

**JURISPRUDENCIA:**

"Que la calle Copiapó, de la ciudad de Puerto Montt, como bien nacional de uso público, pertenece al Estado y su administración al Municipio respectivo (Artículos 589 Código Civil y 5, letra c) Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades). El espacio superpuesto a la calle, conforme a lo reflexionado, debe estimarse parte de ese dominio y objeto de esa administración." (Corte Suprema, considerando 10º).

"Que el recurrente sostiene que la servidumbre de ocupación aérea que anteriormente pactaron los propietarios de los predios de cuya subdivisión surgió la calle Copiapó, obligaría a Dirección de Obras Municipales a prescindir del permiso o concesión establecido en el Artículo 2.7.2 de la OGUC puesto que tal derecho real le permitiría la ocupación del espacio superpuesto a esa vía pública, sin afectar a la calle ya que la estructura que comunica las construcciones no se apoya ni tiene fijación en el suelo.

A este respecto cabe considerar que la servidumbre fue constituida el año 2003 por un particular gravando el Lote 8 de la subdivisión de su propiedad y que fue destinado a calles futuras. El gravamen fue en favor de otros lotes contiguos también privados. Al pasar el predio sirviente al patrimonio público y constituir la calle Copiapó, desapareció tal derecho real por haberse extinguido la servidumbre porque el bien nacional de uso público calle (incluido el espacio aéreo superpuesto) no puede estar gravado con servidumbres y porque a su constitución fueron ajenos el Estado y la Municipalidad. En concepto de esta Corte la servidumbre sólo tenía sentido cuando permitía a un predio particular ocupar el espacio aéreo superpuesto a otro contiguo de dominio privado para emplazar en él una construcción voladiza comunicando dos lugares o construcciones de particulares. A tal situación se refiere particularmente el Artículo 2.6.3 de la Ordenanza, exigiendo la previa constitución de una servidumbre, típico derecho de goce sobre un inmueble privado ajeno. Si, en cambio, hay atravesado de una vía pública, ello queda enteramente reglado por normas de derecho administrativo que permiten, de modo excepcional, el uso de bienes nacionales de uso público (y el espacio superpuesto a ellos también lo es) bajo las formas jurídicas de la concesión o el permiso (Artículos 66 y 65 letra a) Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695). Por otra parte, el tipo de construcción de que se trata y que permite la interconexión sobre una vía pública -puente o pasarela- está específicamente regulado en el Artículo 2.7.2 de la Ordenanza y esa regulación claramente exige de un permiso o concesión previos otorgado de acuerdo a las normas pertinentes. Así lo entiende el propio Código Civil cuyo artículo 599 dispone: "Nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales y demás lugares de propiedad nacional". Tal permiso especial de autoridad competente no es homologable al otorgado, décadas antes, cuando la actual calle era terreno de dominio privado." (Corte Suprema, considerando 11º).

"Que la ocupación del espacio superpuesto a un inmueble de dominio privado está prevista en el Artículo 2.6.3 de la Ordenanza, hipótesis sustancialmente distinta al caso previsto en el Artículo 2.7.2 que se refiere a construcción de puentes que atraviesan un bien nacional de uso público urbano. El 2.6.3 permite autorizar que sobre el nivel natural del terreno se haga una construcción que comunique inmuebles "de distintos propietarios destinada a puentes, pasarelas y rampas, previa constitución de las servidumbres de tránsito...". Esta norma evidencia que entre predios privados es posible la construcción de puentes, pasarelas y rampas previa constitución de la servidumbre de tránsito entre los propietarios de los predios dominante y sirviente involucrados y observando las normas técnicas que indica el mismo precepto. Es claro que la situación regulada por esta norma es distinta -por tanto inaplicable- al caso en que la ocupación es de espacio aéreo que pertenece al Estado porque la superposición afecta o se produce sobre un bien nacional de uso público urbano y la situación, por tanto, se ajusta a lo reglado al Artículo 2.7.2 de la Ordenanza, referido específicamente a una construcción que comunique inmuebles que se enfrenten en ambos costados sobre una vía pública, regla en perfecta armonía con la del artículo 599 del Código Civil." (Corte Suprema, considerando 15º).

"Que el recurrente invoca la existencia de un anteproyecto de la obra, aprobado según Certificado N° 16 de Dirección de Obras Municipales de 16 de septiembre de 2013 y que contemplaba el puente de conexión. Asimismo, el Permiso de Construcción N° 744 de 28 de noviembre de 2014 autoriza la construcción del edificio.

En relación a tales actos cabe tener presente que la aprobación de un anteproyecto, tratándose de una construcción de más de 10.000 metros cuadrados, tiene una vigencia de un año, según Artículo 1.4.11 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones en relación con el Artículo 120 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones por lo que, al haberse solicitado el permiso de construcción el 19 de junio de 2017, esa aprobación había caducado y tal vez por ello el actor en su recurso no alude a la vigencia de esa aprobación. Por otra parte, el Permiso de Construcción N° 744, de 28 de noviembre de 2014, autoriza la construcción del edificio, pero sin comprender el puente de conexión.

En consecuencia, la aprobación del anteproyecto, por haber caducado, no tiene relevancia jurídica para la decisión del asunto." (Corte Suprema, considerando 16º).

"Que el Artículo 2.7.2 de la Ordenanza, permite "Autorizar una construcción que comunique inmuebles que se enfrentan en ambos costados sobre una vía pública, previa concesión o permiso otorgado por la Municipalidad correspondiente siempre que con ello no se afecte negativamente a las condiciones físicas y ambientales del entorno, según lo defina el PRC o el Plan Seccional". Agrega que obtenida la concesión o el permiso deben observarse los requisitos técnicos de (i) altura libre bajo la construcción no inferior a 4,5 metros; (ii) que la construcción no consulte apoyos intermedios

en el espacio público; y, (iii) que no se exceda el máximo del espacio público que el PRC o seccional permitan cubrir.

Esta norma permite (no obliga) autorizar la construcción que comunica a los inmuebles si ella atraviesa una vía pública pero requiere la previa concesión o permiso que debe otorgarse en la forma que establecen los Artículos 65 a) y 66 de la Ley Orgánica de Municipalidades." (Corte Suprema, considerando 17º).

"Que esa significación condicionante del permiso o concesión, como supuesto para validar la construcción, autoriza para pensar que su omisión por el órgano municipal implica un vicio que la autoridad encargada de la fiscalización de esta normativa de orden público puede y debe representar y corregir. En vista de tal naturaleza corresponde la actuación oficiosa de la Secretaría Regional Ministerial, disponiendo el retrotramiento necesario para que se cumpla el requisito omitido de instar por el permiso o concesión previos a la decisión de la solicitud de autorización para edificar.

La conducta de observancia de una normativa de orden público, como la relativa a la urbanística y a la construcción, no puede ser estimada un acto ilegítimo o arbitrario y, antes por el contrario, importa una actuación necesaria para dar efectiva aplicación a esa normativa." (Corte Suprema, considerando 18º).

"Que la exigencia de esa necesaria y previa validación para la utilización del espacio aéreo superpuesto a una vía pública resulta del todo razonable si se consideran los efectos, especialmente visuales y de luminosidad que puede producir una estructura de grandes proporciones (en el caso, 19 metros de alto por 10 de ancho) para conectar, en 4 niveles, el actual Mall Costanera con el mall en construcción, pasando por sobre la calle Copiapó de Puerto Montt.

A la luz de lo dispuesto en el artículo 4º de la LGUC, La Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo disponía de atribuciones para observar la necesidad de instar por el permiso o concesión conociendo del reclamo regulados por los Artículos 12 y 118 de esa Ley de Urbanismo porque, entre sus atribuciones, se encuentra la de supervigilar las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas y técnicas sobre construcción y urbanización e interpretar los instrumentos de planificación territorial y esa potestad persigue evitar y corregir la inobservancia de las normas sobre construcción y urbanización. El hecho que la Dirección Municipal omitiera la exigencia no impide que la recurrida corrija de oficio la omisión para lo cual deberá reingresarse el expediente de permiso, sin perjuicio de estimarse que el Director de Obras en su oportunidad debió devolver el expediente al titular del proyecto en vista de la omisión y que la servidumbre aérea perpetua no sustituye la concesión o permiso exigidos por la Ordenanza. Al proceder así el Seremi

de Vivienda y Urbanismo no incurrió en infracción a principios de congruencia y competencia, porque no había tenido ocasión de actuar en el asunto y, al hacerlo, dispuso de competencia y dio debida aplicación a la ley." (Corte Suprema, considerando 19º).

"Que en cuanto a que la recurrida no podía introducir nuevas observaciones porque ello afectaría al principio de congruencia administrativa y al de juridicidad, cabe tener presente que en la sustanciación de un procedimiento administrativo pueden concurrir diversos órganos o estamentos de la Administración, cada cual en el marco de sus correspondientes funciones y deberes. En el caso del Seremi de Vivienda y Urbanismo le corresponde a éste una función de supervigilancia y fiscalización de lo actuado en fases anteriores o preliminares del procedimiento al cual se avoca con la plenitud de su competencia y deberes funcionarios, no solo en lo que es cometido propio del requerimiento, reclamo o recurso sino también en todos los aspectos involucrados en su función. Esta forma de actuar de la recurrida no puede importar incongruencia por cuanto esa autoridad no había formulado pronunciamiento alguno, positivo o negativo, respecto a la necesidad o no de un permiso o concesión como supuesto para decidir la solicitud de permiso de construcción por lo cual mal podría faltar al principio de congruencia que supone contradecir un estado o situación anterior contraria proveniente de la misma autoridad. En cualquier caso la decisión de la Secretaría Regional Ministerial se ajusta y da cumplimiento a una norma imperativa como la contenida en el Artículo 2.7.2 de la Ordenanza, dando de este modo plena observancia al principio de legalidad o juridicidad y no, como se denuncia, vulnerándolo. Y precisamente porque la norma indica el carácter previo que debe tener la concesión o permiso respecto de la autorización de la construcción, corresponde al fiscalizador corregir el error o la omisión en que incurrió el fiscalizado al prescindir de tal exigencia previa. La normalización del procedimiento, en tales condiciones, requerirá retrotraer el expediente administrativo al estado de permitir al solicitante instar por la concesión o el permiso, necesarios y previos, para decidir en definitiva sobre la autorización solicitada." (Corte Suprema, considerando 20º).

