

CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS LIMITACIONES AL DOMINIO EN MATERIA URBANÍSTICA¹

Fernando Cancino²

RESUMEN: El autor analiza el tema de las limitaciones al dominio en materia urbanística en relación con los principios del constitucionalismo y a través del análisis de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República recaída en temas como las cesiones obligatorias, la postergación de permisos de edificación, las áreas verdes privadas y los templos religiosos. Destaca el carácter técnico del tema y la importancia que puede adquirir en esta materia, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

1. INTRODUCCIÓN

Se dice que a través de los escritos de Guillermo de Occam apareció por vez primera en Occidente, una concepción del derecho que basaba en el poder del individuo sobre las cosas y por lo tanto en su voluntad, en su libre albedrío, toda la construcción jurídica, y que culmina con John Locke, para el cual el Estado ha sido creado para proteger la propiedad, si bien, para no deformar dicha concepción, éste se refería no sólo a los bienes materiales sino también a aquellos derechos que son “propiedad” natural de los hombres, como su cuerpo, su vida, su libertad³. Fue así como el Derecho, cuyo concepto pertenece al orden relacional⁴ pasó a ser un producto del derecho

subjetivo, la voluntad, “una forma de poder unida al sujeto irrevocablemente y que no queda en la órbita discrecional del poder político”.⁵

Modernamente, se acepta que la propiedad es un derecho contenido en la misma naturaleza humana y que según dicho carácter lleva inscrito su propia limitación, como escribió el Papa Juan Pablo II, en la Encíclica “Centesimus Annus”.

Pero cuáles son los modos de adquirir el dominio, las acciones ordinarias que lo amparan, las distinciones entre la propiedad de muebles e inmuebles, etc., son creación del legislador, ni siquiera del constituyente, al menos en nuestro sistema. Por lo mismo, aún los partidarios más acérrimos del ius naturalismo deben

1 Ponencia presentada en las Primeras Jornadas de Derecho Inmobiliario y Urbanístico de la Pontificia Universidad Católica de Chile. 2005.

2 Abogado de la Contraloría General de la República, División Vivienda y Urbanismo y Obras Públicas y Transportes. Diplomado en Derecho Inmobiliario, Universidad Internacional SEK.

3 DORA DE AMPUERO, *El derecho de propiedad: Historia de un concepto*, disponible en www.ieep.org.ec/ieep/site/articfile/54-IDEAS%20DE%20LIBERTAD%20NO.%202.pdf.

4 “La libertad romana ...aparece indisolublemente unida a la idea de *res publica* (república o cosa pública), entendida como aquello que afirma la solidaridad interna de los ciudadanos” BARROS Enrique, *Estudios Públicos*, N° 81, 2001, pp. 23.

5 RODRÍGUEZ Pablo, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, pp. 49.

aceptar la necesidad absoluta de un derecho positivo⁶ de la misma manera que incluso un positivista como Hart acepta la existencia de un “contenido mínimo de derecho natural”⁷⁻⁸

Precisamente, las Constituciones democráticas y diversos tratados internacionales, normas positivas, recogen estos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Ahora bien, las “cláusulas constitucionales, ahora con efecto normativo directo y con mecanismos específicos de justiciabilidad, se constituyen en excelentes ejemplos de normas de “textura abierta”, donde la interpretación judicial constituye, por necesidad, el sentido de sus disposiciones generales”⁹ cuya amplitud puede dar lugar a todo tipo de construcciones correctivas y un peligroso menosprecio de las demás normas, como si los preceptos constitucionales pretendieran reformular completamente todas las distintas ramas del derecho.

Al final, existe el peligro cierto que la constitucionalización del derecho resulte en consecuencias que nunca fueron previstas por el constituyente¹⁰, de modo que al final “todo” podría ser tachado de inconstitucional, hasta el desahucio de un contrato.

