

“Revisores Independientes”: reserva legal y el efecto extensivo de las sentencias del Tribunal Constitucional*



RODRIGO DELAVEAU SWETT

Abogado y Magíster en Derecho Público UC
Instituto Libertad y Desarrollo

RESUMEN EJECUTIVO

El comentario analiza los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el proyecto de ley relativo a calidad de la construcción, que declaró la inconstitucionalidad de las relativas a los revisores independientes, por delegarlas a un reglamento. El mérito del fallo radica en la defensa de la reserva legal absoluta acerca de materias que digan relación con el debido proceso en los procedimientos sancionatorios, lo que siempre es bienvenido. Por otro lado, el fallo prestó la oportunidad para que la Autoridad Administrativa derogara “acatando” el fallo del tribunal, toda la regulación reglamentaria de dichos revisores, dejándolos en una situación de incerteza jurídica y sin base para realizar la actividad que les encomienda la ley. De las situaciones ocurridas bajo este régimen de anomia –mientras se dictaba la ley sobre revisores independientes que pretendía hacer cumplir lo fallado en la sentencia del Tribunal– se analiza la postura de nuestros tribunales ordinarios y la Contraloría, que pusieron atajo a la discrecionalidad Administrativa. De este modo, vemos los efectos directos e indirectos de la justicia constitucional en todo el ordenamiento jurídico, como una expresión de la Supremacía Constitucional, donde la defensa de principios libertarios como la reserva legal y el debido proceso deben operar siempre a favor del individuo, y no como un resquicio regulatorio de la Administración.

SUMARIO

1.- Introducción. 2. El Fallo. 2.1.-Aspectos Preliminares sobre la LGUC. 2.2.- Objeto del Proyecto de Ley. 3.- Las Lecciones de “Revisores Independientes”. 3.1.- Fijación anticipada sobre el criterio de interpretación o hermenéutica constitucional. 3.2.- Inconstitucionalidad de Forma: presencia de un análisis cualitativo. 3.3.- Resolviendo el fondo del asunto. Reserva Legal y Debido Proceso: 4.- Supremacía Constitucional: Más allá del Tribunal Constitucional. 4.1 La desvinculación, revinculación y sobrevinculación unilateral de la doctrina constitucional por parte de la Administración. 4.2 Asimilación de la sentencia y salida legal 4.3.- La reafirmación judicial y contralora de la doctrina del Tribunal Constitucional. 5.- Conclusiones. 6.- Bibliografía.

* Sentencia Rol N° 478 del Tribunal Constitucional de fecha 21 de abril de 2005 referido al requerimiento presentado con fecha 10 de marzo de 2005, doce señores senadores con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones del proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

1. INTRODUCCIÓN

Es cierto que el año 2005 no fue abundante en fallos relevantes en materia constitucional. La sentencia analizada constituye un testimonio de que en definitiva, el hecho de que ciertas materias sean reservadas al legislador, no solo responde a la distribución formal, neutra o antojadiza de facultades, sino que responde a una idea central –pero a veces olvidada– en la democracia moderna: la separación de poderes. Su propósito principal, como señala Posner, es prevenir la monopolización del poder coercitivo del Estado, que constituye una forma de monopolio potencialmente más costosa que cualquier otra¹.

Uno de los puntos más singulares de la sentencia radica en que los elementos de mayor interés son tanto exógenos como endógenos. En efecto, por un lado su texto contiene doctrina que endulza los requerimientos más sofisticados de los exegetas del derecho. Por otro, se concretan y precisan normas de enorme aplicación práctica –con un mensaje directo– respecto de cómo la Constitución es una herramienta que gravita diariamente en la vida del ciudadano común. Y es que las sentencias judiciales no son islas. Esta idea, que incluso a los más versados juristas les cuesta clarificar, reconoce que el denominado efecto relativo de las sentencias² es un principio cada vez más... relativo, y para algunos autores como Alejandro Romero simplemente, hemos tocado fondo³. En consecuencia, la primera de las razones para analizar este fallo es precisamente los

¹ POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Sixth Edition. Aspen Publishers, 2003. pp. 652-653. El análisis de Posner es eminentemente económico, pero íntimamente ligado a la protección de los derechos de la persona, en el cual “*muchos de los derechos protegidos en la Constitución están relacionados con el propósito anti monopolístico de la separación de poderes*”.

² En nuestro derecho este principio ha sido –históricamente– de amplia aplicación, teniendo su fundamento en el Artículo 3° inc. Segundo del Código Civil, al señalar que “*Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronuncian*”. Si bien se trata de la regla general, el propio Código de Bello contempla excepciones en los artículos 315 original (que versaba sobre la sentencia que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo) y 1246 relativo a la declaración judicial de heredero.

³ Para este autor, “*Hemos tocado fondo con el problema del efecto relativo de la sentencia, a propósito de entender el valor de entender la jurisprudencia. Qué mejor caso que el de la píldora del día después, se anula el primer fármaco elaborado en base a un determinado producto químico, se aprueba por la autoridad sanitaria, antes que saliera este fallo, otro con el mismo componente químico y resulta que hoy día se vende en las farmacias. El anterior se anuló diciendo que el efecto relativo de la sentencia no le afecta al nuevo fármaco. Cómo no vamos a hacer crisis, a propósito del efecto relativo de la sentencia, cuando resulta que al Tesorero General de la República se le ha dicho en centenares de ocasiones que no constituye en acto ajustado a la Constitución retener el cheque fiscal. Se le ha dicho a Impuestos Internos que el bloqueo tributario es inconstitucional, pero persisten en su actitud.*”

efectos indirectos que produjo en el ejercicio de una actividad económica. Y no se refiere a efectos que podríamos catalogar de difusos o cuestionables, sino a sentencias o dictámenes concretos –emanados de órganos públicos– que hacen carne los argumentos y decisiones tomadas por el Tribunal Constitucional. Lo anterior echa por tierra a quienes piensan que muchas de estas decisiones solo se desenvuelven en las altas esferas de las decisiones públicas.

En vista de lo anterior, resulta inevitable hacer el seguimiento a las consecuencias jurídicas y fácticas que desencadenó el presente fallo, llegando a materializar principios, enfoques e interpretaciones más allá del texto de la sentencia. En ese sentido nuestro comentario no se limitará al fallo del tribunal constitucional, sino que abordaremos las sentencias del Poder Judicial y contralor que fueron decantaciones inmediatas de las consideraciones del fallo en comentario. Son estas consecuencias –directas e indirectas– las que permiten un análisis con mayor perspectiva de cómo las sentencias judiciales tienen, a la larga, un impacto en las políticas públicas y en el quehacer ordinario de las personas.

En segundo lugar, existen fallos que constituyen hitos jurisprudenciales. Otros, se dedican a reafirmar estos hitos o darles precisión a los primeros. En nuestro análisis –y sin que lo planteado anteriormente reste mérito al fallo comentado– las sentencia consolida muchos de los principios e interpretaciones de fallo anteriores. En este sentido su valor es verdaderamente jurisprudencial en cuanto solidifica y consolida una doctrina, constituyendo un verdadero *precedente*. De ahí la segunda relevancia del presente fallo como objeto de estudio desde la visión de las políticas públicas.

2. EL FALLO

2.1 Aspectos preliminares sobre la LGUC

La ley general de urbanismo y construcciones (LGUC) es anterior a la Constitución de 1980 y nunca ha sido debatida enteramente en el

Tenemos un problema pendiente aún, me parece que incorporar este tipo de acciones sin los debidos matices es como pasar de aprender las reglas elementales de la aritmética al cálculo avanzado. Hay que aprender las otras operaciones y dominarlas. ROMERO, Alejandro. *Las Acciones de interés Colectivo y Difuso en la ley de Protección al consumidor*, en Seminario “Nueva Ley de los Derecho del Consumidor: Alcances y Efectos” Santiago. Agosto de 2004, disponible en www.lyd.com

Congreso Nacional, puesto que nace formalmente como un decreto cuya naturaleza real ha sido reconocida como fruto de una facultad legislativa delegada. En otras palabras, la LGUC nunca ha sido sometida a un análisis íntegro de Constitucionalidad, respecto del cual –sospechamos– no saldría bien parada⁴.

