

Informe en Derecho

ABSTENCION DE TOMA DE RAZON POR LA CONTRALORIA DE UN DECRETO QUE DEROGA A OTRO QUE DECLARO UN MONUMENTO HISTORICO

Sergio Gutiérrez Olivos
Academia de Ciencias Sociales

El Decreto Supremo de la referencia dispuso la derogación del Decreto Supremo N° 662, de 1983.

Este declaró Monumento Histórico el edificio ex Palacio Rivas (luego ex Casa Castagnetto y más tarde ex Ferretería Montero), situado en Avda. Libertador Bernardo O'Higgins esquina de calle San Martín, de esta ciudad.

Se me ha impuesto de que por Oficio N° 043375, de fecha 16.12.1988, la Contraloría General de la República (en adelante "la Contraloría") habría comunicado al Ministro de Educación que se abstendría de tomar razón del mencionado decreto por estimar que, de conformidad con la Ley N° 17.288, para disponer la derogación del decreto en cuestión se requeriría acreditar que tal medida cuenta con la aprobación del Consejo de Monumentos Nacionales (en adelante el COMONAC), antecedente que falta en los acompañados al trámite.

El Ministro mencionado, quien suscribe el decreto derogatorio con el Presidente de la República, es, por derecho propio, el presidente titular del COMONAC (art. 2º, letra a) de la Ley N° 17.288.

Se me ha pedido que informe en derecho respecto de la procedencia de que el Sr. Ministro solicite al Sr. Contralor General que reconsidere lo dictaminado en dicho oficio.

1. No existe precepto alguno en la Ley N° 17.288 que brinde sustento a la tesis de que para tomar razón del Decreto Supremo en cuestión deba exigirse al Ministro que proporcione una constancia de que lo resuelto en él cuenta con la aprobación del COMONAC.

A la Contraloría incumbe el "control de la legalidad de los actos de la Administración" (art. 87 de la Constitución Política y art. 1º y art. 13º de la Ley N° 10.336), que fijó el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, luego modificada por el Decreto Ley N° 37, de 1973, (en adelante referidos en conjunto como "la Ley Orgánica de la Contraloría").

La Constitución Política establece: "El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado" (art. 24, inc. 1º). Más adelante señala: "Los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado" (art. 33, inc. 1º).

La Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado dispone en su art. 1º: "El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes".

"La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley".

La Ley N° 17.288 asigna al COMONAC la calidad de ser un "organismo técnico que depende directamente del Ministerio de Educación" (art. 2º).

De lo reseñado se desprende, pues, nitidamente que la tesis de la Contraloría implica, en último término, atribuir a un organismo técnico y dependiente del órgano del Estado al cual está llamado a asesorar, cual es el Ministro de Educación quien, además, preside tal organismo, la facultad de "vetar" por omisión, esto es, por faltar un pronunciamiento favorable de un organismo asesor y dependiente, una resolución adoptada por el Jefe del Estado y su colaborador inmediato y directo en el gobierno y administración de la República, dentro de la esfera de sus atribuciones.

En cuanto tal es la tesis sustentada por la Contraloría en el Oficio N° 043375, de 1988, corresponde concluir que ella excede de las atribuciones que la Constitución y su Ley Orgánica le confieren. Y, por lo tanto, que su negativa a tomar razón del decreto en cuestión adolece de nulidad (art. 7° de la Constitución Política y art. 2° de la Ley N° 18.575).

Aún más, el órgano contralor quedaría por ello sujeto a "las responsabilidades y sanciones" que cabría invocar a su respecto, por aplicación de lo dispuesto en el art. 6° de la Constitución y en los arts. 4° y 15 de la Ley N° 18.575.

2. Contribuye a cimentar la validez de lo concluido el hecho de que la Contraloría no señale el precepto determinado en cuya infracción fundaría su negativa a tomar razón del decreto que interesa. Ella se limita a expresar globalmente que ese decreto infringiría "lo prevenido en la Ley N° 17.288", por cuanto el "rol activo" que la Ley N° 17.288 encomienda al COMONAC de recomendar la calificación de un edificio como monumento nacional impondría reconocerle igual "rol activo", toda vez que se resuelva por los órganos a los cuales incumbe del gobierno y la administración del Estado privarlo de tal calidad.

Tan vaga fundamentación causa desconcierto al provenir de un órgano público llamado por la Constitución y su Ley Orgánica a indicar con precisión el precepto legal en cuya infracción apoya su rechazo a tomar razón del decreto que, en su concepto, la ignora o violenta.

3. La autoridad del Poder Ejecutivo para resolver en la materia se remonta a la recibida del art. 5°, letra g) del D.F.L. N° 7.912, del 30-11-1927, promulgada, como es de ver, con más de cuatro décadas de anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 17.288, de 1970.

El rol "activo" del COMONAC en que sustenta la Contraloría la base de su argumento para denegar la toma de razón de todo Decreto Supremo que derogue uno anterior que haya otorgado a una construcción la calidad de ser monumento nacional se encuentra definido en la Ley N° 17.288 como sigue: "Artículo 6°: Son atribuciones y deberes del Consejo:

"1. *Pronunciarse* sobre la conveniencia de declarar Monumentos Nacionales los lugares, ruinas, construcciones u objetos que estime del caso y *solicitar* de la autoridad competente la dictación del decreto supremo correspondiente".

La mera lectura de este enunciado del rol "activo" que la ley sobre Monumentos Nacionales confiere al COMONAC deja en claro que su "actividad" en la materia es de índole simplemente recomendatoria y solicitante del órgano del Estado llamado a *resolver* acerca del asunto.

Vale decir, el rol "activo" del COMONAC en la materia definido por el art. 6° N° 1 de la Ley N° 17.288, guarda estricta conformidad con la caracterización de tal organismo como un ente "técnico que depende directamente del Ministerio de Educación Pública".

