

# LA PRIVATIZACIÓN DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS EN EL URBANISMO Y LA VIVIENDA

ENRIQUE RAJEVIC MOSLER\*

*RESUMEN: Durante las últimas décadas se ha incrementado la presencia de privados que ejercen funciones públicas en el ordenamiento administrativo chileno. Aquí se examina este fenómeno en tres actividades del urbanismo y la construcción: la planificación urbanística, el control del uso del suelo y la construcción de viviendas sociales, y se advierte de los riesgos de externalizar funciones públicas.*

## INTRODUCCIÓN

El tema propuesto para reflexionar durante estas jornadas es la imbricación de lo público y lo privado en Derecho Administrativo. Siguiendo ese llamado revisaré algunos casos en que actores privados ejercen o parecen ejercer funciones públicas en el ámbito del derecho urbanístico y de la construcción, específicamente, en el área de la planificación urbanística, el control del uso urbanístico del suelo y la construcción de viviendas sociales. Advierto que he actualizado la ponencia para efectos de su publicación, agregando doctrina y jurisprudencia posterior.

## I. EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS POR PARTE DE AGENTES PRIVADOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO

Existen ciertas tareas que la sociedad estima que deben ser desarrolladas por una entidad que represente y persiga el interés general, y no por particulares movilizados por sus propios intereses. De allí que necesitemos una Administración Pública, a la que la CPR le encarga promover el bien común y que, por lo mismo, se articula bajo fórmulas organizativas y técnicas de actuación diferentes de las que emplean los sujetos privados, con el propósito de perseguir el interés general actuando con esa “eficacia indiferente” que proclamaba GARRIDO FALLA (1980). Sin embargo, en casi todas las sociedades algunas funciones públicas son abordadas por sujetos privados, tanto por el crecimiento espectacular de las tareas estatales en el siglo XX y la falta de recursos o conocimientos especializados en el Estado (RIVERO O., 2000:151), como por la marejada privatizadora de fines del pasado siglo que, al traspasar tareas antes desempeñadas por el Estado a particulares, ha resquebrajado estrepitosamente la identificación entre ejercicio de funciones administrativas y naturaleza pública del sujeto que las realiza (FERNÁNDEZ F., 2006, 21). Por lo mismo, en sus últimos documentos la Unión Europea ha optado

---

\* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Alberto Hurtado (Chile), e-mail: erajevic@uahurtado.cl. Ponencia presentada en las VIII Jornadas de Derecho Administrativo Chileno, “Lo público y lo privado en Derecho Administrativo” (Santiago, agosto de 2011).

por reemplazar la noción de servicio público por nuevas categorías, como “servicios de interés general” y “servicios de interés económico general”, las que colocan el énfasis en la misión desarrollada y no en el sujeto que la realiza<sup>1</sup>.

Entre nosotros, esta idea queda expresada sobre todo en la LBGAE, conforme a la cual “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa...” (Artículo 1º, inciso segundo). Como expresa su nombre, la LBGAE brinda a este conjunto de entidades “Bases Generales”<sup>2</sup>, esto es, normas organizativas y de actuación, además de principios, diversos de los contemplados en el Derecho común, que otras leyes profundizan. Así, y sin ánimo exhaustivo, tenemos en materia de contratación la Ley N° 19.886, de 2003, en el ámbito financiero y patrimonial los D.L. N° 1.263, de 1975 y D.L. N° 1.939, de 1977, en relación al procedimiento la LBPA –si bien con su polémico carácter supletorio– y en materia de control la LCGR.

Si la función administrativa define que quien la desarrolle debe pertenecer a la Administración del Estado, determinar su contenido –o sea, cuando estamos materialmente en presencia de actividad administrativa– es clave, pero ya nos enseña la doctrina que se trata de una cuestión arduamente debatida y más bien con resultados insatisfactorios (a modo ejemplar GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ R., 2001, 51-59 y, entre nosotros, PANTOJA B., 1993, 161-196).

Si profundizamos en nuestro derecho positivo (siguiendo a ARÓSTICA M., 1993, pp. 143-160) el siguiente paso es el EA, que regula las relaciones entre el Estado y el personal de las entidades públicas (con ciertas excepciones), pues establece que los cargos de planta o a contrata –los denominados “funcionarios públicos”– sólo pueden desempeñar las “funciones propias” que deban realizar dichas instituciones. Agrega que “Respecto de las demás actividades, aquéllas deberán procurar que su prestación se efectúe por el sector privado” (artículo 2º). Dicho de otro modo, el estatuto peculiar de la Administración se limita a revestir las funciones propiamente administrativas y

<sup>1</sup> Artículo 16 y apartado 2 del artículo 86 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Los servicios de interés general “son actividades de servicios, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones específicas de servicio público. Engloban las actividades de servicios no económicos (sistema de escolaridad obligatoria, protección social, etc.), las funciones básicas del Estado (seguridad, justicia, etc.) y los servicios de interés económico general (energía, comunicaciones, etc.)”. Estos últimos “son actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general y están por ello sometidas a obligaciones específicas de servicio público (artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) por parte de los Estados miembros. Entre ellos figuran las redes de transporte, energía y comunicación” (Glosario, en [http://europa.eu/legislation\\_summaries/glossary/](http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/)). Puede verse también la Comunicación de la Comisión Europea “Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa” [COM (2011) 900 final, de 20.12.2011].

<sup>2</sup> El artículo 38 de la Constitución encarga a una ley orgánica constitucional regular la *organización básica* de la Administración Pública, no sus “Bases Generales”, que es lo que hace la LBGA. Pese a ello, suele atribuirse a esta última un contenido orgánico constitucional en su integridad. Sobre esto puede verse ALDUNATE 2008, 49-57. También me he referido a ello en RAJEVIC 2008, 173-199, esp. 185-7 y 195-6.

las demás tareas se rigen por el derecho común ¿Y cuáles son las “funciones propias” de los servicios públicos? La Ley N° 18.803, de 1989, ayuda a contestar esta interrogante, pues permite a la generalidad de los servicios públicos<sup>3</sup> “... encomendar a municipalidades o a entidades de derecho privado, todas las acciones de apoyo a sus funciones que no correspondan al ejercicio mismo de sus potestades”, y define acciones de apoyo como “... todas las que no constituyan directamente las potestades públicas encomendadas por la ley a cada uno de los servicios y que sean complementarias a dichas potestades”<sup>4</sup> (artículo 1º). La clave, entonces, residiría en el ejercicio de potestades, como también señala el artículo 6º de la LGBA, al disponer que cuando el Estado participe en entidades que no forman parte de su Administración (cuestión que exige autorización legal) aquéllas “... no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas”. Así ocurre, por ejemplo, con el Instituto de la Construcción<sup>5</sup> o la Fundación Imagen de Chile<sup>6</sup>. Así, el límite sustantivo de la externalización de funciones sería la imposibilidad de entregar a privados el ejercicio de potestades.

Por todo ello no es extraño que nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC) haya entendido, al controlar preventivamente algunos proyectos de ley, que la CPR impide que el legislador entregue el ejercicio de funciones públicas a entidades privadas creadas con ese objeto. Así lo ha dicho en sus sentencias Roles N°s. 50-1987, 379-2003 y 1.024-2008. En la primera impidió que las Municipalidades pudieran crear corporaciones o fundaciones de derecho privado para realizar ciertas funciones que, según el TC, les encargaba realizar la Carta Fundamental, pues de hacerlo trasladarían “... funciones que le son propias, según el campo de acción que les ha fijado la Constitución, a entidades con personalidad jurídica distinta de ellas” (consid. 23). El listado contenía básicamente servicios públicos y no funciones de policía administrativa<sup>7</sup>, pero el TC no hizo ningún matiz y guardó silencio respecto de las corporaciones

---

<sup>3</sup> Aunque esta autorización no incluye a los servicios públicos que indica el inciso segundo del artículo 21 de la LBGAE no pierde, a mi juicio, su valor paradigmático.

<sup>4</sup> “...tales como recepción, recopilación, preparación, revisión y evaluación de antecedentes; procesamientos computacionales; cobranzas y percepción de pagos; conservación y reparación de bienes inmuebles y muebles; aseo y otros servicios auxiliares”.

<sup>5</sup> Fundados en la autorización de la Ley N° 19.367 los Ministerios de Obras Públicas y Vivienda y Urbanismo junto a otras entidades (como el Colegio de Arquitectos, la Cámara Chilena de la Construcción y algunas Universidades) fundaron el Instituto de la Construcción (<http://www.iconstruccion.cl/>).

<sup>6</sup> La Ley N° 20.511 facultó a ciertos Ministerios para integrarse a la Fundación Imagen de Chile.

<sup>7</sup> “Artículo 4º, Ley N° 18.695. Las municipalidades podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con: / a) La asistencia social; / b) La salud pública; / c) La protección del medio ambiente; / d) La educación y la cultura; / e) La capacitación y la promoción del empleo; / f) El deporte y la recreación; / g) El turismo; / h) El transporte y tránsito públicos; / i) La vialidad urbana y rural; / j) La urbanización; / k) La construcción de viviendas sociales e infraestructuras sanitarias; / l) La prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia, y / ll) El desarrollo de actividades de interés común en el ámbito local”.

municipales preexistentes, que posteriormente validaría<sup>8</sup>. La segunda sentencia se refiere a la Ley que creó el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, pues el proyecto facultaba a este organismo para integrar, constituir y financiar una corporación de derecho privado que fomentaría y gestionaría actividades culturales a través del Ballet Folclórico Nacional y la Orquesta de Cámara de Chile. El TC razonó que el artículo 24 de la CPR encarga al Presidente de la República la Administración del Estado, en su calidad de Jefe del Estado, tarea que conforme al artículo 1º, inciso segundo, de la LBGAE, debe desarrollar con la colaboración de “los órganos y servicios públicos” creados para el cumplimiento de la función administrativa. Luego, y citando la STC Rol N° 50-1987, afirma que admitir que pudieran realizarse las señaladas tareas a través de una corporación alteraría “la competencia que constitucionalmente le está asignada a los órganos que constituyen la Administración” (consid. 74). Por último, la STC N° 1024-2008 reprobó el otorgamiento de potestades a la Corporación Nacional Forestal (CONAF) debido a su naturaleza privada, pero señaló que declarar esta inconstitucionalidad podría provocar efectos más perniciosos que tolerarla, considerando que se trataba de una Corporación existente y que previamente ya había sido facultada por el legislador para asumir otras potestades, generando con ello situaciones consolidadas sobre el patrimonio de particulares<sup>9</sup>.

La jurisprudencia citada no impide que en nuestro derecho sea factible el ejercicio privado de funciones públicas, siguiendo la denominación que, desde hace largo tiempo (cfr. SANTI ROMANO, 1906, 175-183, y SAINZ M., 1983), se ha dado al fenómeno a través del cual se reconoce que sujetos privados puedan, a nombre propio, desarrollar activi-

<sup>8</sup> Así lo hicieron las SsTC Roles N°s. 222-1995 y N° 1024-2008. Esta última señala que “...no obstante que el funcionamiento de las corporaciones de educación municipal creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la actual Carta Fundamental representa una anomalía dentro de la organización del Estado, la continuidad de su funcionamiento ha sido expresamente reconocida por esta Magistratura, por ejemplo, en sentencia de 29 de agosto de 1995 (Rol N° 222)” (consid. 19).

<sup>9</sup> La STC Rol N° 1024-2008, de 01.07.2008, que controló el proyecto de ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal (luego Ley N° 20.283, Diario Oficial, 30.07.2008), señaló que la Corporación Nacional Forestal (CONAF) no integraba la Administración del Estado al ser una corporación de derecho privado. No obstante ello, y desoyendo lo señalado en el artículo 6º de la LBGAE, “...diversos cuerpos legales han encomendado a la CONAF funciones que implican el ejercicio de potestades públicas, a la vez que le han impuesto limitaciones propias de los servicios que forman parte de la Administración” (considerando 14). El TC advierte que ha declarado la inconstitucionalidad de proyectos de ley que posibilitaban el ejercicio de potestades públicas por entidades privadas (cons. 16), pero advierte que tratándose de una corporación ya creada, como CONAF (data de 1970), debe decidir “...atendiendo a la necesaria prudencia frente a los efectos que una declaración de inconstitucionalidad puede producir sobre situaciones jurídicas consolidadas y sobre el normal funcionamiento de las instituciones. En otras palabras, debe evitar que la declaración de inconstitucionalidad produzca efectos que puedan resultar aún más inconstitucionales (Rol N° 616)” (cons. 22). Esto último lleva a que el TC valide el proyecto de ley pero haga presente a los Poderes Colegisladores “...la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las aludidas y, especialmente en el presente caso, exhorta a S.E. la Presidenta de la República para que regularice la naturaleza jurídica de la CONAF, procediendo a la dictación del decreto supremo a que se refiere el artículo 19 de la Ley N° 18.348, publicada el año 1984, o empleando otro medio constitucionalmente idóneo que el Gobierno estime adecuado” (cons. 24).

dades que constituyen una función pública en sentido propio, de manera que los actos que ejecutan "...poseen eficacia jurídico-pública (por ejemplo, la dación de fe pública por un notario) o son objeto de un servicio público en sentido estricto (por ejemplo, el servicio de seguridad)" según señala SANTAMARÍA P. (2004, 502). Este autor sistematiza los supuestos en tres categorías: las concesiones de servicios públicos, las profesiones privadas que tienen por objeto el desempeño de una función pública (como los Notarios) y las profesiones que, desempeñando una función privada, llevan aparejada alguna función pública (como el turno de oficio que grava a los abogados).

En Chile los ejemplos son numerosos, desde figuras bien conocidas como las empresas privadas que, a través de una concesión, realizan la revisión técnica que se exige a los vehículos motorizados para autorizar su circulación<sup>10</sup>, hasta un sinnúmero de empresas privadas (personas naturales y, en ocasiones, jurídicas) que, merced a simples autorizaciones, inspeccionan o acreditan el cumplimiento de exigencias legales. En efecto, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) puede autorizar a laboratorios, entidades o instaladores privados para realizar labores de inspección y ensayos que le permitan fiscalizar que las instalaciones eléctricas, de gas y de combustibles líquidos cumplen con la normativa vigente<sup>11</sup>, el Ministerio de Salud puede encargar a privados la inspección o verificación del cumplimiento de las normas del Código Sanitario cuando "...falte personal para desarrollar esas tareas y... razones fundadas ameriten el encargo..."<sup>12</sup> y la recientemente creada Superintendencia del Medio Ambiente puede contratar a "a terceros idóneos debidamente certificados" para inspeccionar y verificar el cumplimiento de Resoluciones de Calificación Ambiental, Planes de Prevención y/o Descontaminación Ambiental, Normas de Calidad Ambiental, Normas de Emisión y Planes de Manejo<sup>13</sup>. Para cerrar, el tristemente ineficaz "Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior" entrega el proceso de acreditación de carreras profesionales y técnicas y programas de pregrado

---

<sup>10</sup> El artículo 4º de la Ley Nº 18.696 faculta al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones para "...fijar... los establecimientos que practiquen revisiones técnicas a los vehículos que se señale genéricamente..." y determinar "... la forma, requisitos, plazo de concesión, causales de caducidad y procedimientos para su asignación y cancelación". Se trata de concesiones, como dice el texto legal, que deben otorgarse mediante licitación pública. El D.S. Nº 156, de 1990, del mismo Ministerio, reglamenta la Revisión Técnica y la Autorización y Funcionamiento de las Plantas Revisoras.