"Que el apelante Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo fundamenta su petición de confirmar el rechazo de la Dirección de Obras Municipales del permiso de edificación por la omisión en que incurrió el solicitante del requisito de solicitar la concesión o permiso municipal necesarios para el otorgamiento del permiso de construcción según del artículo 2.7.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. Por su parte, el recurrente de protección alegó que esa Secretaría Regional Ministerial habría, a través del ORD N° 194, rechazado su reclamación administrativa por una razón ajena a lo discutido al pretender que la servidumbre aérea perpetua no habilita al recurrente para construir sobre un bien nacional de uso público. No obstante que tal decisión es denegatoria como la reclamada, es efectivo que el recurrente de protección, en su momento, no tuvo oportunidad de salvar su omisión o efectuar alegaciones sobre tal punto, por lo cual esta Corte estima que debe darse al actor la oportunidad para cumplir con la omisión representada por la Secretaría Regional Ministerial y que, por ello, corresponde retrotraer la tramitación al estado de reingresar el expediente a la Dirección de Obras Municipales con tal objeto

y a fin de que esa Dirección de Obras Municipales, en su oportunidad se pronuncie sobre este requisito y evalúe de nuevo la procedencia de la solicitud de permiso.

De este modo, y sin perjuicio que, por estimar que en la especie no es posible establecer la existencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario atribuible al recurrido, la acción de protección no podría ser acogida, se dispondrá lo antes referido, en resguardo de los derechos del recurrente." (Corte Suprema, considerando 21º).

MINISTROS:

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., Sr. Arturo Prado P. y Sra. Ángela Vivanco M. y el Abogado Integrante Sr. Álvaro Quintanilla P.

TEXTOS COMPLETOS:

SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES:

Puerto Montt, treinta de agosto de dos mil dieciocho.

VISTO:

Con fecha 02 de marzo de 2018, compareció don Lorenzo Ignacio Miranda Morales, abogado, por Inversiones Manquehue SpA, sociedad del giro de su denominación, ambos domiciliados en Illapel N° 10, Piso 5, en Puerto Montt, e interpuso recurso de protección en contra del Oficio Ord. N° 194, de 02 de febrero de 2018, dictado por el Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo (S), de la Región de Los Lagos, don Patricio Jiménez Ovalle, y en contra de la Resolución Exenta N° 194, de 28 de febrero de 2018, notificada a su parte el 01 de marzo del presente año, dictada por el Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, de la Región de Los Lagos, don Eduardo Carmona Jiménez, pues dichos actos administrativos son contrarios a derecho, infringiendo gravemente una serie de disposiciones legales y reglamentarias vigentes, son arbitrarios y además lesionan de manera evidente los derechos constitucionales de su representada establecidos en el artículo 19 N° 2°, N° 3° inciso 5°, N° 21 y N° 24 de la Constitución.

El Of. Ord. N° 194, de la Secretaría Regional Ministerial, rechazó en todas sus partes el reclamo deducido por su representada con fecha 31 de octubre de 2017, en contra de la negativa de la Dirección de Obras de la Ilustre Municipalidad de Puerto Montt de otorgarle el permiso municipal SE-2017-4896 relativo a la construcción del proyecto "Puente de conexión sobre calle Copiapó para conectar mall Paseo Costanera y nuevo mall". Se rechazó el reclamo haciendo alusión a una exigencia prevista, supuestamente, en el artículo 2.7.2 de la OGUC, la que no había sido planteada anteriormente por la Dirección de Obras Municipales. De esta manera, el SEREMI ha resuelto un asunto completamente ajeno al procedimiento de solicitud de permiso, iniciado ante la Dirección de Obras. Frente a lo anterior, dedujo recurso de reposición contra el Ord. N° 194, siendo este rechazado mediante Resolución Exenta N° 194, la que confirmó la argumentación vertida en el Ord. N° 194.

Sostuvo que el actuar de la recurrida es contrario a los artículos 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, a los artículos 2.7.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, así como también a la jurisprudencia administrativa aplicable, vinculante para la Administración del Estado. Además, dichos actos administrativos infringen el artículo 11, 16 y 41 de la Ley 19.880 LBPA.

Acto seguido, realiza una descripción de la solicitud de permiso realizada ante la Dirección de Obras Municipales, del rechazo de dicho permiso. Enseguida, expuso el reclamo deducido ante la SEREMI y los fundamentos del rechazo contenido en el Of. Ord. N° 194, además, los fundamentos que fundarían la Resolución Exenta N° 194. Luego, sostuvo los fundamentos jurídicos por los cuales se debe acoger el presente recurso, así las cosas, señaló lo siguiente: que de acuerdo al procedimiento administrativo, solo la DOM y ninguna otra autoridad tiene competencia para formular observaciones; que el Of. Ord. N° 194 y la resolución Exenta N° 194 vulneran el principio de congruencia administrativa, y con ello se infringe el artículo 41 de la LBPA; que el Oficio Ord. N° 194 y la Resolución Exenta N° 194 no satisfacen los estándares constitucionales y legales de motivación del acto administrativo, vulnerando con ello lo dispuesto en el artículo 11 y 41 de la LBPA, ni los fijados en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República; que el SEREMI infringió el principio de la "reformatio in peius", el que impide resolver en perjuicio del administrado, lo que vulnera el artículo 41 de la LBPA, y que, sin perjuicio de que el SEREMI no debía pronunciarse sobre si su parte cuenta o no con la autorización municipal que establece el artículo 2.7.2 de la OGUC, su representada sí cuenta con fundamento jurídico para construir el denominado Puente de Conexión.

En este orden de ideas, sostuvo que se produce una infracción a la reserva de competencia legal para formular observaciones a las solicitudes de permisos urbanísticos, que el Of. Ord. N° 194 infringe el artículo 6 y 7 de la Constitución y el artículo 1.4.9 de la OGUC, ya que al formular observaciones o, como lo dice la SEREMI en la Resolución Exenta N° 194, al "evitar y corregir los incumplimientos", además de actuar fuera de su competencia, la recurrida infringe una serie de

elementos normativos dispuestos en el artículo 1.4.9 de la OGUC, actúa fuera de plazo, formula observaciones en varios actos, cuando debe formularlo en un solo acto, y por último, no formula la totalidad de las observaciones, dando cuenta en su recurso cómo se producen esos incumplimientos a su juicio.

Que se produce una infracción al principio de congruencia en materia administrativa, que el Of. Ord. N° 194 infringe el artículo 6 y 7 de la Constitución, y el artículo 41 de la LBPA, ya que no ha existido durante el proceso administrativo de otorgamiento de permiso, ninguna observación relativa a la validez o no de las servidumbres que sirven de amparo legal a la conexión aérea. Que tampoco existieron observaciones relativas la naturaleza del permiso solicitado o al procedimiento para solicitarlo, sino que se remitieron exclusivamente a la interpretación del PRC por parte de la DOM, pretendiendo aplicar disposiciones contenidas en la Memoria Explicativa del mismo. En consecuencia, lo resuelto por el Señor SEREMI, infringe los artículos 6 y 7 de la Constitución, el artículo 41 de la LBPA, y el artículo 1.4.9 de la OGUC.

Que el Oficio Ord. N° 194 y la Resolución Exenta N° 194 no satisfacen los estándares constitucionales y legales de motivación del acto administrativo, ni los fijados en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República. Citando el artículo 8° de la Constitución Política de la República y los artículos 11, inciso 2° y 41 inciso 4°, de la LBPA y la jurisprudencia administrativa de Contraloría General de la República, sostuvo que el deber de fundamentación se conecta directamente con los principios de transparencia y publicidad que rigen a los órganos de la Administración del Estado y que en los referidos actos administrativos impugnados, existen una serie de inconsistencias que impiden conocer el real motivo o fundamento del rechazo, los que detalla en su recurso.

Que se ha producido una infracción al principio de la "reformatio in peius", que el Of. Ord. N° 194 infringe los artículos 41 de la LBPA. Citando el artículo 15 de la LBPA y la doctrina, sostuvo que la referida disposición impide a la Administración, y en este caso al SEREMI, que en caso alguno pueda agravar la situación inicial de su representada. La situación inicial está constituida por el rechazo de parte de la DOM, de su solicitud de permiso, fundado únicamente en la observación relativa a la interpretación extensiva del Plan Regulador Comunal. De esta manera, el SEREMI, al resolver el reclamo interpuesto contra dicho rechazo, no puede desmejorar, es decir, agregar una nueva observación, a la situación de su representada, ya que al hacerlo, el SEREMI infringió el artículo 41 de la LBPA.

Además, sostuvo la improcedencia de la exigencia de contar con concesión previa otorgada por el municipio para construir el Puente de Conexión entre los dos centros comerciales, que el Of. Ordinario N° 194 infringe el artículo 2.7.2 de la OGUC, ya que dicho artículo permite construir el puente de conexión de los centros comerciales, sin necesidad de concesión municipal. Ello porque

de acuerdo al citado artículo, el proyecto no consulta o necesita apoyos en el bien nacional de uso público. Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de que su representada no necesita, de acuerdo a la legislación urbanística, la referida concesión municipal sobre el bien nacional de uso público, calle Copiapó, su representada cuenta con una servidumbre aérea y subterránea sobre el paño sobre el cual está construida la calle, y que permite la construcción del referido puente de conexión. Por tanto, el SEREMI yerra al señalar como fundamento de su Of. Ord. 194, y de la Resolución Exenta N° 194, la falta o necesidad de la concesión municipal, pues en este caso la normativa urbanística no la exige, y porque además su representada cuenta con una servidumbre aérea que le permite la construcción del referido puente. Al resolver de esta forma, ha infringido los artículos 116 de la LGUC, el artículo 1.4.9 y el artículo 2.7.2 de la OGUC.

De igual forma sostuvo que el of. Ord. N° 194 de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de Los Lagos es arbitrario, ya que se trata de una actuación de la autoridad que raya en lo antojadizo, al imponer nuevas exigencias que no se habían planteado por la autoridad competente, y que de acuerdo a la normativa urbanística no corresponde, pues su representada cuenta con un título jurídico suficiente para construir un puente de conexión aéreo sin apoyos entre los dos centros comerciales.