Este último es el órgano administrador del Estado que, en conjunto con el Presidente de la República, están provistos, de acuerdo con la Constitución y la Ley de Bases, de la autoridad para resolver respecto de la *solicitud recomendada* en la materia por la entidad técnica, asesora y dependiente, cual es el COMONAC.

La facultad privativa que, desde 1927, incumbe al Sr. Ministro para resolver en "lo relativo a la conservación de los Monumentos Nacionales" permaneció intocada.

4. La mayor novedad aportada por la Ley N° 17.288 consistió en crear un

"organismo técnico que depende directamente del Ministerio de Educación" (art. 1º) para asesorarlo en el ejercicio de la atribución privativa que le confía la ley de 1927 y que permanece en vigencia.

5. Ese "organismo técnico" y "dependiente" de la Cartera de Educación Pública está compuesto, de conformidad con los arts. 2º y 7º de la Ley Nº 17.288, por veinte personalidades destacadas en el ámbito intelectual, incluyendo las bellas artes y la historia, la arquitectura, la vivienda, la escultura, las letras, el urbanismo y la arqueología.

Se lo faculta para hacerse asesorar "por otros especialistas cuando lo estime conveniente" (art. 5º).

El art. 3º dispone que el COMONAC tendrá un secretario encargado, entre otros cometidos, de "desempeñar las funciones que se le encomienden y cuya remuneración se consultará anualmente en el Presupuesto del Ministerio de Educación".

De hecho, sin embargo, en el referido presupuesto no se han consultado recursos para cumplir tales propósitos hasta la fecha.

6. Puesto que el Decreto Supremo cuya toma de razón ha sido objetada por la Contraloría se fundó en que, a causa del sismo de 1985, los restos del Monumento Histórico de que se trata "amenazan ruina", resulta atinente destacar que el COMONAC no cuenta entre sus miembros con especialistas en la rama de resistencia de estructuras.

También procede recalcar que, a falta de tales expertos, el COMONAC ha carecido, asimismo, de fondos para contratar a los "especialistas" en la materia, acorde a lo previsto por el art. 5º recién mencionado.

Por tal razón, a lo largo de más de cuatro años de trámites, el COMONAC se ha limitado a exigir al propietario del "monumento histórico" en cuestión que solvente de su propio peculio la realización de los estudios e informes técnicos del caso, requiriendo, eso sí, que los encomendara a la firma de ingenieros calculistas señalada por el propio COMONAC.

7. Dicho en otras palabras, tanto la ley como los hechos autorizan concluir que tal organismo "técnico" y "dependiente" del señor Ministro está desprovisto del personal y los medios para prestar una asesoría eficiente en los problemas "técnicos" que plantea la inminente ruina que amenaza un edificio centenario que fue mortalmente fracturado por el terremoto de marzo de 1985 y sus abundantes secuencias sismológicas y meteorológicas (las lluvias torrenciales de los años 1986-7).

8. Algunas breves notas tal vez contribuirán a perfilar más completamente el cuadro.

El COMONAC carece de personalidad jurídica, de patrimonio y aun de sede propia.

Así lo han deplorado en sendos artículos publicados en los diarios "El Mercurio" y "La Segunda" dos de sus miembros más autorizados, el director del Museo Histórico, señor Hernán Rodríguez Villegas, y el profesor de la cátedra de Urbanismo de la Universidad señor Roberto Montandón.

Al carecer de sede, cada mes los 20 miembros del Consejo se reúnen en una sala que les facilita graciosamente el Director de Bibliotecas, Archivos y Museos en el edificio de la Biblioteca Nacional.

9. El actual propietario adquirió el inmueble de que se trata en 1981.

El curso del tiempo había dañado sus fachadas y su interior, pues su construcción databa entonces de más de noventa años.

Por otra parte, la transformación del ex palacio en tienda de artículos generales y de ésta en ferretería, ambas abiertas a numeroso público, había traído consigo considerables innovaciones y destrucciones, con grave detrimento de la belleza interior y exterior del antiguo palacio.

10. En fin, como se ha dicho, en 1985 sobrevino el catastrófico sismo que sufrió la zona central. Sus secuencias subsiguientes determinaron que al daño del tiempo y a los causados por los dispares destinos del edificio, se sumaran fracturas estructurales de extrema peligrosidad.

Tales deterioros devinieron insubsanales prontamente, pues las lluvias torrenciales de aquel año y de 1986-1987 (dos salidas del río Mapocho) inundaron cimientos y muros ya quebrantados, convirtiendo así los frágiles elementos subsistentes en la lastimosa y amenazante ruina que hoy exhibe en su frente y costados grandes avisos colocados por orden municipal, en que se lee: "Cuidado: peligro de derrumbe".

11. La irrecuperable gravedad de los daños aludidos consta del rechazo de asumir el riesgo que formularon al propietario el Instituto de Seguros del Estado (ISE), el Consorcio Nacional de Seguros S.A. y la Chilena Consolidada.

12. En igual sentido, debiera revestir mérito para la Contraloría lo dictaminado y dispuesto sobre el asunto por el señor Intendente de la Región Metropolitana, general Sergio Badiola Broberg.

En efecto, el art. 7º de la Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades y el art. 27 de la Ley Nº 18.575, concurren en otorgar al Intendente regional la atribución de "velar por el cumplimiento de los deberes que corresponden a las municipalidades" en el desempeño de los deberes de su incumbencia. En uso de esta atribución, el Intendente representó al Alcalde y al COMONAC que el inminente peligro de ruina que amenazaba al edificio hacía necesario proceder a su demolición.

13. La apreciación del Intendente cobra una relevancia incontestable cuando se comprueba que ella se vio plenamente confirmada por lo informado al respecto por el Director de Obras Municipales y por el propio Alcalde de Santiago.

14. Como se ha dicho, dos años después de adquirido el inmueble por el BHIF, el señor Ministro, mediante el Decreto Supremo mencionado al comienzo, le confirió la cuestionable distinción de calificarlo como "monumento histórico".

El único antecedente que tal decreto tuvo en cuenta para discernirle esa calidad provino de la recomendación del COMONAC.