<sup>11</sup> Véase el artículo 3º Nº 23 de la Ley Nº 18.410. Incluso, las entidades privadas pueden realizar o hacer realizar "...bajo su exclusiva responsabilidad, las pruebas y ensayos que dicho organismo estime necesarios, para constatar que cumplen con las especificaciones normales y no constituyen peligro para las personas o cosas". Dicho de otro modo, pueden también externalizar, si bien serán responsables por el resultado. El procedimiento de "...acreditación, autorización y control de las entidades o instaladores inspectores..." se fija por resolución fundada de la SEC. Desde luego, "Las entidades e inspectores así autorizados quedarán sujetos a la permanente fiscalización y supervigilancia de la Superintendencia".

<sup>12</sup> Artículo 4º Nº 3 del D.F.L. Nº 1, de 2005 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. Nº 2.763, de 1979 y las Leyes Nº 18.933 y Nº 18.469.

<sup>13</sup> Artículo 3º, letra c) de la Ley Nº 20.417.

universitarias a instituciones privadas denominadas “agencias acreditadoras”<sup>14</sup>, que dictan resoluciones al modo de un órgano de la Administración (y cuyos fundamentos, precisamente por tratarse de una función pública, han sido declarados públicos por el Consejo para la Transparencia<sup>15</sup>).

Cuando hace dos décadas ARÓSTICA comentaba la “transferencia de funciones estatales al sector privado” advertía que, incluso en el contrato de concesión, no cabía ni una sustitución total de la Administración (sólo la asunción temporal de tareas específicas) ni la transferencia de las atribuciones o potestades que la ley radicó en aquélla, esto último porque debía conservar sus poderes de dirección y control sobre el agente privado que ejecuta la función (ARÓSTICA, 1993, 149-150). Esta orientación suele ser observada por el legislador –con mayor o menor profundidad– cuando encarga a privados el ejercicio de potestades públicas. Por otro lado, ROJAS C. ha afirmado a propósito de las Juntas de Vigilancia –una hipótesis de ejercicio privado de funciones públicas en el Derecho de Aguas– que cuando éstas “...obren en virtud de la dosis competencial de poder público asignado por la Ley... deberán aplicar y se encontrarán sometidas en todo su régimen de actuaciones a los principios contenidos en el Título I de la LBGAE en tanto sus actuaciones impliquen ejercicio de funciones públicas...” (ROJAS C., 2008:160), en línea con lo que ocurre en el Derecho comparado.

Con todo, hay un requisito insalvable para este tipo de operaciones. El ejercicio de funciones públicas, conforme al artículo 8º, inciso primero, de la CPR “obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”, al margen de si los titulares son sujetos públicos o privados. Entre nosotros la probidad administrativa se ha definido como “...observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular” (artículo 52, inciso segundo, LBGAE). Esto supone, entonces, que si el legislador encarga a particulares funciones públicas debe incluir mecanismos que aseguren el cumplimiento de este precepto (sanciones o estímulos), dicho de otro modo, que lo impulsen a privilegiar el interés general y que lo castiguen si sus conductas se contraponen a éste.

---

<sup>14</sup> Véanse los arts. 26 y ss. de la Ley N° 20.129.

<sup>15</sup> Ha dicho este Consejo que “...aunque las agencias acreditadoras sean sujetos privados, cumplen una función pública clásica, al punto que la misma es, en algunos casos, desarrollada por la CNA, y que los acuerdos de acreditación que adoptan las agencias acreditadoras se materializan bajo la forma típica de los actos administrativos...” (Decisión Roles C491-12 y C538-12, consid. 12, disponible en <http://www.consejotransparencia.cl/>, consultada el 20.04.2013, a las 16:00 hrs.).

Nuestro TC ha reconocido que sujetos privados, como los abogados<sup>16</sup>, los cuerpos de bomberos<sup>17</sup> o los síndicos puedan ejercer funciones públicas. En la STC Rol N° 1413-2009 declaró que si bien los síndicos de quiebras eran sujetos privados, aunque obligados a pertenecer a un registro —esto es, ni siquiera requerían una autorización (consid. 10)—, al desempeñar una función pública estaban obligados a observar en el cumplimiento de ellas el principio de probidad, de modo que “...invocar la probidad como fundamento de la sanción de exclusión de la nómina respecto de un síndico, resulta conforme a la Constitución” (consid. 18). Luego, es claro que la probidad sigue a la función y no sólo al sujeto.

El categórico rechazo del TC a que órganos de la Administración puedan formar personas jurídicas privadas para desarrollar funciones públicas contrasta con su anuencia a entregar tales funciones a personas jurídicas privadas sin participación estatal o personas naturales. Probablemente el rigor exhibido en el primer caso y la explícita admisión de los segundos sea una consecuencia de las cortapisas constitucionales a la actuación empresarial del Estado, algo que no parece del todo consistente pero que no podemos abordar aquí pues nos distraería del objeto central de este trabajo.

## II. ALGUNOS APUNTES COMPARADOS SOBRE EL EJERCICIO PRIVADO DE FUNCIONES PÚBLICAS

Como ya anticipaba la cita de SANTAMARÍA PASTOR no estamos solos en este tema. Al contrario, nuestro derecho no hace sino replicar un fenómeno muy extendido en el derecho comparado. En el caso alemán, los apartados 3 y 4 del artículo 33 de su Constitución establecen que las facultades de soberanía sólo pueden ser confiadas, como regla general y con carácter permanente, a los funcionarios públicos, cuyo estatuto debe regirse de acuerdo a los principios tradicionales del régimen de funcionarios de carrera<sup>18</sup>. Sin

---

<sup>16</sup> El considerando 16 de la STC Rol N° 1413-2009 afirma: “Este Tribunal ha reconocido en el pasado que no sólo los órganos del Estado ejercen funciones públicas, sino que también los privados. En efecto, respecto de los abogados se ha dicho que se trata de personas que ‘desempeñan una función pública y deben colaborar al servicio judicial desempeñando sus funciones con altura de miras y sin olvidar nunca el interés general que están llamados a cautelar’ (STC Rol N° 755, 31.03.2008). / Incluso, durante la elaboración del artículo 8° constitucional, en la reforma de 2005, se dijo que con la expresión ‘función pública’ no se quería asimilar a ‘funcionario’. Ejercen función pública, se indicó, las personas que han sido designadas por decreto o resolución para efectuar en nombre del Estado un determinado cometido (PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Reformas Constitucionales 2005*, Editorial Jurídica, Santiago, 2005, pág. 28)”.

<sup>17</sup> La STC Rol N° 1295-2008, que resolvió un requerimiento de inaplicabilidad contra el D.L. N° 1.757, de 1977, afirmó que aunque en nuestro país los cuerpos de bomberos son entidades privadas (lo que no cambia porque la Ley N° 18.959 los haya calificados como “servicios de utilidad pública”), el legislador “...ha comenzado a entregar potestades especiales para el cumplimiento de sus tareas...” (consid. 52), incorporándolos en “...el ejercicio de ciertas potestades públicas...” (consid. 54).

<sup>18</sup> Artículo 33. “(4) El ejercicio de facultades de soberanía será confiado, como regla general y con carácter permanente, a funcionarios del servicio público sujetos a una relación de servicio y lealtad, bajo un régimen de Derecho público. (5) El estatuto legal del servicio público debe ser regulado y desarrollado teniendo en cuenta los principios tradicionales del régimen de funcionarios de carrera”. También es sugestivo el artículo 34 dispone que “Cuando alguien en ejercicio de una función pública que le fuera confiada violare los deberes que la función le impone con respecto a

embargo, la regla general tiene excepciones, representadas por la figura de las *Beliehene*, denominación que se da a las entidades privadas que están facultadas para ejercer potestades públicas y que se despliegan en innumerables campos (DARNACULLETA I GARDELLA, 2010, 398; ejemplos en 404-408). Al ejercer estas potestades son consideradas por la Ley germana de Procedimiento Administrativo, pese a su naturaleza privada, órganos o autoridades administrativas, de manera que se les aplican las mismas reglas que a un órgano de la Administración<sup>19</sup>. Aunque no existe una regulación general para esta figura hay rasgos que se repiten, como la exigencia de una alta cualificación profesional y de habilitación legal (o, al menos, con base en la ley) y poderes de supervisión en favor de la Administración (DARNACULLETA I GARDELLA, 2010, 409-412 y 415-422). Incluso, la doctrina acepta mayoritariamente que si la actuación de una *beliehene* causa daños y la ley no exige a los afectados dirigirse contra ella, la demanda puede presentarse contra la Administración dado que la *beliehene* opera como su agente (*Ibid.*, 422). Una reciente sentencia del TC Alemán o BVerfG (2 BvR 133/10)<sup>20</sup> ha legitimado la entrega a privados de potestades en tanto no suponga una “huida de la responsabilidad que es inherente al poder público”, o sea, “...siempre que permanezcan vivos los poderes de vigilancia y control de las autoridades sobre la persona privada investida de esos controvertidos poderes de autoridad...”), con lo que estas hipótesis deben ser excepcionales y «...no pueden –sigue diciendo el BVerfG– venir fundadas en el “exclusivo” punto de vista “económico” sino que han de basarse en un adecuado análisis de las ventajas y los riesgos de las mismas» (SOZA W., 2012), lo que supone aplicar el principio de proporcionalidad (Nº marg. 149) de cara a la incidencia que puedan tener las medidas que pudiesen adoptar sobre los derechos fundamentales<sup>21</sup>.

En el caso español, en 1983 SAINZ M. hizo una completa revisión de esta categoría centrada en profesiones o actividades desarrolladas por personas naturales. Tanto la legislación de contratación pública como la de régimen local proscriben la externalización de

---

un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o la corporación a cuyo servicio se encuentre. En caso de dolo o culpa grave queda abierta la acción de regreso. Para la reclamación de daños y perjuicios abierta así como para la acción de regreso no podrá excluirse la vía judicial ordinaria” (cito según BUNDESTAG, 2009). Sobre el caso alemán puede consultarse el trabajo de SAINZ 1983, 1776-1779 (nota al pie 100).

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 399. En efecto, “*Órgano* es según el § 1 IV de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*): «Cualquier unidad que asuma tareas propias de la Administración Pública»; dicho concepto por tanto se determina funcionalmente atendiendo a las tareas asumidas y no al aspecto organizativo...” (MAURER: 2011, 153, cursivas en el original).

<sup>20</sup> Sentencia del BVerfG de 18.1.2012 (2 BvR 133/10), disponible en [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120118\\_2bvr013310.3.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120118_2bvr013310.3.html) (consultado el 20.04.2013, a las 17:00 hrs.).

<sup>21</sup> El caso concreto se refería al encierro de un paciente en una clínica psiquiátrica privada. La legislación del Land de Hesse permitía que la clínica pusiera aplicar una medida coactiva de esta naturaleza, pero hay que apuntar que aunque se creó bajo las reglas del Derecho privado, era propiedad del propio Land y carecía de fines de lucro. Adicionalmente, la legislación confería al Land importantes poderes de supervisión sobre aquella y dotaba de un reducido nivel de discrecionalidad a este ente “privado”, de manera que la actuación tenía, para BVerfG, suficiente legitimación democrática. Como puede apreciarse, el test realizado por el BVerfG fue exhaustivo y hace que esta validación no pueda aplicarse indiscriminadamente a cualquier hipótesis en que privados ejerzan funciones públicas.

funciones que conlleven el ejercicio de autoridad –y por lo mismo las entidades públicas empresariales que operan en régimen de derecho privado quedan sujetas al derecho público si ejercen potestades–, correspondiendo su ejercicio en exclusiva a los funcionarios públicos. Sin embargo, diferenciar éstas de las actividades públicas de carácter material (normalmente vinculadas al ámbito prestacional) es una tarea muy compleja y que no se sustenta en criterios materiales claros, pues mutan de época en época y de país en país. Por lo demás, las reglas citadas son de rango legal, con lo que el legislador siempre puede establecer excepciones. CANTERO M. indica que aquéllas no son muy diversas de las nuestras: “Podemos citar, como más significativos, la inspección técnica de vehículos, la materia de seguridad y calidad ambiental, la inspección de buques, la verificación medioambiental, la inspección de la edificación, etc.” (2011, 82). La misma autora destaca que en algunos casos podría darse que los privados que ejercen estas funciones deban sólo formular una comunicación previa ante la Administración, esto es, ni siquiera necesiten sortear la valla de obtener una autorización administrativa.

¿Existe en el sistema español una reserva constitucional de funciones de autoridad en favor de la Administración o esta es una materia de libre configuración legislativa? Aunque un sector de la doctrina ha defendido esta reserva (DEL SAZ, 1992, 176), la práctica demuestra que el legislador ha cruzado la frontera abundantemente sin sufrir tropiezos en sede judicial. CANTERO M. (2011, 95) estima que la Constitución Española no impide al legislador entregar el ejercicio de potestades a privados pero sugiere que, en tales casos, debiesen aplicarse a aquéllos los valores y principios que la Constitución le exige a la actuación administrativa como garantía en favor de los particulares. Donde no parece haber duda es en cuanto a la necesidad de ley formal para efectuar esta operación, si bien hay casos en que se ha operado por vía reglamentaria afirmando que el privado no ejerce competencias, sino sólo interviene en etapas previas al procedimiento administrativo propiamente tal, donde quien actuará ejerciendo la potestad es la Administración<sup>22</sup>.