Finalmente, señaló los derechos y garantías constitucionales vulnerados por el Of. Ord. N° 194 de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de Los Lagos. En este sentido, el artículo 19 N° 2° de la Constitución, ya que en el presente caso, el principio de igualdad se infringe en dos sentidos, en lo irracional, antojadizo e injustificado que resulta resolver el reclamo formulado en contra de la DOM, y al negar valor a la servidumbre aérea válidamente constituida, vigente y que habilita de manera expresa para construir un puente de conexión entre los dos predios colindantes. El artículo 19 N° 3° inciso 5° de la Constitución, ya que la SEREMI, desconociendo lo dispuesto en el artículo 1.4.9 de la OGUC, sin respetar el procedimiento, y con motivo de un reclamo totalmente diverso, ha decidido imponer una nueva condición, por la vía de formular extemporáneamente una observación al permiso solicitado por su representada. El artículo 19 N° 21 de la Constitución, ya que su representada sí cumplía con todos los requisitos para obtener el permiso para construir el puente de conexión entre los dos centros comerciales, ambos de su propiedad. El artículo 19 N° 24 de la Constitución, ya que la recurrida ha desconocido el derecho de propiedad de su representada, al negar valor jurídico a la servidumbre aérea legalmente constituida, debidamente inscrita y válida.

Por tanto: solicitó se deje sin efecto, se anule o invalide el Of. Ord. N° 194 y la Resolución Exenta N° 194, y se ordene a la recurrida otorgar el permiso SE-2017-4896, para la construcción del proyecto "Puente De Conexión Sobre Calle Copiapó Para Conectar Mall Paseo Costanera y Nuevo Mall", o se adopte la providencia que considere proporcional, con costas.



Con fecha 21 de marzo de 2018, informó don Patricio Jiménez Ovalle, Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo (S), Región de Los Lagos, domiciliado en avenida Décima Región N° 480, 3er piso, edificio anexo Intendencia Regional, en Puerto Montt, en el siguiente sentido:

Que el recurrente alega que se habría, a través del Ord. N° 194, de fecha 02.02.2018, rechazado el Recurso de Reclamación administrativa, contemplado en el artículo 118 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, por una razón ajena a lo discutido, ya que su parte, sostiene y mantiene que la Servidumbre aérea perpetua no habilita al recurrente a construir sobre un Bien Nacional de Uso Público, ya que en este sentido la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones no admite discusión alguna.

Sostuvo que respecto a la creación de una nueva observación, distinta a la efectuada por la DOM, en infracción al Principio de Ultra o Extra Petita, la norma es clara, independiente del título o calidad que ostente respecto del bien nacional de uso público, previa solicitud de permiso de edificación o autorización, amparado por el art. 2.7.2 ante la Dirección de Obras Municipales, debía contar con una concesión o permiso otorgado por la Municipalidad, lo que en los hechos no aconteció. En este sentido, si bien es cierto, el hecho de no contar con permiso o concesión municipal no se encuentra observado por la DOM, ni mencionado en la reclamación, dicho antecedente constituye un requisito de admisibilidad contemplado en este permiso o autorización especial, acogido al art. 2.7.2 de la OGUC, por lo tanto, al ser omitido, tanto por el recurrente como por la DOM, en clara infracción a sus deberes, corresponde a su parte, en ejercicio del deber de supervigilancia de las disposiciones legales y reglamentarias hacer presente y exigir su cumplimiento.

Que, yerra el recurrente en pretender asimilar, como observación al permiso o autorización del art. 2.7.2 de la OGUC, la falta de un antecedente jurídico requerido por la normativa como requisito de admisibilidad. Asimismo, que el dictamen N° 14.913/2017, invocado por recurrente hace mención a circunstancias diversas a las aquí debatidas. Sin perjuicio de lo anterior, el mismo dictamen avala que, en el marco del artículo 4°, la SEREMI puede instruir el reingreso de un expediente a tramitación y expedir un Acta de Observaciones en forma previa al rechazo de una solicitud, lo que se enmarca en la referida facultad de supervigilancia, en la especie, objetándose solo la instrucción que debe reingresarse "bajo el mismo número y fecha con que originalmente ingresó a esa Dirección de Obras".

Que, dada la oportunidad entregada por el recurrente, el art. 2.7.2 de la OGUC igualmente establece un requisito esencial para el otorgamiento de la autorización o permiso de edificación acogido a este articulado y es precisamente contar con el permiso o concesión Municipal, lo que en la especie no se adjuntó por carecer de él, circunstancia que fue advertida por la SEREMI y subsanada denegando la reclamación en base a esta argumentación. Que, en este sentido, nos

encontramos ante un requisito de admisibilidad y que, de cumplirse, habilita a la DOM para conocer y resolver acerca del permiso o autorización sometida a su conocimiento.

Que, la Dirección de Obras debió devolver el expediente de ipso facto al propietario por el no cumplimiento de este requisito previo que, posee una naturaleza jurídica diversa a la Servidumbre con que se presentó la solicitud de permiso. Dado lo anterior, su parte no solo no ha incumplido el artículo 1.4.9 de la OGUC, que solo se refiere a los límites del actuar de la DOM, tal como el mismo recurrente manifiesta en varios dictámenes transcritos en su libelo, sino que ha verificado un incumplimiento normativo que efectivamente debió ser detectado por la DOM de forma previa al análisis de su solicitud.

Además, que el SEREMI MINVU Los Lagos titular al momento de la dictación del Ord. N° 194, como el subrogante en el caso de la Res. Ex. N° 194, se encontraban investidos como autoridades Ministeriales, el primero a través del D.S N° 48 (V y U) de fecha 28.03.2014, y el segundo por medio de la Res. N° 192, de fecha 21.04.1994, actuando dentro de las facultades que les confiere el D.S N° 397 (V y U) del año 1976 y en la forma que prescribe el artículo 4° de la LGUC. Luego, que tanto el Ord. N° 194 como la Res. N° 194, se bastan por sí mismos al resolver señalando que, el artículo 2.7.2 de la OGUC, requiere el permiso o concesión previo otorgado por la Municipalidad, por lo que, no se requiere mayor profundización ya que no se cuenta con dicha habilitación, que valga decir, deben ser otorgados, permiso o concesión, bajo las normas que establece la Ley Orgánica de Municipalidades, incluyendo la aprobación del Honorable Concejo Municipal.

Luego, sostuvo que en virtud del artículo 2.7.2, independiente de la calidad jurídica que tenga sobre el espacio aéreo, aún cuando la servidumbre hubiese sido concedida por el mismo municipio, lo que no es el caso, igualmente se requiere de un requisito adicional y esencial no cumplido, esto no es otra cosa que el permiso o concesión municipal previa para la construcción del puente de conexión. Además, que respecto a que la concesión solo se requiere en el caso del numeral 2) del artículo 2.7.2, los numerales 1, 2 y 3 de dicho articulado son requisitos adicionales a los previstos en el inciso primero, claro está que ante un permiso o concesión, para el caso del numeral 2) en el caso de consultar apoyos intermedios solo procederá la autorización de la DOM contra concesión previa, por lo que solo en este caso no concurre opción de Permiso Municipal.

Así las cosas, la DOM incurrió en una falta al no efectuar un estudio de admisibilidad de su solicitud de permiso. Por lo que, para solicitar autorización del artículo 2.7.2 a la Dirección de Obras, el recurrente debía contar con un Permiso Municipal o concesión, otorgada de conformidad a la Ley Orgánica de Municipalidades. Que, una vez otorgado, debió ingresar expediente, a fin de que la DOM autorice u otorgue el permiso de edificación especial del artículo 2.7.2. Esta autorización es de aquellas contenidas en normas especiales, como el artículo 2.7.1 de la OGUC, el artículo 2.7.2 de

la OGUC, el artículo 124 de la LGUC, entre otras, en este sentido, debió solicitarse de tal manera, lo que en los hechos no sucedió, solicitándose como un permiso de edificación corriente.

Por tanto: solicitó rechazar el recurso de protección, con costas.

Con fecha 06 de junio de 2018, Atendido el mérito de los antecedentes y para una mejor resolución del asunto, se hace lugar en cuanto a las diligencias solicitadas en escrito folio N° 11574-2018, además, se solicita informe a la Dirección de Obras Municipales de Puerto Montt, al tenor del recurso y del informe.

Con fecha 13 de junio de 2018, don Patricio Jiménez Ovalle, Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo (S) Región de Los Lagos, acompañó DVD que contiene el Plan Regular Comunal de Puerto Montt vigente, compuesto por la Memoria Explicativa, la Ordenanza y los Planos y copia timbrada, por Ministra de Fe de la Secretaría, de 18 planos originales que se encuentran en custodia de la SEREMI, remitidos por la Dirección de Obras de Puerto Montt en el marco de la reclamación impetrada por la recurrente.

Con fecha 14 de junio de 2018, informó don Egidio Cáceres Langenbach, abogado, en representación de la I. Municipalidad de Puerto Montt, en el siguiente sentido:

El expediente SE-2017-4896 ingresado a la Dirección de Obras Municipales, fue observado en primera instancia conforme al Art. 1.4.9 de la OGUC mediante el Acta de fecha 11/07/2017. Reingresa a ser sometido a su revisión y en esta segunda instancia al no subsanar las observaciones es rechazado mediante Acta de fecha 03/10/2017. El propietario Inversiones Manquehue SPA (del Rol 700-1) establece reclamo en contra de la Dirección de Obras Municipales acogido al Art. 118 de la LGUC. Ante esta situación la SEREMI de Vivienda y Urbanismo De Los Lagos, da curso a reclamación administrativa y solicita a la Dirección de Obras Municipales que informe por el Rechazo de la solicitud (oficio Ord. N° 2113 de 03/11/2017). Ante lo cual se remite un informe de conformidad a la SEREMI por el rechazo de la Solicitud SE-2017-4896. La SEREMI de Vivienda y Urbanismo se pronuncia sobre reclamo contra la Dirección de Obras, conforme al artículo 118 y 12 de la LGUC.

Por lo tanto: solicitó tener por evacuado el informe solicitado.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: (eliminado) Que, el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción cautelar destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo o providencias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que prive, perturbe o amenace dicho ejercicio, y que permite, en definitiva, poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales del Tribunal competente, en orden a restablecer, de un modo rápido, inmediato y directo, el imperio del derecho y las garantías fundamentales de cualquier persona.

SEGUNDO: (eliminado) Que, como se desprende de lo expresado, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a derecho, en este sentido, el actuar u omitir es ilegal, cuando fundándose en algún poder jurídico que se detenta, se excede en su ejercicio, de cualquier manera, o bien, arbitrario, es decir, producto del mero capricho de quien incurre en acto, de modo que la arbitrariedad indica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, esto es, falta de proporción entre los motivos y la finalidad que alcanza y que, enseguida provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado por la norma constitucional, contrariando una o más de las garantías protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y decisión de cualquier asunto como el que se ha propuesto en el presente caso.