De su lectura se desprende:

a) Que, en rigor, el inmueble carecía de méritos históricos proplamente tales, pues nada de significación o trascendencia histórica había tenido lugar en su recinto.

b) Que, en cambio, el recomendante de la distinción tuvo en cuenta exclusivamente el hecho de que la construcción constituía el reflejo de una época en que en la arquitectura capitalina revivieron "inclinaciones rigurosamente clásicas"; con "interiores que acusan el repunte barroco" (aunque reconoce que los parquets, marquetería, las "boiseries" y las chimeneas de mármol fueron vendidos por la firma Montero y, asimismo, formula respecto de los subsistentes la reserva de considerarlos "algo recargados") y "la riqueza de los balaustres, columnillas, arquitecra, etc.", subsistentes en las fachadas.

Antes de formular esta sugerencia, el COMONAC no se ocupó de establecer que ella era plausible en el ámbito técnico que define la asesoría que por mandato legal ha de prestar al Ministro en la materia.

Así permite afirmarlo la revisión del expediente respectivo que obra en poder del secretario del COMONAC.

Nada hay en él que se refiera a un examen de la solidez estructural de una construcción casi centenaria.

La revisión del expediente sólo registra la proposición del profesor Montañón. De ésta se pasa derechamente al envío del oficio en que el COMONAC recomienda sin más al Ministro de Educación que el edificio sea declarado "monumento histórico".

15. La realidad de nuestra incierta geología y meteorología no tardarían en poner de manifiesto las graves consecuencias de un proceder tan ligero.

Los terremotos, tormentas y consiguientes casos de fuerza mayor que he mencionado tornaron en breve la añoranza estética que indujo a la dictación del decreto supremo que erigió en monumento histórico a la ruina próxima al ludibrio que ahora afea la ciudad, y que ciertamente grave amenaza sobre la vida y bienes de transeúntes y vecinos.

16. Solventados luego con dinero del BHIF los informes que concluyeron en determinar que el colapso de lo restante del edificio era tan inevitable como desastroso, y ante el reclamo vehemente de las Juntas de Vecinos, los considerandos del Decreto Supremo N° 628, de 18.11.1988 indican con precisión los fundamentos técnicos que brindan incuestionable sustento en derecho a la derogación del anterior Decreto N° 662, de 1983.

Entre esos antecedentes figura el Oficio N° 8676/88, emitido por el Director de Obras Municipales, que formula un juicio terminante acerca de la necesidad de proceder cuanto antes a la destrucción de los despojos irre recuperables del antiguo ex palacio.

17. Pese a todo, desde 1985 hasta hoy el COMONAC no ha cesado en sostener que la Ley N° 17.288 impone al propietario de un inmueble "histórico" la obligación de restaurarlo toda vez que sufre casos fortuitos.

Así lo reiteró últimamente en el Oficio N° 170, del 10.06.1988, dirigido al señor Ministro de Educación.

Al admitir la necesidad de proceder a una nueva demolición impuesta por el ya inminente peligro de derrumbe, el COMONAC insistió: "Desde luego, el propietario, en este caso, *deberá comprometerse en resolver* los problemas de afianzamiento de los muros y protección de su coronamiento y los problemas atinentes de techumbre" (obsérvese bien: no se contribuye con el más mínimo aporte técnico para cumplir lo exigido; sólo se "dicta" el deber del propietario y víctima del caso fortuito de "resolver" por sí todos los "problemas atinentes").

Pero el "diktat" del organismo "técnico" y "dependiente" no se detuvo allí. Creyó del caso condicionar otra vez su admisión de la realidad innegable a la reformulación de la persistente condición inadmisibles.

En efecto, concluyó el pronunciamiento del organismo asesor:

"Se entiende que esta *autorización* (sic) no tiene relación alguna con la *idea siquiera* de privar a este importante monumento histórico de su calidad de tal. Al conceder esta autorización el Consejo

no hace sino reconocer la gravedad de la situación planteada. Se entiende también que esta *operación* constituiría una *primera etapa de un proceso de recuperación del edificio*".

"Recuperación", acorde al Diccionario de la Lengua Española, es "la acción o efecto de recuperar". Y este último verbo, en la acepción correspondiente, significa "volver a poner en servicio lo que ya estaba inservible".

18. Ahora bien, el hecho es que el ex Palacio Rivas devino inservible, incluso para su arrendamiento como "sitio eriazo" aprovechable por estacionamiento de automóviles u otros semejantes, pues no quedó "eriazo", sino repleto de los escombros producidos por el desplome de su interior a partir del sismo de 1985 y las referidas secuencias y desastres.

En suma, desde 1985 el COMONAC ha pretendido y aún pretende que el BHIF no sólo *debe* reforzar y afianzar lo fracturado por catástrofes de la naturaleza, sino que también *debe* proceder a la "recuperación" del ex palacio. ¿Cómo?

¿Como ex palacio, como ex tienda, como ex ferretería?

El COMONAC no cuida de precisarlo. Tampoco le preocupa establecer cuánto podría demandar al BHIF acceder a su "diktat". Simplemente no lo considera un asunto de su incumbencia "técnica".

19. Por razones obvias, al BHIF le preocupa. Y muchísimo.

Con la asesoría técnica que, a falta del COMONAC, ha debido contratar con la firma de expertos inicialmente recomendada por el propio organismo, dispone de estimaciones aproximadas acerca de los costos que le impondría el cumplimiento del "diktat" en cuestión.

Según una primera estimación hecha a raíz del sismo de 1985, el costo de reforzar nada más que la obra gruesa que entonces permanecía en pie exigía una inversión superior a los \$ 60 millones.

Un segundo informe referente a la reparación de los mayores daños ocasionados por las secuencias sísmicas y tormentas subió la apreciación a más de \$ 160 millones.

En fin, pasando del afianzamiento de lo subsistente a la "recuperación" del edificio, acorde a lo que pretende el COMONAC, el costo subiría de \$ 600 millones.