En tales condiciones, “la cuestión no consiste en saber si la Constitución es o no una norma, sino determinar cuáles son los efectos jurídicos que produce”.¹¹

De la misma forma, dado que “nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador” (artículo 19 N° 24 de nuestra Constitución Política), se podría cuestionar incluso la constitucionalidad de la prescripción.¹²

Claro está, una Constitución suele contener principios y valores contrastantes, lo que abre también un ancho margen para la discrecionalidad judicial que, según Diez Picaso, lleva derechamente a la creación judicial del Derecho.¹³

Dicha interpretación difícilmente puede sustraerse del contexto histórico y social en que opera. Así, la Corte Suprema de Colombia y la de Chile, han interpretado de manera diversa idénticas normas sobre la posesión ins-

6 Uno de los postulados del iusnaturalismo escolástico es precisamente la que manda obedecer las leyes civiles, salvo que sean manifiestamente injustas, y aun en este caso, la desobediencia requiere que el apartamiento de la ley no sea dañoso al bien común. Santo Tomás de Aquino, *Summa Theológica* II-II 60, 5 ad 1; I-II, 96, 4 c.

7 CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Derecho y Moral: de lo práctico a la discusión teórica*, página 2, disponible en <http://serversid.vaea.ucn.cl:8080/imagenes/derechomoralpracticoteorico.doc>.

8 La noción de derecho natural, útil para dirigir y limitar el poder estatal, fue aplicado también directamente a relaciones entre los particulares, pero su “inorganicidad e imprecisión”, supuestamente plasmada en normas consuetudinarias que justificaban muchas veces cualquier decisión, impulsó la codificación y con ello también el positivismo. Véase al respecto, SANTIAGO NINO, Carlos, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1989, pp. 22 y ss.

9 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría Impura del Derecho: La transformación de la cultura jurídica Latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, p. 3.

10 GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Universidad Católica de Valparaíso, 2001, p. 71.

11 DIEZ PICAZO, Luis, *Constitución, Ley, Juez*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 5, N° 15, septiembre-diciembre, 1985, p. 18.

12 Materia que llegó a ser discutida ante la Corte Suprema de Justicia de Colombia y resuelta mediante Sentencia 18, de 4 de mayo de 1989, disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/CSJ_SP_18_04_05_1989.HTM

13 Ob. cit., p. 23.

crita, legado de don Andrés Bello: mientras en Colombia, en pleno proceso de reforma agraria, se declaró que la posesión era un hecho y que, por lo tanto, la idea de “posesión inscrita” era una contradicción en sus propios términos¹⁴, y no tomaba en cuenta que la función social de la propiedad exigía la efectiva explotación económica del bien, en nuestro país, en la década de los noventa, la Corte llegó a decir que las normas sobre posesión inscrita “constituyen la base de la actual organización económica y social del país”, de tal manera que las normas del Código Civil sobre la materia “de algún modo” se integraban a la Constitución¹⁵, lo cual constituye una verdadera paradoja, pues la teoría de la posesión inscrita está sujeta a críticas y limitaciones por parte de la doctrina y la jurisprudencia desde hace tiempo, debido a los problemas de orden práctico derivados de ella o inherentes a las debilidades de nuestro sistema registral.¹⁶

Como fuere, la constitucionalización del derecho está claramente vinculado al poder político, y la lucha por el garantismo ha sido una lucha de la minoría, como afirma Bobbio, y por el otro, las normas deben reflejar la voluntad de la mayoría y no los puros intereses corporativos de ciertas instituciones o grupos mejor organizados para acercarse al poder, riesgo especialmente latente en América Latina,

donde la gran mayoría de las normas son producto de decisiones que se adoptan por órganos administrativos.¹⁷

2. LIMITACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL DOMINIO. EL ROL DE LA FUNCIÓN SOCIAL Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO.