Todas las reformas presentadas hasta ahora han sido parciales, salvo excepciones⁵. De ahí la necesidad de dictar un texto legal acorde con el respeto que la Constitución manifiesta frente al derecho de dominio y a la libertad de las personas para emprender, como en su momento se pretendió con el Proyecto de Ley que introducía la Planificación territorial, retirado por el propio Ejecutivo de su tramitación legislativa. Este último, representaba una oportunidad para un debate abierto en el Congreso Nacional, que encuadrara la normativa dentro del marco jurídico de la Constitución de 1980. Sin embargo, como se pudo apreciar del contenido del proyecto, lo que se vino proponiendo era exceder aún más dicho marco constitucional, y remitir en exceso materias al ámbito reglamentario, en circunstancias que se trata de materias propias de la potestad legislativa⁶.

⁴ Notable es esta área es el esfuerzo de Patricio y Juan Eduardo Figueroa donde detallan el marco constitucional en que debiera desenvolverse la ley que regule este tipo de actividades. Señalan estos autores su que “*La aplicación a nuestro Derecho del “principio de Legalidad” en materia urbanística hace especialmente necesario hacer un breve recuento de las normas fundamentales de tipo constitucional, legal y reglamentario del Derecho Urbanístico*” (FIGUEROA V. Patricio y FIGUEROA V. Juan Eduardo, *Urbanismo y Construcción*. Editorial LexisNexis. pp.16-17)

⁵ Desde el 22 de mayo de 1990 hasta la fecha de publicación de este artículo se han presentado más de 30 proyectos de ley que han pretendido, con distinta suerte, modificar la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

⁶ Las críticas no se hicieron esperar. La iniciativa era negativa y estatista. Centralizaba absolutamente la planificación, al punto de reducir casi a cero la autonomía municipal; no mejora las falencias actuales de los planes reguladores ni aspectos como las superposiciones de los comunales con los intercomunales, además, mantiene el límite urbano y de extensión urbana, y las competencias y ámbitos propios de cada nivel de planificación; agregaba trabas adicionales a las actuales harán casi imposible que una comuna pueda regular su territorio, puesto que, desde el nivel central y regional definirán hasta el más mínimo detalle cada aspecto de la planificación; introduce un sinnúmero de nuevas cargas que deberán soportar los particulares, al punto que probablemente terminará ahogando al sector privado. Por otra parte ahogaba a la actividad industrial y crea un sistema casi irracional de control ambiental. Una ley que actualmente solo afecta a las construcciones, se transforma en otra que regula todas las actividades económicas que tienen asiento en el territorio, sumado a que se pasa de una planificación urbana, a una planificación de todo el territorio, reforzando de paso, el control centralizado de la economía, en dichas actividades, a través del Ministerio de Vivienda, apoyado por los órganos sectoriales, que, podrán transformar en normas imperativas los planes y programas de sus respectivos sectores, dado que, estos últimos se incorporan automáticamente al plan regional. Sin perjuicio de lo anterior, el proyecto presentaba numerosas normas inconstitucionales.

2.2. Objeto del proyecto de ley sobre “Calidad de la Construcción”

De vuelta en nuestro análisis, el Mensaje del Ejecutivo que “Modifica normas del decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975, ley general de urbanismo y construcciones, relativas a la calidad de la construcción” (Boletín 3418-14) inició su tramitación en la Cámara de Diputados el 13 de noviembre de 2003⁷.

El proyecto original contenía diversos objetivos. A saber:

- Eximir al propietario primer vendedor de responsabilidad por fallas en ampliaciones, transformaciones o adecuaciones de la propiedad efectuadas con posterioridad a la fecha de la escritura de compraventa, siempre que el propietario primer vendedor así lo pruebe;
- Establecer nuevos plazos de prescripción para el ejercicio de las acciones civiles contra el propietario primer vendedor, por parte del adquirente, según la naturaleza del defecto alegado⁸;
- Precisar que el juez de letras es el competente para conocer de las acciones por defectos de la vivienda;
- Establecer que la aplicación de las multas por infracción a la normativa sobre construcciones, se hará proporcionalmente sobre el valor de aquella parte de la obra en la que se configura la infracción.

En cuanto a los revisores independientes, el proyecto pretendía:

- Eliminar la facultad de contratar un revisor independiente para el caso de edificios de uso público;

les ya que vulnera el principio de reserva legal, excede las atribuciones de la Potesdad Reglamentaria, afecta la Autonomía Municipal; restringe el ejercicio de los derechos Constitucionales de Libre Ejercicio de Actividad Económica, de no Discriminación Arbitraria de la Autoridad, de Igualdad en las Cargas Públicas y el Derecho de Propiedad y la Garantía de no afectar los derechos en su esencia. (Instituto Libertad y Desarrollo, Reseña Legislativa N° 680, de 30 de Julio de 2004). Sin más, y habiendo ingresado el 15 de junio de 2004, fue retirado el 7 de marzo de 2006.

⁷ El Proyecto contemplaba un Artículo único, que modifica los artículos 18, 19, 20, 166 bis, 116 bis B y 114, de la ley general de urbanismo y construcciones.

⁸ Que son los siguientes: 10 años desde la fecha de recepción municipal, si el defecto impide utilizar la casa habitación como tal; 3 años desde la escritura de compraventa, si el defecto radica en los elementos de las terminaciones (cubiertas, pisos, pintura exterior, humedad, etc.); 1 año desde la escritura de compraventa, si el defecto se produce en las instalaciones o terminaciones, tales como pintura interior, alfombras, y similares. 5 años desde la recepción municipal, si se trata de defectos no comprendidos en los casos anteriores (estructura no soportante, tabiques, bases de pavimentos, y otros).

- Excluir de la competencia de los revisores independientes, las materias propias de los directores de obras municipales (con relación a los edificios de uso público) y:
- Suprimir la revisión del director de obras municipales respecto de los proyectos que cuenten con informe favorable del revisor independiente o del arquitecto proyectista⁹.

Su tramitación no estuvo ausente de incidentes. Todas las indicaciones propuestas para eliminar las normas que posteriormente fueron declaradas inconstitucionales, fueron rechazadas por las Comisiones permanentes de la Cámara y el Senado, en su gran mayoría, por la unanimidad de sus integrantes¹⁰.

El proyecto fue aprobado en tercer trámite, en la Cámara de Diputados el 17 de marzo de 2005, cuyo texto sería objeto de un requerimiento ante el Tribunal Constitucional¹¹, sentencia que es objeto de nuestro comentario. Así, con fecha 10 de marzo de 2005, doce señores senadores¹² formularon un requerimiento con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones del proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones, por cuanto

⁹ Tratándose de un proyecto referido a una sola vivienda, o a una o más viviendas progresivas o infraestructuras sanitarias, el informe antes mencionado podrá ser emitido por el arquitecto proyectista bajo declaración jurada (artículo 116 bis B), vigente.

¹⁰ De ello dan cuenta los informes de comisiones, en especial, la votación en particular realizada en la Comisión de Vivienda y Urbanismo del Senado, con fecha 11 de enero de 2005.

¹¹ Algunos senadores, que no integraban la comisión respectiva, ya habían manifestado su dudas sobre la constitucionalidad de ciertas normas del proyecto. El senador Bombal dejó constancia de sus dudas constitucionales sobre la iniciativa ya que *"el presente texto legal vulnera los objetivos antes descritos ya que afecta atribuciones de los directores de obras municipales. Esta autoridad cuyo superior jerárquico es el Seremi de Vivienda, es un órgano propio de la organización municipal, por lo que tiene el carácter de Ley Orgánica Constitucional"*. Otros reparos de constitucionalidad que planteó el parlamentario fueron para los artículos que proponían los requisitos de inscripción, las causales de incompatibilidad, amonestación y suspensión del registro de profesionales que participan en las obras, por incumplimiento de sus obligaciones, lo que afectaría el ejercicio de una actividad económica imponiendo condiciones para su ejercicio". (www.senado.cl, miércoles 8 de septiembre de 2004). Por estas razones el legislador pidió revisar el quórum constitucional de aprobación y remitir el proyecto al Tribunal Constitucional para su control preventivo.