TERCERO: (eliminado) Que, en este sentido, la acción de protección tiene como particularidad ser cautelar y no principal, ello quiere decir que la resolución que recaiga en esta, produce cosa juzgada formal y solo substancial respecto a otras acciones de protección posteriores, lo que entrega la posibilidad de hacer valer otros derechos en materias y procedimientos distintos.

CUARTO: (eliminado) Que, el acto ilegal y arbitrario alegado por la parte recurrente radica en que no ha existido durante el proceso administrativo de otorgamiento de permiso, ninguna observación relativa a la validez o no de las servidumbres que sirven de amparo legal a la conexión aérea, así como, tampoco existieron observaciones relativas a la naturaleza del permiso solicitado o al procedimiento para solicitarlo, sino que se remitieron exclusivamente a la interpretación del Plan Regulador Comunal por parte de la DOM, pretendiendo aplicar disposiciones contenidas en la Memoria Explicativa del mismo, infringiendo de esta forma la recurrida, los artículos 6 y 7 de la Constitución, el artículo 41 de la LBPA, y el artículo 1.4.9 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción. Además, que el artículo 2.7.2 de la OGUC permite construir el puente de conexión de los centros comerciales, sin necesidad de concesión municipal. Ello porque el proyecto no consulta o necesita apoyos en el bien nacional de uso público. Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de que no lo necesita, de acuerdo a la legislación urbanística, respecto a la referida concesión municipal

sobre el bien nacional de uso público, calle Copiapó, cuenta con una servidumbre aérea y subterránea sobre el paño sobre el cual está construida la calle, y que permite la construcción del referido puente de conexión.

QUINTO: (eliminado) Que según consta de los antecedentes la Dirección de Obras Municipales de Puerto Montt, con fecha 16 de septiembre de 2013, aprobó el Anteproyecto de Permiso de Edificación por el que se autorizó la construcción de un puente de conexión entre el Centro Comercial Paseo Costanera y el nuevo edificio que se construye de este mismo Centro y el 28 de noviembre de 2014 la misma DOM aprobó el permiso N° 744 que validó las observaciones al anteproyecto que contemplaba el puente de conexión.

El 19 de junio de 2017 el recurrente solicitó el permiso correspondiente para construir el referido puente, atendido su nulo impacto y los informes favorables de abogados, arquitectos, revisores y material fotográfico, como especialmente la escritura de servidumbre aérea perpetua allí constituida, otorgada el 29 de diciembre de 2003 ante el Notario de Puerto Montt don Edward Langlois Danks, la que se encuentra inscrita a fojas 5694 N° 3910 en el Registro de Hipotecas del Conservador de Bienes Raíces de Puerto Montt correspondiente al año 2003, servidumbre que constituye el amparo legal a las conexiones aéreas, tanto a la ya construida y en pleno funcionamiento sobre calle Illapel como a las pendientes de ejecución sobre las calles Copiapó y Quepe.

SEXTO: (eliminado) Que en relación con la existencia de la "servidumbre perpetua de ocupación de espacio aéreo" existente, cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, precepto que dispone la declaratoria de utilidad pública de todos los terrenos consultados en los Planos Reguladores Comunes, destinados a circulaciones, plazas y parques en las áreas urbanas. Es decir, la afectación de declaratoria de utilidad pública solamente afecta a "terrenos", pero en ningún caso y de ninguna manera al espacio aéreo. Y es precisamente en esos términos en que aparece en la escritura de constitución de servidumbre del año 2003, a favor de Pasmor S.A. y del Banco Santander Chile.

SÉPTIMO: (eliminado) Que debe señalarse, además, que no resulta factible constituir un derecho real sobre otro derecho real como lo pretende la parte recurrida, habida consideración que siendo la concesión a que se refiere el artículo 2.7.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones un derecho real, al igual que el ya constituido mediante servidumbre, no resulta aplicable dicha disposición al presente caso.

Así se infiere también de la realidad actual existente en el mismo sector, con motivo de la conexión del mall Paseo Costanera sobre calle Illapel, situación que no fue objeto de reparo alguno al momento de su construcción.

OCTAVO: (eliminado) Que por consiguiente, la SEREMI de Vivienda y Urbanismo no solo le ha dado una errónea interpretación al artículo 2.7.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, sino que además se ha arrogado facultades de la DOM y se ha excedido también en sus facultades al resolver la reclamación que le formulara el recurrente.

En efecto la SEREMI solo debió haberse pronunciado sobre la materia que fue reclamada por la recurrente el 31 de octubre de 2017, relacionada exclusivamente con el Plan Regulador Comunal y no sobre otras no planteadas en el reclamo, estableciendo dicha autoridad de motu proprio mayores exigencias, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 1.4.9 de la Ordenanza de General de Urbanismo y Construcciones, que previene que es la DOM la que debe poner en un solo acto la totalidad de las observaciones que deben aclararse o subsanarse antes de aprobar un anteproyecto o conceder un permiso.

NOVENO: (eliminado) Que por otra parte la DOM, al formular observaciones en el Acta correspondiente, debe efectuar en ella todas las que estime pertinentes y si no las formula en esa ocasión precluye administrativamente su potestad.

En consecuencia, al no formular en su oportunidad observación alguna respecto de la aplicación en el presente caso del artículo 2.7.2 de la Ordenanza, precluyó la facultad de la DOM de realizarla en otro acto; no correspondiendo tampoco a la SEREMI de Vivienda realizarla en un acto posterior. Por lo tanto, no resulta procedente ahora rechazar un permiso por una observación que no se formuló oportunamente en el "Acta de observaciones".

En efecto, el artículo 1.4.10 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones le establece plazos a la DOM para pronunciarse sobre los permisos y sobre la aprobación de proyectos, lo que tampoco se cumplió en el presente caso. Y menos corresponde interpretar el artículo 4 de la Ley de Urbanismo y Construcciones en la forma tan extensiva e improcedente en que lo hizo la SEREMI de Vivienda y Urbanismo, conforme a lo que ya se ha señalado en las motivaciones sexta a novena.

DÉCIMO: (eliminado) Que preciso resulta destacar también que la DOM de Puerto Montt consideró en su oportunidad, como ya se dijo, que no se requería ninguna otra autorización para efectuar la construcción del puente atendida la constitución de la servidumbre aérea existente

sobre calle Copiapó, la que aparece en los planos correspondientes ya aprobados y en los que figuran además claramente definidos los puentes de calle Illapel, ya construido y en pleno funcionamiento y beneficio para la comunidad, como el de calle Quepe, según se puede apreciar de dichos instrumentos.

Además se constata de la documentación acompañada al expediente que el puente sobre calle Copiapó no tiene pilares que lo sustenten ni se apoya en ella, por lo que no ocupa espacio alguno de dicha vía pública. No se requiere entonces ni se necesita concesión alguna para su construcción, salvo el permiso de ejecución pertinente de la Dirección de Obras Municipales de Puerto Montt, adoptándose todos los resguardos estructurales, de funcionalidad y de seguridad correspondientes.

DÉCIMO PRIMERO: (eliminado) Que por último cabe señalar y reiterar que al rechazar el reclamo y la reconsideración respectiva la SEREMI de Vivienda resolvió un asunto que no fue sometido a su conocimiento, totalmente ajeno a dicha reclamación, toda vez que la DOM había rechazado el permiso de construcción del puente que nos ocupa aduciendo únicamente a que dicha obra afectaría "las condiciones físicas y medioambientales del entorno", sin objetar nada más ni requerir ninguna otra autorización.

DÉCIMO SEGUNDO: (eliminado) Que así las cosas, al dictar la SEREMI de Vivienda el oficio 194 de 2 de febrero de 2018 y la Resolución N° 194 de 28 de febrero de 2018 ha vulnerado las garantías previstas en los N°s 2, 3 inciso 5, 21 y 24 y 20 de la Constitución Política de la República, razón por la cual se acogerá el recurso de protección deducido por Inversiones Manquehue SpA.

Por estas consideraciones y atendido lo dispuesto en los artículos 19 N° 2, 3 inciso 5°, 21 y 24 de la Constitución Política de la República, se acoge el recurso de protección deducido por Inversiones Manquehue Spa., debiéndose dejar sin efecto el oficio N° 194 de 2 de febrero de 2018 e invalidarse la Resolución 194 de 28 de febrero de 2018, ambos documentos emanados de la Secretaría Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la Región de Los Lagos, y otorgarse a continuación el permiso SE-2017-4896 relativo a la construcción del proyecto "Puente de Conexión sobre calle Copiapó para conectar el Mall Paseo Costanera y el Nuevo Mall".

Acordada con el voto en contra de la Fiscal Judicial doña Mirta Zurita Gajardo, quien estuvo por rechazar el recurso de protección en atención a lo siguiente:

1°) Que, el acto administrativo por el cual la Dirección de Obras de la Ilustre Municipalidad de Puerto Montt negó otorgar el permiso municipal SE-2017-4986 relativo a la construcción del

proyecto "Puente de conexión sobre calle Copiapó para conectar mall Paseo Costanera y nuevo mall" se encuentra ajustado a derecho pues cumple con el requisito previsto en el artículo 2.7.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, que exige que para otorgar dicho permiso debe contar con la concesión otorgada por el municipio para construir el puente de conexión entre los dos centros comerciales, a lo que el recurrente no ha dado cumplimiento, requisito exigido además a la recurrida por el Oficio Ordinario N° 194 de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de Los Lagos, conforme a sus facultades y en cumplimiento de la normativa legal que rige la materia, no incurriendo este organismo en arbitrariedad alguna.

2°) Que, de los antecedentes proporcionados por las partes, se advierte que no hay claridad en una cuestión que es esencial en esta materia, esto es, no se encuentra establecido un derecho indubitado a favor de la parte recurrente, ya que este ha sido cuestionado por la recurrida, encontrando sustento dicho cuestionamiento en los antecedentes que obran en autos, así como, en la normativa aplicable en la especie, por lo que, no es posible comprobar la existencia de un acto ilegal ni arbitrario por parte del recurrido. En este sentido, por lo ya expuesto y dadas las características esenciales de esta acción de cautela de derechos constitucionales, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia ha establecido que su tramitación está encaminada a decretar o dar curso a diligencias y medidas breves y sumarias, destinadas a conceder la protección que demanda el afectado, si en definitiva sus derechos son ciertos o están indubitadamente comprobados, y si estos, en su caso y en los hechos sobre los cuales se invocan no son controvertidos con fundamentos plausibles. Que, así las cosas, la acción de protección constitucional está orientada a velar por el respecto a las garantías fundamentales que ampara, cuando en su legítimo ejercicio puedan sufrir privaciones, perturbaciones o amenazas, de lo que se colige que es condición indispensable para que prospere, como se ha señalado, el que exista un derecho indubitado por parte de quien recurre, lo que en el presente caso no se aprecia, al haber quedado de manifiesto que no se ha procedido a otorgar el permiso por faltar un requisito de admisibilidad a su respecto.