La Constitución Política de la República en su artículo 19 N° 24 asegura a todas las personas el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, corporales o incorporales; y en su inciso segundo establece que sólo la ley puede determinar el modo de adquirirla, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, la que comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Ahora bien, aunque la Constitución sólo ha previsto la procedencia de limitaciones u obligaciones en estas hipótesis, taxativamente señaladas, “el texto de la función social permaneció inaceptablemente vago en la nueva Ley Suprema, impreciso y elástico”.¹⁸

Enrique Evans de la Cuadra, en su obra “Los Derechos Constitucionales”, tomo II,

14 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría Impura del Derecho: La transformación de la cultura jurídica Latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, pp. 330 y 331.

Además, si la regularización de títulos de dominio fuera inconstitucional, también lo sería la prescripción adquisitiva, pues ambas instituciones descansan en el mismo presupuesto: la inacción prolongada del titular del derecho. Otra cosa es que un procedimiento judicial y no meramente administrativo pueda ser la vía más idónea en estos casos.

15 FUENTES OLMOS, Jessica, *El derecho de propiedad en la constitución y la jurisprudencia : recursos de protección e inaplicabilidad 1981 - 1996*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 1998, pp. 33 y 34.

16 Véase al respecto, HERRERA SILVA, Jorge, *Nuestro sistema posesorio inscrito*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1936.

17 DE SOTO, Hernando, *El otro sendero*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1987, p. 242.

18 FERNANDOIS, Arturo, “Inaplicabilidad de la ley de Monumentos nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile, Sentencias destacadas 2004”. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, *Libertad y Desarrollo*, p. 29.

opina: “Ninguna limitación u obligación impuesta por la ley a la propiedad privada produce para el afectado derecho a indemnización, pero esa garantía no puede, en caso alguno, afectar la esencia del derecho con medidas como: privar, o reducir gravemente, del derecho de uso, del de goce, del de disposición, restringir alguno de ellos con medidas de tal envergadura que el dueño pase a ser un dependiente de la autoridad pública; privar de la capacidad de administrar; llegar a la efectiva privación del dominio o de alguno de sus tres atributos, como consecuencia de actos de autoridad no aceptados ni consentidos por los propietarios y que no están comprendidos en los bienes jurídicos que conforman la función social del dominio”.

La Comisión Constituyente, en su sesión Nº 157, para evitar el riesgo de que la amplitud de las limitaciones hiciera desaparecer los atributos del dominio, hizo referencia a que era indispensable establecer en la Constitución una mención a la esencia del derecho, la que se encuentra establecida en el artículo 19 Nº 26 de la carta Fundamental, la que añade que el legislador no podrá imponer condiciones que impidan su libre ejercicio.

La propiedad constitucional, así, parece representar “una feliz conjunción de intereses individuales y colectivos, que se aleja de toda interpretación que vea en ella un esquizofrénico choque de irreductibles posiciones”,¹⁹ en que uno de estos intereses termine siendo subyugado por el otro.

Algunos autores sostienen que la existencia de limitaciones no supone que el concepto de propiedad del Código Civil, que es bastante anterior al texto constitucional, varíe sustancial-

mente. Lo anterior, “dado que la función social delimita es el contenido del derecho pero sin comprometer su núcleo esencial”²⁰ y se trata más bien de un criterio de política legislativa, donde la incorporación a la normativa urbanística forma parte de dicha función social.

Sin embargo, también podría considerarse que la propiedad no es un derecho limitado desde el exterior, sino configurado o delimitado desde su origen por la función social de la propiedad.

Pero la misma existencia de una “esencia” del derecho que no puede ser afectada por el legislador, indica la existencia de un núcleo que debe ser respetado y cuya pérdida no dice relación con la función social, sino con la expropiación.

Por lo mismo, aunque la función social se encuentra integrada como un elemento interno del derecho de propiedad, no llega a anularlo, pues la propiedad existe primariamente para satisfacer un interés individual, que por cierto debe ser armonizado con el interés colectivo, pero no por ello se transforma en puro interés colectivo. En otras palabras, la propiedad esta limitada por la función social, pero no es función social.