Finalmente, la doctrina admite la responsabilidad civil extracontractual del Estado por la actuación del privado que ejerce funciones públicas, entendiendo que es una responsabilidad por hechos ajenos que surgirá cuando concurra la *culpa in vigilando*. La responsabilidad pública sería “...la bóveda del edificio... porque siempre está presente en el halo de la esfera privada de intervención”, como consecuencia inevitable de la irrenunciable vigilancia pública (GONZÁLEZ-VARAS I., 2004:420), si bien sujeta

---

<sup>22</sup> El ejemplo citado es la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid por la que se establece el Régimen de Gestión de Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades, de 29.9.2009, caso en que –según CANTERO– “Se ha realizado una impecable labor de ingeniería jurídica para tratar de apartar estas funciones del ámbito del procedimiento administrativo”, ob. cit., p. 97. Señala su exposición de motivos que “Sin renunciar... a la potestad pública... da entrada a la colaboración privada en el ámbito de la preparación de la solicitud de licencia así como en el de la colaboración en el mantenimiento de las condiciones que justificaron el otorgamiento de la licencia. Las entidades colaboradoras en la gestión de licencias urbanísticas se erigen, de esta forma, en una pieza importante y novedosa en el modelo que diseña esta ordenanza”. Sobre esta Ordenanza puede verse GALÁN G. y PRIETO R., 2010.

al criterio de la falta de servicio y no como una responsabilidad objetiva (RIVERO O., 2000:223-230).

### III. LA ELABORACIÓN DE PLANES URBANÍSTICOS POR PRIVADOS

El primer ámbito que revisaré es la planificación urbanística. Los planes urbanísticos son normas jurídicas que aplican la regulación urbanística en un territorio concreto, determinada la utilización urbanística que podrá darse al suelo, tanto en usos como en intensidad. Nuestro sistema contempla diferentes instrumentos, desde el ámbito comunal al regional, y diversas autoridades públicas encargadas de elaborarlos (la Secretaría Regional Ministerial –en adelante SEREMI– de Vivienda y Urbanismo respectiva, tratándose de los planes regionales de desarrollo urbano y los planes reguladores intercomunales, y el Asesor Urbanista Municipal correspondiente, en el caso del plan regulador comunal y los planos y planes seccionales). Una vez que el proyecto está listo debe ser aprobado por el Consejo Municipal o el Consejo Regional, según sea el caso, en un complejo proceso que supone la intervención de diversos entes públicos (cfr. RAJEVIC 2001 y CORDERO 2007).

No cabe duda que estamos en presencia de una función pública: el objetivo de este procedimiento es generar una norma de efectos generales –aunque acotados geográficamente– e importantes consecuencias patrimoniales, sociales y ambientales. De allí que esté regulado con detalle.

La etapa de aprobación incluye, en algunos casos, mecanismos de participación ciudadana. En cambio, durante la elaboración no intervienen privados. Sólo se admite que, en el caso de los Planes Reguladores Comunales, integren comisiones asesoras *ad honorem* y en forma voluntaria (artículo 40 LGUC). Contraloría General de la República ha señalado que como “...la elaboración del plan regulador comunal constituye una función pública...” no procede recibir aportes de privados para financiar su elaboración, pues ésta “...debe ser llevada a cabo con recursos públicos...” (Dictamen N° 10.026, de 2005)<sup>23</sup>, máxime si tales donativos pudieran “...restarle imparcialidad a la autoridad al tomar decisiones en asuntos en los que tengan interés los donantes, toda vez que con ello podría afectarse el principio de probidad administrativa (aplica criterio contenido en el Dictamen N° 10.492, de 2005)” (Dictamen N° 36.604, de 2006, ratificado por el Dictamen N° 12.941, de 2007).

Con todo, conozco al menos dos hipótesis en que se ha admitido que los privados puedan presentar propuestas de planeamiento<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> En igual sentido pueden verse los Dictámenes N°s. 20.063, de 1993 y 42.259, de 2004.

<sup>24</sup> Sin considerar otras hipótesis en que un plan regulador o la OGUC admiten que se propongan modificaciones puntuales o acciones equivalentes (como los arts. 5.2.1.1. u 8.2.1.4.a del PRMS y los arts. 2.1.30. y 2.1.31. de la OGUC). Tampoco los proyectos fuera del límite urbano, pues en estos casos la autorización es, a falta de plan, caso a caso (cfr. artículo 55 LGUC).

Primero, una histórica. En 1979 se aprobó una ortodoxa política liberalizadora, según la cual el suelo urbano no era un recurso escaso y su uso debía definirse en función de mayor rentabilidad y no a través de restricciones como los límites urbanos (artículo 52 LGUC). Para implementarla, se incrementó la oferta de suelo de extensión urbana del Plan Intercomunal de Santiago de 1960 (PIS) a más del doble y se creó una inmensa área de expansión urbana. Para controlar el crecimiento de esta última, la Ordenanza del Plan contempló un sistema de informes preceptivos que la SEREMI Metropolitana de Vivienda y Urbanismo debía emitir en forma previa a la aprobación de los proyectos de loteos y subdivisiones por las Direcciones de Obras Municipales (y que resultaban vinculantes para éstas). Tratándose “...de proyectos emplazados en terrenos de cabida igual o superior a 5 hectáreas...” que quisieran incrementar las condiciones de edificación y subdivisión contempladas en el artículo 13 de la Ordenanza del Plan se exigía al interesado “...la presentación de un plan seccional... cuyo trámite de aprobación se someterá a lo dispuesto en la legislación vigente sobre la materia”<sup>25</sup>. Dicho de otro modo, la autoridad asumía la propuesta del particular como propia, con lo que en la práctica la elaboración del instrumento era realizada por el propio interesado, si bien su aprobación correspondía a la autoridad con toda la discrecionalidad del caso, en un contexto de ausencia de legitimación democrática<sup>26</sup>. No profundizaremos en esta figura porque fue eliminada cuando en 1994 el PIS fue reemplazado por el Plan Regulador Metropolitano de Santiago (PRMS).

La segunda hipótesis está vigente y, de nuevo, es un mecanismo para desarrollar el suelo del Plan Intercomunal de Santiago. Se trata de los denominados “Proyectos Urbanos con desarrollo condicionado” (PDUC)<sup>27</sup>, incorporados al PRMS en 2003 como una nueva expresión de la denominada planificación condicionada, inaugurada en 1997 con las “Zonas Urbanizables con Desarrollo Condicionado” (ZUDC) de la provincia de Chacabuco<sup>28</sup>. Originalmente, los PDUC podían aprobarse en las “áreas de interés silvoagropecuario”, parte del área rural del PRMS, siempre que se cumplieran ciertos requisitos como, por ejemplo, contar con una superficie de 300 ha, mitigar las externalidades que provocarían en el entorno realizando una serie de inversiones urbanas extraordinarias (p. ej., en vialidad y equipamientos) y reunir cierta heterogeneidad social en las viviendas a construir<sup>29</sup>. Cumplidas estas “condiciones” los proyectos obte-

---

<sup>25</sup> Artículo 10, inciso quinto, D.S. N° 420, de 1979, MINVU.

<sup>26</sup> Recién en 1992 se reanudarían las elecciones democráticas de Alcaldes, suspendidas tras el Golpe de Estado de 1973. El texto original de la LGUC, por su parte, entregaba la aprobación de los planes seccionales al Ministerio de Vivienda y Urbanismo o a la Municipalidad respectiva, según su “significación urbana” (arts. 45 y 46).

<sup>27</sup> Los proyectos de desarrollo urbano condicionado están regulados en el artículo 8.3.2.4. del PRMS, añadido por la Resolución N° 107, de 2003, del Gobierno Regional Metropolitano.

<sup>28</sup> La modificación fue sancionada por la Resolución N° 39, de 1997, del Gobierno Regional Metropolitano.

<sup>29</sup> Una de las condiciones es que un 30% del total de viviendas que allí se emplacen puedan adquirirse mediante los programas públicos de subsidio habitacional, de los cuales el 40% debe ser social –o sea, 12% sociales y 18% no sociales–, debiendo localizarse en zonas con una densidad bruta inferior a 400 hab/ha.

nían normas urbanísticas propias del suelo urbanizable, pese a estar fuera de los límites urbanos. En el Dictamen N° 17.018, de 2003, Contraloría –en el procedimiento de toma de razón de esta modificación– rechazó esta figura, por infringir el artículo 55 de la LGUC que impide “abrir calles, subdividir para formar poblaciones, ni levantar construcciones” fuera de los límites urbanos establecidos en los Planes Reguladores, salvo ciertas excepciones directamente fijadas en la misma norma, lo que impedía al PRMS regular construcciones fuera de dichos límites<sup>30</sup>. Ante este escenario, y tras una solicitud de reconsideración fallida<sup>31</sup>, la SEREMI y el Gobierno Regional (GORE) modificaron la propuesta, señalando que el interesado en desarrollar un PDUC debía solicitar a la SEREMI de Vivienda y Urbanismo que elaborase un “Informe Técnico Definitivo” respecto de éste, adjuntando un “Estudio de Impacto Urbano”<sup>32</sup> y ciertos informes<sup>33</sup>. La SEREMI debía remitir estos antecedentes al Gobierno Regional “...junto con los documentos de la respectiva modificación al Plan Regulador Metropolitano de Santiago... la que deberá ser aprobada y promulgada de conformidad al procedimiento establecido en la legislación vigente” (artículo 8.3.2.4.B de la Ordenanza del PRMS). CGR tomó razón de este texto, con lo que la aprobación de un PDUC pasó a ser simplemente la antesala de una modificación del PRMS que formalmente aparece presentada por la SEREMI Metropolitana pero que, en la práctica, es elaborada por el propio interesado (tal como había sugerido la propia CGR)<sup>34</sup>. Con todo, el informe favorable no es vinculante para el Consejo Regional –organismo del GORE que debe aprobar los Planes Intercomunales y su reformas– y, desde la Ley N° 20.417, de 2010, la modificación de un Plan Intercomunal debe someterse a una “Evaluación Ambiental Estratégica”, procedimiento

---

<sup>30</sup> Es más, CGR recuerda que el inciso segundo del artículo citado encomienda a la Secretaría Regional de la Vivienda y Urbanismo “...cautelar que las subdivisiones y construcciones en terrenos rurales, con fines ajenos a la agricultura, no originen nuevos núcleos urbanos al margen de la planificación urbana-regional”.

<sup>31</sup> Resuelta por el Dictamen N° 44.412, de 2003, luego ratificado por el Dictamen N° 48.848, de 2003.

<sup>32</sup> El “Estudio de Impacto Urbano” debe contener un copioso conjunto de documentos Plano Georreferenciado dando cuenta del cumplimiento de las exigencias de zonificación, equipamiento y etapas; Estudio de Factibilidad de la SEREMI de Agricultura; Estudio de Factibilidad de supresión de riesgos; Estudio de Factibilidad de Capacidad Vial y Transporte; Estudio de Factibilidad de evacuación de aguas lluvias; Certificado de factibilidad de agua potable y alcantarillado de aguas servidas y Certificado de disposición de basuras (Cfr. artículo 8.3.2.4.B de la Ordenanza del PRMS).

<sup>33</sup> Se trata de tres informes previos favorables: el de la SEREMI de Vivienda y Urbanismo, el de la SEREMI de Agricultura y, por último, el del Municipio correspondiente, “...los que deberán establecer expresamente su conformidad con la idea de ejecutar el proyecto propuesto” (artículo 8.3.2.4.A de la Ordenanza del PRMS).

<sup>34</sup> En la solicitud de reconsideración presentada tras el rechazo de CGR el Intendente sostuvo que los PDUC eran meras proposiciones que sólo serían eficaces tras una modificación del PRMS (tal como anunciaba la Declaración de Impacto Ambiental de esta modificación). Si bien CGR sostuvo que esto no se desprendía del texto entonces en revisión, consignó que “...sería posible entender superadas las observaciones formuladas en el referido oficio devolutivo en la medida que se precise expresamente que la intervención del Consejo Regional debe consistir en un pronunciamiento acerca de la modificación del Plan Regulador Metropolitano de Santiago que resulte de incorporar a dicho instrumento cada uno de los proyectos de Desarrollo Urbano Condicionado que, con arreglo al procedimiento establecido, haya aprobado técnicamente la SEREMI de Vivienda y Urbanismo y que le someta para tales efectos, junto con los demás antecedentes legalmente exigibles”.

que supone una consulta pública del proyecto. Estos dos factores hacen que el ejercicio de la potestad quede en manos de la autoridad –y sometida a escrutinio público–, por mucho que en su origen sea impulsada por un particular.

Por otro lado, la idea de planes presentados por privados a la autoridad no es extraña en el derecho comparado. El Derecho urbanístico español la admite en figuras como, por ejemplo, planes parciales y estudios de detalle de iniciativa privada, programas de actuación urbanística (especialmente, los asociados a los modelos de ejecución mediante agente urbanizador) y convenios urbanísticos, las que cuentan con distintos grados de reconocimiento legal en el heterogéneo dédalo de legislaciones urbanísticas autonómicas (BAÑO L., 2009, 143-144 y, en general, 129-156; PAREJO A., 2012, 410-433).

El problema, en nuestro caso, es que la LGUC no previó esta herramienta. Los PDUC son un ejemplo en que la potestad reglamentaria abre caminos que el legislador no previó, pese a que en este caso no se trata de la conferida al Presidente de la República por la Carta Fundamental (artículo 32 N° 6 CPR), sino que de una otorgada mediante Ley, pues el PRMS no es aprobado por decreto supremo sino por Resolución del GORE (por mucho que éste sea una entidad territorial reconocida por la CPR) conforme a las reglas de la LGAR e, incluso, el texto de este Plan admite nuevas reglamentaciones por parte de la SEREMI Metropolitana del MINVU<sup>35</sup>. La validación de la CGR no quita que la ausencia de regulación legal pueda generar situaciones kafkianas. En efecto, si tras la larga tramitación descrita se obtiene el “Informe Técnico Definitivo” el particular tiene derecho, según el PRMS, a que la SEREMI remita la propuesta al Gobierno Regional. En tal caso la SEREMI no será quien elaboró la propuesta como manda el artículo 36, inciso primero, de la LGUC (“El Plan Regulador Intercomunal será confeccionado por la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo...”). Con todo, la propia SEREMI fue quien propuso este mecanismo al Gobierno Regional cuando elaboró la reforma del PRMS que contemplaba los PDUC ¿Podría ella negarse a tramitar la modificación cumplido todo el procedimiento descrito? En estricto rigor sí, pues no puede disponer de su potestad para decidir si envía o no la propuesta al GORE<sup>36</sup>. Sin embargo, esto generaría un perjuicio para el particular y una defraudación de su confianza legítima en los actos de la SEREMI, por lo que es una hipótesis altamente improbable. A la fecha, ninguna de los PDUC en tramitación ha llegado a esta etapa, pero la presentación del proyecto por la SEREMI no equivale a su aprobación automática por el Consejo Regional. Éste podría rechazar la iniciativa o plantear nuevos requerimientos a partir de la evaluación ambiental estratégica, superpuestos a las medidas de mitigación exigidas en los informes técnicos previos. Además, aunque las condiciones del PDUC debieran volcarse en la

---

<sup>35</sup> Véase la Resolución Exenta N° 2.330, de 2012, de dicha SEREMI, que fundada en el punto 4.1 del artículo 8.3.2.4. de la Ordenanza del PRMS, “Reglamenta el Estudio estratégico de impacto sobre el sistema de transporte e infraestructura y deroga Resolución N° 527 Exenta, de 2007”.

