia del particular se hacen responsables civil, criminal y administrativamente, como se desprende así del artículo 22 de la LGUC.

La *respectiva competencia* que le corresponde al juzgado de Policía Local se deriva de lo preceptuado en el artículo 21 inciso primero de la LGUC:

"Será competente para conocer de la infracción el juez de Policía Local respectivo, o el Alcalde en las comunas en que aquel no existiere".

Estos juzgados de Policía Local cuentan con una ley orgánica que los regula, la N° 15.231 cuyo texto definitivo se halla determinado por D.S. N° 307 de 1978 (D.O. 23 de mayo de 1978) y la Ley N° 18.287 que fija el procedimiento ante los juzgados de policía local y que derogó el título III y IV de dicha ley N° 15.231.

El artículo 20 de la LGUC resulta ser bastante genérico y amplio en cuanto a señalar el tipo de infracciones que se pueden cometer, al normar:

"Toda infracción a las disposiciones de la presente Ley, su Ordenanza General y los Planes reguladores y sus ordenanzas locales, será sancionada con multa a beneficio municipal no inferior a 25 ni superior a 500 veces el valor oficial vigente de la "cuota de ahorro", definida en el artículo 27, del DFL 2, de 1959, sin perjuicio de la paralización o demolición de todo o parte de la obra, si fuere procedente".

Para darnos una idea de las infracciones que pueden cometerse, podemos recurrir al artículo 58¹ de la OGCU en que, siendo un artículo con algunos acápites obsoletos, por tener algunos incisos tácitamente derogados se mencionan a lo menos las infracciones más comunes, como son, construir sin permiso, no estar la obra a cargo de profesional compe-

¹ La nueva Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, publicada el 19.05.1992 en el D.O. y que comenzó a regir el 18.09.1992, deroga dicho art., estableciendo en su reemplazo el art. 1.3.1., subsana el error citado, al preceptuar "Las infracciones a las normas contenidas en la presente ordenanza, quedarán sujetas a las disposiciones y multas previstas en el Capítulo IV del Título I, de la Ley General de Urbanismo y Construcción".

tente o descuidar éste su atención, entorpecer el acceso a la obra de los inspectores, no construir conforme al permiso otorgado, etc.

El *plazo de prescripción* para ejercer las respectivas acciones de denuncia es de 5 años a contar de la comisión de la infracción (artículo 26 de la LGUC y 54 de la ley Orgánica de Juzgados de policía local Nº 15.231).

El *procedimiento* para la aplicación de las respectivas multas por el Juez de Policía Local se halla regulado en la ley Nº 18.287 antes citada. En razón de esto, debe entenderse derogado tácitamente el artículo 59 de la OGCU por la citada ley, por cuanto tal norma legal establece un procedimiento distinto al contenido en dicha disposición reglamentaria. Sobre todo en lo que dice relación con el recurso de apelación, el que, según el artículo de la nueva ley, debe interponerse ante la Corte de Apelaciones respectiva, y no ante el juzgado de letras de mayor cuantía como señalaba el artículo 59 antes citado.

Como una *medida precautoria* de especial naturaleza, la ley le ha conferido al DOM la posibilidad de ordenar la paralización de las obras para evitar así mayores perjuicios de los ya producidos. El artículo 146 de la LGUC que regula esta medida, en su inciso segundo, ha establecido una serie de infracciones en que es obligatorio para el DOM el ejercicio de tal facultad, debiendo decretarla en tales circunstancias. En Derecho Administrativo el ejercicio de dicha facultad corresponde a una competencia reglada. En cambio, en el inciso primero de dicho artículo, se deja al criterio del funcionario su ejercicio, con lo cual estamos en presencia de una potestad pública con competencia discrecional. Dicho artículo preceptúa lo siguiente:

"El Director de Obras Municipales, mediante resolución fundada, podrá ordenar la paralización de cualquier obra en los casos en que hubiere lugar a ello.

Comprobado que una obra se estuviera ejecutando sin el permiso correspondiente o en disconformidad con él, o con ausencia de supervisión técnica, o que ello implique un riesgo no cubierto, sin perjuicio de las sanciones que corresponda, ordenará de inmediato su paralización, fijando un plazo prudencial para que se proceda a subsanar las observaciones que se formulen".

A su vez el artículo 40² de la OGCU contiene otros casos en que deberá el DOM ordenar la paralización de las obras. De entre las situa-

² La referencia debe entenderse hecha al art. 5.1.25 de la nueva OGCU (véase nota anterior).

ciones para las cuales se establece cabe destacar la que se refiere al hecho de estar construyendo sin que se hubieren adoptado las medidas de seguridad y existiere peligro de daño a terceros.

En relación con esta prerrogativa municipal, existe una disposición en la OGCU que autoriza el ejercicio de esta facultad a los inspectores municipales (artículo 52)³ "...cuando adviertan defectos graves que comprometan la seguridad o salubridad del edificio o que constituyan peligro para el vecindario". Sin embargo, esta disposición reglamentaria es de dudosa legalidad por cuanto no existe norma legal que la ampare, por cuanto cada vez que la ley se ha referido al funcionario municipal competente para ejercer esta potestad, ha aludido al DOM.

Las multas a que sean condenados los infractores son a beneficio municipal y su pago son sin perjuicio de otros derechos que se adeudaren al Municipio. Es el caso de las construcciones que se ejecutaren sin el respectivo permiso y sin haber, por lo tanto, pagado los derechos municipales correspondientes. En tal caso, según el artículo 133 de la LGUC, se condena al infractor a un recargo en el 100% del valor de los derechos, más los respectivos reajustes e intereses moratorios, según se establece en el artículo 48 del DL 3.063 de 1979, sobre Rentas Municipales, que hace aplicable, en lo que fuere pertinente, los artículos 53 a 55 del Código Tributario que deben cobrarse en caso de retardo en el pago de impuestos, retenciones y contribuciones al Estado.

b) La Demolición total o parcial decretada por el Alcalde:

Esta es la segunda vía de sanción con que cuenta el DOM en caso de haberse cometido una infracción. La potestad para ordenar un medida de esta envergadura es privativa y facultativa del Alcalde de conformidad con las situaciones de hecho descritas por la ley en los artículos 148 y 149 de la LGUC. No obstante ello, el ejercicio de la misma es, a requerimiento del Director de Obras Municipales, quien está obligado a hacerlo en todos aquellos casos que determina la ley.

La generalidad en la redacción de las causales de esta sanción municipal, da pie para razonar que por más mínima que fuera la infracción cometida, sería necesario decretarla. Empero, dada la discrecionalidad con que cuenta el Alcalde para dictar o no el acto y la drasticidad de sus efectos, no es muy común su aplicación, salvo como medida de seguridad de edificios en estado ruinoso como consecuencia de terremotos y catástrofes. Entre otras causales, hay unas bastantes razonables como la que se

³ En la actualidad, art. 5.2.4. de la nueva OGCU.

refiere a los edificios que amenacen ruina, u obras ejecutadas fuera de la línea de cierre o en bienes de uso público, como también en terrenos declarados de utilidad pública por el plan regulador.

Los Alcaldes en general son reticentes, salvo en algunos casos, a ordenar la demolición de las obras a costa de su propietario dada la impopularidad de la misma. Una situación parecida sucede en aquellos casos en que tal medida pueda ser decretada por el Juez común.