Incluso, podría señalarse que la función social no sólo debiera estar referida a la propiedad, pues “todo derecho es una mezcla de intereses particulares y de exigencias colectivas del bien general”²¹, y no se ve por qué hay que preocuparse tanto del contenido esencial de la propiedad y tan poco del contenido esencial de cualquier otro derecho fundamental, en cuanto pudiera entregar criterios mínimos para enjuiciar la intervención estatal en la actuación de los particulares.

19 MEDINA DE LEMUS, Manuel, “La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico”, Colegio de Registradores de la Propiedad y mercantiles de España, *Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995*, p. 25.

20 Ob. cit., p. 33.

21 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Actuación pública y actuación privada en el Derecho urbanístico*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1973, p. 282.

En todo caso, conforme lo señalado en el artículo N° 24 de la Carta Fundamental el constituyente remite a la ley, no sólo respecto de la función social de la propiedad, sino también respecto de la regulación de su adquisición, uso, goce y disposición, ello podría llevar a concluir que el contenido esencial que ha respetar el legislador es el que este mismo conforma y limita mediante las normas que dicta, con lo cual la garantía pierde todo sentido, lo que nos obligaría a recurrir a las categorías clásicas del derecho civil, que han merecido el reconocimiento constitucional, como son los atributos y facultades del dominio, sin los cuales el derecho de acuerdo a la clásica fórmula de nuestro Tribunal Constitucional, “deja de ser reconocible”, cuando se le priva de lo que le es consustancial.²²

Sin embargo, para otra concepción doctrinaria, el concepto civil de la propiedad resulta insuficiente, e incluso se sostiene que la esencia de los derechos requiere efectuar una ponderación entre los derechos fundamentales en juego, de manera que resultaría más “honesto y convincente” señalar que un inversionista no puede instalar una planta nuclear en el terreno que ha adquirido en un sector residencial, porque con ello se afectan otros derechos constitucionales, que señalar que dicha facultad no forma parte del derecho de propiedad.²³

En todo caso, el inciso segundo del actual artículo 45 de la Carta Fundamental deja en evidencia que el constituyente ha establecido “un límite a los límites” que se impongan al

derecho de propiedad, al señalar que las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad en los estados de excepción constitucional son indemnizables “cuando importen privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño”, pero nótese que esta norma se refiere sólo a que dichas limitaciones importen privación de algunos de sus atributos o facultades esenciales, pues si “toda limitación recaída sobre un derecho de propiedad debiera ser compensada por el Estado, se daría la extraña e inaceptable paradoja de que la función social de la propiedad privada –en cuanto a sus costos– es asumida por el Estado. Entonces, simplemente ocurre que si toda limitación establecida en virtud de la función social es compensable, no hay función social de la propiedad privada, y su consagración constitucional es un puro espejismo generado por el constituyente”.²⁴

Es más, sería correcto señalar que en tal caso ya no se trataría de una verdadera limitación, sino lisa y llanamente de una privación. “La línea demarcatoria es, según se advierte, la esencia o el contenido esencial del derecho de propiedad”.²⁵

Ahora bien, esto no se reduce a una discusión puramente dogmática, sino que conlleva importantes consecuencias prácticas.

Así, distinguiendo entre la “delimitación” y “limitación” de la propiedad, incluso se sostiene que la incidencia de los planes reguladores sobre la propiedad inmueble urbana no es la de una mera limitación, sino que la configura, crea su contenido, la define por re-

22 Sentencia de 24 de febrero de 1987, rol N° 43, considerando 21°.

23 PAZ ARES, Cándido y ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús, *Un Ensayo sobre la libertad de empresa*, p. 52, disponible en www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/libertad.pdf.

24 VARAS BRAUN, Juan, “Prohibición de sustitución del bosque nativo y derecho de propiedad. Una mirada desde el Derecho Civil”, *Revista de Derecho, N° Especial, Agosto 1998*, pp. 137 y ss.