<sup>36</sup> El artículo 36 c) de la LGAR (modificada en esta parte por la Ley N° 19.778, de 2001), faculta al Consejo Regional para “Aprobar... los planes reguladores metropolitanos y los planes reguladores intercomunales *propuestos por la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo*” (énfasis nuestro).

correspondiente modificación del PRMS –pasando a ser parte de este instrumento–, obtener su materialización puede ser altamente difícil. En efecto, su tamaño supone un largo período de ejecución. La Ordenanza del PRMS exige etapas de, al menos, 3.000 habitantes, que sólo pueden ser recibidas por el Municipio si previamente se han ejecutado “...las obras de urbanización, el equipamiento correspondiente al módulo poblacional y la cantidad proporcional de las viviendas de subsidio y sociales...”, todo ello según los estándares establecidos en el PRMS. Con ello se persigue un desarrollo acompasado del proyecto, pero con estándares que exceden los deberes de urbanización contemplados en los arts. 134 y siguientes de la LGUC (cfr. apartado B.1.3. del artículo 8.3.2.4. PRMS) y que sólo tienen sustento reglamentario en las tablas del PRMS ¿Puede un Plan subir los niveles de urbanización que fija la LGUC y detalla la OGUC sin que la ley lo admita explícitamente? Aunque Contraloría ha validado este sistema, el problema puede igualmente plantearse de incumplir un urbanizador estos compromisos y aun así solicitar una recepción, para ante la negativa alegar en sede judicial la nulidad de las exigencias. Es obvio que el incumplimiento no acarreará la “caducidad” del instrumento, lo que arriesga frustrar el corazón del modelo de planificación condicionado. Consideraciones de este tipo llevaron a que CGR rechazara en su Dictamen N° 56.032, de 2011 la introducción de nuevas Zonas Urbanizables Condicionadas en el PRMS<sup>37</sup>, tema aún en discusión pues el Gobierno ha reingresado esta resolución en CGR a inicios de 2013<sup>38</sup>.

En resumen, figuras como la expuesta (y las ZUDC, por cierto) son altamente riesgosas y demuestran, en mi opinión, que aceptar la intervención de privados en el ejercicio de funciones públicas sin diseñar previamente un sistema que se haga cargo de las inevitables tensiones entre interés particular e interés general es una mala idea.

Por lo demás, en *Lizana y otros con Municipalidad de Puente Alto y otros* (2013) la Corte Suprema acaba de dar una señal importante en esta materia, al ratificar la condena contra el Fisco que habían pronunciado los jueces en ambas instancias. El interés de esta sentencia exige sintetizar su historia, pues volveremos sobre ella más adelante. En este caso la demanda es presentada por 158 habitantes de la Villa San Guillermo II, ubicada en la comuna de Puente Alto, quienes reclaman una indemnización porque sus viviendas fueron levantadas en terrenos próximos al vertedero de basuras “La Cañamera”, hecho

<sup>37</sup> Dentro del largo listado de objeciones que fundan la representación de esta resolución destaca, para nuestros efectos, las referentes a las condiciones requeridas para desarrollar las nuevas Zonas Urbanizables Condicionadas. Por ejemplo, la propuesta exige contar con un porcentaje de áreas verdes “materializadas o garantizadas, incluyendo su mantención por un plazo mínimo de 5 años”, pero CGR objeta que «...no se establece el mecanismo mediante el cual debe determinarse dicha proporción, como tampoco se pormenorizan los contenidos del “Convenio de Mantención de Áreas Verdes” y del “Plan de Manejo y Mantención de las áreas verdes asociadas”, ni la forma de garantizar su ejecución mediante la determinación de los instrumentos que sean exigibles». También hay objeciones similares respecto del cumplimiento de las condiciones en materia de vialidad y vivienda social.

<sup>38</sup> A la fecha de última revisión de este trabajo la prensa informa que CGR tomó razón del instrumento, pero ignoramos la última versión: <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2013/11/680-552098-9-contraloria-aprueba-plan-regulador-y-gran-santiago-crece-en-10-mil-hectareas.shtml> (consultado el 19.11.2013, a las 15:00 hrs.).

que ignoraban al momento de adquirir las viviendas —éste había terminado de operar casi 20 años antes— y que habrían conocido cuando en octubre de 2003 emanaciones de gas provenientes del ex vertedero hicieron explotar una cámara de alcantarillado ubicada en el patio de una de las viviendas de la villa. Todo ello, en definitiva, deterioró su salud y calidad de vida. La demanda se dirigió en contra de los desarrolladores inmobiliarios privados, el Fisco de Chile y la Municipalidad de Puente Alto. La sentencia ordena a los demandados pagar \$ 5.000.000 a cada uno de los demandantes (equivalente en la fecha del fallo a cerca de US\$ 10.500), sólo por el daño moral que experimentaron y que fue presumido por los jueces de la instancia.

Para efectos de este apartado interesa detenerse en la condena contra el Fisco. La demanda planteó que el Estado, a través del Servicio de Salud del Ambiente Metropolitano (en adelante SESMA, hoy inexistente pero cuyo continuador legal es la Seremi de Salud Metropolitana) y el Ministerio de Vivienda y Urbanismo (en adelante MINVU), debían responder por permitir en el PRMS de 1994 la construcción de viviendas en la zona aledaña al Vertedero la Cañamera. Además, el SESMA debía impedir la construcción de las viviendas de marras porque el Código Sanitario lo obliga a evaluar “...las condiciones de saneamiento previo de los terrenos que se destinarán a nuevas construcciones” (artículo 77 a) y supervigilar “...las condiciones de saneamiento y seguridad relativas a la acumulación y disposición final de basuras y desperdicios” (artículos 78 a 81). La sentencia de primera instancia (2008) no se refiere a la responsabilidad de la SEREMI de Vivienda y Urbanismo y concentra sus dardos en el SESMA, que debía “proteger a la población de los problemas producidos en el ambiente mediante acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de las personas enfermas”, en forma continua y permanente (consid. 8). En cambio, “...no adoptó oportuna y eficientemente las medidas necesarias para hacer cumplir las normas legales y reglamentarias destinadas a resguardar la salud de las personas que habitan la villa Guillermo II de Puente Alto, incumplimiento que causó daños en la salud física, psíquica y en la calidad de vida de los demandantes” (consid. 10), tanto en lo referente a la Ley N° 19.300 como en lo relativo al Código Sanitario, pues no adoptó las medidas necesarias para el cierre del vertedero (consid. 11) incurriendo en una hipótesis de falta de servicio, esto es, en una actuación por debajo de los estándares que le eran exigibles. La sentencia no analiza la actuación de la SEREMI de Vivienda y Urbanismo —tal vez porque ya había condenado al Fisco—, pero dado que ésta confeccionó el PRMS se le podría haber hecho un reproche semejante.

Ignoró los términos exactos de los recursos interpuestos, pero las Cortes (de Apelaciones y Suprema) no innovaron en esta parte, dejando a firme que si los agentes públicos permiten que puedan desarrollarse actuaciones urbanísticas que vulneran el ordenamiento jurídico el Estado debe responder ante quienes sufran daños por ellas, solidariamente con la inmobiliaria privada que las vendió y con el Municipio que otorgó los permisos y recibió las obras (esto último lo veremos en el siguiente apartado), aun si los problemas derivan de viviendas que el Estado ni construyó ni vendió. Una prueba contundente de la importancia que tiene una correcta regulación de la potestad de planeamiento y su eventual activación por iniciativa privada, de forma de asegurar la preeminencia del

interés público. Existen experiencias comparadas de las que podemos aprender mucho, con sus luces y sombras, como la figura española del agente urbanizador. Desde luego, uno de los ingredientes que debiesen contemplarse son instancias de participación ciudadana al momento de la elaboración de los planes (y no sólo en su aprobación, como ocurre ahora) para transparentar los intereses particulares en juego y permitir su oportuna ponderación.

#### IV. LOS PRIVADOS QUE INTERVIENEN EN EL CONTROL DEL USO URBANÍSTICO DEL SUELO

El segundo ámbito que analizaré es el control del uso urbanístico del suelo. Éste se realiza básicamente a través de dos tipos de actos administrativos que emite la Dirección de Obras Municipales (DOM), órgano funcionalmente desconcentrado del municipio que dirige un/a funcionario/a de carrera. Un control preventivo, a través del otorgamiento de permisos de construcción que autorizan la “construcción, reconstrucción, reparación, alteración, ampliación y demolición de edificios y obras de urbanización de cualquier naturaleza, sean urbanas o rurales” (artículo 116, inciso primero, LGUC), y un control de lo ejecutado en base a estos permisos, mediante la llamada “recepción de obras”, acto en que se verifica que la obra ha sido terminada conforme lo señalado en el permiso y la legislación aplicable (artículo 144 LGUC). Ambos representan una intervención de la autoridad en el libre ejercicio de la facultad de edificar o urbanizar: un claro ejercicio de funciones públicas. Originalmente, los permisos y las recepciones eran tramitados enteramente por las Direcciones de Obras Municipales. Actualmente, participan en este proceso diferentes sujetos privados: los revisores independientes (primero los de obras de edificación y luego los de cálculo estructural), los laboratorios de construcción, los instaladores de ascensores, los cuerpos de bomberos y los inspectores técnicos de obra (mejor conocidos por la sigla ITO). Veremos en qué medida ejercen funciones públicas.

##### 1. REVISORES INDEPENDIENTES DE OBRAS DE EDIFICACIÓN

La Ley N° 19.472, de 1996, permitió contratar un “Revisor Independiente de Obras de Edificación” para “...verificar que los anteproyectos, proyectos y obras cumplen con todas las disposiciones legales y reglamentarias”, salvo el cálculo estructural que era exclusiva responsabilidad de los proyectistas (nuevo artículo 116 bis LGUC), y luego certificar “...que las obras se han ejecutado de acuerdo al permiso aprobado” (artículo 144, inciso segundo, LGUC). Su intervención es obligatoria en los edificios de uso público<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> La Ley N° 19.472 exigió contratarlos en los edificios de uso público y la Ley N° 20.016 modificó esta regla, remitiendo a la OGUC determinar los casos en que debería contratarseles. Esta última reiteraría la necesidad de contar con sus servicios en los edificios de uso público (ver arts. 1.4.16., inciso segundo, y 5.2.5., inciso tercero).

La moción que originó esta reforma es de 1992 y planteó la necesidad de paliar la insuficiencia de profesionales en la DOM mediante “asesores externos”, contratados y designados por el Municipio pero pagados por los particulares, y que debían rendir una caución ante el municipio para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones<sup>40</sup>. Sin embargo, al final de la discusión parlamentaria se optó por un modelo al margen de los Municipios, a saber, los “Revisores Independientes”, profesionales inscritos en un registro que mantendría el Ministerio de Vivienda y Urbanismo y que serían contratados directamente por los interesados (siguiendo un modelo semejante al de las curadurías urbanas colombianas, cfr. HERRERA R., 2004). Para fomentar su contratación se rebajaron en un 30% los derechos municipales cuando intervinieran estos revisores –supuestamente el trabajo de la DOM que justifica ese cobro sería menor<sup>41</sup>– y se redujo de 30 a 15 días el plazo de la DOM para pronunciarse sobre esas solicitudes de permisos. El Diputado Carlos Montes señaló: “...se quiere suprimir el concepto de Estado que filtra todo y evitar una Dirección de Obras que tiene que controlar en demasía, debiéndose para este efecto liberalizar algunas actuaciones”<sup>42</sup>. Parece una buena descripción de lo ocurrido. Una “liberalización” de funciones públicas.

Si bien se afirmó que las DOM revisarían sólo la envolvente de las construcciones –los aspectos que dicen relación con el exterior de la construcción, excepto en los edificios

---

<sup>40</sup> La moción sobre “estudios técnicos requeridos para el otorgamiento de los permisos de edificación y urbanización contemplados en la OGUC”, fue presentada por el ex Senador Freí Bolívar (Boletín N° 674-13, de 1992) en los términos arriba indicados, pero en el Senado su estudio se refundió con otra, de los ex diputados/as Caraball, Dupré, Elizalde, Gajardo, Hamuy, Palma, Cardemil (Gustavo), Leblanc y Yungue, que modificaba la LGUC con el objeto de favorecer la mejor calidad de la construcción (Boletín N° 738-14, de 1992), entonces en su segundo trámite constitucional y que había sido aprobada en primer trámite por la Cámara contemplando un inspector técnico que se asemejaba a los “asesores externos”, pero que sólo actuaba fiscalizando la ejecución de las obras y facilitando su recepción por la DOM. En el Senado, los representantes de la Asociación Chilena de Municipalidades manifestaron su acuerdo con la figura propuesta por la moción del Senado Frei B., debido a “...la dificultad para incorporar a un mayor número de profesionales destinados al cumplimiento de estas labores, por la imposibilidad que representa modificar el número total de funcionarios de una Municipalidad o de una planta específica, como los profesionales, por ejemplo; así como también, el grave inconveniente que significa el poder mantener a los buenos funcionarios por largo tiempo en el municipio dado los sueldos que se pagan en estas entidades”. La Asociación apoyó que se pagara a estos asesores con fondos privados y solicitó las siguientes modificaciones: a) Igualar sus responsabilidades con las de la DOM; b) Exigir concurso público para su designación; c) Precisar los requisitos que se debían cumplir; y d) Facultar a los municipios para fijar sus honorarios a través de la Ordenanza de Derechos Municipales (cfr. en el informe complementario al segundo informe de la Comisión de Vivienda del Senado, de 11.08.1995, <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>, consultado el 01.03.2013, a las 15:00 hrs.). El Senado aprobó la figura de los asesores externos, estableció un registro a cargo del MINVU y declaró incompatible su actuación como proyectistas o constructores en obras ejecutadas dentro de la comuna en que fuesen asesores. En el tercer trámite, la Cámara rechazó estas modificaciones afirmándose que más que resolver problemas podrían incrementarlos (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Sesión 36ª, 14.12.1995, 28), lo que forzó la conformación de una Comisión Mixta. Allí se acuñó la figura de los revisores independientes.

