

Nº 191
AÑO LX
ENERO - JUNIO
1992

ISSN 0303 - 9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Corporel, Nº 98, París 1985), es al momento en que falla que establece lo que, *en ese momento* cree prudente conceder como reparación. No hay pues razón alguna para hacer retroceder la fecha del reajuste a un momento en que la desvalorización aún no ha incidido en la pérdida de valor del monto fijado por el juez. Distinto sería el caso si el juez hiciese una evaluación colocándose al momento de la ocurrencia del daño, o de la interposición de la demanda o cualquier otro instante anterior a la sentencia misma. Tratándose del daño moral ello no sucede porque el juez fija la suma compensatoria según el valor que él estima prudente al momento de fallar.

Nos parece que la doctrina de la sentencia comentada debe ser la que impere ya definitivamente, de modo que las vacilaciones precedentes queden sólo como el ejemplo de la forma en que se elabora la norma jurisprudencial cuando no existe la base de una regla legal.

2. RECURSO DE PROTECCION. DERECHO ADQUIRIDO DEL ADMINISTRADO. ILEGALIDAD DE ACTO REVOCATORIO DE PERMISO YA CONCEDIDO. DOCTRINA DEL ACTO PROPIO

DOCTRINA

Otorgado un permiso de edificación de acuerdo a planos debidamente aprobados por la autoridad pertinente, incurre en acto ilícito y contrario al derecho de propiedad la Dirección de Obras Municipales que ordena la paralización de las obras de construcción y amenaza con su demolición, bajo el pretexto que el permiso se otorgó por error administrativo. Además de que en tales circunstancias la dicha Dirección carece de facultades para ordenar la paralización, el supuesto error en que incurrió la propia DOM no puede servir de base para alterar un permiso ya otorgado, porque ello implicaría modificar un acto administrativo mediante otro, pasando por sobre el derecho ya adquirido por el particular afectado, así como hacer recaer el error de la propia administración no en quien lo cometió sino en dicho particular. Un acto administrativo que ya ha producido sus efectos hace ingresar al patrimonio del administrado de buena fe un derecho sobre el cual la administración carece de facultad de autotutela declarativa, pues ésta corresponde al juez y no a la administración. Existe en derecho un principio general, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del propio sujeto, afectando a una actividad perturbadora de un interés ajeno y causando daño (*venire contra factum proprium non valet*). Este principio impide a la Administración revocar su acto previo frente al tercero que de buena fe incorporó los efectos de aquel a su patrimonio. Se ordena dejar sin efecto la orden de paralización, con costas.

Corte de Concepción, 1 de octubre 1992, Recurso de protección, rol 8754. Sentencia confirmada por la C. Suprema 28 oct.1992.

COMENTARIO

Una vez más un tribunal de apelación acoge un recurso de protección en contra de un organismo administrativo que pretende revocar sus propios actos y bajo variados pretextos. Esta vez se trata de una Dirección de Obras Municipales que había otorgado un permiso de construcción a un particular. Cuando éste tenía ya su casa en avanzado estado de terminación, esa misma Dirección que le había aprobado los planos arquitectónicos y le había concedido el permiso, le da orden de paralizar la construcción bajo pena de demolición y fundándose en que el permiso había sido otorgado, en la forma concedida, por error, puesto que le permitía un pareo que no debió habersele aceptado. La Corte de Concepción, con razón, según veremos, sanciona como arbitrario e ilícito el acto revocatorio y deja sin efecto la orden municipal.

Ya con anterioridad otra Dirección de Obras Municipales había sido objeto de un recurso semejante; pero por negativa a recibir una obra ya ejecutada y autorizada, a pesar que se había construido conforme a planos aprobados y al permiso concedido (C. Suprema, 24 de noviembre 1987, *Rev. de Der.* t. 84, sec. 5ª, pág. 273).

Son numerosas las sentencias que, respecto de otros actos administrativos, han seguido la misma doctrina jurisprudencial. Lo interesante de la que transcribimos no está entonces tanto en su novedad cuanto en el hecho que constituye un verdadero resumen de la doctrina jurisprudencial que ya se ha establecido y que emite con toda claridad los principios en que tal doctrina se funda. En particular, contiene la aplicación de la denominada doctrina del acto propio, particular versión de un principio general que impide a todo sujeto volver, en perjuicio ajeno, sobre lo que él mismo ha realizado.