¹² La nómina de los senadores es la siguiente: señora Evelyn Matthei Fornet y señores Carlos Bombal Otaegui, Carlos Cantero Ojeda, Marcos Cariola Barroilhet, Andrés Chadwick Piñera, Sergio Fernández Fernández, Antonio Horvath Kiss, Jorge Martínez Busch, Jovino Novoa Vásquez, Baldo Prokurica Prokurica, Mario Ríos Santander y Sergio Romero Pizarro.

consideraron que violan diversas disposiciones de la Constitución Política, entre ellas las de los artículos 6, 7, 63, 82 n° 1, 61, y 19, numerales 3, 21 y 26, estos últimos en relación con los artículos 32 n° 8 y 60 de la misma.

Los requirentes plantearon al Tribunal dos inconstitucionalidades: una de forma y otra de fondo. Respecto de la primera, impugnaron las normas del proyecto que se refieren a las atribuciones de los Directores de Obras Municipales, las cuales dicen relación con la principal función que ellos desempeñan dentro de la administración comunal, esto es, la de otorgar permisos de construcción. A saber:

1. El número 4, letra b), de su artículo único, que introduce un nuevo inciso quinto al artículo 116 del DFL N° 458, de 1975.
2. El número 6, de su artículo único, que deroga el artículo 116 bis B) del DFL N° 458, de 1975.
3. El número 7, de su artículo único, que sustituye el artículo 118 del DFL N° 458, de 1975.
4. El número 8, letra b), de su artículo único, que modifica el artículo 144 del DFL N° 458, de 1975.

Todas ellas, ya sea por la vía sustitutiva, supresiva o aditiva, abordan materias que claramente son orgánicas constitucionales y, por ende, debieron ser sometidas a votación con quórum superiores y disponer que el Tribunal Constitucional conociera de ellas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107, inciso quinto, de la Constitución Política, en relación con los artículos 3º, letra e), 24 y 140 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Junto con lo anterior, los requirentes hicieron hincapié en que resulta irrelevante que dichas facultades consten en un cuerpo normativo legal diverso al de la ley orgánica constitucional respectiva, ya que es la *materia* la que debe ser sometida a los requisitos de quórum y control antes mencionados, con total independencia del texto legal que las contenga.

En relación con la inconstitucionalidad de fondo, el precepto que se impugna es el contenido en el número 5 del artículo único del proyecto, en virtud del cual se reemplaza el artículo 116 bis del DFL N° 458, de 1975. En él, se contempla una delegación impropia que el legislador hace en el reglamento, lo que vulnera los artículos 6º, 7º, 19, N°s. 3º, 21º y 26º, y 63 de la Carta Fundamental. Su inciso primero dispone que:

“... la Ordenanza General podrá determinar las edificaciones en que será obligatoria la contratación de revisor independiente para los respectivos permisos de edificación o de recepción definitiva”.

En este caso, las condiciones y requisitos de ejercicio de una actividad económica como la de revisor independiente se delegan impropia-mente en el reglamento, el que podrá determinar cuándo la contratación de un revisor es obligatoria para la obtención de los respectivos permisos; lo que importa, al mismo tiempo, una carga sobre el derecho de propiedad de las edificaciones que se verán necesariamente sujetas a una contratación que no se encuentra definida por la ley.

Lo mismo ocurre con la delegación que se hace en el inciso segundo de la norma en análisis, en el cual se indica que el “contenido” de los informes que deben emitir los revisores independientes lo “determinará la Ordenanza General”. Agregan que reviste mayor gravedad lo dispuesto en el inciso final de la disposición antes mencionada que señala:

“El reglamento que se dicte para el registro a que se refiere el inciso primero establecerá los requisitos de inscripción, las causales de inhabilidad, de incompatibilidad y de amonestación, suspensión y eliminación del registro por incumplimiento de sus obligaciones”.

De acuerdo con él, no es solo la actividad económica que realizan los revisores la que queda entregada al arbitrio del poder reglamentario del Presidente de la República, sino que, además, el poder sancionatorio en relación con el ejercicio de la misma, lo que vulneraría lo establecido en el artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental. En esa lógica, los requirentes argumentaron que las materias que se pretende que se regulen por el reglamento son de naturaleza indelegables, pues afectan el ejercicio de una actividad económica, imponiendo condiciones o requisitos para desarrollarla, lo que está expresamente prohibido según lo que disponen los artículos 19, N°s. 21 y 26, y 61 de la Constitución Política.

Dado lo anterior, era de esperar que los argumentos de la contraparte se enfocaran a atacar estos presupuestos desde la perspectiva de considerar qué ámbito de la ley orgánica constitucional es el de fijar o señalar las competencias de que están dotados los municipios, pero no el establecimiento de las condiciones, formas y procedimientos para su ejercicio. Por otra parte, el Ejecutivo se escudó en la norma que permite *aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización, en la forma que determinen las leyes,*

*sujetándose a las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo*¹³.

El Ejecutivo expresó que las atribuciones de las Direcciones de Obras Municipales en relación con la aprobación de los proyectos de obras de urbanización y construcción y el otorgamiento de permisos de edificación, no se ven alteradas en forma alguna por las disposiciones que se objetan por parte de los requirentes. Los preceptos impugnados solo se referirían, entre otros aspectos, al procedimiento a que debe sujetarse la concesión de autorizaciones y los plazos en que la autoridad ha de pronunciarse, pero la función municipal de velar por la aplicación de las normas sobre urbanismo y construcción y las facultades especiales de los Directores de Obras al respecto permanecen incólumes.

En relación con el nuevo artículo 116 bis del DFL N° 45 de 1975, comprendido en el artículo único, N° 5 del proyecto, sus disposiciones abordarían todos los aspectos de la misma que son disciplinados en atención al interés público que se busca cautelar. En esa línea argumental, si la ley convoca al reglamento lo hace para regular la potestad registral, no la actividad del revisor¹⁴.

En cuanto al fondo, el Ejecutivo planteó que las remisiones reglamentarias que se contienen en la norma no afectan derechos fundamentales. Lo anterior, en vista de que el derecho a desarrollar cualquier actividad económica no excluiría la actuación de los poderes públicos para su ordenación a fin de resguardar el bien común. Por ello se recurre a la fórmula que esta regulación sería de reserva legal relativa, donde por potestad reglamentaria se conforme al artículo 32 N° 8, de la Constitución, encomienda al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria para la ejecución de las leyes.

Por último, el Ejecutivo termina señalando que tampoco se vulnerarían los principios del derecho administrativo sancionador, ya que sería la ley y no el reglamento la que contempla las sanciones como también la causal que permite aplicarlas¹⁵.

¹³ Artículos 3°, letra e), y 24, letras a) y g), de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

¹⁴ Para lo anterior se basan en el hecho de que el Decreto Supremo N° 177, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 1997, dictado en ejercicio de una facultad idéntica a la impugnada no establece nada que exceda el marco antes mencionado ni se refiere a la relación del revisor con aquellos que contraten con él. Como se vería posteriormente, el Tribunal rechazaría este argumento.

¹⁵ Notoria es la influencia en la postura del Ejecutivo de autores españoles como el profesor español Alejandro Nieto, al expresar que “la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador se justifica, por lo demás, por la necesidad de garantizar los derechos fundamentales del ciudadano en un mínimo suficien-

3. LAS LECCIONES DE “REVISORES INDEPENDIENTES”

El fallo, al abordar el requerimiento y su contestación, plantea tres aspectos relevantes que resulta ineludible analizar: La determinación anticipada de un criterio interpretativo; la cuestión de forma; y el fondo del asunto.