<sup>41</sup> El artículo 130 de la LGUC dispone que los derechos municipales cobrados por el otorgamiento de permisos de subdivisión, loteos, construcción, entre otros, “...no constituyen impuesto, sino el cobro correspondiente al ejercicio de una labor de revisión, inspección y recepción”. Así lo ha ratificado la CGR (cfr., Dictamen N° 29.941, de 1989).

<sup>42</sup> Informe de la Comisión Mixta, de 29.05.1996 (Cfr. <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>, consultado el 01.03.2013, a las 15:00 hrs.).

de uso público, en que verificarían el cumplimiento de toda la normativa—, la discusión parlamentaria evidenció la dificultad de deslindar las responsabilidades de las DOM y las de los revisores. Esta confusión llevaría a que al aplicar la Ley las DOM optaran por revisarlo todo, arruinando el propósito de agilización, cuestión que vino a remediar la Ley N° 20.016, de 2005, restringiendo la revisión de aquéllas a un catálogo taxativo de exigencias, las denominadas “normas urbanísticas”<sup>43</sup>. En consecuencia, los revisores independientes quedaban a cargo de verificar las exigencias al interior de la edificación que incluyen, por ejemplo, las normas de seguridad. En armonía con ello la ley dispuso que el DOM debía revisar “...únicamente el cumplimiento de las normas urbanísticas aplicables a la obra, conforme al permiso otorgado...” (Artículo 144, inciso cuarto, LGUC).

La Ley N° 19.472 apenas delineó que los revisores podían ser personas naturales o jurídicas y que deberían contar con inscripción vigente en un registro que llevaría el MINVU, cuyo reglamento establecería “...los requisitos de inscripción, las causales de inhabilidad, de incompatibilidad y de amonestación, suspensión y eliminación del registro por incumplimiento de sus obligaciones” (artículo 116 bis, inciso tercero, LGUC). Tan amplia remisión fue declarada inconstitucional por la STC Rol N° 437-2005, que afirmó que las sanciones y el procedimiento sancionatorio eran materia de reserva legal<sup>44</sup>. Esto exigió tramitar velozmente la Ley N° 20.071, que vino a regular el Registro Nacional de Revisores Independientes de Obras de Edificación, y que reglamentó el D.S. N° 223, de 2005, MINVU. En sus 16 artículos, dicha ley establece requisitos de inscripción, inhabilidades, incompatibilidades, infracciones, sanciones y un procedimiento sancionatorio, con lo que los Revisores Independientes de Obras de Edificación quedan sujetos a un marco regulatorio que supera por completo las críticas del TC. Las infracciones tipifican hipótesis en que se vulneran deberes relativos al registro mismo, al principio de probidad y, por último, al correcto desempeño técnico de las funciones [p. ej., artículos 7º, 8º d) y 9º d) y e)].

---

<sup>43</sup> Según el nuevo inciso sexto del artículo 116 LGUC, son las normas contenidas en la LGUC, la OGUC y los instrumentos de planificación territorial que afecten a las obras en lo relativo a “...usos de suelo, cesiones, sistemas de agrupamiento, coeficientes de constructibilidad, coeficientes de ocupación de suelo o de los pisos superiores, superficie predial mínima, alturas máximas, adosamientos, distanciamientos, antejardines, ochavos y rasantes, densidades máximas, estacionamientos, franjas afectas a declaratoria de utilidad pública y áreas de riesgo o de protección”.

<sup>44</sup> Esta sentencia dictada para resolver un requerimiento de inconstitucionalidad formulado por un grupo de Senadores respecto del proyecto de ley que modificaba la LGUC y que, finalmente, sería la Ley N° 20.016, y pudo pronunciarse sobre este punto porque el Ejecutivo propuso reemplazar el artículo 116 bis por un nuevo texto que replicaba el entonces inciso tercero: “El reglamento que se dicte para el registro a que se refiere el inciso primero, establecerá los requisitos de inscripción, las causales de inhabilidad, de incompatibilidad y de amonestación, suspensión y eliminación del registro por incumplimiento de sus obligaciones. Sin perjuicio de dichas sanciones, los revisores independientes serán subsidiariamente responsables con los proyectistas”. De esta forma, aunque el TC se pronunció sobre un proyecto de ley, en este caso lo hizo indirecta y materialmente también respecto de la ley vigente, declarando que era inconstitucional por contener “...omisiones normativas que... impiden que pueda considerarse cumplido el cúmulo de exigencias previstas en el artículo 19 N° 3 de la Constitución” (consid. 23).

Poca duda puede haber respecto del carácter público de la función que desarrollan estos revisores. Antes de la Ley N° 19.472, para conceder un permiso los DOM debían verificar el cumplimiento del Plan Regulador y demás disposiciones de la presente ley y las ordenanzas. Actualmente la tarea de éstos se extiende sólo a las normas urbanísticas y los revisores, en cambio, deben “verificar que los proyectos de edificación y las obras cumplan con las disposiciones legales y reglamentarias” (artículo 116 bis, inciso segundo, LGUC), estando facultados para tener “libre acceso a todas las obras de edificación y urbanización que les corresponda informar” (artículo 142, inciso tercero, LGUC), tal como los funcionarios municipales.

## 2. REVISORES INDEPENDIENTES DE CÁLCULO ESTRUCTURAL

Si bien desde 1949 el otorgamiento de permisos supuso una revisión municipal de los cálculos de estabilidad, ésta fue suprimida desde 1980<sup>45</sup> para dejar entregado este tema al mercado y la responsabilidad de los profesionales intervinientes, hasta que un grupo de diputados presentó una moción para reponerla a través de revisores privados, la que fue aprobada en 2001 como Ley N° 19.748. Mediante ella se introdujo un nuevo artículo 116 bis A) a la LGUC que creó los “Revisores independientes de cálculo estructural”, terceros independientes de quien realiza el proyecto y cuyo rol es revisar el proyecto de cálculo estructural en los edificios de uso público y las demás edificaciones que determine la OGUC (cfr. artículo 5.1.25.). Dada su obligatoriedad y los bienes jurídicos que cautela parece claro que se trata de funciones públicas.

La figura es análoga a los revisores de obras de edificación y, tal como en ese caso, se empleó la fórmula de exigir su inscripción en un Registro y de regularlo a través de un reglamento<sup>46</sup>, replicando exactamente el tenor del precepto que creó a los revisores de obras de edificación, lo que hace que la doctrina de la STC Rol N° 437-2005 le sea aplicable<sup>47</sup>. Siendo así, puede sostenerse que es inútil sancionar a un revisor independiente de cálculo estructural, pues éste podrá impugnar fácilmente la medida aplicada citando en su favor dicha jurisprudencia constitucional<sup>48</sup>, lo que está en vías de corregir el Proyecto de Ley que crea y regula los registros nacionales de ITOs y de revisores de cálculo estructural (Boletín 8139-14)<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Informe de la Comisión informe de la Comisión de Vivienda del Senado (Boletín N° 2470-14), de 14.07.2000, 1, esp. notas al pie 2 y 3 (Cfr. <http://www.senado.cl/apps Senado/templates/tramitacion/index.php>, consultado el 01.03.2013, a las 15:00 hrs.).

<sup>46</sup> Registro reglamentado por D.S. N° 134/2002, MINVU.

<sup>47</sup> Lo mismo ocurre con el artículo 17 de la Ley N° 19.886.

<sup>48</sup> Cfr. Supra nota 44.

<sup>49</sup> Durante la última revisión de este trabajo se aprobó el referido proyecto, publicándose en el Diario Oficial de 05.11.2013 como Ley N° 20.703, que crea y regula los registros nacionales de inspectores técnicos de obra (ITO) y de revisores de proyectos de cálculo estructural, modifica normas legales para garantizar la calidad de construcciones y agilizar las solicitudes ante las direcciones de obras municipales. Los plazos de esta publicación han hecho imposible incluir su análisis en este texto.

Adicionalmente, esta ley autorizó al MINVU para encomendar la administración del Registro al “Instituto de la Construcción” (<http://www.iconstruccion.cl/>), corporación de derecho privado en que participan el MINVU y el MOP<sup>50</sup>, lo que se hizo mediante un convenio sancionado por la Resolución Exenta N° 1.507, de 2003, MINVU. Otra potestad pública que se encargó a un agente privado.

El convenio y el Reglamento del Registro permiten que esta Corporación, por ejemplo, evalúe las causales de inhabilidad o incompatibilidad y “certifique” la inscripción en el Registro –cobrando un arancel<sup>51</sup>–, pero reservan al MINVU las potestades de supervigilar, instruir, dirimir controversias y ratificar las inscripciones<sup>52</sup> (la cláusula primera del convenio define el rol del Instituto como “evaluar, registrar y acreditar” a los revisores)<sup>53</sup>. Ni el convenio ni el reglamento aclaran quién aplica las sanciones ni cuál es el procedimiento, por lo que habría que estar a las normas generales (el jefe del servicio y la LBPA), salvo en cuanto a la apelación ante una Comisión Nacional que está integrada, mayoritariamente, por privados, esta vez con el agravante de haber sido creada por vía exclusivamente reglamentaria, cuestión que vulnera directamente el artículo 7° de la Carta Fundamental. Tanto la STC Rol N° 437-2005 como la regulación por vía legal de los mismos temas en la Ley N° 20.071, a propósito del registro de los revisores de obras, evidencian que estamos ante temas propios del dominio legal, lo que hace que el reglamento aprobado por el D.S. N° 134, de 2002 (V. y U.) lo invada y, en consecuencia, sea inconstitucional.

Más preocupante aún es que la tipificación de infracciones contenidas en este Reglamento, pues apuntan básicamente al cumplimiento de requisitos administrativos o de probidad. La calidad de la revisión de los proyectos de cálculo estructural es un factor indiferente para mantener la inscripción, salvo en un caso: si el revisor es demandado “por las responsabilidades derivadas de la prestación de sus servicios en tal calidad” y es condenado por sentencia ejecutoriada, caso en que procede la eliminación del Registro (artículo 27 c). Dicho de otro modo, esta parte de la fiscalización es realizada por los Tribunales, limitándose la autoridad administrativa a reflejar en sede administrativa la condena judicial. En ese escenario pareciera que el registro persigue asegurar la idoneidad

---

<sup>50</sup> Cfr. Supra nota 5.

<sup>51</sup> En una situación que escapa del todo al principio de juridicidad el convenio celebrado señala, en su cláusula decimocuarta, que el Instituto “...podrá cobrar a quienes requieran inscribirse en el Registro los costos de cada inscripción, su renovación, extensión de certificados *cuyos montos se acordarán anualmente con el MINVU*” (sic, el destacado es nuestro).

<sup>52</sup> Artículo 5°, inciso segundo, del D.S. N° 134, de 2002, MINVU.

<sup>53</sup> En un despliegue de flexibilidad organizatoria el convenio indica que las funciones que el Reglamento radicó en las SEREMIS, esto es, en órganos desconcentrados, “...las asumirá el Instituto en su sede, por lo cual recibirá y resolverá las solicitudes de manera centralizada” (cláusula tercera).

de quienes se inscriben en él, pero no la calidad de su desempeño. Por lo demás, el costo de su administración sugiere la estrechez de sus posibilidades<sup>54</sup>.

### 3. LABORATORIOS DE CONSTRUCCIÓN

Otro actor relevante en el proceso constructivo son los laboratorios. El artículo 2º de la LGUC señala que las características técnicas de los proyectos, materiales y sistemas de construcción y urbanización, para el cumplimiento de los estándares exigidos en la OGUC, se contienen en “Normas Técnicas” preparadas por el MINVU, sus servicios dependientes o el Instituto Nacional de Normalización (artículo 106 LGUC), debiendo estas últimas ser aprobadas por decreto supremo (artículo 3º, inciso quinto, LGUC).

Conforme al artículo 5.5.1. OGUC la “...calidad de los materiales y elementos industriales para la construcción y sus condiciones de aplicación a las obras quedará sujeta a las normas oficiales vigentes, y a falta de ellas, a las reglas que la técnica y el arte de la construcción establezcan”. Añade que el control de calidad de tales materiales “...será obligatorio y lo efectuarán los Laboratorios de Control Técnico de Calidad de Construcción que estén inscritos en el Registro Oficial de Laboratorios de Control Técnico de Calidad de Construcción del Ministerio de Vivienda y Urbanismo”, el que fue reglamentado por el D.S. N° 10, de 2002, MINVU. La fuente legal de este reglamento es el artículo 16 h) del D.L. N° 1.305, de 1975<sup>55</sup>, que faculta a la División Técnica de Estudio y Fomento Habitacional del MINVU para “Mantener, coordinar y supervigilar... el Registro de Laboratorios de Control Técnico de Calidad de Construcción”. Se trata de una frágil habilitación legal, pues no respeta los estándares fijados por la STC Rol N° 437-2005. En efecto, el reglamento establece directamente requisitos, sanciones y procedimientos que incluso en ciertos casos pueden complementarse por resoluciones ministeriales exentas<sup>56</sup>.

El rol de estas entidades es de enorme importancia. Así, por ejemplo, para que el respectivo Servicio de Vivienda y Urbanización (en adelante SERVIU) reciba la pavimen-

---

<sup>54</sup>De acuerdo al convenio celebrado por el MINVU con el Instituto de la Construcción para que éste se hiciera cargo del Registro de Revisores de Cálculo Estructural, el honorario pagado anualmente por el MINVU son 20 millones de pesos, lo que equivale apenas al sueldo anual de un profesional. A ello deben sumarse los ingresos por los aranceles que cobra el Instituto, pero habiendo 109 inscritos a mayo de 2013 (información obtenida a través de la Ley de Transparencia) es dudoso que aquéllos sean muy cuantiosos. Como las funciones fiscalizadoras competen al MINVU y no al Instituto podría decirse que ése es sólo el presupuesto para mantener el funcionamiento del Registro. No sabemos si el MINVU cuenta con personal dedicado a esta tarea, pero es poco probable dado que la mayoría de las infracciones sólo pueden ser conocidas por denuncia de los interesados o por quien administra el Registro. De allí que éste parezca un control exclusivamente preventivo.

<sup>55</sup>Texto modificado por la Ley N° 19.179.