Que un acto administrativo pueda generar derechos que se incorporan como adquiridos al patrimonio del administrado es doctrina muy firmemente establecida. (Entre nosotros, vid. E. Soto Kloss, "Los Derechos Adquiridos en el Derecho Público Chileno", en *Rev. de Der.* t. 81 (1984), 1a. parte, sec. der., págs. 13 y sgts. y nota a sentencia C. Suprema 29 enero 1991 en *Rev. de Der.* t. 88, sec. 5a., págs. 47, esp. págs. 56 y 57. Para el derecho francés, A. de Laubadere, *Traité de Droit Administratif*, t.1, N° 558 y sgts. 1980; M. Waline, *Droit Administratif*, 9a. edic. N° 948 y sgts.) De allí que la administración carezca del poder de retracto respecto de los particulares que, de buena fe, han adquirido tal derecho con la dictación del acto administrativo. Es lo que se denomina la intangibilidad de tales actos (sobre lo cual, además de los autores citados, R. Muzellec, "Le principe d'intangibilité des actes administratifs individuels en droit français", tesis, Rennes 1971; M. Waline, "Le retrait des actes administratifs" en *Mélanges Mestre*, págs. 563 y sgts. y entre nosotros, S.A. Henríquez Silva, "El principio de la irretroactividad de los actos administrativos", memoria, Concepción 1969), principio que tiene fundamentos en el fin de seguridad jurídica que es consustancial al Derecho. Por otra parte, como lo expresa justamente un autor, "la administración viola la buena fe al burlar la confianza que ha suscitado, en especial actuando "contra

proprium factum" (A. Grisel, *Droit Administratif Suisse*, t.1, pág. 187, Neuchatel 1970 y, en el mismo sentido, B. Knapp, "*Précis de droit administratif*, N° 295. Bale 1982). En los últimos años esta doctrina ha sido constantemente aplicada por nuestros tribunales. Se ha resuelto, por ejemplo, que "resulta arbitraria una decisión administrativa que, sin basarse en nuevos antecedentes, pretende desconocer lo ya decidido y vulnera el derecho de propiedad del afectado, el cual había adquirido los efectos jurídicos del acto precedente que le reconocía una situación estatutaria dada" (C. Suprema, 6 abril 1989, *Rev. de Der.* t. 86, sec. 5a., pág. 8 y la nota. En el mismo sentido, entre otras, C. Suprema, 15 de abril 1991, *Rev. de Der.* t. 88, sec. 5a., pág. 70, nota Soto Kloss; 24 noviembre 1987, *Rev. de Der.* t. 84, sec., 5a., pág. 273; 26 diciembre 1983, *Rev. de Der.* t. 80, sec. 5a., pág. 175; C. Temuco, 13 junio 1990, *Rev. de Der.* t. 88, sec. 5a. pág. 110 (voto disidente); C. Santiago, 14 noviembre 1989, *Rev. de Der.* t. 86, sec. 5a., pág. 215; 13 de octubre 1985, *Rev. de Der.* t. 82, sec. 5a., pág. 283).

Y esa intangibilidad del acto creador de derechos se mantiene aunque haya existido primitivamente algún error funcionario, si el particular estaba de buena fe. El error de los administradores, que como una Dirección de Obras Municipales, están dotados de todos los elementos técnicos y del apoyo de sus estructuras jurídicas, no puede recaer en el particular. En el caso, el particular cumplía con la Ordenanza General de Construcciones, arts. 16 y sgts., al presentar los planos confeccionados por los profesionales indicados -arquitectos e ingenieros- y se sometió a las exigencias de la Dirección, organismo técnico profesional que está destinado precisamente a velar por el respeto de las normas urbanísticas. Si ella le otorga el permiso, luego de una -a veces demasiado larga- tramitación, el particular de buena fe ha de creer que su construcción se ajusta a tales reglas y cumple con la ley sí, por lo demás, ésta se levanta precisamente de acuerdo a los planos aprobados, de los que no puede apartarse. Justamente, como lo resuelve la sentencia de la C. de Concepción, el art. 146 de la Ley General de Urbanismo confiere autoridad a la Dirección de Obras para ordenar la paralización de una obra cuando ella se ejecuta sin permiso o en disconformidad a él o sin supervisión técnica; pero no cuando el particular se ajusta al permiso y éste contiene un error de la propia autoridad que lo concede.