20. Al igual que el COMONAC ha preferido ignorar nimiedades de tal índole, ha hecho caso omiso de las consecuencias que para el BHIF tuvo la crisis financiera de los años 1982-3, esto es, a poco más de un año de haber comprado el edificio hoy ruinoso.

Como se sabe, el 99% de las instituciones bancarias nacionales sufrieron entonces un embate desolador.

El BHIF fue una de sus tantas víctimas.

De hecho, en 1983 —o sea, dos años antes del sismo de 1985— la administración del BHIF había pasado virtualmente a manos del inspector designado por la Superintendencia de Bancos y Financieras, en aplicación de lo prevenido por el art. 23 del D.L. 1.097.

La "cartera vencida" que el BHIF hubo de transferir al Banco Central con el compromiso de recomprarla a medida que mejoraran sus propios flujos netos, llegó a ser de varias decenas de miles de millones. El compromiso contraído con el Banco Central se incrementó sustancialmente en los años subsiguientes a resulta de reajustes e intereses.

La exigencia de que el BHIF pueda desviar medio billón de pesos a restaurar un ex palacio resulta, pues, por demás, imposible de cumplir.

21. Habida cuenta de que este informe se ocupa en especial de la objeción planteada por la Contraloría para tomar razón de un decreto supremo, conviene retornar al Derecho.

Como dije, tal objeción se funda en "lo prevenido en la Ley N° 17.288", sin singularizar un preciso precepto. La objeción genérica da a entender que, a menos de contar con la aprobación del COMONAC, el Poder Ejecutivo estaría impedido de decretar ahora algo contrario a lo que dispuso antes de que el monumento histórico fuera destrozado por los tantas veces aludidos casos fortuitos.

¿Es dicha objeción admisible?

Incuestionable, no lo es.

La mera facultad de *recomendar* y *solicitar* a la autoridad resolutive que concede al COMONAC el art. 6° de la Ley N° 17.288, de por sí excluye, obviamente, la de vetar aquello que el órgano del Estado del cual depende decida más tarde para dejar sin efecto lo resuelto por nuevas razones o casos fortuitos que, a su exclusivo criterio, revisitan mayor peso que las consultadas al acoger aquella recomendación de un organismo asesor y dependiente.

22. El N° 3 del mismo art. 6° confía al COMONAC la función de "elaborar proyectos de restauración, reparación, conservación", etc., de los monumentos nacionales, a cuyas obras podrá contribuir en común con otros organismos "sin perjuicio de los que pudiera realizar por sí mismo... y para cuyo *financiamiento se consultaren fondos del Presupuesto de la Nación y de otras fuentes*".

De la ninguna realidad que ha tenido esta función en la práctica se hacen cargo las publicaciones de los consejeros Rodríguez y Montandón mencionados precedentemente... Y, por cierto, la amarga y dilatada experiencia sufrida por el BHIF en la especie.

23. El N° 7 consulta la atribución del COMONAC para *proponer* al Gobierno la dictación de "el o los reglamentos que deban dictarse para el cumplimiento de la presente ley".

Hasta el momento, el COMONAC no ha sometido al Gobierno proposición alguna al respecto.

24. El art. 11 establece que los monumentos históricos quedan bajo el "control y supervigilancia del COMONAC".

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua, "control" significa: "Comprobación, inspección, fiscalización, intervención".

A "supervigilancia" el Diccionario no la define. Pero sí lo hace respecto de "supervisar", definiéndola como "ejercer la inspección superior en determinados casos".

Ahora bien, ¿qué debe comprobar, inspeccionar, fiscalizar, y acerca de qué puede intervenir?

La respuesta se halla en el art. 12. El art. 12, cuyo primer inciso dispone: "Si el monumento histórico fuere un inmueble de propiedad particular, *el propietario deberá conservarlo* debidamente; no podrá *destruirlo, transformarlo o repararlo*, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, el que determinará las normas a que deberán sujetarse las obras autorizadas".

Cabría suponer que este es el precepto que, pese a no estar identificado en la vaga generalidad que reviste la objeción de la Contraloría, pudiera servir de sustento a su negativa a tomar razón del decreto supremo que interesa.

Conviene, por lo tanto, examinar en su texto y contexto.

En lo relativo al deber de conservar el inmueble, la verdad es que nada hay en el precepto que agregue novedad a lo que incumbe —e interesa— a todo dueño de un bien raíz por razones de mera conveniencia propia. El es, naturalmente, el primer interesado en mantener su propiedad en buen estado de conservación, sea para su propio disfrute, sea para comerciar éste mediante su arrendamiento, usufructo, etc., y, en fin, para venderlo a terceros.

En la primera parte del texto, por lo tanto, al art. 12 de la Ley 17.288 no comporta innovación al ejercicio habitual del dominio por el dueño de todo inmueble, independientemente de que éste revista o no la calidad de "monumento histórico".

25. Suele darse, sin embargo, el caso excepcional de que el propietario, ya fuese por negligencia o malicia, tolere o induzca la destrucción de un edificio.

De tal eventualidad anormal se ocupan los arts. 934 y 2323 del C.C.; los arts. 148 y siguientes de la Ley General de Construcciones, y los arts. 291 y siguientes de la Ordenanza respectiva.

No vale la pena detenerse en el análisis detallado de cada uno de tales preceptos.

No interesa hacerlo, por una simple razón: porque todos ellos reglan lo que ha de hacerse, por decisión judicial o

municipal, toda vez que el dueño de un bien raíz, a resultas de su descuido o dolo, lo abandona hasta el punto de llegar aquél a amenazar ruina con daño a terceros.

En tal caso la ley sanciona al titular del dominio. ¿Cómo?

Imponiéndole la obligación de *destruirlo* a sus expensas, so pena de indemnizar a quienes el derrumbe cause daño. Y, además, mediante su condenación al pago de ciertas multas de beneficio municipal si no acatare aquella obligación.