<sup>56</sup>Véase el artículo 6º del D.S. N° 10/2002, MINVU, que permite determinar por resoluciones área, especialidades y subespecialidades en que podrán inscribirse los Laboratorios de Control Técnico de Calidad de Construcción, y la Resolución N° 6.509/2012 Exenta, MINVU, que aplica esta disposición en el área del hormigón.

tación de una calle se requieren certificados de ensayos asfálticos<sup>57</sup>, y para que la DOM recepcione una obra de construcción que contemple hormigones deben acompañarse las certificaciones de los ensayos respectivos<sup>58</sup>. Estas últimas sólo pueden ser emitidas por laboratorios inscritos en el Registro del MINVU, de manera que estos privados vienen a desempeñar la función pública de inspección de esos materiales. Sin embargo, la ya explicada insuficiencia legal de los poderes de supervigilancia pone en tela de juicio la bondad de este modelo.

#### 4. INSTALADORES DE ASCENSORES

Reaccionando ante el incremento de la construcción en altura y de la tasa de accidentabilidad de los ascensores, la Ley N° 20.296 introdujo un artículo 159 bis a la LGUC exigiendo que la instalación y mantención de ascensores, montacargas y escaleras o rampas mecánicas fuesen ejecutadas "...por instaladores y mantenedores que cuenten con una inscripción vigente en un registro que al efecto llevará el MINVU", y que los propietarios colocasen en un lugar visible de estos mecanismos un certificado emitido por una "entidad de certificación" inscrita en el mismo registro, que acreditase que habían "...sido adecuadamente mantenidos y se encuentran en condiciones de seguir funcionando", todo ello conforme a las Normas Técnicas Chilenas vigentes sobre la materia. Los plazos, condiciones y contenido de la certificación y del certificado se remitieron a la OGUC "...en función de la capacidad de transporte de la instalación y el destino de las edificaciones", agregándose que certificaciones debían, además, ser ingresadas y registradas en la DOM respectiva. Estas obligaciones pesan sobre el propietario del inmueble y su incumplimiento es conocido por el Juzgado de Policía Local y puede sancionarse con multa de hasta 150 U.F. (conforme a los artículos 20 y 21 de la LGUC). Disposiciones de análoga naturaleza se añadieron a la Ley N° 19.537, de Copropiedad Inmobiliaria. Los instaladores y mantenedores cumplen una función pública en tanto garantizan la seguridad de las personas. En efecto, la recepción de una obra con ascensores requiere que éstos certifiquen ante la DOM que "la instalación está conforme a las normas vigentes" (artículo 5.2.6., inciso tercero, N° 5, OGUC).

El registro creado directamente por el artículo 3° de la Ley N° 20.296 se erige, una vez más, en mecanismo para garantizar la fiabilidad de los técnicos y certificadores allí inscritos. El artículo 159 bis LGUC dispone que, tal como en el caso de los revisores de cálculo estructural, puede ser llevado por el Instituto de la Construcción (agregando la opción de "...otras entidades públicas o privadas, habilitadas para dicho efecto", autorización que no ha sido aplicada a la fecha pero que abre otra opción de colaboración con privados). Si bien el inciso tercero del artículo 3° remite al reglamento los requisitos de

---

<sup>57</sup> Véase el artículo 77 de la Ley N° 8.946, incluidas las modificaciones del D.F.L. N°2/20.035, de 2006, y el artículo 3.4.1. N° 2 OGUC.

<sup>58</sup> Véase la Circular DDU N° 72, de 2007, del MINVU, y el artículo 5.2.6., inc. 3° N° 7, OGUC.

inscripción y las causales de inhabilidad e incompatibilidad para inscribirse y mantenerse en él, el artículo 4º establece las infracciones y sanciones y entrega su conocimiento al Juzgado de Policía Local. Dicho de otro modo, en este caso el legislador tomó nota de la STC Rol N° 437-2005 y abordó legalmente sólo las materias que el TC explícitamente exigió regular con esta jerarquía. El Reglamento de este registro fue aprobado por el D.S. N° 22, de 2010, MINVU.

## 5. CUERPOS DE BOMBEROS

La Ley N° 20.389 modificó los incisos tercero y cuarto el artículo 142 facultando a los Cuerpos de Bomberos para inspeccionar las obras de edificación "...a objeto de verificar las condiciones generales de seguridad, las de seguridad contra incendio establecidas en la normativa vigente y el funcionamiento de las instalaciones de emergencia de los edificios, debiendo dejar constancia de sus observaciones en el Libro de Obras...". Adicionalmente, tratándose de edificaciones "...cuya carga de ocupación sea igual o superior a 100 personas, destinadas a edificaciones colectivas, equipamientos y actividades productivas" (artículo 144, inciso tercero, LGUC), se exigió ingresar un "plan de evacuación" en el Cuerpo de Bomberos respectivo, el que también debe acompañarse al solicitar la recepción de la edificación<sup>59</sup>.

La intervención de Bomberos persiste una vez recibidas las obras, pues han sido facultados incluso entonces para "...inspeccionar las condiciones generales de seguridad, las de seguridad contra incendio y el funcionamiento de las instalaciones de emergencia de los edificios", debiendo denunciar ante la DOM el incumplimiento de las condiciones de seguridad previstas en el plan de evacuación, para los efectos del artículo 20 LGUC. La OGUC exige efectuar estas inspecciones "con autorización del propietario o del administrador" (artículo 5.2.10) y dispone que en los edificios con carga de ocupación de 100 o más personas debe entregárseles, "...una vez efectuada la recepción definitiva, un plano del edificio con indicación de los grifos, accesos, vías de evacuación, sistemas de alumbrado, calefacción y otros que sea útil conocer en caso de incendio" (artículo 5.1.20). Sin perjuicio de ello, la DOM conserva su competencia para fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre seguridad y conservación de las edificaciones (véase, p. ej., el artículo 4.3.29 OGUC).

En suma, dado que al recibir las obras la DOM sólo revisa el cumplimiento de las normas urbanísticas, el rol de los bomberos como fiscalizadores de las normas de seguridad representa otra hipótesis de entrega de facultades a un privado. Tratándose de la inspección post recepción, en cambio, pasa a ser un ejercicio compartido entre éstos y la

---

<sup>59</sup> "Dicho plan incluirá las condiciones generales de seguridad, de seguridad contra incendio y de funcionamiento de las instalaciones de emergencia de los edificios en lo relativo a la señalética implementada para las vías de evacuación, así como un plano que incluya dichas vías, la indicación de los grifos, red seca, red húmeda, accesos, sistemas de alumbrado, calefacción, los artefactos a gas contemplados y sus requerimientos de ventilación, y otros antecedentes que sea útil conocer en caso de emergencia" (artículo 144, inc. 3º, segunda parte, LGUC).

autoridad, lo que matiza la figura. Con todo, en cualquier escenario no existen potestades de supervigilancia de parte de la autoridad respecto del ejercicio de estas funciones. La Junta Nacional del Cuerpo de Bomberos o *Bomberos de Chile*, al igual que los diferentes Cuerpos de Bomberos, son corporaciones de derecho privado, sin fines de lucro, y como ha dicho la STC Rol N° 1295-2008 "...ni la Junta Nacional ni los Cuerpos tienen otra injerencia del Estado que no sea la supervigilancia y control del Ministerio de Justicia, tal como ocurre con cualquier otra corporación, y el examen de las cuentas de los recursos públicos que les son transferidos" (considerando 59)<sup>60</sup>.

#### 6. INSPECTORES TÉCNICOS DE OBRA (ITOs)

El último de los actores que participan en el control del uso del suelo son los ITOs. Ley N° 19.472, al agregar los incisos tercero y cuarto al artículo 143 LGUC, exige para los edificios de uso público "...una inspección técnica, independiente del constructor, encargada de fiscalizar que la obra se ejecute conforme a las normas de construcción aplicables en la materia y al permiso de construcción aprobado". La importancia de estos profesionales, que también pueden ser contratados voluntariamente por las partes, es que: i) Pueden consignar instrucciones y observaciones sobre el desarrollo de la construcción en el Libro de Obras; y ii) Debe acompañarse un informe del ITO junto con la solicitud de recepción de las obras que se presenta ante la DOM (artículo 144, inciso segundo, LGUC). Estos antecedentes pueden ser relevantes en caso de existir defectos en la calidad de la construcción o –en el primer caso– de verificarse alguna infracción que, por ejemplo, pudiera llevar a paralizar la obra.

A diferencia de los supuestos anteriores, en que privados adoptan decisiones que la autoridad hace suyas, los ITOs sólo ilustran a la DOM en el ejercicio de algunas de sus potestades, pero carecen de capacidad decisoria. En consecuencia, no parece propiamente una hipótesis de ejercicio de funciones públicas.

#### 7. RECAPITULACIÓN: ACTORES PRIVADOS EN EL CONTROL DEL USO URBANÍSTICO DEL SUELO

El examen conjunto de este grupo de agentes privados pone de relieve el ejercicio de funciones que tienen naturaleza pública (salvo en el caso de los ITOs). De lo contrario, no se entendería la necesidad de exigirles la inscripción en registros, que contemplan causales de incompatibilidad e inhabilidad y sanciones. Con todo, salta a la vista la disparidad de las facultades de supervigilancia de la autoridad y del rango de la norma que las confiere, en vías de remediarse parcialmente por un Proyecto de Ley que crea y regula los registros nacionales de ITOs y de revisores de cálculo estructural (Boletín 8139-14)<sup>61</sup>, haciéndose cargo del vacío que puso en evidencia la STC Rol N° 437-2005. Con ello sólo quedaría al debe la situación de los Laboratorios y los Cuerpos de Bomberos. Por

---

<sup>60</sup> Cfr. Supra nota 17.

<sup>61</sup> Cfr. Supra nota 49.

otro lado, este proyecto pone en entredicho la solución dada por la Ley N° 20.296, esto es, la de regular los requisitos de inscripción y las causales de inhabilidad e incompatibilidad por reglamento y las sanciones, infracciones y procedimiento sancionatorio por ley. Si es cierto que, como afirma la exposición de motivos de este mensaje, la señalada sentencia estableció que todas estas materias debían regularse a través de normas legales el problema también se extendería a dicho registro y debiera corregirse. Se trata, sin embargo, de un extremo discutible.

Más allá de las disquisiciones puramente jurídicas, sería también de interés hacer un análisis empírico del resultado concreto que se obtiene con la existencia de estos registros, ¿Sirven para controlar adecuadamente a los particulares que desarrollan estas actividades o son sólo un archivadores inertes, que nos brindan una cómoda pero falsa ilusión de control? No parece una buena idea que el fiscalizador sea seleccionado y pagado por el fiscalizado, pues es del todo probable que los fiscalizadores más rigurosos y exigentes –probablemente más lentos– sean evitados y desplazados por los más “facilitadores”, lo que deteriora la bondad de esta fórmula de cara al interés general y exige una aguda fiscalización pública o la generación de fórmulas que impidan este efecto perverso (por ejemplo, asignación de revisores por sorteo, auditorías selectivas y aleatorias, etc.). Según información del MINVU, actualmente existen 590 revisores inscritos y desde 2005 (no hay información disponible entre 1996 y ese año) sólo uno ha sido sancionado. Una tasa sugerente.

La calidad de la fiscalización del Estado es también importante de cara a su eventual responsabilidad en caso de un mal funcionamiento del sistema que provoque daños. La decisión de la Corte Suprema en *Lizana y otros con Municipalidad de Puente Alto y otros* (2013) demuestra la urgencia de afrontar este desafío. Como ya anticipamos, en ella la Municipalidad es condenada a indemnizar los perjuicios experimentados por los dueños de viviendas ubicadas al lado de un basural que había dejado de funcionar dos décadas antes. Ante el alegato municipal que sostiene que la DOM estaba obligada a otorgar los permisos, pues el uso de suelo admitía emplazar allí viviendas, la Corte afirma que la obligación municipal era aplicar diligentemente “...las disposiciones sobre construcción y urbanización, a fin de evitar que cientos de personas tuvieran que enfrentar los graves riesgos sanitarios de vivir en las proximidades de un terreno que sirvió de vertedero y cuyo cierre no fue objeto de tratamiento alguno, circunstancias que no eran desconocidas por dicha autoridad”, y que “el cumplimiento formal de las leyes, reglamentos y compromisos particulares no es suficiente para exculparse de los daños ocasionados...”, pues citando a Planiol y Ripert, “El que se ha amoldado a los reglamentos también será responsable si causa un perjuicio que pudo y debió prever (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VI, página 720)”, todo lo cual hace que se declare que “el Municipio ha ejercido sus obligaciones de manera imperfecta” (consid. 22). *Mutatis mutandi*, tal como en este caso se condena solidariamente a un municipio junto a la inmobiliaria y el Fisco, podría pensarse en hipótesis en que el Municipio fuera responsable junto a un Revisor Independiente, por ejemplo.

Por cierto, en esta sentencia la Corte viene a reconocer un inédito espacio de discrecionalidad en el otorgamiento de permisos, caracterizados uniformemente como una autorización reglada en que la DOM debe limitarse a verificar el cumplimiento de las normas urbanísticas (RAJEVIC, 2007, 187 y 191)<sup>62</sup>. Con ello, la Corte Suprema sube el umbral de exigibilidad para los Municipios en casos análogos, si bien probablemente empujada por las circunstancias límites de este caso.

#### V. LA PARTICIPACIÓN DE PRIVADOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS SOCIALES: DEL ESTADO CONSTRUCTOR AL ESTADO REGULADOR

El último ámbito que analizaré es la participación de privados en el régimen de construcción de las viviendas sociales, pues también ha vivido un proceso de “privatización”. CORVI, CORHABIT, CORMU y COU, las antiguas corporaciones habitacionales creadas entre 1953 y 1968, eran empresas públicas destinadas a la construcción de viviendas y al diseño y ejecución de obras urbanas. Tras el cambio de enfoque de la acción estatal derivado del Golpe de Estado de 1973, este modelo fue reemplazado por uno de servicios públicos, los SERVIU, creados por el D.L. N° 1.305, de 1975 como sucesores en cada región de dichas corporaciones, pero con prohibición de ejecutar directamente obras (artículo 28, inciso primero), lo que es lo mismo que decir que debían externalizar su construcción. A partir de 1978 el Estado desarrolla programas de acceso a la vivienda basados en subsidios habitacionales a la demanda para los sectores medios, mientras que para los sectores de menores recursos los SERVIU licitan la construcción de viviendas sociales en el sector privado. Esta lógica empezó a cambiar con la incorporación de una modalidad privada en los subsidios básicos (1994) y progresivos (1990), dirigidos a estos sectores. Con modalidad privada quiero decir que no se asignaba al postulante una vivienda sino un subsidio habitacional que el propio beneficiario utilizaría –unido a su ahorro y un crédito hipotecario, idealmente otorgado por una entidad privada– para: i) contratar la construcción de su vivienda en conjunto con otros asignatarios de subsidios (favoreciéndose la postulación colectiva de grupos organizados) o ii) adquirir una vivienda usada actuando de modo individual (MINVU, 2005, 240-248). Una serie de abusos de parte de los constructores de estos conjuntos llevaron a establecer una asistencia técnica en favor de los beneficiarios de este tipo de subsidios<sup>63</sup>, que también se externalizó.