Resulta interesante resaltar la siguiente disgresión que hace la ley y que ha sido poco analizada por los autores, como es el caso de que la demolición pueda ser total o parcial. Es así como, bajo ciertas circunstancias de hecho, sólo sea necesario demoler en algunas partes de la construcción y rehacer otras, bastando con ello para dar cabal cumplimiento a la ley o disposición reglamentaria transgredida. Por ejemplo: quitar una reja, tapar una ventana, demoler un muro de tabiquería, dejar de construir los últimos pisos, etc. Es trascendental que el funcionario municipal encargado de aplicar la ley llegue a encontrar la solución lo más justa posible, conjugando siempre el bien común con el bien propio del particular. Una aplicación criteriosa de la ley sólo es posible en la medida que los funcionarios sean profesionales capaces y conocedores de la ley y su real alcance. Así, por ejemplo, si una persona construye en su propiedad dando cumplimiento a todas las disposiciones del plan regulador y la OGCU, pero sin haber obtenido previamente la respectiva autorización municipal ni pagar los derechos correspondientes. No sería equitativo que se decretase la demolición de lo construido fundado en el hecho de haber transgredido un precepto de la LGUC. Tal acto sería excesivo y abusivo por cuanto el administrador al usar la coacción de ese modo, ha transgredido aquel principio de derecho administrativo que establece que el grado de coacción que debe aplicar la administración pública en contra del transgresor debe ser la justa y necesaria para vencer la voluntad contraria del administrado para cumplir con el precepto. En el caso del ejemplo, basta con que se curse la respectiva denuncia ante el juzgado de Policía Local.

Es menester señalar que la propia LGUC en el párrafo que trata sobre las demoliciones, junto con señalar el procedimiento para ordenar la demolición, regula un procedimiento de reclamo ante el juez de letras en lo civil de turno del departamento en que se ubica el inmueble. El particular notificado personalmente de la medida tiene un plazo de 10 días hábiles para reclamar ante dicho juez, pudiendo solicitarse orden de no innovar y tramitándose la demanda conforme a las reglas del juicio sumario (artículos 151 a 155 de la LGUC).

El artículo 157 del citado cuerpo legal le concede al Secretario Regional del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo la facultad para paralizar obras y ordenar su demolición total o parcial en caso de construirse en contravención a los planes reguladores o sin permiso municipal.

Resulta un poco excesivo entregar a dos autoridades distintas, una, jefe de un órgano descentralizado territorialmente; y otra, jefe de un órgano desconcentrado regionalmente las mismas facultades para los mismos casos. En cierta medida esto atenta en contra de una buena administración pública, dada la dualidad de competencias producida.

LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Lo que caracteriza al contencioso administrativo esencialmente es que en el proceso jurisdiccional que pueda originarse, una de las partes sea la Administración Pública y el derecho aplicable entonces para la solución del conflicto será el Derecho Administrativo, amén de otras características señaladas por la doctrina⁴.

La Administración Pública dentro de su actuar sólo puede hacer aquello que la ley permite. Es por eso que sobre ella recae constantemente la obligación de cumplir y hacer cumplir las leyes y la Constitución Política del Estado. Por lo demás, esto se deriva del principio de legalidad, que es fundamental dentro del Derecho Público, establecido en el artículo 6 de nuestra Carta Fundamental.

Ahora bien, en el caso de contravenir la obligación, el acto que en tal acción emane de la Administración Pública será ilegal y en consecuencia nulo, y generará las responsabilidades y sanciones que señale la ley. Esta es la idea que se trasluce de lo preceptuado en el artículo 7º de la Constitución Política.

Entonces, a la ley le ha asignado el constituyente la especial tarea de establecer todos aquellos mecanismos necesarios, tanto jurisdiccionales como administrativos, en atención a señalar las circunstancias en que un acto ha violado el principio de la legalidad y es generador de sanciones y responsabilidades con respecto de su órgano o funcionario emisor. Luego, el Estado es responsable para con el afectado de los actos ilegales que pueda dictar y que le causen daño.

Sin embargo, no sólo a consecuencia de un acto ilegal surge la responsabilidad estatal sino que asimismo es posible que se genere con res-

⁴ Cfr. Osvaldo OELCKERS CAMUS, *El recurso de nulidad en Lo contencioso administrativo* (Chile) UCV. 1976 p. 11 ss.

pecto a un acto o hecho material, que siendo lícito, le produzca un grave perjuicio irreparable a algún derecho fundamental de un ciudadano. El fundamento constitucional de esto se halla en el artículo 38 inciso 2º de la Ley Fundamental. No obstante lo anterior, en Chile la ley aún no ha organizado a los llamados tribunales contenciosos administrativos, competentes para conocer de estos juicios contenciosos administrativos. Pero, tal circunstancia no puede ser un precedente que impida la existencia de un Estado de Derecho, ya que la jurisdicción contenciosa administrativa siendo uno de los pilares fundamentales en que se sustenta el Derecho Administrativo, constituye una garantía para los administrados que viene a contrapesar el poder público otorgado a la Administración Pública. Y es por eso que, ante tal carencia, el Legislador y alguna Jurisprudencia de nuestros tribunales han desarrollado con respecto de algunas materias, procedimientos especiales e interpretaciones amplias de la ley, que han permitido que este tipo de juicios sean conocidos, ya sea por los Tribunales Ordinarios de Justicia, o bien, por Tribunales Especiales que al efecto se han establecido por la ley.⁵

Es del caso que en el ámbito municipal, la Ley Orgánica Constitucional de las Municipalidades (LOCM) ha establecido un recurso de carácter contencioso-administrativo el llamado Reclamo de Ilegalidad Municipal.

Los recursos contencioso-administrativos pueden ser de dos tipos: subjetivos y objetivos. Los primeros tienen por objeto declarar que un particular ha sufrido un daño o perjuicio con un acto, teniendo derecho a ser indemnizado. Y los segundos -los objetivos- persiguen obtener la declaración de nulidad del acto o de una sanción. A este último grupo pertenece el reclamo de ilegalidad municipal.

A su vez, esta misma ley establece la facultad para solicitar una declaración de derecho a los perjuicios en contra de la Administración Municipal fundada en la responsabilidad extracontractual por falta de servicio. Esta prerrogativa es de carácter subjetivo, ya que persigue una declaración de derecho a una compensación pecuniaria por el detrimento patrimonial sufrido por un sujeto y una vez que se obtiene en el juicio se puede iniciar posteriormente el correspondiente juicio sumario. Esta

⁵ Para una mayor información sobre el tema CFR. PEDRO PIERRY ARRAU, *Notas en torno a la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de la Actividad Administrativa*, en *Revista de Derecho* N° III (Chile) UCV. 1979 p. 161 ss.

Del mismo autor, *Lo contencioso Administrativo en la Constitución Política de 1980. Competencia del Poder Judicial hasta la dictación de la ley*, en *Revista de Derecho* N° V (Chile) UCV. 1981 p. 197 ss.

acción será analizada en la sección siguiente, ya que su conocimiento corresponde a los tribunales ordinarios de justicia.

De rango constitucional, por otro lado, se ha establecido el tantas veces utilizado Recurso de Protección, que es un recurso extraordinario cuyo objeto es proteger las garantías constitucionales de los ciudadanos, de actos u omisiones ilegales o arbitrarias que perturben o impidan su ejercicio legítimo.