Por cuanto interesa a este informe, lo que procede destacar consiste en que la sanción del dueño negligente o malicioso no reside en reparar ni menos en reconstruir el edificio ruinoso, sino radica en destruirlo so pena de indemnizar a quienes su derrumbe cause daño y a pagar las multas en referencia.

No hay más en la preceptiva general o municipal para punir el descuido o mala intención que pueda causar el derrumbe parcial o total de un inmueble.

En esta parte, por consiguiente, el art. 12 de la Ley N° 17.288 se encuadra dentro del Derecho sustantivo y municipal reseñado, pues se limita a reiterar que el propietario de un inmueble "histórico" debe "conservarlo", agregando que debe hacerlo "debidamente", calificativo que permanece sin definir a falta del reglamento de la ley que el COMONAC ha omitido proponer.

26. Luego el precepto agrega una prohibición, al decir que "... *el propietario... no podrá... destruirlo, transformarlo o repararlo... sin haber obtenido previamente la autorización del COMONAC*".

Está claro: *al propietario* le está prohibido realizar tales cosas sin contar con esa autorización. Pero, si el peligro de ruina que, acorde al derecho sustantivo y municipal lo obliga a destruir el inmueble, ha provenido de un terremoto, incendio u otro caso fortuito, ¿es dable admitir que el art. 12 de la Ley 17.288 deroga lo perentoriamente ordenado por el Código Civil en el art. 934, la Ley General de Construcciones y la Ordenanza respectiva, en cuanto a que *debe* destruirlo para evitar daños a terceros y la aplicación de sanciones?

De aceptarse tal inteligencia del art. 12, ¿en quién recae la obligación de indemnizar por no haberse procedido a destruir el edificio peligroso? ¿En el Ministerio de Educación, en el COMONAC?

27. Planteada esta cuestión al COMONAC, éste se limitó a responder que, como simple organismo asesor del Ministro en la materia y debido a que él carecía de patrimonio, de recursos y de autoridad resolutive, no le cabría responsabilidad alguna.

Tampoco la admitiría el Ministro de Educación Pública y con sobrada razón, pues sostendría que mediante la dictación del decreto supremo, cuya toma de razón ha objetado la Contraloría, él se habría eximido de responsabilidad de indemnizar de los daños producidos por el derrumbe del edificio que él de tal manera procuró evitar.

¿Habría de indemnizar, pues, los daños que ocurrieran la Contraloría misma en razón del dictamen denegatorio que motiva este informe? A menos de obtenerse de los tribunales por la vía de la protección la declaración de que la Contraloría ha incurrido en la especie en una omisión arbitraria o ilegal —hipótesis que no se ha acogido hasta ahora por la jurisprudencia—, cabe tener por cierto que la Contraloría resultaría, a su vez, indemne de los perjuicios.

28. El examen de la situación conduce a concluir, por consiguiente, que la manera en que el COMONAC ha venido y pretende continuar procediendo en la especie adolece de ilegalidad y arbitrariedad, por carecer él de atribuciones para "vetar" lo decretado por el Presidente de la República y Ministro de Estado, que son los órganos llamados a "resolver" en la materia.

Habida cuenta, por otra parte, que el COMONAC carece de patrimonio y de recursos, ello redundaría en exponer personalmente a sus miembros al pago de indemnizar los perjuicios (daño emergente, lucro cesante y gastos procesales y personales causados al BHIF desde hace más de cuatro años), como también los que ocasionaría a terceros el derrumbe del inmueble cuya inminencia el BHIF ha venido representando con em-

peñosa diligencia (art. 4º de la Ley Orgánica N° 18.575).

29. En esencia, la Ley N° 17.288, entendida como lo pretende el COMONAC, constituiría un anacrónico resabio de los "resquicios legales" contrarios a las garantías del derecho de propiedad y de otras de igual entidad que la Constitución de 1980 se propuso cuidadosa y perentoriamente evitar.

En efecto, así conceptuada, la Ley N° 17.288 daría lugar a una *expropiación no sólo sin indemnización*, sino con incalculables *gravámenes* al "galardonado" propietario de un "monumento histórico".

Esto, por la sola virtud de que un organismo concejral se negaría a reconocer la derogación de lo ordenado por los órganos provistos de autoridad ejecutiva en el asunto, de conformidad con lo prevenido en la Constitución y lo regulado en las leyes atinentes al caso.

30. Hay opiniones autorizadas que interesa transcribir para apoyar lo dicho.

Al pronunciarse sobre el alcance del art. 2323 del Código Civil, el eminente profesor y decano don Arturo Alessandri Rodríguez sostiene: "De modo que si el edificio se destruye por efecto de un bombardeo, por obra exclusiva de un caso fortuito, como inundación, rayo o terremoto, o por otra causa que no sea alguna de las señaladas, como si en el predio vecino se abren fosos que dañen los cimientos del edificio y se produce su derrumbe, los artículos 2323 y 2324 no rigen: la víctima no podrá obtener indemnización, sino con arreglo al derecho común, esto es, probando el dolo o la culpa del autor del daño". ("De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno", Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943, pág. 425).

31. Del hecho de que la ley se suponga conocida de todos (art. 8º del C.C.), se sigue que, desde el terremoto de 1985, al BHIF no le afecta la responsabilidad contemplada en el artículo 2323 del C.C., en virtud de que la extrema diligencia empleada por el Banco en denunciar, explicar y fundar técnicamente y a

su costa el peligro de derrumbe del edificio "histórico" de que se trata.

La exención de responsabilidad por ausencia de dolo o malicia como causales de los daños que pudiere ocasionar el desplome final de los restos subsistentes está acreditada en la especie con exceso de antecedentes.

32. El art. 7º de la Ley General de Construcciones, promulgada seis años después de la Ley Nº 17.288, preceptúa: "*Las disposiciones de la presente ley prevalecerán sobre cualquier otra que verse sobre las mismas materias, sin perjuicio de las disposiciones que contenga el Decreto Ley de Reestructuración del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. En consecuencia, se entenderán derogadas las disposiciones de otras leyes que fueren contrarias a las de la presente ley*".