3.1. Fijación anticipada sobre el criterio de interpretación o hermenéutica constitucional

La ley debe interpretarse del modo más compatible, o que más conforma parezca, con la Carta Política. Este principio no presenta problemas tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, salvo en relación a la interpretación que el Tribunal Constitucional hace respecto a los proyectos sometidos a su control. Así, el Tribunal puede interpretar de una manera determinada los proyectos, distinta al sentido originario dado por el Poder Legislativo¹⁶.

Debido a lo anterior, el sentenciador anticipa cuáles van a ser sus criterios interpretativos. En esta lógica, utiliza dos principios que se articulan el uno al otro, al momento de realizar su examen hermenéutico. El primero de ellos los denominaremos Principio de flexibilidad limitada, en virtud del cual la aplicación de este criterio evita extender el contenido de las leyes orgánicas constitucionales más allá de lo necesario y permitido por la Carta, ya que el hacerlo *privaría a nuestro sistema legal de una equilibrada y conveniente flexibilidad, dado el alto quórum que exige esta clase de leyes (LOC) para su aprobación, modificación o derogación*¹⁷. El segundo, se refiere al ya utilizado en innumerables fallos, denominado principio de interpretación armónica, que en esta ocasión lo hace bajo un criterio *en que en cada caso particular debe buscarse la interpretación que mejor concilie una*

te como para impedir una desigualdad de trato entre el procesado y el que es objeto de un procedimiento administrativo”. (Parte expositiva, fallo N°437 TC, párrafo final).

¹⁶ La doctrina nacional se manifiesta en sentido diversos. Para Zapata esto se denomina *sentencia interpretativa*. En tanto, para Aldunate, estas sentencias interpretativas exceden la competencia del TC, interviniendo en las facultades legislativas, ya que si el TC a través de una sentencia declara inconstitucional una ley, porque el sentido que este TC le atribuyó es contrario a la Constitución, implicaría que las sentencias interpretativas imponen un único sentido posible a las leyes. Es decir, el efecto de la sentencia interpretativa del TC es el mismo que produce una ley interpretativa, efecto que por lo demás nuestro ordenamiento jurídico no contempla.

¹⁷ Considerando segundo, Sentencia Rol N° 437, TC.

*estricta aplicación del texto constitucional con una normativa legal sistemática, coherente y ordenada, que facilite su comprensión y aplicación*¹⁸.

Con todo, no es posible –al menos en esta instancia– develar la importancia (o la total irrelevancia) de tal declaración, toda vez que el Tribunal debiera explicar cómo es que aplicó estos principios en cada una de sus decisiones, lo que hace de manera imperfecta. Así, en gran parte de sus análisis no entrega razones de por qué sentenció en tal o cual sentido, lo que dificulta el comentario pormenorizado de sus decisiones. En el derecho comparado existen numerosos trabajos que denuncian este –aparentemente– común defecto de muchas sentencias emanadas de tribunales superiores de justicia¹⁹.

Tampoco queremos decir con esto que dichos presupuesto interpretativos sean vacíos o carentes de sentido. Simplemente queremos afirmar que de no mediar un aplicación pragmática de los mismos, se deforman en definiciones neutras y muchas veces tautológicas²⁰.

3.2. Inconstitucionalidad de Forma: presencia de un análisis cualitativo

Los procedimientos rara vez son mirados como garantías. De ahí la necesidad de reafirmar que ellos están dirigidos –precisamente– a dar un marco de seguridad jurídica a los destinatarios de la norma. Hay un imperativo de dotar al Código Supremo de un carácter eminentemente operativo, de manera de sujetar la acción parlamentaria a un *modus operandi* establecido en la Constitución²¹. Ya en el pasado, el Tribunal Constitucional ha resuelto sobre su capacidad de resolver este tipo de asuntos, entre los cuales destaca el denominado “Ministros Suplentes” donde se declara la inconstitucionalidad de forma del proyecto de ley que faculta a la Corte Suprema para designar ministros suplentes²², o

¹⁸ Id.

¹⁹ Vid. PETERSON, Andrea, *The Taking Clause: In Search of Underlying Principles*. California Law Review. Vol. 77 (1988) p.1341.

²⁰ ZAPATA L. Patricio. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Biblioteca Americana. 2002. pp. 21-66.

²¹ Ya el Consejo de Estado tuvo especial consideración en la conveniencia de dotar al TC de facultades que permitan ejercer el control de la constitucionalidad de forma que debe observarse en la tramitación de las leyes. Actas del Consejo de Estado, sesión 86ª, del 21 de agosto de 1979, pp. 89-99.

²² En dicho fallo el TC sentenció que “se ha cometido un vicio formal en la tramitación del proyecto sujeto a control de este tribunal, al no haberse oído en el segundo

en “Centrales Sindicales”, donde el Tribunal Constitucional advirtió un vicio cometido por la Cámara de Diputados²³. La sanción en este caso, al igual que el fallo en comento, es implacable: nulidad de los artículos respectivos.

El análisis de contenido –pero que en definitiva resulta un criterio fundante– de un aspecto formal se centra en que el Tribunal vislumbra que las funciones y atribuciones sustantivas del Director de Obras Municipales son cuestiones reguladas por una L.O.C., que precisamente tiene este rango por mandato del Artículo 118 de la Carta Fundamental. En este análisis, solo acoge el requerimiento en lo relativo a la norma que pretende modificar el artículo 116 bis de la LGUC, en cuanto este contiene atribuciones que son propias del Director de Obras Municipales y que por lo tanto debieran ser materia de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades o al menos debieran ser aprobadas con el quórum correspondientes, esto es, 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio.

Sin ser completamente novedosa, hay que rescatar la interpretación realista del Tribunal Constitucional al sentenciar que *“no solo son de rango orgánico constitucional aquellas normas que expresamente la Carta dispone que lo sean, sino también las que constituyen su complemento necesario o indispensable, como ocurre en este caso con algunas de las contenidas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que abordan potestades y atribuciones de los Directores de Obras Municipales”*²⁴. Con todo, el mismo criterio es utilizado para rechazar la inconstitucionalidad de normas adyacentes de similar contenido, pero que de conformidad al razonamiento del Tribunal, dejan incólume –sin modificar en su esencia– las facultades concedidas en la LOC de Municipalidades, y que por no modificar su contenido (sino solo especificarlo) dichas normas no deben ser aprobadas con un quórum especial de 4/7. Lamentablemente no existe un pronunciamiento en el fallo acerca de cuál es el criterio para determinar cuándo una facultad es modificada en su esencia y cuándo es solo complementada o especificada.

trámite constitucional la opinión de la Excma. Corte Suprema sobre el texto de ley aprobado pro el Senado”. (Rol 132, de 9 de septiembre de 1991).

²³ Rol N°118, 30 de enero de 1991.

²⁴ Considerando Sexto, Rol N° 437.

3.3. Resolviendo el fondo del asunto. Reserva Legal²⁵ y Debido Proceso:

Los requirentes centraron su argumentación en un artículo del proyecto, en cuya virtud los revisores independientes son regulados en su actividad. Lo que el Tribunal realiza entonces –utilizando el segundo de los criterios expresados– es analizar por separado estas materias.

El fallo acogió, parcialmente, el requerimiento interpuesto. Tal como señalábamos anteriormente, los requirentes, con la intención hacer prevalecer la supremacía constitucional, impugnaron que dicha actividad de los revisores independientes fuese regulada por un reglamento.

La sentencia declaró inconstitucional la norma contenida en el inciso final del 116 bis del proyecto que modificaba la LGUC, por remitir a un reglamento una materia propia de ley. El fundamento central para declarar la inconstitucionalidad de la norma fue que mediante el empalme que hizo el Tribunal con el *debido proceso*²⁶. En efecto, dicho inciso pretendía que el reglamento que se dictare para el registro de revisores independientes estableciere los requisitos de inscripción, causales de inhabilidad, de incompatibilidad y de amonestación, suspensión y eliminación del registro por incumplimiento de sus obligaciones.