Por último existe un recurso especial de carácter administrativo establecido en la LGUC en contra de las resoluciones del DOM para ser interpuesto ante la Secretaría Regional Ministerial de la Vivienda y Urbanismo respectiva, que será analizado en esta sección, pero ella no tiene carácter de contencioso-administrativo.

En resumen, existen dos vías principales para accionar en contra de actos administrativos que se aplican perfectamente al permiso de edificación en su calidad de resolución administrativa autorizante.

a) Vía Ordinaria ejercida a través de dos recursos:
-el Reclamo de Ilegalidad Municipal
-el Recurso de Alzada ante el SEREMINVU

b) Vía Extraordinaria representada por el Recurso de Protección.

I. EL RECLAMO DE ILEGALIDAD MUNICIPAL

Este reclamo tiene el carácter de una acción genérica del contencioso municipal y que puede ser entablada en contra de cualquiera resolución u omisión ilegal del Alcalde o de alguno de sus funcionarios; de lo que se colige que en caso de resolverse por el DOM un permiso de edificación que se estime ilegal -acto de autorización administrativa-, podrá ser atacado por medio del reclamo de ilegalidad municipal.

a) ¿Quién puede interponerlo? Según el artículo 82⁶ de la LOCM, puede ser entablado este recurso ya sea por cualquier particular -cuando el acto u omisión ilegal atente a los intereses generales de la comuna-, o bien, por los particulares agraviados -en los demás casos-. Es decir, la ley para determinar la legitimación activa, atiende a la extensión de los efectos del acto u omisión.

⁶ N. de la R. La referencia debe entenderse hecha al art. 136 del texto refundido de la LOCM publicado en D.O. del 27.08. de 1992.

La ley ha establecido una suerte de acción popular de ilegalidad, en el caso que la resolución u omisión atente a los intereses generales de la comuna. La actual LOCM destaca una variación con respecto al antiguo artículo quinto transitorio del DL 1.289 sobre Municipalidades, en cuanto decía cualquier persona, hoy, el artículo 82⁶ dice cualquier particular, restringiéndose un poco, pudiendo interponerse este reclamo ya sea por una persona natural o jurídica, pero que sea privada; no puede ser ejercida esta acción por una persona jurídica de derecho público.

En relación con la otra alternativa surge la duda respecto a si basta, para contar con la debida legitimación, con acreditar un interés legítimo, directo y personal o es menester que se haya vulnerado un derecho subjetivo. Para dar algunas luces al asunto acudiremos al Diccionario de la R.A.E., que define agravio -entre otras acepciones y eligiendo la más acorde con nuestro tema- como "...// 3. Ofensa o perjuicio que se hace a uno en sus derechos e intereses... //6 (Forense). Mal, daño o perjuicio que el apelante expone ante el juez superior habérsele irrogado por la sentencia del inferior." De estas conceptualizaciones podemos deducir que la palabra *agraviada* es genérica y amplia, lo cual significa que no sólo tiene legitimación activa para interponer el reclamo en comento aquél que ha sido perjudicado en sus derechos, sino que además quien se ha visto menoscabado en sus intereses.

En la legislación española y de otros países, como Uruguay e Italia y la jurisprudencia francesa, basta con que el legitimado tenga un interés ya sea personal, directo y/o personal, según sea el caso, para interponer el respectivo recurso de nulidad. En relación con este punto ha surgido la Teoría de los "círculos de interés", expuesta por el profesor Pedro Pierry en su artículo sobre el "Recurso de Nulidad"⁷ que brevemente reseñada, explica que frente a una determinada resolución ilegal pueden verse afectadas al mismo tiempo un variado grupo de personas con un interés personal en que sea declarada su nulidad. Además, y para relacionarlo nosotros con el permiso de edificación, dicho autor señala que: "...en función de cada categoría de actos, se debe determinar cuáles son los "círculos" de personas interesadas".⁸ De ahí que, en la especie, el permiso de edificación en su calidad de acto de autorización, que remueve el impedimento legal para ejercer un determinado derecho, como es la facultad de cons-

⁷ Cfr. Pedro PIERRY ARRAU, *El recurso de nulidad en Lo contencioso administrativo* (Chile) UCV, 1976, p. 27 ss.

⁸ PIERRY (n. 2) p. 29.

truir derivada del dominio y en donde dicho "impedimento legal" está constituido por el cumplimiento de toda la legislación urbanística y constructiva aplicable al predio en cuestión, puede afectar a un variado grupo de intereses, desde los más cercanos a los más alejados, y atendiendo al tipo de norma infringida, pueden ser los que pasan a señalarse:

Normalmente en caso de un permiso ilegal el más afectado será el propio particular que ha solicitado su otorgamiento. Aunque en la práctica, este particular rara vez reclamará cuando se le haya otorgado un permiso ilegal, las más de las veces será cuando se le haya negado u omitido, y en la medida que tal denegación u omisión sea ilegal.

En segundo lugar se ubican los vecinos, los dueños de los predios que colindan con el que se pretende construir. Generalmente reclamarán de la ilegalidad cuando el permiso infrinja una norma establecida en su favor, como sería el caso de las relativas a las rasantes, la altura máxima de construcción, los adosamientos, y otros de parecida naturaleza, tendientes a asegurar privacidad y asoleamiento a los predios vecinos.

En tercer lugar, se ubicarían todas aquellas personas que viven dentro de un determinado barrio o zona urbana en la medida que la regla infringida por el permiso se haya establecido en su beneficio, como sería el caso de las normas sobre zonificación (residencia, industrial, de comercio, etc.), las relativas al porcentaje de ocupación del suelo, frente predial mínimo, el coeficiente máximo de constructibilidad, y por último las que regulan zonas especiales de acción urbanística como son las de renovación urbana, de remodelación, de saneamiento de las poblaciones, las de conservación histórica, por señalar las más importantes.

Finalmente, existe un grupo de normas orientadas al interés general de la comuna, pudiendo, en caso de infracción, ser alegadas por todo aquel que habite en la comuna, como son las relativas al aspecto de los edificios, a características arquitectónicas especiales y determinadas que deben ser acatadas.

Lo recién analizado es en el entendido de dar ciertos criterios jurídicos tendientes a precisar el interés de quien puede verse agraviado con un permiso ilegal, y es menester señalar que éstos no son tajantes y que pueden variar de un caso a otro, y una norma puede velar por varios intereses a la vez. En todo caso esta labor de distinguir los distintos intereses con que debe contar el legitimado activo para interponer el reclamo, es de índole jurisprudencial.

b) El plazo para interponer el respectivo reclamo es de 30 días. Según el artículo 84⁹ de la LOCM este plazo es de días hábiles, por tanto no corre los días domingos ni feriados. Si no existiera esta norma, sería de días corridos, como lo era en el antiguo DL 1.289 artículo quinto transitorio.

Sin embargo, existe una diferencia en cuanto a quién interpone el reclamo a fin de determinar el momento preciso en que comienza a correr el plazo.

En caso que la propia persona agraviada desee interponer el reclamo, el plazo comenzará a correr en el instante en que se le notifica administrativamente de la resolución. Ahora bien, en la práctica con respecto al permiso será el propio profesional que está tramitando el permiso, el que, una vez transcurrido el plazo que tiene el DOM para resolver, concurrirá a las oficinas respectivas. En ese instante tomará conocimiento de la resolución municipal, ya que en la práctica no existe ningún tipo de notificación en materia de permiso.