De esta disposición fluye con meridiana nitidez que sólo la I. Municipalidad de Santiago posee la competencia que le otorgan la Ley Orgánica de Municipalidades, la Ley General de Construcciones y la Ordenanza respectiva para resolver acerca de la necesidad de ordenar la destrucción de un inmueble toda vez que la precariedad de su estado amenaza causar daño a la comunidad.

33. La Ley Nº 17.288 no se ocupa de tal eventualidad.

Sin embargo, al parecer, el COMONAC suple el silencio de la Ley Nº 17.288 con el siguiente silogismo:

a) El propietario del "monumento" debe "conservarlo" y le está prohibido destruirlo o alterarlo sin contar con "su" autorización;

b) En cumplimiento del deber de "control y supervigilancia" que le confía la ley, el organismo ha determinado que el inmueble X, que a resultas de casos de fuerza mayor constituidos por terremotos, lluvias torrenciales, etc., dicho "monumento" X se encuentra en pésimo estado, al punto de amenazar ruina, y

c) Ergo, para cumplir con la función de "conservar" los "monumentos históricos" y evitar su destrucción, debe entenderse que el COMONAC está provisto del poder para ordenar su reconstrucción y que esta atribución no expre-

sada en la Ley Nº 17.288 asimismo *debe* prevalecer sobre los preceptos contrarios que consagran respecto de tal cuestión el Código Civil y la legislación general.

34. El Código Civil, como expresión de los principios, la Ley General de Construcciones y la Ordenanza respectiva, al ser estas últimas posteriores en seis años a la Ley Nº 17.288 y, por cierto, a causa de reglar específicamente (leyes especiales) un asunto del cual la Ley Nº 17.288 ni siquiera se ocupa en su tenor literal (la amenaza de ruina de un bien raíz "histórico") no caben, sin duda, ser derogadas por el tácito y peculiar silogismo que el COMONAC "descubre" que se oculta bajo el tenor expreso de la Ley sobre Monumentos Nacionales.

El derecho admite la derogación tácita de una ley anterior por resultar sus disposiciones contradictorias con lo permitido y ordenado, o prohibido por una posterior.

La Ley Nº 17.288 observa estricto silencio respecto de las atribuciones del COMONAC en caso de que "monumentos históricos", por causas fortuitas, amenazan ruina.

Por lo tanto, acorde a la debida y de sobra conocida inteligencia de nuestro orden jurídico, la normativa que ha de prevalecer es la que trata cabalmente del asunto en especie, cual es la establecida por el Código de Bello, la Ley General de Construcciones y su Ordenanza.

En conclusión, respecto de la cuestión que interesa, el problema no radica en determinar si una ley "especial", cual es la referente a monumentos nacionales, ha de predominar sobre una ley "general" (el Código Civil, la Ley General de Construcciones, la Ordenanza respectiva), sino que versa sobre la cuestión de definir en qué consiste la "especialidad" de la norma aplicable al asunto: ¿cuál normativa define lo que ha de hacerse en caso de que un edificio —histórico o plebeyo— amenace ruina? La ley "especial" sobre monumentos nacionales guarda silencio al respecto. La ley "general" se ocupa de reglar el asunto.

Es esta última, por lo tanto, la que ha de respetarse para resolver el problema planteado en autos.

La ley "especial" no prima sobre la "general" por el epígrafe que preside su texto sino en virtud de la "especialidad" de sus disposiciones, toda vez que éstas reglan de distinta manera lo antes prevenido por la ley "general".

Cuando así no ocurre porque la normativa "especial" ignora una situación reglada por la "general", es ésta y no aquélla la que ha de prevalecer. ¿Por qué?

Porque, en lo tocante a la especie, la ley "general" ha subsistido como "especial" —valga la paradoja—, puesto que la segunda ha omitido resolver la cuestión de que se ocupa la primera.

35. El silencio de la Ley N° 17.288 respecto del asunto debatido en autos proviene de la inaceptable superficialidad con que fue discutida y aprobada. Al parecer, la Contraloría no cuidó de investigarlo al negarse a tomar razón del Decreto Supremo N° 626, del 18 de noviembre último.

El Boletín de Sesiones de la Cámara (Sesión N° 34, del 30.04.1969) registra una fase del trámite que basta para establecerlo.

He aquí la versión extraída de los Boletines de Sesiones atinente de la Cámara de Diputados.

El diputado Sr. Zepeda observó en tal sesión que las graves limitaciones al dominio de un bien raíz "histórico" que consultaba el proyecto de ley en trámite, podrían resultar muy gravosas para el propietario del mismo y exponerlo, además, a graves sanciones.

Por lo tanto, propuso que se consultara la *obligación del Estado de expropiárselo* en su justo valor, si aquél no podía restaurarlo ni tampoco venderlo a terceros, pues era de presumir que nadie querría adquirirlo, precisamente, a resultas de haber sido obligado su ingreso a la orden "histórica", que la calidad de histórico sometía el dominio al rectorado del COMONAC.

El debate no se prolongó por mucho.

Al insistir el diputado Zepeda en fundar la oposición expuesta, su colega Arturo Valdés le puso término, concluyendo que si el Fisco no se interesaba por comprar el predio en su justo valor al

propietario, no cabría otra opción que la siguiente: "Se jode".

36. Lo ocurrido confirma la realidad en que se tomaría la "folklorica" profecía del honorable Sr. Valdés.

En efecto, por Oficio N° 120, del 10 de mayo último, el señor Ministro comunicó oficialmente al BHIF la incapacidad del Estado para ejercer la opción preferente para adquirir el "monumento histórico" en cuestión, por "razones de índole presupuestaria".