25 CONEJEROS ROOS, Cristián, “El libre acceso a las playas del mar y el estatuto constitucional de la propiedad”, *Revista de Derecho Administrativo Económico, Volumen III/ N° 1, enero-junio 2001*, p. 18.

misión de la ley²⁶ lo que conlleva una disociación entre la propiedad del suelo y las decisiones urbanísticas y edificatorias que lo afectan.

Tendiendo en cuenta lo anterior, podría concluirse que el derecho a edificar o "*ius aedificandi*" no forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad, porque por regla general tanto en zonas urbanas como rurales requerirá una autorización administrativa previa, lo que implica su necesaria adecuación con la normativa urbanística, incluidos los planes reguladores.

Además, incluso una vez otorgada válidamente dicha autorización, el *ius aedificandi* está sujeto a otros condicionamientos, como son la adecuación esencial de un anteproyecto con el permiso de edificación y de ésta a su vez con lo sometido a recepción definitiva, y la caducidad automática del precitado permiso a los tres años de concedido si no se hubieren iniciado las obras correspondientes o si éstas hubieren permanecido paralizadas durante el mismo lapso (artículo 1.4.17 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones).

Consideramos que el derecho de propiedad no puede en definitiva coincidir con las normas que lo regulan o limitan, de manera que se confunda el derecho fundamental con la norma reguladora de dicho derecho²⁷, ya que con ello carece de sentido la idea de un contenido esencial.

Además, hablar de "limitación" implica concebir al dominio como una potestad abstracta, ilimitado en las posibilidades de su contenido, cuyo contenido ni siquiera podría ser determinado negativamente, mediante dichas limitaciones²⁸, entendiéndolo por tanto como

"pretensiones de sujeto al margen de los restantes individuos".²⁹

Por otra parte, cabe precisar que el dominio es susceptible de un ejercicio positivo o negativo, y es precisamente en este ejercicio negativo u omisivo donde se advierte con mayor claridad la función social del derecho. Así, los procesos de reforma agraria suelen fundarse en la existencia de "latifundios improductivos".

Actualmente el artículo 58 bis de la Ley de Rentas Municipales, en su texto modificado por la ley N° 20.033, establece que las propiedades abandonadas, con o sin edificaciones, ubicadas en áreas urbanas, pagarán, a título de multa a beneficio municipal, el 5% anual calculado sobre el avalúo fiscal total de la propiedad.

De acuerdo a dicha norma, son las municipalidades quienes están facultadas para declarar, mediante decreto alcaldicio fundado, "propiedad abandonada" a un inmueble no habitado que se encuentre permanentemente desatendido, ya sea por falta de cierros, protecciones adecuadas, aseo o mantención, o por otras circunstancias manifiestas de abandono o deterioro que afecten negativamente su entorno inmediato que se encuentren en tal situación.

Para concluir estas consideraciones generales en la materia, resulta importante referirse a la polémica generada a nivel doctrinario y jurisprudencial respecto a la reserva absoluta o relativa de ley, "existiendo en el último caso, un mayor ámbito de acción de la administración a través de la potestad reglamentaria de ejecución, fijando la ley solamente las bases o

26 GARCÍA DE ENTERRIA Y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Ed.Civitas, Madrid, 1981, p. 425.

27 SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 22.

28 GATTI, Edmundo, *Propiedad y dominio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 63.

29 SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *ob.cit.*, p. 67.

criterios generales que encuadran la actuación de la potestad de administración”,³⁰ mediante un brevísimo alcance sobre el particular en materia urbanística.