Si la persona agraviada es un tercero totalmente ajeno a la tramitación del permiso que estima ilegal y que menoscaba sus intereses ¿desde cuándo comenzará a correr el plazo? En Chile no hay ningún precepto que regule tal situación, es por eso que recomendamos la modificación de la actual legislación introduciendo un artículo en que se obligue al profesional a cargo de la obra colocar en el lugar de las faenas con frente a la vía pública un afiche en que se contengan todos los datos necesarios para que terceros, que se sientan agraviados de dicha resolución que estiman ilegal, puedan reclamar.

Mientras no exista una disposición que regule alguna forma de notificación de la resolución principal, sería conveniente adoptar el criterio vertido en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de fecha 13 de mayo de 1983, sobre recurso de ilegalidad contra decreto alcaldicio que, en el considerando décimo octavo en la parte de la resolución expresa¹⁰: "...(ante la falta de notificación de la resolución censurada es necesario estimar) que el recurrente tomó conocimiento del decreto en una fecha inmediatamente anterior a aquella en que interpuso el reclamo administrativo; esta interpretación obedece a razones de lógica y de equidad, pues de otra forma, se abriría paso a una práctica inaceptable desde el punto de vista legal, cual sería que los órganos municipales no dieran publicidad a sus resoluciones, de suerte que los administrados no tuvieran

⁹ 138. N. d. L.R.

¹⁰ *Gaceta Jurídica* Nº 37 de julio de 1973, p. 122 ss.

la oportuna información de las mismas y cuando pretendiesen acudir a los medios de impugnación que les franquee el legislador podrían encontrarse con que los plazos correspondientes habían vencido, lo que equivaldría a privilegiar una anomalía consistente en la omisión de publicidad de los actos administrativos con un sello de impugnabilidad de las mismas a través de los recursos establecidos en la ley".

Con respecto al permiso de edificación municipal y en relación con el artículo 82¹¹ letra b) de la LOCM es difícil que se produzca la situación que afecte al interés general de la comuna y que por tanto, cualquier particular pueda reclamar, ya que es un acto administrativo de carácter particular. Tal situación procede más bien con respecto de aquellas resoluciones que afectan a la generalidad de los habitantes de la comuna como es el caso de las ordenanzas locales.

c) La tramitación de este reclamo está dividida en dos fases: Una administrativa, con la que se le da inicio y de la cual conoce el Alcalde respectivo; la otra jurisdiccional, de la que conoce la Corte de Apelaciones respectiva. La consecución de esta segunda fase está en discusión, según si es facultativa u obligatoria. Para la mayoría de los autores es atendida como facultativa por cuanto la ley dice podrá reclamar, con lo cual, dado el carácter potestativo del verbo, el afectado continuará por aquella vía que considere más apropiada para velar por sus intereses. Por otro lado, en algunas sentencias de la Corte Suprema, que han rechazado un recurso de protección entablado en contra de un acto u omisión de carácter municipal se han fundado en la existencia de otra vía jurisdiccional destinada a conocer el asunto y a la cual se había dado inicio al entablarse el respectivo reclamo ante el Alcalde.¹²

Continuando con la tramitación de este reclamo de ilegalidad municipal nos remitiremos a lo que la ley ha establecido al respecto en el artículo 82 del ya citado cuerpo legal:

"...c) Se considerará rechazado el reclamo si el Alcalde no se pronuncia dentro del término de quince días, contado desde la fecha de su recepción en la municipalidad:

¹¹ 136. N. d. L.R.

¹² R.D.J. Tomo LXXX, 2ª parte, Sección 5ª, p. 155 s. Sentencia que reconoce la compatibilidad del recurso de protección contra otras acciones que pudieran existir. Además CFR. Hernán DÍAZ VERGARA, *Recurso de Protección y el Reclamo de Ilegalidad Municipal en Revista R.D.J. LXXXII, 2ª parte, Sección 5ª, p. 260 s*

d) Rechazado el reclamo en la forma señalada en la letra anterior o por resolución fundada del Alcalde, el afectado podrá reclamar, dentro del plazo de quince días, ante la Corte de Apelaciones respectiva.

El plazo señalado en el inciso anterior se contará, según corresponda, desde el vencimiento del término indicado en la letra c) precedente, hecho que deberá certificar el secretario municipal, o desde la notificación que éste hará de la resolución del Alcalde que rechace el reclamo, personalmente por cédula dejada en el domicilio del reclamante.

El reclamante señalará en su escrito, con precisión, el acto omisión objeto del reclamo, la norma legal que supone infringida, la forma como se ha producido la infracción y, finalmente, si precediere, las razones por las cuales el acto u omisión le perjudican;

e) La Corte podrá decretar orden de no innovar cuando la ejecución del acto impugnado le produzca un daño irreparable al recurrente;

f) La Corte dará traslado al Alcalde por el término de 10 días. Ecuado el traslado o teniéndosele por evacuado en rebeldía, la Corte podrá abrir un término de prueba, si así lo estima necesario, el que se regirá por las reglas de los incidentes que contempla el Código de Procedimiento Civil;

g) Vencido el término de prueba, se remitirán los autos al fiscal para su informe y a continuación se ordenará traer los autos en relación. La vista de esta causa gozará de preferencia.

h) La Corte, en su sentencia, si da lugar al reclamo, decidirá u ordenará, según sea procedente, la anulación total o parcial del acto impugnado; la dictación de la resolución que corresponda para subsanar la omisión o reemplazar la resolución anulada; la declaración del derecho a los perjuicios, cuando se hubiere solicitado, y el envío de los antecedentes al juez del crimen que corresponda, cuando la infracción fuere constitutiva de delito..."

Con respecto a esto, en la sentencia que dicte la Corte no sólo los jueces deben declarar si dan lugar al reclamo o no, sino que además, en caso de declarar la nulidad del acto, deberán dictar la resolución de reemplazo. Tal obligación también se establecía en el derogado artículo quinto transitorio del DL 1.289. Debió haberse eliminado o cambiado por otra, como es, la de ordenar que el respectivo funcionario dicte la resolución correspondiente conforme a derecho. La razón de esto se halla en que, al

ordenársele a los jueces dictar un acto administrativo, con ello se le atribuyen facultades que son más bien propias de la función ejecutiva, excediendo con ello la función jurisdiccional.

Surge la duda con respecto a la declaración del derecho a los perjuicios que puede contener la sentencia, cuando se hubiere solicitado por el reclamante. El sentido que se desprende de esta posición es que el tribunal, al declarar un acto nulo, ha tomado conocimiento de todas las circunstancias tanto jurídicas como fácticas que han rodeado el asunto, de lo cual resulta prudente apreciar si con ello se ha producido un perjuicio o no al patrimonio del reclamante. Tal declaración se verificará en la medida que se haya solicitado oportunamente por el interesado.

Ahora bien, qué sucede si habiéndose producido la declaratoria de nulidad del acto, han habido perjuicios y no se ha solicitado a tiempo su declaración. ¿Es que el afectado ha perdido todo derecho a solicitarlos? La verdad es que no. Pues si no los solicitó, el gravamen para él será tener que iniciar un nuevo juicio con demanda de indemnización de perjuicios, en el cual deberá probar que éstos efectivamente se han producido. En cambio, si los solicita en el mismo juicio en que se declara la ilegalidad de la resolución municipal, se evita tal carga, y sólo tendrá que acreditar el monto o valor de los mismos en un nuevo juicio sumario.