En consecuencia, el Estado pasó de gestionar empresas públicas constructoras a contratar la construcción de viviendas en el sector privado, y luego a encomendar a los propios beneficiarios de los subsidios que contratasen directamente la construcción de las viviendas que aquéllos financiaban, mediando una asesoría técnica que pasó a ser provista

---

<sup>62</sup> De hecho, dos de los cinco ministros disintieron de condenar al municipio, señalando la LGUC no faculta a la DOM para oponerse a la construcción de viviendas en una zona donde el instrumento de planificación lo permite, “...toda vez que sólo se le autoriza para verificar el cumplimiento de las normas urbanísticas en los términos contemplados en el artículo 116 antes citado”.

<sup>63</sup> Véanse las Resoluciones N°s. 533, de 1997, 620, de 2011, y 420, de 2012, MINVU.

por el sector privado. Dicha opción prevalece en el programa que actualmente atiende al quintil más pobre de la población, esto es, el “Fondo Solidario de Elección de Vivienda” (o FSEV, antes “Fondo Solidario de Vivienda” o FSV)<sup>64</sup>. En él, las entidades que prestan estos servicios, preferentemente privadas, son denominadas Entidades Patrocinantes (y en el FSV Entidades Gestión Inmobiliaria Social o EGIS). Según el reglamento del FSEV, están a cargo “...de desarrollar proyectos habitacionales y/o presentar proyectos para ser calificados por el SERVIU respectivo y/o desarrollar proyectos habitacionales”.

Uno de los ejemplos de esta gestión privada fue el Programa Especial de Viviendas para Trabajadores o PET, regido por el D.S. N° 235, de 1985, MINVU. En él, una organización pública o privada—denominada “entidad organizadora”—reunía postulantes a subsidios, los presentaba al SERVIU y contrataba directamente las obras de construcción. Los SERVIU no eran parte de esos contratos y sólo se limitaban a suscribir un convenio con la “entidad organizadora”, en el que se consignaba la cantidad de viviendas del proyecto, las personas que serán atendidas con esas viviendas y la participación de cada una de las partes en el desarrollo del respectivo programa. En ese contexto, los SERVIU y el MINVU afirmaban que no les cabía responsabilidad alguna por eventuales fallas en la construcción.

Los intensos temporales del invierno de 1997 en la Región Metropolitana pusieron en evidencia la mala calidad de muchas viviendas sociales, que experimentaron severas filtraciones básicamente por la utilización de materiales constructivos no idóneos para las condiciones de la Región Metropolitana (especialmente bloques de hormigón huecos) y la ausencia de fiscalización<sup>65</sup>. Muchas de ellas—no todas—fueron edificadas por la empresa COPEVA, que por lo mismo se hizo tristemente famosa; algunas fueron construidas para ser vendidas a particulares a través del Programa PET y otras por encargo del SERVIU, previa licitación, quien las asignaba a través de su Programa de Viviendas Básicas. Pues bien, esta “catástrofe hídrica”, como algunas la llamaron, desnudó también la falacia de creer que la “privatización” de los programas equivalía a externalizar también la responsabilidad de sus malos resultados. Una serie de sentencias lo ha demostrado. Así, en *Pérez Castro con Constructora COPEVA Ltda.* (2009) la Corte Suprema resolvió que el SERVIU Metropolitano debía indemnizar el daño moral causado a los propietarios de un conjunto de viviendas (la Villa Estación Ferroviaria, ubicada en Puente Alto). La Corte razona que los SERVIU, conforme a su Reglamento Orgánico, debían “Confeccionar planos, tipos o modelos de viviendas económicas, mínimas, progresivas, sociales”<sup>66</sup>, lo que suponía elaborar bases técnicas y “...definir la tipología y estándar mínimo de estas viviendas, lo que significa especificar su diseño, los elementos relativos

---

<sup>64</sup> El D.S. N° 49, de 2011, MINVU, aprobó el Reglamento del Programa FSEV. Previamente el D.S. N° 155, de 2001, MINVU, y luego el D.S. N° 174, de 2005, MINVU, reglamentaron el FSV.

<sup>65</sup> A este respecto puede verse el Informe de la Comisión de Vivienda y Desarrollo Urbano de la Cámara de Diputados a raíz del mandato de la sala para investigar los defectos en la calidad de los conjuntos habitacionales construidos por encargo de los SERVIU, de 06.07.2005.

<sup>66</sup> Artículo 23 D.S. N° 335, de 1976, MINVU.

a los materiales que deben utilizarse y sus especificaciones estructurales” (consid. 9), cuestión que se veía confirmada con el convenio del caso concreto, en que se pactó que “...los proyectos respectivos deberán cumplir a lo menos con lo establecido en las Bases Técnicas Generales para viviendas básicas del SERVIU” (consid. 13). Todo ello llevó a que la Corte diera por acreditado que la “...la inadecuada elaboración de las bases técnicas confeccionadas por el Servicio de Vivienda y Urbanismo fue condición suficiente y necesaria en la producción de los daños ocasionados a las viviendas sociales de los actores” (consid. 21)<sup>67</sup>. La empresa constructora, que también estaba demandada, colaboró con esta conclusión pues celebró una transacción con los demandantes para terminar el juicio y en ella afirmó que el origen de las fallas fueron “las insuficiencias de las especificaciones y bases generales elaboradas por los organismos dependientes del Ministerio de Vivienda y Urbanismo”, además de los temporales de 1997 (consid. 2).

Cuatro años después, la Corte Suprema reiteró su criterio en *Rojas Ortiz con MINVU* (2012), a propósito de otro programa PET construido por la misma empresa (Villa Los Puertos, ubicada en Pudahuel)<sup>68</sup>. Allí afirmó que al SERVIU le correspondía “no sólo una labor de financiamiento de los proyectos sociales de vivienda”, sino que también materializar “los planes que le encomienda el Ministerio...”, aun cuando la construcción se materializase a través de una empresa privada contratado por una entidad organizadora privada, pues el SERVIU no demostró “...que la proyección del proyecto habitacional haya sido de cargo de dicha empresa constructora o de un tercero, por lo que siguiendo entonces la regla general, ha de entenderse que la empresa actuó conforme al proyecto ejecutado por el SERVIU dentro de sus funciones sociales de política habitacional” (consid. 8). Para la Corte “...no resulta aceptable...” la pretensión del SERVIU en orden a “...desprenderse de responsabilidad en los hechos acaecidos...”, pues “...los planes que ejecuta [el SERVIU] deben ser aptos al fin que persigue, esto es, dar una solución habitacional a personas que se encuentran en marginalidad, y como toda solución frente a una carencia, debe tener la aptitud necesaria para satisfacer el requerimiento buscado, circunstancia que no se logró, puesto que las viviendas construidas fueron el resultado de un proyecto con bajo estándar de calidad, en el cual los materiales contemplados en las especificaciones, permitieron que las viviendas no resistieran las lluvias...”, configurándose así una falta de servicio que exige indemnizar (consid. 9), pues si el SERVIU Metropolitano “...hubiera planificado o normado la construcción de viviendas sociales con materiales de calidad aptos para lluvias, exigiendo a los privados que participaron

---

<sup>67</sup> La sentencia de reemplazo ordenó que el SERVIU Metropolitano pagase una indemnización de más de \$ 2.900.000 a cada una de las 10 familias afectadas por daños en sus viviendas.

<sup>68</sup> Este criterio ha sido reiterado en el fallo de primera instancia *Abarzúa y otros con Constructora COPEVA Ltda. y otro* (Rol C-3070-1997), que condena al SERVIU Metropolitano a pagar una indemnización de \$ 1.500.000 a cada uno de los 674 vecinos de la Villa Bernardo Leighton de Puente Alto, cuyas viviendas –construidas mediante el Programa PET– también resultaron dañadas durante los temporales de 1997.

en la construcción, el respeto irrestricto de tales planes o normas, el daño no se habría materializado” (consid. 13)<sup>69</sup>.

El último caso a citar es el ya mencionado *Lizana y otros con Municipalidad de Puente Alto y otros* (2013). Como vimos, esta sentencia declara que el Estado debe indemnizar solidariamente con el Municipio y la empresa inmobiliaria a los dueños de viviendas construidas también mediante un programa de subsidios en modalidad privada en las proximidades de un terreno que sirvió de vertedero, pues autorizó su construcción lo que configura una “...conducta poco cuidadosa respecto de quienes acceden a estas viviendas con subsidio estatal en la creencia de que han sido emplazadas en terrenos idóneos y exentos de todo inconveniente sanitario...” (consid. 22). De nuevo, un Estado que no construye ni vende... pero que debe responder civilmente ante los afectados. Hay un argumento adicional para fundar esta responsabilidad. La Ley N° 19.472 dispuso, en el artículo 25 de la LGUC, que el MINVU, “...respecto de las viviendas que cuenten con financiamiento estatal para su construcción o adquisición, deberá disponer, para cada programa, en la forma que el respectivo reglamento determine, los mecanismos que aseguren la calidad de la construcción”. Dicho de otro modo, cuando el Estado contribuye al financiamiento de una vivienda no puede desentenderse de establecer mecanismos que aseguren la calidad de la construcción, incluso en las modalidades privadas, y si estos mecanismos son ineficaces puede ser responsable. Paradójicamente, el artículo 25 establecía que en estos casos los SERVIUs podían hacerse parte en las causas a que dieran lugar las acciones de responsabilidad, en una lógica de apoyo a los beneficiarios de los subsidios, pero la realidad es que estos organismos han terminado siendo sujetos pasivos de las demandas aunque los responsables principales sean, evidentemente, quienes construyeron las viviendas.

Es interesante apuntar que en 2006 el Ejecutivo ingresó a tramitación legislativa un Proyecto de Ley (Boletín N° 4214-14) que creaba y regulaba un “Registro Nacional de Entidades de Gestión Inmobiliaria (EGIS)”, antecesoras de las Entidades Patrocinantes del FSEV, con objeto de asegurar a los postulantes a subsidios que dichas entidades “... tienen la experiencia y solvencia económica mínima para desarrollarlas...”: Para ello se propuso un mecanismo de calificación, que fomentaría la continua mejora de su calidad, y uno de infracciones y sanciones, para combatir las malas prácticas. El proyecto señalaba que este registro necesitaba rango legal para ser eficaz, citando la STC 437-2005. Sin embargo, fue retirado de tramitación un año después, de manera que las potestades del MINVU y sus SEREMIs sobre las EGIS derivan de las cláusulas de cada convenio concreto. Una fórmula ingeniosa y que ha validada CGR (p. ej., dictámenes N°s. 78.068, de 2010 y 34.052, de 2012), pero que podría sufrir tropiezos en Tribunales. Los adquirentes de las viviendas, interesados en la calidad del producto que reciben, contribuyen a fiscalizar a las EGIS y denuncian los incumplimientos, con lo

---

<sup>69</sup> La sentencia de reemplazo ordenó pagar \$ 1.000.000, en compensación por el daño moral, a los 90 propietarios demandantes.

que podría decirse que este mecanismo de control ha sido más eficaz que los sistemas de registro antes explicados.

## CONCLUSIONES

He revisado cómo participan los privados en tres áreas claves del urbanismo y la vivienda social en Chile. Se trata de situaciones diferentes. La iniciativa privada en la elaboración de planes urbanísticos queda siempre subordinada a las decisiones de la autoridad, al menos formalmente, con lo que la función permanece en mano pública. Los agentes privados que participan en el control del uso urbanístico del suelo, en cambio, ejercen directamente funciones públicas que no se confunden con las del DOM y constituyen una verdadera policía administrativa en manos privadas. En la construcción de viviendas sociales, por último, los privados desarrollan una tarea que podría calificarse de servicio público.

Hay buenas razones para integrar agentes privados estos campos y el mérito de estas fórmulas es un asunto que pueden juzgar, mucho mejor que los juristas, los expertos en gestión y políticas públicas, lo que aconseja emprender trabajos en esta línea. Lo que sí puede analizarse desde la perspectiva jurídica es si el marco jurídico existente garantiza que estos agentes privados den “estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”, conforme reza nuestra Carta Fundamental. Ni la gestión ni la regulación pueden ser neutras en esta materia, particularmente, cuando los conflictos de intereses son más que evidentes y es preciso inclinar la balanza con decisión en dirección al interés general. Me temo que las carencias explicadas en materia de reserva legal, una década después que la STC 437-2005 fijara el estándar aplicable a los registros, son bochornosas. Pero también es preocupante un diseño carente de actores que fiscalicen el desempeño de los agentes privados o de mecanismos que produzcan efectos análogos, unido a una dotación presupuestaria suficiente para esta finalidad. Perfectamente un mal diseño legislativo podría, como sugiere la sentencia que hemos citado del TC Alemán, ser considerado contrario al artículo 8º de la Carta Fundamental.