El fundamento de la decisión yace en el numeral 3 del Artículo 19 de la Constitución Política, fibra esencial del Debido Proceso en virtud de la cual no pueden regularse a través de un reglamento materias sustantivas tales como las que señalaba el inciso declarado inconstitucional. El fallo dispuso que el proyecto omitía toda norma regulatoria del proceso y del procedimiento a través del cual pueden ser impuestas aquellas sanciones e incluso el órgano administrativo competente para establecer los hechos que configuran la infracción y permiten aplicar una sanción, aun cuando esta sea administrativa y no penal²⁷.

²⁵ Por reserva legal entenderemos el conjunto de materias que de manera exclusiva la Constitución entrega al ámbito del legislador, excluyendo de su ámbito a otros poderes del Estado. Su propósito inicial (en el derecho francés) es dual: Por un lado, garantiza la protección de los derechos de las personas, y garantiza un ámbito de operación al Poder Legislativo.

²⁶ Excedería al propósito de este artículo profundizar en la relación existente entre reserva legal, derecho de propiedad y actividad económica, y debido proceso. El *Due Process of law* y su vinculación con otros derechos –más allá del ámbito puramente procesal– se remonta en el derecho comparado desde *Chicago, Burlington v. Quincey Railroad Co. en 1897*. Última expresión de esta modalidad está en el controvertido *Kelo v. City of New London* (2005). KMIIEC, Douglas. *The Heritage Guide to the Constitution*. 2005. P. 344.

²⁷ Entramos aquí al viejo conflicto ley-reglamento. A la luz de los fallos del Tribunal constitucional, la dimensión de este conflicto se da en 3 áreas: ámbito de la ley/ ámbito del reglamento; en ver si las normas administrativas pueden o no regular; y en el control del reglamento.

El Tribunal Constitucional, consideró entonces que el *ius puniendi* tanto jurisdiccional como el que emana del Poder Ejecutivo debe ser materia de Ley, y no puede delegarse a un reglamento, lo cual demuestra su afán de protección a los grupos intermedios, en este caso los revisores independientes. Se reafirma aquí una vez más, la reserva legal absoluta en materia de Debido Proceso²⁸.

Es así, como en el numeral vigésimo tercero de la sentencia dictamina lo siguiente:

“Que, del enunciado efectuado en el considerando precedente se sigue, como conclusión ineludible, que el precepto impugnado es una remisión, aspectos medulares, a la potestad reglamentaria de ejecución de la Ley y subordinada a lo que tal ley haya normado, con antelación y en términos sustantiva y procesalmente suficientes. Efectivamente, las omisiones normativas que evidencia ese precepto en formación impiden que pueda considerarse cumplido el cúmulo de exigencias previstas en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Consiguientemente, el Tribunal debe declarar que tal disposición del proyecto infringe el fondo del precepto constitucional señalado, reproche de inconstitucionalidad material que así será decidido en la parte resolutive de esta sentencia”.

Por ende, el inciso final del artículo 116 Bis, del proyecto de ley, se declaró inconstitucional, dado que a través de ese artículo se delegaba al reglamento la potestad punitiva del Estado. Dicho artículo establecía específicamente lo siguiente:

“El reglamento que se dicte para el registro a que se refiere el inciso primero establecerá los requisitos de inscripción, las causales de inhabilidad, de incompatibilidad y de amonestación, suspensión y eliminación del registro por incumplimiento de sus obligaciones”.

Paralelamente, aun cuando habían sido impugnados, el Tribunal Constitucional declaró constitucionales los incisos primero y segundo del mencionado artículo 116 Bis, que delega a la Ordenanza

²⁸ La jurisprudencia del tribunal en esta materia está algo fragmentada. La posición sobre reserva legal absoluta predominó entre 1990 y 1996 con “Publicidad Caminera” I y II; y con “Playas: en tanto la segunda posición desde 1997 hasta mediados de la década presente referida a una reserva legal relativa, tiene su expresión en “D.S. del MINVU” y “Ley de Presupuesto”. Vemos por tanto en este fallo un reenfoque garantista de la reserva legal. La **reserva legal absoluta** interpreta que nuestra Constitución le exige una regulación más exhaustiva a la ley, de modo que el espacio no lo llene el reglamento. La **reserva legal relativa** en cambio interpreta que en nuestra Constitución la ley solo debe abordar las materias que la Constitución expresamente le encarga abordar, entregándole al reglamento cierto ámbito de regulación. Vid. CARMONA S., Carlos. “La relación ley-reglamento en la jurisprudencia del TC”. Revista de Derecho Público. 2000.

General, la obligatoriedad de contratar a dichos revisores y el formato del informe favorable, respectivamente, pero en el entendido que no disminuía la competencia de los Revisores Independientes, tal como lo declara el considerando Décimo del fallo 437.

Así, y para dar cabal cumplimiento del fallo del Tribunal Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad, eliminó el aludido inciso final, del artículo 116 Bis, del texto definitivo que se promulgó como Ley 20.016. Con esta actuación, en donde el Ejecutivo acató el fallo del Tribunal Constitucional, debieron agotarse los efectos del fallo, puesto que este, solo se pronunció respecto del proyecto de ley que se promulgó como Ley 20.016, en los términos que aludía la sentencia. De este modo, y conforme a lo dispuesto en el artículo 116 bis vigente de la LGUC, a los revisores independientes les corresponde verificar que los proyectos de edificación de obras cumplan con las disposiciones legales y reglamentarias, debiendo emitir los informes que se requieran para tal efecto²⁹.

Pero es en este punto donde es posible ver cómo los fallos de nuestro Tribunal Constitucional tienen permeabilidad a todo el sistema jurídico, y como veremos, ubica al Tribunal como una fuente superior e inserto dentro del andamiaje judicial. Son casos como estos donde la “constitucionalización del derecho” desborda el ámbito legislativo y se inserta en el corazón de las decisiones de los tribunales ordinarios como un referente y una guía³⁰.

Sin embargo, el efecto extensivo de un fallo no puede llevarse a lugares donde el Tribunal no ha querido, pudiendo constituirse en una verdadera *ultrapetita* extra sentencia, menos si dicho efecto es

²⁹ Con todo, estos revisores independientes quedan liberados de verificar el cálculo de estructuras, que es de exclusiva responsabilidad de sus proyectistas. Junto con lo anterior, y de conformidad a lo dispuesto en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, los revisores independientes son subsidiariamente responsables con los proyectistas. Para la doctrina, lo anterior significa que son responsables conjuntamente con los proyectistas, aunque, subsidiariamente en relación con el propietario primer vendedor. FIGUEROA Y FIGUEROA, ob. cit. Pp. 266-267; también CORRAL, Hernán, *Responsabilidad Civil Extracontractual en la Construcción*, RDJ, Tomo XLIII N° 3, 1996 p. 37; La doctrina contraria, es decir que la responsabilidad subsidiaria del revisor independiente es respecto a los proyectistas y no al propietario primer vendedor, es sostenida por Sergio Urrejola en URREJOLA SM, Sergio, *La responsabilidad profesional de los agentes de la construcción.*, Ed. Lexis Nexis, 2004, p. 98.

³⁰ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIII, N° 3, páginas 107-137. También GUZMÁN BRITO, Alejandro. *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Valparaíso, Editorial Universitaria, 2001.

llevado a cabo por la Administración. Es ahí donde los tribunales ordinarios juegan un rol garantístico al delimitar los efectos precisos de una decisión del Tribunal Constitucional cuando la Administración haga una aplicación discrecional más allá de las decisiones de una sentencia de la justicia constitucional, como veremos a continuación.

4. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: MÁS ALLÁ DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4.1 La desvinculación, revinculación y sobrevinculación unilateral de la doctrina constitucional por parte de la Administración

Como consecuencia de este fallo, con fecha 27 de mayo de 2005 fue publicada la Ley 20.016 sin la norma del inciso final del artículo 116 Bis que regulaba el Registro de Revisores Independiente en razón de haber sido declarada inconstitucional. A partir esta fecha en que la ley entra en vigencia, su texto quedó fijado, y por efecto tácito hubieran quedado derogadas todas las normas inferiores y anteriores que hubieran resultado incompatibles. Pero en este sentido, el principal afectado por dicha sentencia fue el Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU).

Con esa misma fecha, el MINVU derogó el D.S N° 177 del año 1996 que regulaba el Registro Nacional de Revisores Independientes de Obras de Construcción, por estimar el Ministerio que dicho Decreto adolecía de similares vicios de inconstitucionalidad que el precepto legal objetado por el Tribunal Constitucional. Si se quisiera hacer una asimilación doctrinaria del fallo del Tribunal Constitucional por parte del MINVU solo tendría que haber derogado las partes del reglamento de Urbanismo y Construcciones que establecían *las causales de amonestación, suspensión y eliminación del registro*, y que por lo tanto contradicen al fallo tantas veces citado. Esto se hubiese llevado a cabo derogando parcialmente el Reglamento de Revisores Independientes, es decir eliminando los títulos VI y VII del referido cuerpo reglamentario, y no todo el Decreto³¹.

³¹ Esta opinión es compartida por la Cámara Chilena de la Construcción. "A nuestro juicio, solo debió haber derogado aquellas disposiciones del Reglamento que establecían las causales (...), dejando las demás". Informe Jurídico De La Construcción. N° 11. Noviembre 2005. p. 2.

Si bien el fallo no tiene directa relación con el D.S.177 del año 1996, si el MINVU (ya no en el cumplimiento de un fallo del Tribunal Constitucional, puesto que el fallo está referido a una ley, y no por un acto del Ejecutivo) deseara incorporar la doctrina del fallo, en sus reglamentos que se refieren a los Registros, debiera haberlo hecho para *todos los registros*, sin que importara una discriminación arbitraria en contra de los Revisores Independientes. Lo anterior implica que también debiera haberlo hecho respecto al registro de los revisores de cálculo estructural y a los registro de consultores del MINVU.

Sin perjuicio de esta omisión, que argumentando el principio relativo de la sentencia podría haberse justificado, el MINVU quiso ir más allá en su osadía normativa. Con fecha 6 de mayo de 2005 (en fecha posterior al fallo) se publicó en el *Diario Oficial* otro Decreto del MINVU, mediante el cual se modificó el reglamento de los consultores del MINVU, modificándolo, mas no eliminado las sanciones y otros requisitos, a los inscritos en ellos. Ello demuestra que no solo se dejó de aplicar la doctrina del fallo del Tribunal Constitucional, sino que pretendía establecer –en un decreto– el criterio opuesto a las del Tribunal.

Si bien aplicar la doctrina del fallo del Tribunal Constitucional no significa “derogar” un registro (pues nada de eso dice el fallo, ni menos aún, respecto de un registro establecido directamente en la ley, como es el caso de los revisores independientes) el MINVU carece de atribuciones para derogar dicho registro, en vista del principio que rige a los órganos del Estado establecido con claridad meridiana en el Artículo 7° de nuestra Carta Fundamental. Mientras no se dicte una ley en tal sentido, la actividad de los revisores independientes no está regulada administrativamente a nivel reglamentario, sino que solo se regulan por la Ley General de Urbanismo y Construcciones³².

Ahora, ello no quiere decir que “no existan” los revisores independientes, puesto que su existencia fue establecida por la ley, cuyo texto está plenamente vigente desde la promulgación de la Ley 19.472, del año 1996, y reforzada con la Ley 20.016 que entró en vigencia el 27 de mayo de 2005, la cual vuelve a reconocer la institucionalidad de los revisores independientes, ampliando sus

³² Vid. FERNANDOIS, Arturo. “El Cumplimiento de las Sentencias del Tribunal Constitucional”, en el libro “Reformas Constitucionales” LexisNexis, 2005.

funciones. Enmarcado en dicho ámbito jurídico, cientos de arquitectos se inscribieron en el mencionado registro y a los que cumplían los múltiples requisitos de inscripción, se les otorgó un derecho adquirido, mediante resoluciones del propio MINVU, que “otorgaba la inscripción”, la cual dura seis años renovables.

Resulta imprescindible destacar que aun derogando la regulación completa del Registro, como lo hizo el D.S. 85 (MINVU) del año 2005, al derogar todo el D.S. 177, ello no es sinónimo de haber “derogado” el Registro mismo –y menos aún a los revisores independientes–, puesto que no puede derogar lo que ha sido creado por ley, como tampoco puede desconocer en los hechos el derecho de propiedad de los revisores independientes.

Por un lado, todos los revisores independientes tienen un derecho adquirido, de naturaleza colectiva, incorporado a su patrimonio, y protegido constitucionalmente desde que la Ley General de Urbanismo y Construcciones crea su existencia. Y por otro, también tienen un derecho adquirido, a título individual, desde que se inscriben en el mencionado Registro Nacional, justamente para ejercer la tarea legal que les ha encomendado el legislador, la que se acredita con un “Certificado de Vigencia”, que dura al menos 6 años, renovables. Durante todo ese período tienen un derecho incorporado a su patrimonio, que fue otorgado válidamente al amparo de la legislación vigente, a saber, el artículo 116 bis, inciso primero, de la Ley General del ramo, incorporado por la Ley 19.472, del año 1996, y ratificado por la Ley 20.016 del año 2005, y que no puede ser desconocido por autoridad administrativa, ni incluso por una ley posterior, a no ser que se les expropié su derecho, en virtud del artículo 19 N° 24 inciso tercero³³.

Asimismo, el hecho que las Seremi de Vivienda y Urbanismo se negaren a certificar la vigencia de las inscripciones en el Registro constituiría una ilegalidad, puesto que la propia normativa contemplada en la Ordenanza General del ramo, exige tal certificación para lograr el normal funcionamiento de la actividad de los revisores independientes.

³³ De haber sido así nos encontraríamos frente a un nuevo caso de Expropiación Regulatoria. Ver FERMANDOIS V., Arturo. *Inaplicabilidad de Ley de Monumentos Nacionales*. Sentencias Destacadas 2004. Instituto Libertad y Desarrollo. 2004 pp. 19-53; y DELAVEAU S., Rodrigo. *La Expropiación Regulatoria en el Derecho Norteamericano*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 33. N° 1. Enero-abril 2006.

A mayor abundamiento, la institucionalidad de los revisores independientes no solo está consagrada en la Ley: es un derecho adquirido por cada uno de los revisores inscritos, sino que además es un requisito imperativo para la aprobación de proyectos de construcción de edificios de uso público. Dicha institucionalidad además está consagrada en múltiples disposiciones de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones³⁴. Entre estas disposiciones reglamentarias está la obligatoriedad de contratar revisores independientes para el caso de los edificios de uso público, como también la prohibición a los Directores de Obras de rechazar un expediente informado por revisor independiente, como asimismo, la rebaja del 30% de los derechos municipales cuando se acompaña informe de revisor independiente, etc.

Ello ilustra la plena existencia de la institucionalidad de los revisores independientes. En conclusión, aun derogando la regulación completa del Registro, como lo hizo el D.S. 85 (MINVU) del año 2005, al derogar todo el D.S. 177 (MINVU) del año 2005, ello no es sinónimo de haber “derogado” el Registro mismo, puesto que no puede derogar lo que ha sido creado por ley, como tampoco puede desconocer en los hechos, el derecho de propiedad de los revisores independientes. Es por esto que es posible afirmar que el Registro de Revisores Independientes siguió plenamente vigente y no existe una relación jurídica-causal lógica entre la derogación del DS 177 de 1997, y sus posteriores consecuencias, como la negativa a otorgar certificados de vigencia a los revisores independientes legítimamente inscritos y el fallo del Tribunal Constitucional N° 437.