Por último para terminar, es necesario agregar que en estos procesos se aplican en forma supletoria las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil sobre Reglas Comunes a todo procedimiento, en todos aquellos casos en que no se haya establecido una norma procesal especial que regule el asunto. Esto es conforme a una sentencia de la Corte Suprema de fecha 18 de diciembre de 1985.

II. EL RECURSO DE RECLAMACION ANTE EL SEREMINVU

Este es uno de aquellos recursos del tipo administrativo. No es de carácter contencioso administrativo, ya que se interpone ante una autoridad administrativa. Sin embargo, su análisis en este acápite se debe a la circunstancia de que pueda ser entablado en forma paralela a otros recursos, especialmente a los contenciosos administrativos.

Esta reclamación es de aquellos recursos administrativos que el Derecho Comparado denomina de alzada,¹³ de apelación, o jerárquico

¹³ Cfr. Enrique SAYAGUES LASO, *Tratado de Derecho Administrativo* (Montevideo 1963), p. 474 ss.

impropio.¹⁴ Lo que caracteriza a este tipo de recurso es que requiere de un texto legal expreso para que proceda y se interpone ante la autoridad administrativa que ejerce la tutela o jerarquía sobre el funcionario que dictó el acto impugnado "... y que actúa en función de contralor administrativo... generalmente con los órganos descentralizados cuyas decisiones pueden ser revisadas por órganos de control... este recurso de alzada requiere de textos expresos, o al menos, textos que implícita pero necesariamente supongan su existencia".¹⁵

La modalidad legal -según la doctrina- que puede establecerse puede ser una restringida en que el órgano supervigilante sólo tiene facultad para revocar el acto en caso de ilegalidad, o bien, una amplia, en que puede revocar el acto ya sea por ilegalidad u oportunidad y dictar el acto de reemplazo.

En Chile, este recurso de alzada se establece con respecto del DOM, en el artículo 118 de la LGUC para ser interpuesto ante el Secretario Regional del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo respectivo. Este artículo preceptúa:

"Si cumplidos dichos plazos no hubiere pronunciamiento por escrito sobre el permiso o éste fuere denegado, el interesado podrá reclamar ante la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Esta señalará un plazo de 15 días a aquella para que evacue su resolución si no se hubiere pronunciado. Vencido este nuevo plazo sin que hubiere pronunciamiento, se entenderá denegado el permiso por la Dirección de Obras. Denegado el permiso por la aludida dirección, sea expresa o presuntivamente, la Secretaría Regional en referencia podrá acoger el reclamo, si fuere procedente, y ordenará que se otorgue en tal caso, el permiso, previo pago de los derechos municipales correspondientes".

Para llegar a interponer este recurso es necesario distinguir según si la denegación del permiso fue expresa o presunta, ya que en este último caso, será menester efectuar la tramitación previa recién descrita. El plazo es de 30 días corridos, y no hábiles ya que no existe norma expresa al respecto.

Conociendo del reclamo interpuesto, el SEREMINVU podrá revisar tanto la legalidad como la oportunidad de la autorización ya que la ley al

¹⁴ Cfr. Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, Tomás-Ramón FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*. (Madrid 1977) vol. 2, p. 425.

¹⁵ SAYAGUES LASO (n.4) p. 474 s.

no precisar el punto ("...si fuere procedente...") se debe entender que es para ambas situaciones. Y, una vez que acoja el reclamo, tendrá que ordenar que el DOM dicte el acto administrativo correspondiente.

Conforme al tenor del artículo transcrito, es posible deducir que la persona legitimada activamente para su ejercicio es solamente el interesado a quien se le ha denegado el permiso y sólo para ese evento.

¿Qué pasa con los terceros en caso de otorgarse un permiso ilegal? ¿Pueden reclamar? No lo pueden hacer conforme al artículo 118 sino que al artículo 12 de la LGUC, en que se establece un recurso administrativo especial de alzada, redactado en los siguientes términos:

"La Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo podrá resolver en segunda instancia las reclamaciones interpuestas en contra de las resoluciones dictadas por los directores de obras. El reclamo deberá ser interpuesto en el plazo de 30 días, contados desde la notificación administrativa del reclamante."

Este artículo no distingue quien puede interponer este reclamo, por tanto puede ser cualquier persona que vea afectados sus intereses. Tampoco, respecto de la naturaleza de la resolución, por tanto puede ser una que deniegue y otorgue un permiso; y por último, tampoco distingue, respecto de la amplitud de facultades de revocación, pudiendo revocar tanto por mérito como por ilegalidad.

Conforme a este artículo 12 se concluye que los terceros afectados pueden reclamar, en segunda instancia, en caso que el DOM dicte una resolución ilegal o inoportuna. Sin embargo, este precepto nada dice con respecto a si el SEREMINVU puede por sí dictar el acto de reemplazo o es necesario que se lo ordene al DOM. No hay norma que solucione el punto.

Puede suceder que el SEREMINVU conociendo de un reclamo de alzada interpuesto en contra de la resolución de un DOM, se percate de la existencia de una grave irregularidad funcionaria, y es por eso que resulta interesante traer a colación el artículo 15 de la LGUC que faculta a las SEREMINVU y a la División de Desarrollo Urbano del MINVU para solicitar la instrucción del respectivo sumario administrativo en contra del DOM, cuando éste contraviniera en forma manifiesta la LGUC, la OGPU, el plan regulador y su ordenanza local. Dicho artículo expresa lo siguiente:

"Si la Dirección de Planificación del Desarrollo Urbano o las Secretarías Regionales de Viviendas y Urbanismo comprobaren que algún Director de Obras Municipales o Asesor Urbanista contraviene en forma manifiesta y grave las disposiciones de la presente Ley, su Ordenanza General, o el plan regulador y su ordenanza local, podrá solicitar la instrucción del

correspondiente sumario administrativo a la Contraloría General de la República, la que determinará las sanciones que correspondan, incluso su destitución, que deberá aplicar el Municipio, suspendiendo el pago de remuneraciones cuando procediere".

III. EL RECURSO DE PROTECCION

Más que un recurso es una acción de carácter constitucional que se otorga a quien se vea, como consecuencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, privado, perturbado o amenazado en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales que se señalan en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

El derecho de propiedad, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y la igualdad ante la ley, que entre sus postulados está el derecho a una igual aplicación de la ley, frente a la igualdad de condiciones, son las tres principales garantías constitucionales que pueden verse menoscabadas por efecto de actos u omisiones ilegales o arbitrarias de un DOM y en que tenga intervención un permiso de construcción. Por ejemplo: la denegación ilegal o arbitraria de un permiso afectará al legítimo ejercicio de la facultad de construir, la que deriva precisamente del dominio. Asimismo, la construcción como actividad económica puede verse afectada al denegarse arbitrariamente a una persona que se dedica a ella como empresa; y por último, un interesado al hallarse en igualdad de condiciones con otro a quien sí se le otorgó permiso, produciéndosele un perjuicio en el derecho de igualdad ante la ley. Normalmente, el recurso de protección que se pueda deducir en este ámbito dirá relación con estas tres garantías constitucionales reseñadas.

Juan Manuel Errázuriz Gatica y Jorge Miguel Otero Alvarado en su libro "Aspectos Procesales del Recurso de Protección" precisan acertadamente las principales características de este especial recurso de protección que a continuación se expresan:¹⁶

a) Se trata de una acción cautelar que pone en ejercicio las facultades conservadoras de los tribunales, esto es, aquéllas que dicen relación con la obligación de los tribunales de velar por el respeto de la Constitución, entre las que se destacan las relativas a los derechos fundamentales del ciudadano.