37. Atendido lo dicho precedentemente acerca de la peculiar manera en que el COMONAC entiende que le corresponde asesorar "técnicamente" al Ministro en la aplicación de la Ley N° 17.288, su reacción ante la manifestada incapacidad del Estado para adquirir el edificio "histórico" en ruinas, de los casos fortuitos, no es de sorprender que se haya cumplido el descarado pronóstico del diputado Sr. Valdés: conocido el rechazo del Estado en adquirir el inmueble "histórico", el COMONAC determinó que era *deber* del BHIF proveer los fondos para su reparación.

Esto es, "joderse". Efectivamente, aparte del Estado, nadie se ha interesado en comprar un inmueble que por ser "histórico" acarrea la carga de tener que reparar y restaurar un palacio del todo inútil para cualquier aprovechamiento moderno.

38. El BHIF no está legalmente obligado a soportar el deber "folklorico" definido por el honorable diputado Valdés.

Se trata, en efecto, de un edificio "histórico" que resultaría hoy imposible de recuperar: ¿quién proveería ahora *en el mundo* los perdidos, hurtados o sepultados "balaustres, columnillas, arquivadas" centenarios y demás preciosas piezas perdidas a lo largo de hace cien años?

Como dije al principio, el costo de la mera "recuperación" estructural del edificio excedería de los \$ 60 millones.

El de la "restauración" palaciega subiría; por señalar una cifra de suyo azarosa, no bajaría de los \$ 600 millones.

Ni el señor Intendente, ni el señor Alcalde (con la asistencia técnica de su Director de Obras, ni el señor Ministro, todos titulares de órganos del Estado) han admitido ordenar tal insensatez.

Sí ha persistido y persiste en hacerlo el COMONAC.

En suma, entre las decisiones coincidentes y concurrentes de los órganos del Estado que dictaron el decreto objetado por la Contraloría y la "opinión" disidente de un organismo *asesor y dependiente*, corresponde entender que la legalidad se registra en el decreto supremo que permite la destrucción de un bien raíz inservible e inminentemente peligroso.

La Contraloría ha estimado lo contrario. Causa asombro.

39. El art. 83 N° 16 de la Ley General de Bancos dispone:

"Artículo 83: Los bancos comerciales podrán efectuar las siguientes operaciones: (16) abrir, *conservar, edificar* y enajenar bienes raíces necesarios para su funcionamiento o el de sus servicios anexos".

Del tenor de la disposición se desprende que al BHIF le está prohibido realizar inversiones en la conservación y restauración del ex Palacio Rivas, a menos de poder justificar que las obras correspondientes son necesarias para el funcionamiento del Banco o de sus servicios anexos.

Ahora bien, es un hecho inconcuso que la justificación definida en el art. 83 no existe en la especie.

El BHIF y sus servicios anexos funcionan a plenitud en el noble edificio situado en calle Huérfanos 1234, el cual fue adquirido, y además magníficamente restaurado de propia iniciativa en su antiguo esplendor, al tiempo de trasladarse al domicilio del Banco de Santiago hace breves años.

Tal edificio está situado en pleno centro comercial y financiero de la ciudad. Se encuentra apenas a algo más de seis cuadras de distancia del ex Palacio Rivas. La ubicación de éste en la esquina de la Avda. B. O'Higgins con calle San Martín ha perdido interés en tiempos del gran endeudamiento que ha de pagar el BHIF al Banco Central.

En conclusión: al BHIF le está prohibido infringir la prohibición de la Ley General de Bancos antes transcrita.

40. La infracción de dicha norma lo haría incurrir en graves sanciones.

Habida cuenta de que las limitaciones y gravámenes impuestos al propietario de un bien raíz declarado "histórico" tornan prácticamente imposible su transferencia a terceros (a menos de ser el Estado quien se interese por adquirirlo, hipótesis que ha sido rechazada en la especie), el efecto de violar lo dispuesto en el art. 83 N° 16 de la ley del ramo haría nula la decisión de restaurar y posible su realización.

La Contraloría no ha considerado lo anterior en su dictamen.

41. El BHIF no podría excusar el quebrantamiento del art. 83 N° 16 de la Ley General de Bancos, aduciendo que la inversión que hiciera en la restauración del ex Palacio Rivas debiera ser considerada como una donación del Banco en beneficio del ornato de la ciudad.

Tal excusa sería inaceptable para la Superintendencia del ramo porque haría imposible al BHIF cumplir con el destino de todos sus flujos netos al repago de la cartera vencida transferida al Banco Central, acorde al convenio celebrado con éste.

42. Así lo indica el Oficio N° 324, de fecha 21.01.1987 (publicado en la Revista de Valores N° 74, de marzo del mismo año), que dictaminó: "El carácter siempre mercantil de la sociedad anónima, unido a las disposiciones de la Ley N° 18.046 y su Reglamento, impiden a ésta la cesión del total o parte de su activo a título gratuito".

Agrega dicho dictamen: "Con todo, este Servicio entiende y así también lo ha sostenido, que en determinados casos y tratándose de donaciones *de escásima importancia* y que involucren un *beneficio indirecto* para la sociedad, puede ésta realizarla".

En resumen: el BHIF no puede acceder a cumplir lo que pretende el COMONAC a pretexto de donación.

CONCLUSIONES:

El art. 24 de la Constitución vigente dispone: "El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado".

Amplía tal principio el art. 1º de la Ley de Bases, el cual añade que el Presidente ejercerá el gobierno y la administración de aquel poder "con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes".

El inciso 2º del mismo artículo señala: "La administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones, ... las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley".

El art. 33 de la Carta Fundamental previene que "los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República" en la administración del Estado que le confía el art. 24 de la Carta.

Igual principio consagra el art. 20 de la Ley de Bases, señalando que los Ministros tendrán "la responsabilidad de la conducción de sus respectivos Ministerios".

El art. 2º de la Ley de Bases establece que los órganos de la Administración del Estado, esto es, entre otros, los Ministerios, Intendencias y Municipalidades, según se ha indicado, "deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que les haya atribuido el orden jurídico", con lo cual reitera en otros términos, aunque coincidentes en esencia, los conceptos enunciados por los arts. 5º, 6º y 7º de la Carta Fundamental.