3°) Que, al erigirse la protección constitucional como una acción cuyo objeto es poner urgente remedio a la vulneración actual o potencial de un derecho fundamental, lo que, en la especie, no se ha acreditado, por lo que no existen conductas ilegales ni arbitrarias por parte de la recurrida, de modo que no han podido afectar las garantías constitucionales señaladas por la actora, por lo cual esta acción de cautela constitucional no puede prosperar.

Regístrese, comuníquese y archívese, en su oportunidad.

Redacción del Ministro don Jaime Vicente Meza Sáez y del voto disidente su autora.



No firma el Ministro don Jaime Vicente Meza Sáez, quien concurrió a la vista, acuerdo y redacción del fallo por encontrarse con permiso.

Rol N° 262-2018.-

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Puerto Montt integrada por Fiscal Judicial Mirta Sonia Zurita G. y Abogado Integrante Pedro Campos L.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA:

Santiago, seis de junio de dos mil diecinueve

Vistos:

Se reproduce la parte expositiva de la sentencia en alzada, eliminándose sus Considerandos Primero a Décimo Segundo, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar presente:

Primero: Que Inversiones Manquehue SpA deduce recurso de protección en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la Región de Los Lagos, debido a la dictación de dos actos administrativos que le causan agravio: a) El Oficio Ord. N° 194 de 2 de febrero de 2018, que rechazó el reclamo deducido por la actora en contra de la negativa de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Puerto Montt a otorgarle el permiso municipal SE-2017-4896, relativo a la construcción del proyecto "Puente de conexión sobre calle Copiapó para conectar mall Paseo Costanera y nuevo mall" (en adelante "Puente de Conexión"; y b) La Resolución Exenta N° 194 de 28 de febrero de 2018, que desestimó el recurso de reposición en contra del aludido Oficio Ordinario.

Segundo: Que la acción constitucional se sustenta en que con fecha 19 de junio de 2017, la recurrente ingresó a la Dirección de Obras de la Municipalidad de Puerto Montt una solicitud de permiso SE-2017-4896, para construir el proyecto Puente de Conexión. La solicitud se fundó en lo dispuesto en el artículo 2.7.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC) y fue

patrocinada por un arquitecto, además de contar con informe favorable de un revisor independiente, precisando la actora que el antecedente que permite la conexión de los inmuebles radica en la existencia de sendas escrituras públicas de constitución de servidumbres perpetuas aéreas, sobre la calle Copiapó de la comuna de Puerto Montt. Enfatiza que, en forma previa a la solicitud, la Dirección de Obras de la Municipalidad de Puerto Montt había autorizado el anteproyecto correspondiente a través de Permiso N° 744 de 28 de noviembre de 2014, y que el proyecto cuenta con un Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano, aprobado por Oficio Ord. N° 549 de 5 de marzo de 2014.

Agrega, que la Dirección de Obras Municipales revisó la solicitud emitiendo un acta de observaciones con fecha 11 de junio de 2017, formulando sólo una observación que advierte como transgredido el citado artículo 2.7.2 de la OGUC, pues, en opinión del ente edilicio, se habrían afectado los "principios del Plan Regulador Comunal" contenidos en su Memoria Descriptiva. Añade que con fecha 4 de septiembre de 2017 dio respuesta a la observación de la Dirección de Obras; sin embargo, ésta resolvió rechazar el permiso relativo al expediente SE-2017-4896 con fecha 3 de octubre de 2017. Estima que la interpretación de la Dirección de Obras es contraria a derecho y así lo señaló en el reclamo interpuesto al tenor de los artículos 12 y 118 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), por las siguientes razones: a) Tanto la observación como los motivos esgrimidos son contrarios a la LGUC y a su OGUC, desde que "la afectación negativa de las condiciones físicas y ambientales del entorno" y, especialmente, la circunstancia de impedir que "la exigua conexión visual entre calle Copiapó y el mar no se vea interrumpida", no constituyen infracción a alguna norma urbanística, constituyendo meras apreciaciones especulativas de la autoridad; b) Su parte dio respuesta a la observación a través de un informe en derecho debidamente fundado; c) La Dirección de Obras Municipales tiene el deber de aplicar la LGUC y su OGUC, verificando únicamente si los antecedentes acompañados cumplen con las normas urbanísticas pertinentes, pero sin que pueda consultar antecedentes ajenos a ésta; d) Enlazado con lo anterior, el acto administrativo que rechazó el permiso carece de motivación suficiente, infringiendo lo dispuesto en los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos; e) La actuación de la Dirección de Obras excede sus atribuciones legales, toda vez que el Director de Obras no está facultado para interpretar de manera vinculante el instrumento de planificación territorial, desde que dicha potestad corresponde a otra autoridad; y f) La Dirección de Obras autorizó previamente la conexión, no existiendo modificaciones al Plan Regulador Comunal en el lapso intermedio, lo que se verificó a través de Certificado N° 16 de 16 de septiembre de 2013, el cual se encontraba vigente al momento de ingresar la solicitud.

Señala que la recurrida desestimó el reclamo en contra de la Dirección de Obras Municipales e, igualmente, negó lugar al recurso de reposición deducido, incurriendo con ello en las siguientes infracciones: a) Para la fundamentación de los actos administrativos impugnados, introdujo una nueva observación, ajena a lo planteado ante y por la Dirección de Obras Municipales, cuestión que contraviene lo dispuesto en el artículo 1.4.9 de la OGUC, que establece que solo la Dirección de Obras puede formular observaciones a los proyectos y bajo ciertas restricciones, todo lo cual, a su

vez, contraviene el principio de juridicidad contemplado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República; b) Se ha infringido, además, el principio de congruencia administrativa establecido en el artículo 41, inciso primero, de la Ley N° 19.880, en relación a los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, por cuanto la norma señala que "la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados" y no otras diferentes que no fueron planteadas por las partes; c) Las resoluciones administrativas no satisfacen el estándar de fundamentación exigido por los artículos 11 y 41 Ley N° 19.880, lo cual importa una contravención del artículo 8° del Texto Político. En esta misma dirección, subraya que los actos cuestionados adolecen de varias inconsistencias: a) vía ejemplar, en el considerando 22° de la Resolución Exenta la recurrida reconoce que la Dirección de Obras carece de la potestad, con motivo de un permiso de edificación, para interpretar el Plan Regulador Municipal y, sin embargo, desestima el reclamo; d) No considera que la recurrente sí contaba con un fundamento jurídico para construir el Puente de Conexión; e) No repara en que se pidió un permiso de edificación general conforme al artículo 116 de la LGUC y no uno especial para ocupar la calle Copiapó, por la sencilla razón de que no necesitaba este último, toda vez que cuenta con una servidumbre perpetua de ocupación del espacio aéreo, destacando que la propia recurrida señala (considerando 26 parte resolutive) que la habilita "para el uso del espacio" en el que se emplazaría el puente de conexión. Así las cosas, carece de explicación el motivo del rechazo, pues la fundamentación es contradictoria con la decisión de desestimar el reclamo; f) Se infringe la prohibición de reformatio in peus administrativa prevista en los artículos 15 y 41 de la Ley N° 19.880; g) No procede exigir una concesión previa otorgada por el municipio sobre un bien nacional de uso público para construir el puente de conexión entre los dos centros comerciales, pues la actora está amparada por la aludida servidumbre aérea perpetua.

Explica que, a raíz de la observación de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Puerto Montt, formuló una consulta a la División de Desarrollo Urbano (DDU) del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, repartición que a través de Ord. N° 0406 de 7 de noviembre de 2017 le habría dado la razón en cuanto a que: a) La Dirección de Obras carece de facultades para interpretar el Plan Regulador Comunal; b) La memoria explicativa no contiene disposiciones que puedan ni deban ser aplicadas por la Dirección de Obras para aprobar o rechazar un permiso de edificación; c) La Dirección de Obras debe estarse a las disposiciones legales y reglamentarias y no puede hacer interpretaciones ni imponer cargas y/o restricciones al margen de la ley; y d) En contra de un pronunciamiento ilegal de la Dirección de Obras Municipales se puede recurrir ante la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo respectiva. En este mismo orden de ideas, refiere que la primera parte del inciso primero del artículo 4° de la LGUC le otorga a la Dirección de Desarrollo Urbano la facultad de instruir en relación a la aplicación de la normativa urbanística; es decir, se entiende que la DDU tiene la potestad de interpretar el ordenamiento urbanístico.

Por todo lo expuesto, estima infringidos los derechos y garantías consagrados en el artículo 19 Nos. 2, 3 inciso quinto, 21 y 24 de la Constitución Política de la República, por lo que pide acoger el recurso dejando sin efecto el Ord. N° 194 y la Resolución Exenta N° 194, ordenando a la recurrida el

otorgamiento del permiso SE-2017-4896 para la construcción del proyecto Puente de conexión sobre calle Copiapó para conectar el mall Paseo Costanera y el nuevo mall de Puerto Montt.

Tercero: Que, en su informe, la recurrida sostuvo que el artículo 2.7.2 de la OGUC es claro en cuanto a que, independiente del título o calidad del bien nacional de uso público, en forma previa a la solicitud la recurrente debe obtener una concesión o permiso otorgado por el municipio, lo que en los hechos no aconteció. Agrega que, si bien la Dirección de Obras Municipales no observó la ausencia de la mencionada concesión o permiso, ello no obsta para su exigencia al conocer del reclamo regulado en los artículos 12 y 118 de la LGUC, toda vez que se trata de un requisito de admisibilidad, de manera que su omisión debe ser subsanada por la Administración, en este caso, por la Secretaría Ministerial de Vivienda y Urbanismo en uso de sus atribuciones legales. En este orden de ideas, puntualiza que el artículo 4° de la LGUC en su inciso primero, parte final, dispone que: "(...) Asimismo, a través de las Secretarías Regionales, deberá supervigilar las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas y técnicas sobre construcción y urbanización e interpretar las disposiciones de los instrumentos de planificación territorial". Enfatiza, que el propósito de tal supervigilancia no puede ser otro que evitar y corregir los incumplimientos a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas y técnicas sobre construcción y urbanización. Por consiguiente, la circunstancia que la Dirección de Obras haya omitido su cumplimiento, no es obstáculo para que la recurrida corrija de oficio la referida omisión exigiendo, previo reingreso del expediente, que la actora cuente con la concesión o permiso respectivo.