La aplicación de la doctrina del acto propio venía pues muy al caso. Esta, según se sabe, tiene viejas raíces canónicas y se atribuye a Azo de Bolonia el haberla resumido en el brocardo *ventre contra factum proprium nulli concidetur* aunque también las Partidas recogen regla semejante (Ley 6, tít. VIII, Part. 6) y el Digesto contenía el principio que *nemo potest mutare concilium suum in alterius injuriam* (D. 50,17,75). Hoy está sólidamente arraigada en la práctica de numerosos países (Así, en España, sobre lo cual J. Puig Brutau, *Estudios de Derecho Comparado. La Doctrina de los Actos Propios*, págs. 95 y sgts. Barcelona 1951; vid. F. Fueyo L. *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, págs.303 y sgts; María Fernanda Ekdahl Escobar, "La Doctrina de los Actos Propios". El deber Jurídico de no Contrariar Conductas Propias Pasadas, Santiago, 1989; J. López Santa María, "Intereses Devengados por Indemnización Contractual de Perjuicios".

Doctrina de los Actos Propios o Estoppel, en *Rev. de Der.* t. 82 (1985), 1a. part. sec. der., págs. 33 y sgts.) y se aparenta a la doctrina anglosajona del *estoppel*. Está fundada en semejantes principios que la máxima *nemo auditur* y debería tener amplia aplicación entre nosotros, no sólo en materia administrativa sino también, y en especial, en derecho privado para atajar actuaciones procesales contradictorias con lo ya actuado, para detener al mandante que pretende contrariar actos del mandatario regulares, para el que ha actuado de un cierto modo en un contrato y luego pretende desconocer la realidad que creó; en suma, para llegar más allá de los límites de la doctrina de la apariencia o de la máxima *nemo auditur*: Se trata de una adecuada protección de la buena fe, si se dan sus supuestos (Sobre ellos, vid. F. Fueyo, op. cit. y la bibliografía citada por él).

3. CONFLICTO ENTRE LEY ANTERIOR A LA CONSTITUCION Y PRECEPTOS CONSTITUCIONALES. LIMITES DE LA DEROGACION TACITA DE LEYES. CONFLICTO ENTRE NORMAS DE DIFERENTE JERARQUIA. RECURSO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD. LEY DE CUENTAS CORRIENTES Y CHEQUES. LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION

DOCTRINA

La colisión entre un precepto legal anterior a la Constitución de 1980 y el texto constitucional, supuesto de existir, no plantea un problema de derogación tácita, sino de prevalencia del texto de rango superior, cuestión que ha de resolverse por la vía del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y no mediante la aplicación de las reglas de los arts. 52 y 53 del C. Civil. El artículo 52 inc. 3 del C. Civil hace referencia a la incompatibilidad entre dos leyes, en el sentido que el art. 1 de ese cuerpo legal da a la ley, como texto de rango inferior a la Constitución. No puede entonces entenderse que haya hecho referencia a disposiciones constitucionales, pues dicho Código es precisamente de nivel inferior a cualquier texto constitucional y su normativa dice relación con la derogación de normas de análogo rango.

El art. 80 de la Constitución no distingue entre leyes anteriores o posteriores a la Constitución, de modo que la C. Suprema puede declarar inaplicable por esa vía cualquier precepto legal contrario a la Constitución.

El inc. 2 del art. 44 de la Ley de Cheques no es contrario al art. 19 N° 7, letra e) de la Constitución en vigencia, porque se limita a establecer requisitos o modalidades para que el procesado por delito de giro de cheque sin fondos pueda obtener la libertad provisional. Implica señalar una cierta restricción a la libertad provisional, lo que está en perfecta armonía con la facultad que el art. 19 N° 7 letra e) de la Constitución establece para el legislador. El giro doloso de cheque atenta en contra del patrimonio del portador, de modo que resulta comprensible la exigencia de una caución equivalente a su valor, pues es voluntad de la ley la confiabilidad de ese documento. Además ese delito desborda el ámbito del interés pecuniario particular del ofendido y la exigencia de una caución total vela