Los problemas apuntados pueden repercutir en que se preste un mal servicio a los ciudadanos. En tal caso, la “privatización” de funciones no suprime la responsabilidad estatal. Si las funciones públicas entregadas a manos privadas se realicen de manera inadecuada y ello causa daño a terceros, el Estado debe responder<sup>70</sup>, lo que exige redoblar la rigurosidad en el diseño y la supervigilancia de un modelo externalizado. En el viejo chiste, don Otto vendía el sofá en que era engañado por su mujer creyendo terminar así

---

<sup>70</sup> A nivel general, “Allí donde la Constitución determina la existencia de una función estatal, el cumplimiento de la cual requiere el ejercicio de potestades soberanas, el Estado y sus instituciones no pueden deshacerse de su responsabilidad, aunque cedan el ejercicio de su competencia a un experto privado” (DARNACULLETA I GARDELLA, 2010, 422-423). Entre nosotros conviene recordar que en materia de autopistas concesionadas la posición de la Administración como garante sujeto al test de la falta de servicio ha sido aceptada por la doctrina (BARROS B., 2006:531; ROMÁN C., 2007:376-377 y ALARCÓN J., 2010:43) y la Corte Suprema en la fondo Rol N° 216-2011, de 30.01.2013, que aunque exonera al Fisco no declara su inimputabilidad, sino que examina la falta de servicio desde el prisma de la obligación de inspeccionar y vigilar a la concesionaria.

con la infidelidad que padecía. Si creemos que externalizar funciones significa apartarlas de la responsabilidad del Estado hacemos algo parecido. Un Estado más pequeño no es un valor en sí mismo. Sólo lo es cuando la entrega a privados de funciones públicas mejora la gestión antes desarrollada directamente por el Estado<sup>71</sup>. De lo contrario, no sólo sufrirán un menoscabo quienes utilicen directamente ese servicio. La mala gestión podrá, incluso, generar responsabilidades pecuniarias que afectarán a toda la sociedad, tanto porque serán pagadas con recursos del bolsillo de los contribuyentes como porque esos recursos serán detraídos de otras valiosas necesidades públicas.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALARCÓN J., Pablo (2010): *Notas acerca de la responsabilidad del Estado en el contrato de concesión de obra pública, en casos de daños causados en autopistas concesionadas*. (Tesis Magíster PUC. Santiago de Chile) 43 pp.
- ALDUNATE L., Eduardo (2008): “La fuerza normativa de la Ley Orgánica Constitucional de Bases generales de la Administración del Estado”, en Cordero Q., Eduardo [coord.] *Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado* (Universidad de Antofagasta), pp. 49-57.
- ARÓSTICA M., Iván (1993): “Transferencia de funciones estatales al sector privado en tres contratos administrativos: concesión de servicio público, externalización y sociedad”, en *Revista de Derecho Público* N° 56-57, pp. 143-160.
- BARROS B., Enrique (2006) *Tratado de responsabilidad extracontractual*. (Santiago de Chile: Jurídica) 1230 pp.
- BAÑO L., José M. (2009): *Derecho urbanístico común* (Madrid, Iustel), 564 pp.
- BUNDESTAG (2009): *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania* (traducción Karl-Peter Sommermann y Ricardo García Macho, Berlín) 97 pp.
- CANTERO M., Josefa (2011): “La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público. El ejercicio de potestades públicas como límite a la externalización”, en: Ortega Á., Luis [dir.] y Cantero M., Josefa [coord.], *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?* (Madrid, INAP) pp. 69-118.
- CORDERO Q., Eduardo (2007): “El derecho urbanístico: los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 29, pp. 269-298.
- DARNACULLETA I GARDELLA, María (2010): “La colaboración de entidades privadas en Alemania: las ‘Beliehene’ o entidades que actúan como agentes descentralizados de la Administración”, en: Galán G., Alfredo y Prieto R., Cayetano (coords.) *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración* (Madrid, Huygens), pp. 397-426.
- DEL SAZ C., Silvia (1992): “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en: Chinchilla, Lozano y Del Saz. *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios* (Madrid, Civitas/UNED), pp. 99-195.
- FERNÁNDEZ F., Germán (2006): “La Administración Pública y las reglas de la ‘externalización’”, en *Justicia Administrativa* N° 33, pp. 5-28.
- GALÁN G., Alfredo y PRIETO R., Cayetano [Coords.] (2010): *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*. (Madrid, Huygens), 453 pp.

<sup>71</sup> O que éste podría haber desarrollado, cuando se trata de una nueva función en que se opta por un agente privado.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ R., Tomás-Ramón (2001): *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Civitas) T. I, reimpresión de la 10ª ed., 825 pp.
- GARRIDO F., Fernando (1980): “La Institución Administrativa en la Constitución Española”, en *International Review of Administrative Sciences* N° 46, pp. 1-8.
- GONZÁLEZ-VARAS I., Santiago (2004): “La responsabilidad administrativa en casos de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 123, pp. 399-424
- HERRERA R., Aleksey (2004): “Las Curadurías Urbanas”, en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, N° 22, pp. 137-155.
- MAURER, Hartmut (2011): *Derecho Administrativo. Parte General* [trad. coordinada por Gabriel Doménech Pascual] (Madrid: Marcial Pons), 552 pp.
- PANTOJA B., Rolando (1993): *El Derecho Administrativo: Clasicismo y Modernidad* (Santiago de Chile, Jurídica), 279 pp.
- PAJEJO A., Luciano (2012): “La ordenación urbanística (III)”, en Parejo A., Luciano [dir.] *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*, (Valencia, Tirant lo Blanch) 3ª ed., pp. 367-442.
- RAJEVIC M., Enrique (2008): “La potestad organizatoria en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y la Constitución: teoría y realidad”, en Cordero Q., Eduardo [coord.] *Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado* (Universidad de Antofagasta), pp. 173-199.
- RAJEVIC M., Enrique (2007): “El permiso de construcción como acto administrativo” /en/ VV.AA. *Acto y Procedimiento Administrativo*. Segundas Jornadas Chilenas de Derecho Administrativo (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 183-208.
- RAJEVIC M., Enrique (2001): “La Planificación Urbana en Chile”, en *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*, N° 3, pp. 81-100.
- RIVERO O., Ricardo. *El Estado vigilante*. Madrid: Tecnos, 230 pp.
- ROJAS C., Christian (2008): “Los organismos autónomos y la Administración del Estado”, /en/ Cordero Q., Eduardo [coord.] *Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado* (Universidad de Antofagasta), pp. 135-163.
- ROMÁN C., Cristián (2007): “La responsabilidad del Estado por los daños sufridos por el usuario de una carretera concesionada, por inactividad administrativa en ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia”, en FERNÁNDEZ R., Jorge y SANTIAGO S., Javier (coords.), *Contencioso administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. (México: IJ-UNAM), pp. 357-377.
- ROMANO, Santi (1906): *Principii di Diritto Amministrativo Italiano*. Milán: Società Editrice Libreria, 637 pp.
- SAINZ M., Fernando (1983): “Ejercicio privado de funciones públicas”, en *RAP* N° 100-102, pp. 1699-1783.
- SANTAMARÍA P., Juan (2004): *Principios de Derecho administrativo general*, (Madrid, Iustel) T. I, 831 pp.
- SOZA W., Francisco (2012): “El tribunal constitucional alemán y el ejercicio privado de funciones públicas” [en línea, consultado el 07.01.2013, a las 13:00 hrs.], disponible en: <http://administracionpublica.com/tribunal-aleman/>

## NORMAS CITADAS

- CPR: Constitución Política de la República de Chile, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.S. N° 100, de 2005. *Diario Oficial*, 22 septiembre 2005.

- EA: Ley N° 18.834, de 1989, que aprueba el Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 29, de 2005. *Diario Oficial*, 16 marzo 2005.
- LBGAE: Ley N° 18.575. Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 1/19.653. *Diario Oficial*, 17 noviembre 2001.
- LBPA: Ley N° 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 mayo 2003.
- LCGR: Ley N° 10.336, de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.S. N° 2.421, de 1964, del Ministerio de Hacienda. *Diario Oficial*, 10 julio 1964.
- LGUC: Ley General de Urbanismo y Construcciones, aprobada por el D.F.L. N° 458, de 1975. *Diario Oficial*, 13 abril 1976.
- LGAR: Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 1-19.175. *Diario Oficial*, 8 noviembre 2005.
- OGUC: Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, aprobada por el D.S. N° 47, de 1992, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. *Diario Oficial*, 19 mayo 1992.
- PIS: Plan Intercomunal de Santiago de 1960, aprobado con su Ordenanza por el D.S. N° 2.387, de 1960, Ministerio de Obras Públicas. *Diario Oficial*, 27 diciembre 1960.
- PRMS: Plan Regulador Metropolitano de Santiago, aprobado por Resolución N° 20, de 1994, del Gobierno Regional Metropolitano. *Diario Oficial*, 4 noviembre 1994.
- D.F.L. N° 1, de 2005 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 2.763, de 1979 y las Leyes N° 18.933 y N° 18.469. *Diario Oficial*, 24 abril 2006.
- D.F.L. N° 2/20.035, de 2006. *Diario Oficial*, 18 de agosto 2006.
- D.L. N° 1.305, de 1975. *Diario Oficial*, 19 febrero 1976.
- Ley N° 8.946, *Diario Oficial*, 20 de octubre 1949.
- Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. *Diario Oficial*, 31 marzo 1988.
- Ley N° 18.803. *Diario Oficial*, 12 de junio 1989.
- Ley N° 19.179. *Diario Oficial*, 26 noviembre 1992.
- Ley N° 19.367. *Diario Oficial*, 2 febrero 1995.
- Ley N° 19.537, de Copropiedad Inmobiliaria. *Diario Oficial* diciembre 1997.
- Ley N° 19.748. *Diario Oficial* 23 agosto 2001.
- Ley N° 19.778, *Diario Oficial*, de 2001.
- Ley N° 20.016, *Diario Oficial*, de 2005.
- Ley N° 20.071, que vino a regular el Registro Nacional de Revisores Independientes de Obras de Edificación. *Diario Oficial*, 22 noviembre 2005.
- Ley N° 20.129. *Diario Oficial*, noviembre de 2006
- Ley N° 20.296. *Diario Oficial*, 23 octubre 2008.
- Ley N° 20.389. *Diario Oficial*, 24 septiembre 2009
- Ley N° 20.417. *Diario Oficial*, 26 enero 2010
- Ley N° 20.511. *Diario Oficial*, 10.05.2011.
- D.S. N° 335, de 1976, MINVU. *Diario Oficial*, 4 febrero 1977.
- D.S. N° 420, de 1979, MINVU. *Diario Oficial*, 30 noviembre 1979.
- D.S. N° 235, de 1985, MINVU. *Diario Oficial*, 6 febrero 1986.

- D.S. N° 156, de 1990, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. *Diario Oficial*, 29 noviembre 1990.
- D.S. N° 10, de 2002, MINVU. *Diario Oficial*, 3 mayo 2003.
- D.S. N° 134, de 2002, MINVU. *Diario Oficial*, 24 octubre 2002.
- D.S. N° 174, de 2005, MINVU. *Diario Oficial*, 9 febrero 2006.
- D.S. N° 22, de 2010, MINVU. *Diario Oficial*, 9 junio 2010.
- D.S. N° 49, de 2011, MINVU. *Diario Oficial*, 26 abril 2012.
- Resolución N° 107, de 2003, del Gobierno Regional Metropolitano. *Diario Oficial*, 11 diciembre 2003.
- Resolución N° 39, de 1997, del Gobierno Regional Metropolitano. *Diario Oficial*, 12 diciembre 1997.
- Resolución Exenta N° 6.509, de 2012, MINVU. *Diario Oficial*, 22 agosto 2012.
- Resolución Exenta N° 1.507, de 2003, MINVU (sin publicación), que aprueba convenio celebrado el 10 de diciembre de 2002, entre el Ministerio de Vivienda y Urbanismo con el Instituto de la Construcción.
- Resolución N° 420, de 2012, MINVU, fija procedimiento para la prestación de servicios de asistencia técnica, jurídica y social a programa de vivienda aprobado por el Decreto N° 49, de 2011. *Diario Oficial*, 24 diciembre 2012.
- Resolución N° 620, de 2011, MINVU, fija procedimiento para la prestación de servicios de asistencia técnica y asesoría social a programa de vivienda que indica. *Diario Oficial*, 27 diciembre 2011.
- Resolución N° 533, de 1997, MINVU. *Diario Oficial*, 5 noviembre 1997.
- Resolución Exenta N° 2.330, de 2012, SEREMI Regional Metropolitana MINVU, que “Reglamenta el Estudio estratégico de impacto sobre el sistema de transporte e infraestructura y deroga Resolución N° 527 Exenta, de 2007”. *Diario Oficial*, 7 diciembre 2012.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- Control preventivo de proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (1987): Tribunal Constitucional Rol N° 50-1987.
- Tribunal Constitucional Rol N° 222-1995: Control preventivo de proyecto de ley que introduce modificaciones a la Ley N° 19.070, Estatuto Docente, y al Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 1993, del Ministerio de Educación y establece los beneficios que indica (1995).
- Control preventivo de proyecto de Ley que creó el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (2003): Tribunal Constitucional Rol N° 379-2003.
- Requerimiento de inconstitucionalidad formulado por Senadores respecto del proyecto de ley de la LGUC (2005): Tribunal Constitucional Rol N° 437-2005.
- Control preventivo de proyecto de ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal (2008): Tribunal Constitucional Rol N° 1024-2008.
- Requerimiento de inaplicabilidad contra el D.L. N° 1.757-1977, Cuerpos de Bomberos (2008): Tribunal Constitucional Rol N° 1295-2008.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto respecto de algunas disposiciones de la Ley N° 18.175 o Ley de Quiebras (2009): Tribunal Constitucional Rol N° 1413-2009.
- Abarzúa y otros con Constructora COPEVA Ltda. y otro*: Tercer Juzgado Civil de Santiago, 23 enero 2013 (juicio ordinario de indemnización de perjuicios). Rol C-3070-1997.
- Gómez Zúñiga con Fisco*: Corte Suprema, 30 enero 2013 (casaciones en la forma y en el fondo). Rol N° 216-2011.

*Pérez Castro con Constructora COPEVA Ltda.:* Corte Suprema, 6 noviembre 2009 (casaciones en la forma y en el fondo). Rol N° 1504-2008.

*Rojas Ortiz con MINVU:* Corte Suprema 23, octubre 2012 (casaciones en la forma y en el fondo). Rol N° 8895-2009.

*Lizana y otros con Municipalidad de Puente Alto y otros:* Corte Suprema, 7 mayo 2013 (casaciones en la forma y en el fondo). Rol N° 10.156-2010.

*Lizana y otros con Municipalidad de Puente Alto y otros:* Corte de Apelaciones de Santiago, 12 agosto 2010 (casaciones en la forma y apelación). Rol N° 4.794-2008.

*Lizana y otros con Municipalidad de Puente Alto y otros:* 29° Juzgado Civil de Santiago, 14 abril 2008 (juicio ordinario de hacienda). Rol N° 8045-2004.

Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán o BVerfG de 18 enero 2012 (2 BvR 133/10).

Consejo para la Transparencia: Decisión Roles C491-12 y C538-12, de 3 agosto 2012.

#### DICTÁMENES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA:

N° 29.941, de 1989

N° 20.063, de 1993

N° 42.259, de 2004

N° 44.412, de 2003

N° 48.848, de 2003

N° 17.018, de 2003

N° 10.026, de 2005

N° 36.604, de 2006

N° 12.941, de 2007

N° 78.068, de 2010

N° 56.032, de 2011

N° 34.052, de 2012