En razón de lo anterior, estima que la Dirección de Obras Municipales debió haber devuelto el expediente al titular del proyecto, por cuanto la servidumbre perpetua no sustituye la concesión o permiso a que se refiere el artículo 2.7.2 de la OGUC. En cuanto a la supuesta infracción a los principios de congruencia y de competencia, destaca que las resoluciones impugnadas fueron dictadas por la autoridad competente, en los casos, en la forma y siguiendo el procedimiento establecido por la ley, de manera que no existe vulneración al principio de juridicidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental; y lo propio puede decirse respecto de la presunta contravención de los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880, pues la simple lectura de los actos administrativos cuestionados evidencia que éstos se encuentran adecuadamente fundados, tanto en los hechos como en el derecho.

Enseguida, y en lo que atañe a la naturaleza jurídica de la servidumbre perpetua aérea otorgada a favor de la actora, subraya que, independiente de la calidad jurídica que tenga sobre el espacio aéreo, y sin perjuicio que la referida servidumbre haya sido constituida por la Municipalidad de Puerto Montt, lo que no es el caso, no es posible soslayar que el artículo 2.7.2 de la OGUC contempla un requisito adicional que la recurrente objetivamente no satisface, toda vez que la norma refiere que el permiso o concesión debe ser otorgado "de acuerdo a las normas pertinentes", esto es, en la forma prevista en los artículos 36 y 65 letra a) de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Como corolario de su argumentación, concluye que el permiso o concesión establecido en el artículo 2.7.2 de la OGUC es un requisito de admisibilidad, cuya omisión puede ser declarada de oficio, y que todo proyecto que se asile en dicha norma debe contar con el mismo, en forma previa, a la solicitud de permiso de edificación propiamente tal, lo que en este caso no aconteció, por lo que estima que no ha incurrido en acto ilegal o arbitrario alguno.

Cuarto: Que en su informe la Municipalidad de Puerto Montt expuso, en lo pertinente, que el expediente administrativo SE-2017-4896, ingresado a la Dirección de Obras Municipales considera una gran estructura de 19 metros de alto por 10 metros de ancho, para conectar en cuatro niveles el actual mall Costanera (edificio con placa continua) con el mall en construcción (volumen con sistema de agrupamiento aislado), pasando sobre la calle Copiapó de la ciudad de Puerto Montt.

Agrega, que el proyecto en cuestión fue observado mediante Acta de fecha 11 de julio de 2017, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1.4.9 de la OGUC, reingresando oportunamente y al no subsanarse la omisión, se procedió a su rechazo a través de Acta de fecha 3 de octubre del mismo año. Señala que, frente al reclamo de la recurrente conforme a los artículos 12 y 118 de la LGUC, se informó a la autoridad competente los motivos del rechazo de la solicitud.

Quinto: Que la Corte de Apelaciones de Puerto Montt acogió el recurso teniendo especialmente en vista que la Dirección de Obras Municipales de Puerto Montt, el 16 de septiembre de 2013 aprobó el anteproyecto que contemplaba la construcción del puente de conexión y que tal conexión aérea estaría amparada por la servidumbre aérea perpetua constituida el 29 de diciembre de 2003 en función de la cual se construyó un puente similar sobre calle Illapel que se encuentra en pleno funcionamiento. Agrega que normas como la del artículo 59 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones permite distinguir entre los terrenos y el espacio aéreo y, entendiendo que la concesión constituye un derecho real administrativo razona que no es factible constituir un derecho real (el de concesión o permiso que se pretende) sobre otro derecho real ya constituido (la servidumbre). De este modo el Seremi de Vivienda y Urbanismo habría dado una errónea interpretación al artículo 2.7.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones y habría excedido en sus facultades al resolver las reclamaciones abordando una materia que competía al órgano municipal que no formuló observación al respecto precluyendo las facultades respectivas.

Contra esta sentencia la Seremi de Vivienda y Urbanismo deduce recurso de apelación fundado en las mismas consideraciones que contiene su informe y que ya fueron relacionadas.

Sexto: Que, apreciados los antecedentes conforme a las reglas de la sana crítica, se tienen por establecidos los siguientes hechos:

a) Con fecha 16 de septiembre de 2013, la Dirección de Obras de la Municipalidad de Puerto Montt otorgó a la recurrente el Certificado N° 16, por el que aprobó -en general- el Anteproyecto de Permiso de Edificación y los planos respectivos, comprendiendo la construcción de un puente de conexión entre el Centro Comercial Paseo Costanera y el nuevo edificio que se construye y forma parte del mismo centro.

b) El 28 de noviembre de 2014 la misma Dirección de Obras otorgó el Permiso N° 744, que autorizó el Anteproyecto del edificio. En el permiso solicitado para esa edificación no se incluyó el puente de conexión.

c) Con fecha 19 de junio de 2017, la recurrente solicitó a la Dirección de Obras el permiso para construir el referido puente de conexión, asignándose el Rol Administrativo SE-2017-4896, y emitiéndose Acta de Observaciones de 11 de junio de 2017, las que fueron contestadas el 4 de septiembre del mismo año, rechazándose en definitiva la petición a través de Acta de 3 de octubre de dicha anualidad.

d) En contra de la decisión expuesta en literal que antecede, la actora interpuso el reclamo establecido en los artículos 12 y 118 de la LGUC, el que fue desestimado por Oficio Ord. N° 194 de 2 de febrero de 2018, acto administrativo que fue impugnado a través de recurso de reposición, rechazado por Resolución Exenta N° 194 de 28 de febrero de 2018.

e) Por escritura pública de 29 de diciembre de 2003, Inmobiliaria Nueva Vía S.A. constituyó una servidumbre perpetua de ocupación de espacio aéreo, sobre un lote de terreno de su propiedad, a favor de Pasmal S.A. y del Banco Santander Chile. El original predio sirviente, entonces de dominio de Inmobiliaria Nueva Vía S.A. fue el Lote N° 8, futuras calle Copiapó y Quepe, de una superficie aproximada de 8.166, 47 metros cuadrados. Los predios dominantes, de propiedad de Pasmal S.A. o del Banco Santander Chile son el lote N° 1, signado como "Estación Puerto Montt"; lote N° 3, ubicado en la Estación Puerto Montt; lote N° 5; lote N° 1 ex cuatro; lote N° 3 ex cuatro; lote N° 6 ex cuatro y lote N° 2 ex cuatro, todos ubicados en la comuna y ciudad de Puerto Montt.

f) Las servidumbres, según consta en la respectiva escritura pública, recaen sobre los lotes destinados a las futuras calles Illapel, Copiapó y Quepe. En la actualidad, calle Copiapó es la arteria

que conecta el antiguo Centro Comercial y el nuevo mall que comprende el proyecto de edificación de autos.

Séptimo: Que, para la adecuada comprensión de lo que se dirá más adelante, conviene precisar el marco normativo aplicable al caso de marras.

El artículo 4º, inciso primero, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones señala que: "Al Ministerio de Vivienda y Urbanismo corresponderá, a través de la División de Desarrollo Urbano, impartir las instrucciones para la aplicación de las disposiciones de esta Ley y su Ordenanza General, mediante circulares, las que se mantendrán a disposición de cualquier interesado. Asimismo, a través de las Secretarías Regionales Ministeriales, deberá supervigilar las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas y técnicas sobre construcción y urbanización e interpretar las disposiciones de los instrumentos de planificación territorial". Por su parte, el artículo 12 señala que: "La Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo podrá resolver las reclamaciones interpuestas en contra de las resoluciones dictadas por los Directores de Obras. El reclamo deberá ser interpuesto en el plazo de 30 días, contados desde la notificación administrativa del reclamante, aplicándose en este caso el procedimiento previsto en el artículo 118".

En cuanto a la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, su artículo 1.4.9 prescribe que: "El Director de Obras Municipales deberá poner en conocimiento del interesado, por escrito, en un solo acto y dentro del plazo máximo para pronunciarse que corresponda para la actuación requerida, la totalidad de las observaciones que estime deben ser aclaradas o subsanadas antes de aprobarse un anteproyecto o concederse el permiso. Para tal efecto suscribirá un Acta de Observaciones. Si junto con la solicitud correspondiente se cuenta con informe favorable de Revisor Independiente, copia de dichas observaciones deberá ponerse a disposición de éste con el fin de que dicho profesional emita un informe complementario, indicando los criterios técnicos y jurídicos que aplicó en su revisión y respondiendo cada una de las observaciones formuladas.

Todas las observaciones que contenga dicha Acta deberán indicar con claridad la o las normas supuestamente no cumplidas".

A su turno, el numeral tercero, inciso segundo, del artículo 2.6.3 de la OGUC dispone que: "Sobre el nivel natural de terreno, se podrá autorizar una construcción que comunique inmuebles de distintos propietarios destinada a, puentes, pasarelas y rampas, previa constitución de las servidumbres de tránsito respectivas. En cuyo caso, no le serán aplicables a las zonas que se conectan las rasantes y distanciamientos establecidos en este artículo, ni en los Instrumentos de Planificación Territorial, siempre que su ancho exterior no sobrepase 3,50 metros y su conexión se

utilice únicamente para la circulación de personas, el traslado de productos, la unión de instalaciones interiores u otros similares". Por último, su artículo 2.7.2 establece que: "Se podrá autorizar una construcción que comunique inmuebles que se enfrenten en ambos costados sobre una vía pública, previa concesión o permiso otorgado por la Municipalidad correspondiente, de acuerdo con las normas pertinentes, siempre que con ello no se afecte negativamente las condiciones físicas y ambientales del entorno, según lo defina el Plan Regulador Comunal o el Plan Seccional, cumpliendo además los siguientes requisitos técnicos:

1. Que la altura libre bajo la construcción, en ninguno de sus puntos, sea inferior a 4,50 m.
  
2. Que la construcción no consulte apoyos intermedios en el espacio público, salvo que para dichos apoyos se cuente con una concesión de la Municipalidad.
  
3. Que no se exceda el máximo del espacio público que el Plan Regulador Comunal o Plan Seccional permite cubrir. En ausencia de éstos, el ancho de la conexión no podrá sobrepasar el 50% de la distancia entre las líneas oficiales de ambos predios".