En efecto, nos parece que la delegación que el inciso primero del artículo 46 de la Ley de Urbanismo y Construcciones entrega a normas de rango inferior a la ley para decidir acerca de los terrenos sujetos a expropiación no contraviene el principio de reserva legal que exige el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, pues es precisamente la ley, ya sea general o especial, la que autoriza pero no la que dispone la expropiación misma, ya que ello debe realizarse mediante la expedición del pertinente acto administrativo. Además, no parece razonable sostener que cada vez que se requiera deba dictarse un cuerpo legal estableciendo “cuál o cuáles inmuebles pueden ser expropiados”, como sostienen algunos excelentes magistrados.³¹

3. BREVES NOCIONES SOBRE EXPROPIACIÓN REGULATORIA Y EXPROPIACIÓN DE FACTO O INDIRECTA. SU RELACIÓN CON LAS LIMITACIONES AL DOMINIO

“Mientras la propiedad puede ser regulada hasta cierto punto, si la regulación va demasiado lejos será reconocida como una expropiación”. Así lo señaló la Corte Suprema de EE.UU. en un famoso fallo de 1922³² (*Pensilvania Coal Co v. Mahon*).

Para la jurisprudencia norteamericana más reciente, la regulación es expropiatoria cuando impone restricciones tan severas que constituye una verdadera destrucción o apropiación de la propiedad, y específicamente, en el caso del suelo, cuando niega “todos” los beneficios o usos productivos del mismo, lo que implica que se han rechazado demandas en que se alegaba la pérdida del 75% e incluso del 92.5% del valor de la propiedad³³, lo que enfatiza el hecho que no existen fórmulas matemáticas que resuelvan cuando “la regulación va demasiado lejos” sino que debe decidirse caso por caso.

Para el derecho norteamericano, la expropiación regulatoria no impide al gobierno actuar, sino simplemente impone el pago de una “justa compensación”. Evidentemente que además su actuar debe estar basado en un legítimo interés público, si bien la magistratura estadounidense ha tratado con bastante deferencia al legislador respecto de la calificación del mismo.³⁴

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la materia, que en muchas ocasiones dicen relación con el urbanismo y la edificación.

Así, en *Fredin v. Sweden*, resolviendo el reclamo de los propietarios de un pozo de riopio que contaba con el pertinente permiso durante largos años, el que fue revocado por la autoridad sueca por razones ambientales, sin pago de una indemnización, esa Corte consi-

30 Sentencia del Tribunal Constitucional, 9 de abril de 2003, rol N° 370, considerando decimosexto.

31 Voto de minoría, sentencia de la Corte Suprema, 1 de septiembre de 2003, sobre recurso de inaplicabilidad.

32 AGUILERA VASQUES, Mar, *Propiedad y Medio Ambiente (Límites Constitucionales a la Regulación Privada. Especial consideración a los aspectos medioambientales)*, p. 1, disponible en www.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/MarAguilera.pdf.

33 ECHEVERRÍA, John, *A Turning of the Tide: The Tahoe-Sierra Regulatory Takings Decision*, disponible en www.law.georgetown.edu/gelpi/papers/32.11235.pdf

34 EAGLE, Steve, *Regulatory Taking, Public Use, and Just Compensation after Brown*, disponible en mason.gmu.edu/~seagle/pubs/2003_10_ELR_Brown.pdf

deró que dicha revocación no afectaba los demás usos del terreno y que existía un interés público en la protección de la naturaleza, siendo proporcionada la medida adoptada a su respecto.³⁵

También ha distinguido entre “control de uso de la propiedad” y “expropiación de facto”, lo que deja a los Estados signatarios un amplio margen de apreciación, en la medida que no se afecte el “justo balance” entre los intereses públicos y privados.

En el ámbito del derecho internacional, se encuentra consagrado el concepto de “expropiación indirecta”, en que un acto tiene un efecto equivalente al de una expropiación, aún cuando no se afecte la titularidad legal o jurídica de los bienes en cuestión.

Al respecto, en el famoso caso *Metalclad Co. v. Estados Unidos Mexicanos*, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones consideró que la expropiación indirecta incluye la “interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”.³⁶

Esta decisión, que ha servido de estándar de los grupos antiglobalización, no cons-

tituye jurisprudencia obligatoria (*stare decisis*), se adoptó en el contexto del artículo 1110 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y fue fruto en gran parte de la actitud irresponsable de la Municipalidad de Gualdalcázar.³⁷

El Tratado de Libre Comercio entre Chile y EEUU abordó más específicamente la cuestión, señalando que no constituye una expropiación indirecta, en tanto no sea discriminatoria, las medidas diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.