4.2 Asimilación de la sentencia y salida legal

Para efectos de subsanar el vacío producido como consecuencia de la derogación del Decreto Supremo N°177, con fecha 30 de agosto de 2005 (y en un claro reconocimiento al problema jurídico explicado en el acápite anterior) el Ejecutivo envió al Parlamento un proyecto de Ley que regula el Registro Nacional de Revisores Independientes de Obras de Edificación el cual, fundamentalmente, eleva a rango legal las normas que se encontraban previstas a nivel reglamentario (Boletín 3964-14).

³⁴ Como lo son, por ejemplo, los artículos 1.1.2, 1.2.1, 1.2.5, 1.4.7, 2.6.18, 3.1.8, 5.1.5, 5.1.6, 5.1.7, 5.1.14, 5.1.17, 5.2.3, 5.2.5, entre otros de dicho cuerpo normativo.

El proyecto de ley contemplaba, para efectos de aplicar las sanciones anteriormente revisadas, una serie de disposiciones que regulan el procedimiento sancionatorio, así como el órgano competente para establecer los hechos que configuran una infracción y la sanción correspondiente³⁵.

De este modo, se cumple en forma y fondo con la exigencia observada por el Tribunal Constitucional en el sentido que la ley que regule el Registro de Revisores Independientes debe, además contemplar el procedimiento a través del cual pueden ser impuestas las correspondientes sanciones y el órgano administrativo competente para conocer de estas infracciones y para aplicar las sanciones³⁶. El proyecto se convirtió en la Ley 20.071 publicada en el *Diario Oficial* el 22 de noviembre de 2005.

4.3. La reafirmación judicial y contralora de la doctrina del Tribunal Constitucional

En los párrafos anteriores se analizaron cómo los efectos de la Sentencia del Tribunal Constitucional han ido permeando en la potestad reglamentaria –con ciertos desvaríos– y luego en la legislación. Veremos a continuación con este “contagio por capilaridad” llega a nuestros tribunales de justicia y a la Contraloría General de la República.

Los análisis sostenidos en el acápite anterior tuvieron un fuerte respaldo en diversas sentencias de nuestros tribunales ordinarios y por parte del poder contralor que “aterrizaron la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias y dictámenes. De este modo el fallo constituyó un verdadero precedente que no solo orientó el criterio de tribunales inferiores, sino que particularizó sus alcances reafirmo la supremacía constitucional.

4.3.1 Corte de Apelaciones de Santiago. “Consultorías Generales S.A, con I. Municipalidad de Las Condes”

Por sentencia de fecha 19 de octubre de 2001³⁷, la Corte de Apelaciones de Santiago cogió un recurso de protección presentado por

³⁵ El órgano competente es la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda, y una Comisión de Apelaciones del Registro de integración mixta.

³⁶ CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN, *ob. cit.* P. 6.

³⁷ Rol N° 4288/2005.

un grupo de revisores independientes, en contra de la directora de obras de la I. Municipalidad de Las Condes.

Los recurrentes presentaron el recurso en razón de que la Dirección negó la recepción de una Solicitud de Aprobación de Anteproyectos de Obras del Anteproyecto denominado “Centro Comercial Paseo Los Dominicos” expresando que se debía extraer previamente el Informe favorable, por haberlo así dispuesto verbalmente la recurrida y la Jefa de Edificación. Igual rechazo se produjo en la oficina de la Dirección de Obras, infringiendo su garantía constitucional del derecho a desarrollar una actividad económica, de la libertad de trabajo y del derecho de propiedad, establecidos respectivamente en los numerales 21, 16 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado³⁸.

Los recurrentes alegaron que se perturbaba el ejercicio legítimo de la libertad de trabajo, desde el momento que se desconoce el desempeño profesional de los arquitectos revisores independientes; el derecho a desarrollar una actividad económica de conformidad a la ley, respecto de la sociedad constituida para el desarrollo de dicha actividad; y el derecho de propiedad, toda vez que se ha desconocido por la autoridad municipal la calidad de revisores independientes de los comparecientes que los habilita para asesorar a las empresas constructoras en sus proyectos inmobiliarios emitiendo informes favorables según lo dispone el artículo 116 Bis de la Ley General de Urbanismo y Construcción.

Por su parte la Municipalidad alegó que su actuar no es ilegal ni arbitrario ya que decidió no recibir el informe de un revisor inde-

³⁸ Señalan los recurrentes que el 2 de junio de 2005, ante su petición de ingresar una Solicitud de Aprobación del Anteproyecto denominado Centro Comercial Paseo Los Dominicos, Camino El Alba N° 11969 Las Condes, acompañando, entre otros antecedentes, un informe favorable de revisor independiente, emitido por la recurrente con el N° 1.602 APE de 30 de mayo de 2005, la funcionaria del módulo de recepción se negó a recibir el expediente respectivo, expresando que se debía extraer previamente el Informe favorable ya singularizado, por haberlo así dispuesto verbalmente la recurrida y la Jefa de Edificación. Igual rechazo se produjo en la oficina de la Dirección de Obras. Estos hechos fueron certificados por ministro de fe competente. La edificación constituye una obra de uso público, existiendo norma legal que exige tal tipo de informe para su ingreso y aprobación. La negativa referida constituye un acto típico y característico de denegación de servicio, figura contemplada en los artículos 3, 8, 13, 42, 52 y 62 N° 8 de la Ley 18.575; 3, 5, 6, 24, 40, 141 de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades. Señala que no existe una razón que justifique dicha negativa, siendo un acto de mero capricho. También alegaron ilegalidad por cuanto contraviene el derecho de petición consagrado en la Constitución Política; y el artículo 116 bis, inciso 1°, de la Ley General de Urbanismo y Construcción; el artículo 1.4.2 de la Ordenanza; y los artículos 3, 4, 5, 8, 10 y 11 de la Ley 19.880.

pendiente en vista de las “instrucciones verbales” precisas impartidas por el Jefe de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en respuesta a una consulta conforme a lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, toda vez que al 2 de junio del presente año no había Reglamento del Registro Nacional de Revisores Independientes de Obras de Construcción, en razón de la derogación del Decreto Supremo N° 177 referido.

La Corte falló en consideración que efectivamente la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en su artículo 4° dispone que al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, a través de su División de Desarrollo Urbano, le corresponde impartir las instrucciones para la aplicación de las disposiciones de esta Ley y su Ordenanza General... Pero dichas instrucciones se deben impartir, según reza la disposición: ...“*mediante circulares, las que se mantendrán a disposición de cualquier interesado...*” y no por “instrucciones verbales; respetando con ello los principios fundamentales del derecho administrativo de publicidad y transparencia³⁹.”

Así el considerando 9° sentencia que:

“9°. Que siendo el acto recurrido ilegal, de la manera que queda dicho, el proceder de la Directora de Obras importa una violación a la garantía constitucional de los recurrentes, contemplada en el artículo 19, N° 21 de la Constitución Política. En efecto, al infringir, como se ha hecho, las normas legales que rigen la materia referida a los revisores independientes, se impide a los recurrentes realizar esa actividad económica, contemplada expresamente en la legislación vigente”.

Si bien el fallo no lo dice expresamente, constituye una reafirmación unánime e indirecta de los principios sobre debido proceso y reserva legal absoluta que en su momento fue considerada por el Tribunal Constitucional. Tan es así que la sentencia fue confirmada –nuevamente de manera unánime– por la Tercera Sala de la Corte Suprema el 16 de noviembre del año 2005⁴⁰.

³⁹ Interesante fue, desde el punto de vista de las políticas públicas, que el fallo hubiera citado también las normas de transparencia, “*Principios que han sido reforzados en la Ley 19.653 que establece normas sobre probidad administrativa aplicables a todos los órganos de la Administración del Estado*”. Considerando 6° Rol 4288/2005 Corte de Apelaciones de Santiago.

⁴⁰ Rol 5596/2005 Corte Suprema.