Octavo: Que, precisado el marco normativo precisamente aplicable en la especie, la discusión de autos gira en lo sustancial en torno a dos tópicos fundamentales: a) Si la servidumbre perpetua aérea que invoca la actora jurídicamente le permite la ocupación del espacio aéreo sobre la calle Copiapó de la comuna de Puerto Montt, es suficiente título para estimar innecesaria la solicitud y otorgamiento del permiso o concesión previos que exige del artículo 2.7.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones; b) Si la falta de dicho permiso o concesión puede ser representada por la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, conociendo del reclamo establecido en los artículos 12 y 118 de la LGUC, aun cuando Dirección de Obras no hubiere observado dicha circunstancia en la forma y oportunidad previstas en el artículo 1.4.9 de la OGUC. Sobre este particular, la recurrente sostiene que la existencia de una servidumbre perpetua aérea reemplaza, en su naturaleza y efectos jurídicos, al permiso o concesión del artículo 2.7.2 de la OGUC; y, en cuanto al segundo aspecto, asevera que la recurrida no puede introducir nuevas "observaciones" al proyecto de edificación presentado ante la Dirección de Obras, toda vez que ello afecta el principio de congruencia administrativa y, por consiguiente, al principio de juridicidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental. Por su parte, la recurrida postula que la existencia de la referida servidumbre no puede soslayar el otorgamiento del permiso o concesión municipal a través de la pertinente solicitud, la que es incluso previa al permiso de edificación propiamente tal; y, en cuanto al segundo punto en discusión, estima que la circunstancia que la Dirección de Obras no haya formulado la observación correspondiente en la forma y oportunidad contempladas en el artículo 1.4.9 de la OGUC, no impide que la autoridad que conoce del reclamo regulado en los artículos 12 y 118 de la LGUC exija el cumplimiento de la normativa urbanística, toda vez que se trata de un requisito de admisibilidad, lo cual concuerda con la función de supervigilancia de las disposiciones



legales, reglamentarias, administrativas y de planificación territorial que el artículo 4°, inciso primero, parte final, de la LGUC le asigna a las Secretarías Regionales Ministeriales de Vivienda y Urbanismo.

Noveno: Que en materia de extensión de la propiedad del inmueble, nuestro Código Civil siguió el principio romano según el cual el dominio del suelo comprende la propiedad tanto del subsuelo como de la columna atmosférica que lo cubre, ambas dentro de los planos perpendiculares a las líneas de demarcación del predio superficial. Aunque no se consagra de modo explícito, él se infiere del sistema general del Código y lo confirman preceptos como el que autoriza al dueño de una heredad para pedir la destrucción de las obras voladizas del vecino, que atraviesen la línea vertical de separación con aquélla, aunque no se apoye sobre el predio ajeno (Artículo 931 inciso 3° Código Civil) o para cortar el excedente de las ramas o raíces de los árboles del predio contiguo que sobresalgan de la misma línea (Artículo 942 del Código Civil). Algunas legislaciones han limitado el dominio en altura al espacio susceptible de ser ocupado o utilizado, esto es, en cuanto sea indispensable al propietario para el ejercicio de su derecho de dominio; así la portuguesa, la alemana, la suiza, la brasileña (Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo VI, N° 360). De este modo, generalizadamente se estima que el propietario del suelo tiene derecho a levantar sus construcciones hasta alturas tales que sólo se encuentra limitadas por las posibilidades materiales, por la ley o por los reglamentos. Desde los comentaristas del Código Civil Francés se acepta como incuestionable el derecho del dueño de la superficie sobre el espacio aéreo que la domina, subentendiéndose que el espacio es susceptible y parte de ese dominio. Ya Portalis en su Exposición de Motivos del Código Civil francés afirmaba "La propiedad sería imperfecta si el propietario no fuese libre de sacar provecho de todas las partes interiores o exteriores del suelo que le pertenecen o si no fuese también dueño de todo el espacio que se superpone a su dominio". En nuestro ámbito parece clarificadora la regla del Artículo 931 inciso 3° que declara denunciable toda obra voladiza que atraviese el plano vertical de la línea divisoria de dos predios aunque no se apoye sobre predio ajeno. Esta norma permite sostener que su fundamento es la propiedad del espacio, la que corresponde al dueño de la superficie y en una extensión comprendida dentro de las líneas demarcatorias del predio. Corroboración de ello es el Artículo 942 referido al árbol que extiende sus ramas sobre suelo ajeno o penetra en él en sus raíces en cuyo caso el dueño del suelo puede exigir que se corte la parte excedente de las ramas, corroborando la extensión de los derechos del propietario de la superficie. Huc, en Francia, entre muchísimos autores de variadas nacionalidades, postula que el espacio aéreo situado encima de un predio es propiedad exclusiva del dueño del predio por lo que el propietario puede alzar construcciones hasta una altura indefinida correspondiendo a la autoridad, en interés de la seguridad y de la salubridad pública, limitar la altura máxima de los edificios. El derecho del propietario a levantar construcciones en altura sólo se encuentra limitada por las posibilidades materiales o por la ley o los reglamentos.

Décimo: Que la calle Copiapó, de la ciudad de Puerto Montt, como bien nacional de uso público, pertenece al Estado y su administración al Municipio respectivo (Artículos 589 Código Civil y 5, letra

c) Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades). El espacio superpuesto a la calle, conforme a lo reflexionado, debe estimarse parte de ese dominio y objeto de esa administración.

Décimo Primero: Que el recurrente sostiene que la servidumbre de ocupación aérea que anteriormente pactaron los propietarios de los predios de cuya subdivisión surgió la calle Copiapó, obligaría a Dirección de Obras Municipales a prescindir del permiso o concesión establecido en el Artículo 2.7.2 de la OGUC puesto que tal derecho real le permitiría la ocupación del espacio superpuesto a esa vía pública, sin afectar a la calle ya que la estructura que comunica las construcciones no se apoya ni tiene fijación en el suelo.

A este respecto cabe considerar que la servidumbre fue constituida el año 2003 por un particular gravando el Lote 8 de la subdivisión de su propiedad y que fue destinado a calles futuras. El gravamen fue en favor de otros lotes contiguos también privados. Al pasar el predio sirviente al patrimonio público y constituir la calle Copiapó, desapareció tal derecho real por haberse extinguido la servidumbre porque el bien nacional de uso público calle (incluido el espacio aéreo superpuesto) no puede estar gravado con servidumbres y porque a su constitución fueron ajenos el Estado y la Municipalidad. En concepto de esta Corte la servidumbre sólo tenía sentido cuando permitía a un predio particular ocupar el espacio aéreo superpuesto a otro contiguo de dominio privado para emplazar en él una construcción voladiza comunicando dos lugares o construcciones de particulares. A tal situación se refiere particularmente el Artículo 2.6.3 de la Ordenanza, exigiendo la previa constitución de una servidumbre, típico derecho de goce sobre un inmueble privado ajeno. Si, en cambio, hay atravesado de una vía pública, ello queda enteramente reglado por normas de derecho administrativo que permiten, de modo excepcional, el uso de bienes nacionales de uso público (y el espacio superpuesto a ellos también lo es) bajo las formas jurídicas de la concesión o el permiso (Artículos 66 y 65 letra a) Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695). Por otra parte, el tipo de construcción de que se trata y que permite la interconexión sobre una vía pública -puente o pasarela- está específicamente regulado en el Artículo 2.7.2 de la Ordenanza y esa regulación claramente exige de un permiso o concesión previos otorgado de acuerdo a las normas pertinentes. Así lo entiende el propio Código Civil cuyo artículo 599 dispone: "Nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales y demás lugares de propiedad nacional". Tal permiso especial de autoridad competente no es homologable al otorgado, décadas antes, cuando la actual calle era terreno de dominio privado.

Décimo Segundo: Que los bienes nacionales de uso público están fuera del comercio humano, pertenecen a la nación toda y por eso no son susceptible de apropiación, están exentos de propiedad privada y demás derechos reales. Como ha dicho un tribunal "el dominio público es una técnica caracterizada ante todo por excluir del tráfico jurídico ciertos bienes... son bienes cuyo uso pertenece a todos los habitantes. Dicho uso puede ser común o especial. El uso común es anónimo, temporal y no requiere de título alguno. El uso privativo implica un uso exclusivo y excluyente del

bien y por eso exige un título habilitante que puede ser el permiso o la concesión" (STC 245, cc 6° y 12° y, en igual sentido, STC 1281, cc 31° y 33°; STC 1669, cc 29° y 30°; STC 1802 cc 22°, etc.). La incorporación de un bien al dominio público requiere de un acto expreso del legislador, aunque ella puede recaer sobre una categoría de bienes y hacerse a través de un precepto general cumpliendo características físicas definidas como, por ejemplo, calles, plazas. La asunción de esa calidad somete al bien a normas de derecho público y los particulares no pueden acceder al dominio o goce de estos bienes conforme a los mecanismos del derecho privado. Mediante ciertos títulos habilitantes, la administración encargada de la tuición del bien público, puede entregar no el bien, pues atentaría contra su inalienabilidad, sino "repartir, por motivos de interés público, derechos de utilización o aprovechamiento privativo sobre determinadas porciones del dominio público con un destino específico". Sin esos títulos, el privado no tiene legitimidad para su uso privativo. El principal de estos títulos es la concesión (STC 1281 cc 33° y 34°; STC 1863 cc 10°; STC 1986 cc 10°; STC 1992 cc 10°; STC 1993 cc, etc.). De este modo, sobre los bienes nacionales de uso público los particulares no pueden tener el derecho de propiedad garantizado por el Artículo 19 N° 24 de la Constitución, ni tampoco la posibilidad de tener acceso a dicha propiedad o derecho a ser propietario asegurado en el N° 23 del Artículo 19 (STC 115, cc 21° y 23°).

Décimo Tercero: Que el régimen de las calles -amén de las referencias de los artículos 589 y 599 del Código Civil- se encuentra especialmente en la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades. En su Artículo 5° se reconoce como atribución del Municipio la administración de los bienes nacionales de uso público, incluido su subsuelo. Y aunque esta referencia no aluda al espacio aéreo superpuesto a estos bienes, específicamente a las calles, naturalmente que también comprende tal ámbito conforme a lo que se ha antes explicado. El Artículo 26 de la Ley Orgánica de Municipalidades confiere a la unidad encargada del tránsito la función de determinar el sentido de circulación vehicular, la señalización y todo lo relativo al tránsito por la vía. El Artículo 65 letra k) otorga al Alcalde, con acuerdo del Concejo, la facultad de otorgar concesiones sobre bienes nacionales de uso público.