¹⁶ Cfr. Juan Manuel ERRAZURIZ GATICA, Jorge Miguel OTERO ALVARADO, *Aspectos Procesales del Recurso de Protección* (Santiago de Chile 1989), p. 34 ss.

b) No conlleva pretensión en contra de una persona determinada, no es necesario individualizar con precisión al agente agresor, puesto que el fin del recurso de protección es poner pronto remedio al mal provocado, como tampoco se da origen con su interposición a una contienda entre partes.

c) En relación con lo anterior, el recurso de protección, por tanto, no tiene por objeto perseguir la responsabilidad civil ni penal del ofensor, sino que evitar, de un modo inmediato, la vulneración del legítimo ejercicio de un derecho garantizado.

d) En el hecho importa una denuncia similar a la denuncia penal ya que obliga al tribunal a actuar de oficio.

Relativo a la compatibilidad de ejercicio del recurso de protección con otras acciones judiciales, y, en especial, en nuestro caso, con el Reclamo de Ilegalidad Municipal, es preciso señalar que la orientación de la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia cuenta con fallos contradictorios, declarándose en algunos casos la errónea tesis de la incompatibilidad.¹⁷ Sin embargo tal posición no es correcta y existen dos importantes argumentos para sostener tal compatibilidad:

En primer lugar, como ya explicamos anteriormente, el reclamo de ilegalidad municipal es divisible en dos fases, la administrativa y la jurisdiccional, en donde la fase jurisdiccional es operativa a seguir puesto que la ley utiliza la voz *podrá* con lo que reconoce su carácter facultativo o potestativo (artículo 82¹⁸ letra d) de la LOCM). Es por eso que el sujeto agraviado tiene la disyuntiva de seguir con el reclamo o iniciar otra vía judicial más cierta con sus intereses, entre las que está el recurso de protección.

En segundo lugar, acudiendo al texto legal en que se establece: "...sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes", y al establecimiento fidedigno de la historia de la ley, en este caso de la Comisión Constituyente, la intención fue de darle la mayor efectividad y agilidad al recurso y que la existencia de otras vías judiciales destinada a precaver o reparar el mal causado no

¹⁷ Véase (n.5)

¹⁸ 136. N. de la R.

impidiera el recurso de protección, situación que, en cambio, sí se ha producido con el recurso de amparo.

Finalmente, Juan Manuel Errázuriz y Jorge Miguel Otero, apoyados en la gran cantidad de sentencias analizadas en su obra, llegan a la siguiente conclusión al respecto¹⁹ "...El hecho de que un asunto se encuentre sometido a un tribunal, no obsta a que se pueda interponer y acoger un recurso de protección, ya que el fondo del asunto será fallado por el tribunal que conoce de la acción precedentemente interpuesta... De igual forma, tampoco es requisito que el recurrente haya agotado sus otras acciones o derechos con anterioridad a la interposición del recurso; más aún si se tiene presente lo breve del plazo para interponerlo".

LO CONTENCIOSO CIVIL

Corresponde el análisis de algunos conflictos en que el derecho sustantivo aplicable es tanto de carácter civil como administrativo y en que el tribunal competente determinado por la ley para conocer de ellos, es el juez civil, esto es, el Juez de Letras de primera instancia. La actividad de la construcción es una materia regulada en los más diversos ámbitos del Derecho. Es así como en el Código Civil se contienen acciones relacionadas con la contratación en materia de construcción y normas que regulan los conflictos que surgen con los derechos de terceros afectados. En estos casos se le ha asignado al juez civil la competencia para conocer de ellas.

A su vez, leyes de tipo administrativo como la LOCM le ha otorgado al tribunal civil jurisdicción para conocer de acciones indemnizatorias dirigidas en contra del municipio, por la responsabilidad extracontractual que le cabe en la dictación de resoluciones ilegales y en que el juez tiene que aplicar el derecho administrativo -conceptos como el de falta de servicio- y no la legislación civil.

Para sistematizar un poco, dada la gran variedad de acciones que se pueden derivar y la diversidad de vínculos jurídicos que se originan, que esta sección se dividirá en dos partes: la primera, dedicada a examinar los juicios entre particulares, originados por perjuicios producidos en el patrimonio de terceros, con ocasión de la realización de una obra nueva en un terreno específico y en que el derecho sustantivo aplicable es el civil; y la segunda, destinada a analizar juicios entre el órgano municipal y particulares afectados con ocasión de una resolución declarada ilegal y que ha dado origen a una responsabilidad extracontractual del municipio

¹⁹ ERRAZURIZ; OTERO (n.10) p.122.

por falta de servicio y en los cuales el derecho sustantivo aplicable es el administrativo.

I. LAS ACCIONES CIVILES EN EL AMBITO DE LA CONSTRUCCION. SOMERO ANALISIS

Si bien este párrafo excede en cierta forma los límites de este artículo, es importante hacer notar que existen trascendentales acciones en el campo civil destinada a resguardar una obra. Huelga señalar que el ejercicio de estas acciones es independiente de la existencia del permiso de edificación, el que si bien puede ser completamente legal y ajustarse en forma estricta a derecho no puede impedir el ejercicio de estas acciones. En Francia, es costumbre indicar en el respectivo permiso que se concede, que su ordenamiento es *sin perjuicio del derecho de terceros*, con lo cual se está aludiendo en forma expresa a esta situación.

Estas acciones civiles pueden ser de dos tipos, según el objetivo perseguido:

- Querrela de denuncia de obra nueva, en que se solicita la demolición de lo construido, o bien, en subsidio la paralización de las faenas.
- Acciones civiles de carácter indemnizatorio, en que se solicita la reparación de los perjuicios patrimoniales producidos, ya sea por incumplimiento de un contrato o por la ejecución de un hecho dañino.

a) La querrela de denuncia de obra nueva. Esta es una acción regulada en el Código Civil, en los artículos 930 y 931 y que la ley agrupa bajo el epígrafe "De algunas acciones posesorias especiales". La doctrina civil la define como:²⁰ "...una acción judicial que, a fin de prevenir un daño, se dirige a lograr la suspensión de los trabajos de una obra nueva, comenzados o a punto de comenzarse, hasta que el juicio correspondiente resuelva sobre el derecho a continuar o no la obra".

Quien ejerce esta denuncia de obra nueva no necesita acreditar el dominio del derecho que se alega perjudicado con la construcción, basta con que pruebe, por regla general -salvo ciertas excepciones en que es suficiente probar una posesión actual-, su posesión de a lo menos un año. Esto se deriva de su carácter de acción posesoria y no propietaria.

²⁰ Arturo ALESSANDRI RODRIGUEZ y Manuel SOMARRIVA. Redactados y puestos al día por Antonio VODANOVIC, *Los Bienes y los Derechos Reales* (Santiago de Chile, 1974), p. 940.

El plazo para ejercer esta acción es de un año a contar de la fecha en que se dio inicio a la construcción que embaraza su derecho.

¿En qué casos procede? Los artículos 930 y 931 del Código Civil señalan las siguientes:

"Artículo 930: El poseedor tiene derecho para pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión.

"Artículo 931: Son obras nuevas denunciadas las que construidas en el predio sirviente embarazan el goce de una servidumbre constituida en él.

Son igualmente denunciadas las construcciones que se trata de sustentar en edificio ajeno, que no esté sujeto a tal servidumbre.