4.3.2 Dictamen de la Contraloría General de la República. “Edificio del Centro de justicia de Santiago”

En capítulos anteriores mencionábamos cómo el MINVU había prácticamente desconocido la existencia legal de los revisores independientes, derogando la totalidad de la norma administrativa que los regulaba (hasta que se dictara una nueva normativa) extendiendo más allá de sus facultades la sentencia del Tribunal Constitucional, provocando una situación de anomia jurídica.

Un ejemplo de dicha problemática se resolvió por Dictamen de la Contraloría General de la República de fecha 6 de marzo de 2006⁴¹, cuyo contenido revisaremos.

Una empresa de revisores independientes solicitó el pronunciamiento del órgano contralor respecto de la actuación del Director de Obras Municipales de Santiago, con motivo de la tramitación de una modificación del Proyecto “Edificio del Centro de Justicia de Santiago”. De conformidad al tantas veces citado 116 bis de la LGUC, requería la contratación de un revisor independiente. No obstante dicha Dirección formuló, ente otras observaciones, la exigencia que el propietario se desistiese de actuar mediante dicho revisor. La justificación de la Municipalidad se basó en que ante la falta de instrucciones por parte del MINVU respecto de aquellos casos que se encuentran en tramitación con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 20.016, se optó por la continuación del trámite según lo establecía la Ordenanza, es decir se emitió la observación considerando que el registro del revisor se encontraba “vencido” (por derogarse la totalidad de la norma administrativa que lo regulaba⁴²). En otras palabras, el MINVU desbordó el efecto de la sentencia del Tribunal constitucional y la aprovechó para “derogar” la institución de los revisores independiente, cosa que como ya comentamos excede sus potestades⁴³.

La Contraloría determinó que la eficacia formativa anterior a la entrada en vigencia de la Ley 20.016 debe necesariamente abarcar tanto el cumplimiento de un permiso de edificación como las eventuales modificaciones del mismo. Luego la Contraloría señala que al

⁴¹ Ingreso N° 10.636.

⁴² Como sabemos se trata del DS 177 de 1996, derogado por el DS 85 de 27 de mayo de 2005.

⁴³ La ley contemplaba un artículo transitorio que otorgaba un plazo de 60 días para pedir la incorporación al nuevo registro de revisores independientes.

derogación del DS 177 no alteró lo dispuesto en el Artículo Transitorio de la Ley 20.016, esto es, que la tramitación de los permisos y autorizaciones ingresados antes de la vigencia de la ley se registrarán por la formativa legal vigente con anterioridad, lo que implica que no podría impedirse la aplicación ultractiva de esas disposiciones aludiendo a la derogación tácita o expresa de los preceptos reglamentarios complementarios. Por eso el órgano contralor señala de manera tajante que:

“El citado artículo 1.3.2 de la Ordenanza General⁴⁴ debe entenderse tácitamente derogado sin que resulte admisible ampliar el efecto de esa norma reglamentaria más allá de lo dispuesto expresamente por el legislador”.

Debido a lo anterior, el Contralor concluye que la Dirección de Obras señalada no se ha ajustado a derecho al eximir del informe favorable del revisor independiente a la modificación del proyecto en cuestión. Esto constituye un reconocimiento a la existencia legal de los revisores independientes y por lo tanto una reafirmación de la reserva legal de la regulación de una actividad económica, donde los procedimientos relativos a esta actividad también deben ser regulados por una ley. Constituye por tanto, una materialización de los principios y consideraciones del fallo del Tribunal Constitucional.

5. CONCLUSIONES

- i) La sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 437 declaró inconstitucional la norma contenida en el inciso final del 116 bis del proyecto que modificaba la LGUC, por remitir a un reglamento una materia propia de ley. Dicho inciso pretendía que el reglamento que se dictare para el registro de revisores independientes estableciere los requisitos de inscripción, causales de inhabilidad, de incompatibilidad y de amonestación, suspensión y eliminación del registro por incumplimiento de sus obligaciones.
- ii) Lo anterior constituye una defensa expresa a los principios del debido proceso y a la reserva legal absoluta, en virtud de la cual no puede entregarse requisitos de registros, procedimiento y sanción a un norma emanada de la potestad reglamentaria.

⁴⁴ Que se refiere finalmente a la materia del requerimiento.

- iii) La Administración tuvo una actitud contradictoria. Por un lado, acató esta decisión al enviar un proyecto de ley que pretendía por la vía legal –como lo había dispuesto el propio fallo– regular la actividad de los revisores independientes. Pero por otro, hizo una aplicación antojadiza y discrecional del fallo, dejando sin efecto no solo la materia impugnada por el Tribunal en la Ordenanza respectiva, sino que todo el capítulo relativo a los revisores independientes. Luego, el Ejecutivo quiso ir más allá en su osadía formativa, dictando otro Decreto mediante el cual se modificó el reglamento de los consultores del MINVU, modificándolo, pero no eliminando las sanciones y otros requisitos, a los inscritos en ellos. Ello demuestra que no solo se dejó de aplicar la doctrina del fallo del Tribunal Constitucional, sino que pretendía establecer –en un decreto– el criterio opuesto a las del Tribunal.
- iv) Debido a lo anterior, los revisores independientes cayeron en una situación de supuesta “inexistencia jurídica” vía decreto, ya que se instruyó verbalmente a las municipalidades que no recepcionaran documentos elaborados por revisores independientes, mientras no se tramitara completamente el proyecto la ley que los regula.
- v) La justicia ordinaria y la Contraloría pusieron atajo a esta situación haciendo un aplicación indirecta y tácita de lo fallado por el Tribunal Constitucional.
- vi) De este modo, vemos cómo los efectos directos e indirectos de la justicia constitucional tienen su aplicación en todo el ordenamiento jurídico, como una expresión de la Supremacía Constitucional, donde la defensa de principios íntimamente fundidos con la Libertad –como la Reserva legal y el Debido Proceso– deben operar siempre a favor del individuo, y no como un resquicio regulatorio de la Administración.

6. BIBLIOGRAFÍA

- CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN. *Informe Jurídico de la Construcción*. N° 11. Noviembre 2005.
- CARMONA S., Carlos. “La relación ley-reglamento en la jurisprudencia del TC”. *Revista de Derecho Público*. 2000.
- CORRAL, Hernán, *Responsabilidad Civil Extracontractual en la Construcción*, RDJ, Tomo XLIII N° 3, 1996.

- DELAVEAU S., Rodrigo. *La Expropiación Regulatoria en el Derecho Norteamericano*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 33. N° 1. Enero-Abril 2006.
- DOMÍNGUEZ A., Ramón, *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIII, N° 3.
- FERNANDOIS V., Arturo. "El Cumplimiento de las Sentencias del Tribunal Constitucional", en el libro "Reformas Constitucionales, LexisNexis, 2005.
- FERNANDOIS V., Arturo. *Inaplicabilidad de Ley de Monumentos Nacionales*. Sentencias Destacadas 2004. Instituto Libertad y Desarrollo. 2004.
- FIGUEROA V. Patricio y FIGUEROA V. Juan Eduardo, *Urbanismo y Construcción*. Editorial LexisNexis.
- GUZMÁN B., Alejandro. *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Valparaíso, Editorial Universitaria, 2001.
- INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO, Reseña Legislativa N° 680, de 30 de Julio de 2004.
- KMIEC, Douglas. *The Heritage Guide to the Constitution*. 2005.
- PETERSON, Andrea, *The Taking Clause: In Search of Underlying Principles*. California Law Review. Vol. 77 (1988).
- POSNER, RICHARD A., *Economic Analysis of Law*, Sixth Edition. Aspen Publishers, 2003.
- ROMERO, Alejandro. *Las Acciones de interés Colectivo y Difuso en la ley de Protección al consumidor*, en Seminario "Nueva Ley de los Derecho del Consumidor: Alcances y Efectos" Santiago. Agosto de 2004.
- URREJOLA SM, Sergio, *La responsabilidad profesional de los agentes de la construcción*. Ed. Lexis Nexis, 2004.
- ZAPATA L. Patricio. *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Biblioteca Americana. 2002.