Décimo Cuarto: Que la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo en Circular Ordinaria N° 0104 de 15 de marzo de 2006 dictaminó que no existe prohibición alguna para que dos edificaciones contiguas puedan ser interconectadas a través de una servidumbre de tránsito, con la autorización de sus propietarios y el permiso de la Dirección de Obras Municipales para cumplir con los resguardos estructurales, de funcionalidad y de seguridad. En ella refiere que, en virtud de la norma del Artículo 2.7.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, también se permite interconectar en forma aérea y por sobre una vía pública dos o más inmuebles enfrentados mediante puentes o pasarelas, pero ello debe ser previa concesión municipal. Tal regla, relativa al espacio aéreo superpuesto se ha visto complementada por la Ley 19.425 que modificó el actual Artículo 36 de la Ley 18.695, regulando la construcción, utilización y concesiones municipales sobre los subsuelos de los bienes nacionales de uso público.

Décimo Quinto: Que la ocupación del espacio superpuesto a un inmueble de dominio privado está prevista en el Artículo 2.6.3 de la Ordenanza, hipótesis sustancialmente distinta al caso previsto en el Artículo 2.7.2 que se refiere a construcción de puentes que atraviesan un bien nacional de uso público urbano. El 2.6.3 permite autorizar que sobre el nivel natural del terreno se haga una construcción que comunique inmuebles "de distintos propietarios destinada a puentes, pasarelas y rampas, previa constitución de las servidumbres de tránsito...". Esta norma evidencia que entre predios privados es posible la construcción de puentes, pasarelas y rampas previa constitución de la servidumbre de tránsito entre los propietarios de los predios dominante y sirviente involucrados y observando las normas técnicas que indica el mismo precepto. Es claro que la situación regulada por esta norma es distinta -por tanto inaplicable- al caso en que la ocupación es de espacio aéreo que pertenece al Estado porque la superposición afecta o se produce sobre un bien nacional de uso público urbano y la situación, por tanto, se ajusta a lo reglado al Artículo 2.7.2 de la Ordenanza, referido específicamente a una construcción que comunique inmuebles que se enfrenten en ambos costados sobre una vía pública, regla en perfecta armonía con la del artículo 599 del Código Civil.

Décimo Sexto: Que el recurrente invoca la existencia de un anteproyecto de la obra, aprobado según Certificado N° 16 de Dirección de Obras Municipales de 16 de septiembre de 2013 y que contemplaba el puente de conexión. Asimismo, el Permiso de Construcción N° 744 de 28 de noviembre de 2014 autoriza la construcción del edificio.

En relación a tales actos cabe tener presente que la aprobación de un anteproyecto, tratándose de una construcción de más de 10.000 metros cuadrados, tiene una vigencia de un año, según Artículo 1.4.11 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones en relación con el Artículo 120 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones por lo que, al haberse solicitado el permiso de construcción el 19 de junio de 2017, esa aprobación había caducado y tal vez por ello el actor en su recurso no alude a la vigencia de esa aprobación. Por otra parte, el Permiso de Construcción N° 744, de 28 de noviembre de 2014, autoriza la construcción del edificio, pero sin comprender el puente de conexión.

En consecuencia, la aprobación del anteproyecto, por haber caducado, no tiene relevancia jurídica para la decisión del asunto.

Décimo Séptimo: Que el Artículo 2.7.2 de la Ordenanza, permite "Autorizar una construcción que comunique inmuebles que se enfrentan en ambos costados sobre una vía pública, previa concesión o permiso otorgado por la Municipalidad correspondiente siempre que con ello no se afecte negativamente a las condiciones físicas y ambientales del entorno, según lo defina el PRC o el Plan Seccional". Agrega que obtenida la concesión o el permiso deben observarse los requisitos técnicos de (i) altura libre bajo la construcción no inferior a 4,5 metros; (ii) que la construcción no consulte

apoyos intermedios en el espacio público; y, (iii) que no se exceda el máximo del espacio público que el PRC o seccional permitan cubrir.

Esta norma permite (no obliga) autorizar la construcción que comunica a los inmuebles si ella atraviesa una vía pública pero requiere la previa concesión o permiso que debe otorgarse en la forma que establecen los Artículos 65 a) y 66 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

Décimo Octavo: Que esa significación condicionante del permiso o concesión, como supuesto para validar la construcción, autoriza para pensar que su omisión por el órgano municipal implica un vicio que la autoridad encargada de la fiscalización de esta normativa de orden público puede y debe representar y corregir. En vista de tal naturaleza corresponde la actuación oficiosa de la Secretaría Regional Ministerial, disponiendo el retrotramiento necesario para que se cumpla el requisito omitido de instar por el permiso o concesión previos a la decisión de la solicitud de autorización para edificar.

La conducta de observancia de una normativa de orden público, como la relativa a la urbanística y a la construcción, no puede ser estimada un acto ilegítimo o arbitrario y, antes por el contrario, importa una actuación necesaria para dar efectiva aplicación a esa normativa.

Décimo Noveno: Que la exigencia de esa necesaria y previa validación para la utilización del espacio aéreo superpuesto a una vía pública resulta del todo razonable si se consideran los efectos, especialmente visuales y de luminosidad que puede producir una estructura de grandes proporciones (en el caso, 19 metros de alto por 10 de ancho) para conectar, en 4 niveles, el actual Mall Costanera con el mall en construcción, pasando por sobre la calle Copiapó de Puerto Montt.

A la luz de lo dispuesto en el artículo 4° de la LGUC, La Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo disponía de atribuciones para observar la necesidad de instar por el permiso o concesión conociendo del reclamo regulados por los Artículos 12 y 118 de esa Ley de Urbanismo porque, entre sus atribuciones, se encuentra la de supervigilar las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas y técnicas sobre construcción y urbanización e interpretar los instrumentos de planificación territorial y esa potestad persigue evitar y corregir la inobservancia de las normas sobre construcción y urbanización. El hecho que la Dirección Municipal omitiera la exigencia no impide que la recurrida corrija de oficio la omisión para lo cual deberá reingresarse el expediente de permiso, sin perjuicio de estimarse que el Director de Obras en su oportunidad debió devolver el expediente al titular del proyecto en vista de la omisión y que la servidumbre aérea perpetua no sustituye la concesión o permiso exigidos por la Ordenanza. Al proceder así el Seremi de Vivienda y Urbanismo no incurrió en infracción a principios de congruencia y competencia,

porque no había tenido ocasión de actuar en el asunto y, al hacerlo, dispuso de competencia y dio debida aplicación a la ley.

Vigésimo: Que en cuanto a que la recurrida no podía introducir nuevas observaciones porque ello afectaría al principio de congruencia administrativa y al de juridicidad, cabe tener presente que en la sustanciación de un procedimiento administrativo pueden concurrir diversos órganos o estamentos de la Administración, cada cual en el marco de sus correspondientes funciones y deberes. En el caso del Seremi de Vivienda y Urbanismo le corresponde a éste una función de supervigilancia y fiscalización de lo actuado en fases anteriores o preliminares del procedimiento al cual se avoca con la plenitud de su competencia y deberes funcionarios, no solo en lo que es cometido propio del requerimiento, reclamo o recurso sino también en todos los aspectos involucrados en su función. Esta forma de actuar de la recurrida no puede importar incongruencia por cuanto esa autoridad no había formulado pronunciamiento alguno, positivo o negativo, respecto a la necesidad o no de un permiso o concesión como supuesto para decidir la solicitud de permiso de construcción por lo cual mal podría faltar al principio de congruencia que supone contradecir un estado o situación anterior contraria proveniente de la misma autoridad. En cualquier caso la decisión de la Secretaría Regional Ministerial se ajusta y da cumplimiento a una norma imperativa como la contenida en el Artículo 2.7.2 de la Ordenanza, dando de este modo plena observancia al principio de legalidad o juridicidad y no, como se denuncia, vulnerándolo. Y precisamente porque la norma indica el carácter previo que debe tener la concesión o permiso respecto de la autorización de la construcción, corresponde al fiscalizador corregir el error o la omisión en que incurrió el fiscalizado al prescindir de tal exigencia previa. La normalización del procedimiento, en tales condiciones, requerirá retrotraer el expediente administrativo al estado de permitir al solicitante instar por la concesión o el permiso, necesarios y previos, para decidir en definitiva sobre la autorización solicitada.

Vigésimo Primero: Que el apelante Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo fundamenta su petición de confirmar el rechazo de la Dirección de Obras Municipales del permiso de edificación por la omisión en que incurrió el solicitante del requisito de solicitar la concesión o permiso municipal necesarios para el otorgamiento del permiso de construcción según del artículo 2.7.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. Por su parte, el recurrente de protección alegó que esa Secretaría Regional Ministerial habría, a través del ORD N° 194, rechazado su reclamación administrativa por una razón ajena a lo discutido al pretender que la servidumbre aérea perpetua no habilita al recurrente para construir sobre un bien nacional de uso público. No obstante que tal decisión es denegatoria como la reclamada, es efectivo que el recurrente de protección, en su momento, no tuvo oportunidad de salvar su omisión o efectuar alegaciones sobre tal punto, por lo cual esta Corte estima que debe darse al actor la oportunidad para cumplir con la omisión representada por la Secretaría Regional Ministerial y que, por ello, corresponde retrotraer la tramitación al estado de reingresar el expediente a la Dirección de Obras Municipales con tal objeto y a fin de que esa Dirección de Obras Municipales, en su oportunidad se pronuncie sobre este requisito y evalúe de nuevo la procedencia de la solicitud de permiso.

De este modo, y sin perjuicio que, por estimar que en la especie no es posible establecer la existencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario atribuible al recurrido, la acción de protección no podría ser acogida, se dispondrá lo antes referido, en resguardo de los derechos del recurrente.

Por lo expuesto y de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de 30 de agosto de 2018, y en su lugar, se declara que se rechaza, sin costas, el recurso de protección deducido por INVERSIONES MANQUEHUE SpA en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la Región de Los Lagos. Sin perjuicio de lo anterior, se dispone que el expediente administrativo originado por la solicitud de permiso de construcción del puente de conexión deberá reingresarse y retrotraerse al estado de permitir al recurrente cumplir con la exigencia de gestionar la solicitud de concesión o permiso previos que dispone el Artículo 2.7.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, luego de lo cual esa Dirección de Obras deberá pronunciarse sobre la solicitud de permiso de construcción en el sentido que estime procedente en derecho.