Se declara especialmente denunciada toda obra voladiza que atraviese el plan vertical de la línea divisoria de dos predios, aunque no se apoye en el predio ajeno, ni dé vista, ni vierta aguas lluvias sobre él".

La sentencia que finalmente se dicte, podrá acoger o rechazar la acción deducida, en las condiciones que se señalan en los artículos siguientes del Código de Procedimiento Civil:

"Artículo 569: ...En la sentencia se ratificará la suspensión provisional decretada o se mandará alzarla, dejando a salvo, en todo caso, al vencido el ejercicio de las acciones ordinarias que le competan, para que se declare el derecho a continuar la obra o hacerla demoler.

Podrá, sin embargo, el tribunal, a petición de parte, ordenar en la misma sentencia la demolición, cuando estime que el mantenimiento aun temporal de la obra ocasiona grave perjuicio al denunciante y dé éste suficiente caución para responder por los resultados del juicio ordinario".

"Artículo 570: Si se ratifica la suspensión de la obra, podrá el vencido pedir autorización para continuarla, llenando las condiciones siguientes:

1º Acreditar que de la suspensión de la obra se le siguen graves perjuicios;

2º Dar caución suficiente para responder de la demolición de la obra y de la indemnización de los perjuicios que de continuarla puedan seguirse al contendor, en caso que a ello sea condenado por sentencia firme;

3º Deducir, al mismo tiempo de pedir dicha autorización, demanda ordinaria para que se declare su derecho de continuar la obra".

Por último, es menester señalar que en caso de producirse perjuicios a los terceros con la construcción que menoscaban los derechos de terceros, éstos tendrán la respectiva acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual, que a continuación exponemos sus principales características.

b) Acciones Civiles de carácter indemnizatorio. Estas pueden ser principalmente de dos tipos: acción por responsabilidad extracontractual y acción por responsabilidad contractual.

En primer lugar, en relación con la responsabilidad contractual, ésta se deriva de la calidad de co-contratantes que existe entre el propietario del terreno (o comitente) y el profesional o empresario que está ejecutando la obra, conforme al contrato de construcción celebrado entre ambas partes. Los términos de esta acción y la regulación civil de este contrato se encuentran en los artículos 1996 a 2005 del Código Civil, que corresponden al párrafo intitulado "De los contratos para la confección de una obra material". Aunque no se señala expresamente en dichos artículos, es obligación, tanto para el arquitecto -que confecciona el proyecto- como para el empresario que se encargará de la ejecución de la obra, obtener el respectivo permiso municipal de edificación en los casos exigidos por ley, y dar cumplimiento a toda la legislación aplicable al terreno, tanto en cuanto de las reglas urbanísticas como a las constructivas. Esta obligación es de carácter contractual e implícita derivada de la especial naturaleza del contrato de edificación. Antes que contratante, el arquitecto es un profesional obligado a cumplir con todas las reglas del arte como de la reglamentación que le sea aplicable. Ante un incumplimiento de ellas, se constituye en responsable. José Sánchez Fontánz, jurista uruguayo, explica eso de la siguiente forma:²¹ "Las prestaciones que deben cumplir el arquitecto y el constructor tienen un definido carácter técnico. Su actividad está regulada por lo que podríamos llamar el estatuto de la profesión, que se superpone a las cláusulas contractuales. Ciertas obligaciones inherentes a la especialización profesional se incorporan necesariamente al contrato. El arquitecto que proyecta y dirige la obra, así como el empresario que la construyen comprometen su responsabilidad si ignoran o se apartan de las reglas del arte... y el profesional... responde de su ignorancia, pues la impericia se cuenta como culpa..."

En segundo lugar, la acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual o aquiliana que pueden ejercer terceros, puede ser ya en contra de propietario, o bien, del profesional respectivo, según el origen que tenga el perjuicio producido. En caso de vicios provenientes de la mala ejecución o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él han debido conocer en razón de su oficio, el responsable frente a los terceros será el empresario. Si el vicio proviene

²¹ José SANCHEZ FONTANS, *El Contrato de Construcción* (Montevideo 1958) vol. 2, p. 116 s.

de la mala calidad de los materiales, el responsable será el que proporcionó los materiales, según lo acordado en el contrato, el propietario (o comitente) o bien, el empresario. Esta responsabilidad cesará en todo caso transcurrido que sean 5 años desde que el comitente haya recibido la obra (Véanse los artículos 2003 N^o 3. 2323 y 2324 del Código Civil).

No obstante lo anterior, la reglamentación constructiva (contenida primordialmente -por no decir exclusivamente- en la OGCU) establece una serie de requisitos y regulaciones con vista al interés público y a fin de precaver la ocurrencia de perjuicios, las cuales tienen el carácter de obligatorias. Es así como en dos títulos dentro de la OGCU se agrupan la mayoría de ellas. En uno, dedicado a las reglas de arquitectura, se contienen las diversas exigencias y prescripciones respecto a dimensiones, características físicas, condiciones de asoleamiento y privacidad, reglas sobre higiene que debe cumplir aquellas construcciones destinadas a hospitales, clínicas, industrias, locales escolares y educacionales, teatros y otros locales de reuniones, centros comerciales, garajes y estaciones de servicios, baños y piscinas públicas, etc. En el otro título, se regula la estabilidad de las construcciones, primeramente se las clasifica de acuerdo al sistema de construcción y de los materiales a emplear en 6 categorías de mayor a menor calidad (A, B, C, D, E, y F) después se distinguen, para efectos de su estabilidad y seguridad sísmica, en construcciones que requieren de cálculo de estabilidad y en construcciones en que no es necesaria si es que se cumplen con las condiciones mínimas de elementos de construcción que ahí se señalan y por último, regula la forma de ejecutar los cimientos de edificios de importancia.

La responsabilidad en el cumplimiento en esta gran cantidad de disposiciones corresponde a los profesionales, ya que a ellos va dirigida. La labor del DOM se limita a verificar si se ha dado cumplimiento a los trámites y estudios que en determinados casos son exigidos especialmente (como el informe sobre mecánica de suelo, certificado de ensaye de materiales y de hormigones, y otros), la responsabilidad del DOM se originará cuando conociendo la obligación legal que le imponía exigir tales trámites y estudio, no lo hizo, pero no con respecto de la veracidad y corrección de tales informes, estudios o trámites. Es decir, su obligación es de carácter formal en cuanto a corroborar su existencia o no, pero en cuanto a la calidad e idoneidad técnica de tales documentos.

En seguida, analizaremos la responsabilidad extracontractual que le corresponde al municipio, por actuación ilegal y dañina del DOM.

II. LAS ACCIONES POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL MUNICIPIO

Trascendentales avances legislativos se han producido dentro del Derecho Administrativo chileno con respecto de la Responsabilidad extracontractual del Estado. En la Ley sobre Bases de la Administración Pública, en el artículo 43 se ha establecido que el Estado responde por falta de servicio, en que el Estado responde directamente a los particulares por los perjuicios ocasionados.

A su vez la LOCM ha establecido en el artículo 83 lo siguiente:

Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen la que procederá principalmente por falta de servicio.

No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal".

La falta de servicio es un concepto jurídico indeterminado, esto es, a la jurisprudencia le corresponde entrar a delimitar su contenido y alcances. En todo caso, nosotros podemos desde ya otorgar algunas ideas al respecto.