El art. 4º de la Ley de Bases señala que el Estado será responsable por "los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las sanciones que pudieren afectar al empleado que las hubiere ocasionado".

Esta regla repite en substancia lo preceptuado en el último inciso del art. 7º de la Constitución, si bien ésta además precisa que el acto realizado en exceso de autoridad adolece de nulidad.

Se ha subrayado a lo largo de este informe que la Ley Nº 17.288 se limitó a

atribuir al Consejo de Monumentos Nacionales la calidad de ser un "órgano" asesor en el ámbito técnico, que "depende directamente" del Ministerio de Educación Pública (art. 2º).

Por lo tanto, el COMONAC no es un órgano de Administración del Estado, sino simplemente una dependencia que presta asesoría a quien inviste dicho carácter, el Ministro de Educación.

Por su parte, el D.L. Nº 88, de 1973, que introdujo modificaciones a la Ley Orgánica de la Contraloría, estableció en su art. 1º letra B) que quedarían sujetos, asimismo, a la fiscalización de la Contraloría diversos servicios, instituciones fiscales, semifiscales, organismos autónomos, etc. No se mencionó en él directa ni indirectamente a entes asesores de aquellos órganos del Estado, cual la calidad corresponde al COMONAC.

El COMONAC, en su calidad de simple organismo asesor y dependiente del Ministerio de Educación, y que carece de sede, patrimonio, planta funcionaria, etc., no es un organismo sujeto a la fiscalización de la Contraloría.

Resulta, por lo tanto, difícil de entender por qué, al ser llamada a pronunciarse sobre la legalidad de un Decreto Supremo expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Estado a cargo desde 1927 de la preservación de los monumentos históricos la Contraloría haya considerado un Decreto Supremo objetable por no constar en los antecedentes la aprobación de un organismo asesor y dependiente de la Cartera que en el Gabinete Presidencial desempeña el Sr. Ministro a cargo de la función ejecutiva en la materia.

No sobra señalar que de prevalecer la objeción del COMONAC en la cuestión objeto de informe cual sería ser en la práctica el resultado de negar la Contraloría la toma de razón del Decreto Supremo que interesa, ello redundaría en una grave "perturbación o amenaza" en el legítimo ejercicio de la garantía constitucional consagrada en el art. 19 Nº 24 de la Constitución vigente.

Resultaría así, por cuanto:

a) Al propietario de un bien raíz "histórico" se le desconocería la garantía

constitucional consagrada en el art. 19 N° 24 de la Constitución vigente.

b) Además se violentaría a su respecto la igualdad ante la ley, atendido que su propiedad de un inmueble "histórico" significaría el establecimiento de una "diferencia arbitraria" entre los dueños de bienes raíces, plebeyos, quienes gozarían de la plenitud de los derechos que les confiere el dominio según el art. 582 del C.C., por una parte; y por la otra, los infortunados propietarios de inmuebles "históricos" dignificados sin su conocimiento ni asentamiento.

Estos últimos pasarían así a constituir una suerte de "siervos" de las memorias históricas alentadas por un grupo de muy respetables pero irresponsables ciudadanos (el COMONAC) en el terreno pecuniario en que se registraría el daño.

c) El desconocimiento de la garantía constitucional establecida en el art. 19, N° 22, por obra de que se establecería en perjuicio del propietario así "agraciado" un conjunto de "gravámenes especiales" que importarían otras tantas discriminaciones en su contra "en materia económica".

d) La infracción del art. 19 N° 26, por cuanto quedaría entregada a la determinación de un consejo carente de responsabilidad funcionario - administrativa, nada menos que la "seguridad" de que a sus acuerdos les está prohibido "afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones o requisitos que impidan el libre ejercicio" de los atributos que la Constitución y nuestro derecho substantivo asignan al dominio de las cosas corporales e incorporales.

43. El Anexo XII ilustra la preocupación que en el Poder Ejecutivo ha provocado la vigencia de la Ley N° 17.288.

Dicho anexo dirigido al Subsecretario de Educación resume el trabajo del distinguido abogado e historiador don Sergio Martínez Baeza, a quien el Supremo Gobierno designó Presidente de la Comisión redactora de un nuevo proyecto de ley sobre monumentos nacionales.

47. El Sr. Martínez Baeza da cuenta en tal oficio que el nuevo proyecto de ley propone:

a) Evitar que la calificación de un inmueble como "histórico" no puede resultar de la determinación de una sola entidad desprovista de medios para responder de lo resuelto; y

b) Proveer "de los recursos necesarios para proceder a la celebración de convenios con los propietarios y al pago de las indemnizaciones... que resulten procedentes".

48. El contenido de este anexo es de por sí elocuente para señalar a la Contraloría que la tesis del COMONAC sostiene al negarse a tomar razón del Decreto Supremo en cuestión, comporta una serie de arbitrariedades que el Supremo Gobierno conoce y se ha propuesto subsanar.

49. Para terminar, me limitaré a acompañar los anexos XIV y XV. Ambos dan cuenta de la publicación en el Diario Oficial de sendos Decretos Supremos que ordenaron la desafectación de la calidad de monumentos históricos de otros tantos bienes raíces situados en esta capital.

La mera lectura de estos anexos demuestra que incumbe privativamente al Poder Ejecutivo, a iniciativa del Ministerio de Educación, en su calidad de colaborador directo del Presidente de la República, para estos efectos, la autoridad de revocar la calidad de monumento histórico anteriormente otorgada a un bien raíz determinado: el Portal Edwards y la Iglesia la Divina Providencia.

Ello responde a la lógica jurídica: las cosas se deshacen en derecho, al igual de como fueron hechas.

Si el COMONAC no posee atribución sino para *recomendar* y *solicitar* al Ejecutivo que se confiera a un inmueble la calidad de "histórico", mal puede "vetar" que el Ejecutivo resuelva más tarde en consideración a razones o situación sobrevinientes (casos fortuitos, por ejemplo) adoptar de por sí el privarlo de esa calidad.