Para empezar es necesario desligarse de todo concepto civilista, puesto que en esta materia nos movemos exclusivamente en el Derecho Administrativo. Este concepto surgió por primera vez con ocasión del fallo Blanco emitido por el Conseil d'Etat de Francia en el año 1873, en que se reconoce que las reglas que regulan la responsabilidad del Estado son distintas de las contenidas en el Código Civil, distinguiendo la falta de servicio de la falta personal la que se caracteriza por la no consideración de la culpa o dolo del funcionario, sino que la mala organización del servicio o de su funcionamiento defectuoso.

En consecuencia, -según lo expuesto por la Doctrina Administrativista- el Estado (en nuestro caso el Municipio) deberá responder por todos aquellos hechos materiales o actos ilícitos que derivan en un mal funcionamiento del servicio público, una deficiente organización, o una actuación defectuosa, inoportuna o abstenida.

Entonces, de un modo general, podemos señalar como ejemplos de falta de servicio los siguientes casos: la demora excesiva y anormal en la tramitación de una solicitud de permiso, esto es, un funcionamiento tardío y defectuoso del servicio respectivo (en este caso de la DOM); la no dictación del respectivo permiso dentro del plazo legal establecido por la ley, o bien, la ausencia de notificación administrativa de los interesados del respectivo permiso, esto es, el servicio público incurre en una abstención de actuación estando obligado legalmente a ello. Un caso grave de falta de servicio es la dictación de permisos ilegales ya que no es posible conside-

rar como actuación normal, una que -según los artículos 6º y 7º de la C.P.R.- no se conforma con la Constitución y las leyes.

En todas estas situaciones es necesario probar que se ha producido un daño patrimonial al interesado, lo que ha llevado a que ejerza la acción de indemnización de perjuicios por falta de servicio. En dicho juicio indemnizatorio es necesario acreditar tres circunstancias trascendentales:

- la falta de servicio.
- la existencia de un daño patrimonial en el afectado
- la relación de causalidad entre el daño producido y la falta de servicio.

Relativa a la primera circunstancia para saber cuando el órgano administrativo está obligado a actuar es necesario acudir a su ley orgánica en la cual se contienen las diversas competencias específicas que se le han asignado para desarrollar. En nuestro caso, la DOM habrá que recurrir a la LOCM y LGUC (Véase supra p. 26 ss).

La prueba en el respectivo juicio indemnizatorio se ve aliviada cuando previamente el actor ha ejercido la acción de reclamo de ilegalidad y ha obtenido sentencia favorable que ha declarado el respectivo acto dañino como ilegal y si además ha solicitado la declaración de derecho a los perjuicios conforme a lo preceptuado en el artículo 82²² letra h) de la LOCM. A su vez la letra i del mismo artículo, reconoce la posibilidad de entablar una acción indemnizatoria, disponiendo que:

"Cuando se hubiere dado lugar al reclamo, el interesado podrá presentarse a los tribunales ordinarios de justicia para demandar, conforme a las reglas del juicio sumario, la indemnización de perjuicios que procediere y ante la justicia del crimen, las sanciones penales que correspondieren. En ambos casos, no podrá discutirse la legalidad ya declarada."

Es menester señalar que el ejercicio de estas acciones -una objetiva y la otra subjetiva- debe efectuarse en forma separada. No es posible que la acción de nulidad se ejerza en forma conjunta con la indemnizatoria, dado que el sentido de la ley no lo permite. Sin perjuicio, que mientras se tramita el proceso contencioso municipal en contra de la resolución, impugnada, es posible que se inicie proceso ante el juez competente en lo civil para conocer de la respectiva demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual del municipio, en todo caso debiendo paralizarse la dictación de la sentencia, hasta que se dicte sentencia ejecutoriada en el proceso contencioso administrativo.

²² 136. N. de la R.

Surge la siguiente duda al respecto. ¿Es posible que el afectado, sin ejercer la acción de nulidad previamente, ejerza la acción indemnizatoria basado en el supuesto que el acto que le perjudica es ilegal y por tanto constituye una falta de servicio? ¿Es competente el juez civil para conocer una cuestión previa relativa a la legalidad de un acto administrativo?

Algunos podrán opinar a favor de la competencia del juez civil por cuanto siendo una cuestión accesoria a lo principal, puede conocer de ella conforme al principio jurídico quién puede a lo más puede lo menos y el de la radicalidad establecida en el artículo 109 del Código Orgánico de Tribunales. Otros en cambio podrán tener una opinión contraria a ello por cuanto el único juez competente para conocer el asunto es el administrativo, debiendo el juez civil enviar el asunto al juez administrativo para que se resuelva, y en el intertanto suspender el procedimiento. La duda surge con respecto a determinar quién es el juez competente: el Alcalde o la Corte de Apelaciones. Otros, en una posición radical, rechazan la demanda, resolviendo "Ocúrrase ante quien corresponda" esto es, que el afectado previamente debe interponer el reclamo de legalidad municipal.

En todo caso, la situación sólo se producirá en la medida que el actor pretenda fundar la falta de servicio de órgano en un acto ilegal, puesto que no sólo hay falta de servicio en tal evento, sino que también cuando se presta el servicio en forma deficiente y anormal. No son sinónimo falta de servicio y acto ilegal. Aquél es más amplio que éste.

Finalmente, es menestar señalar que esta acción puede ser ejercida tanto por el propio interesado, quien pretende la realización de una labor constructiva y ante el evento de una denegación del respectivo permiso para construir que le ha ocasionado perjuicios, como también por los terceros que se vean afectados por el otorgamiento de un permiso que sea ilegal y se ocasione perjuicios.

Una especial acción de indemnización de perjuicios ha establecido la CPR en su artículo 38 inciso 2º al preceptuar:

"Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño".

Esta acción de carácter indemnizatoria puede ser ejercida por aquel que se vea afectado gravemente y en forma determinada por un acto de la administración, que puede ser tanto legal como ilegal, pero que su aplicación implique un sacrificio especial y particular que recaiga en forma determinada en una o varias personas. No se trata de aquel sacrificio normal que deben soportar los administrados por el ejercicio normal de la

acción de la administración pública en cumplimiento de sus cometidos públicos, sino que un sacrificio especial gravoso que debe soportar una persona o grupo de personas determinadas en aras del interés común. Ante tal evento, es por eso que el constituyente le otorga al afectado una acción destinada a obtener una compensación pecuniaria por la lesión producida.

No obstante lo anterior, y en relación con el permiso de construcción esta acción tendría poca aplicación por cuanto respecto a un acto ilícito existiría la otra acción indemnizatoria recién analizada y con respecto a un acto lícito también puesto que el carácter de autorización administrativa y por tanto de acto favorable a las particulares del permiso de construcción hace difícil pensar en que pueda significar un gravamen para alguna persona. Además que normalmente este permiso hace aplicación de normas jurídicas preestablecidas y aplicables a una generalidad de personas.

ABREVIATURAS

CPR	Constitución Política de la República (1980)
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
D.O.	Diario Oficial
DOM (la)	Dirección de Obras Municipales
DOM (el)	Director de Obras Municipales
LGUC	Ley General de Urbanismo y Construcción
LOCM	Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades
MINVU	Ministerio de la Vivienda y Urbanismo
Nº	Número
OGCU	Ordenanza General de Construcciones y Urbanizaciones
SEREMINVU	Secretaría Regional del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo
SERVIU	Servicios Regionales de la Vivienda y Urbanización