Además, si cualquier cambio regulatorio pudiera ser considerado indemnizable conforme al derecho internacional, la dictación de normas se transformaría en un “lujo” que ningún gobierno, menos el de un país subdesarrollado, podría soportar.

En nuestro derecho, si bien toda interferencia con la propiedad podría ser compensada económicamente, dado que realmente protegido sería la integridad patrimonial de las personas³⁸, la expropiación es un procedimiento reglado, con diversas garantías materiales y procesales, y que no puede ser impuesta directamente por el legislador, por lo que, si se estima que las limitaciones afectan al derecho de propiedad en su esencia, se requiere necesariamente de un pronunciamiento del Tribunal

35 MOUNTFIELD, Helen, *Regulatory Expropriations in Europe: The approach of the European Court of Human Rights*, disponible en <http://www.law.nyu.edu/journals/envtllaw/issues/vol11/>

36 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, laudo de 30 de agosto de 2000, parágrafo 103, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-award-s.pdf>.

37 En abierta pugna con el gobierno federal, que había autorizado la construcción y operación de la planta cuyo funcionamiento impidió dicho Ayuntamiento al negar, luego de trece meses de silencio, el permiso de construcción haciendo referencia a consideraciones ambientales, lo que escapaba de su competencia, a lo que se suma que el Gobernador del lugar, tres días antes de terminar su período, cuando el asunto ya estaba en conocimiento del tribunal arbitral, emitió un decreto declarando el lugar de operación de la planta como área natural para la protección de un cactus único.

38 CORDERO, Eduardo, *La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno*, p. 61, http://www.uantof.cl/cs_juridicas/diplomadomaterial/LA%20DOGM%C3%81TICA%20CONSTITUCIONAL%20DE%20LA%20PROPIEDAD%20EN%20EL%20DERECHO%20%E2%80%A6.pdf

Constitucional en tal sentido³⁹ (salvo que la norma pudiera entenderse tácitamente derogada) no pudiendo la judicatura, a falta de ello, conceder “por evidente equidad” el derecho a ser indemnizado⁴⁰, dado que carece de atribuciones para ello.

La figura de la expropiación indirecta, en cambio, podría tener un cierto campo de aplicación en el futuro, al amparo de los Tratados de Libre Comercio y los Acuerdos sobre Protección y Promoción de Inversiones.

En el ámbito urbanístico, existe un riesgo asociado a la complejidad de la normativa y la existencia de diferentes actores institucionales, cuyos criterios no siempre concuerdan, incluida toda la multiplicidad de Municipalidades que cuentan con diversas facultades “autónomas”, incluida la dictación de Ordenanzas no sujetas a control preventivo de juridicidad por parte de la Contraloría General de la República.

Además, en el caso de las inversiones efectuadas al amparo del decreto ley N° 600, entran en juego otras consideraciones, como la buena fe contractual.⁴¹

4. EJEMPLOS RECIENTES SOBRE EL TRATAMIENTO DE LAS LIMITACIONES AL DOMINIO EN MATERIA URBANÍSTICA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

4.1. LAS CESIONES OBLIGATORIAS

El Artículo 70 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones señala que en toda

urbanización de terrenos se cederá gratuita y obligatoriamente para circulación, áreas verdes, desarrollo de actividades deportivas y recreacionales, y para equipamiento, las superficies que señale la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, las que no podrán exceder del 44% de la superficie total del terreno original. Si el instrumento de planificación territorial correspondiente contemplare áreas verdes de uso público o fajas de vialidad en el terreno respectivo, las cesiones se materializarán preferentemente en ellas.

Enseguida, cabe ponderar que según el artículo 2.2.4. N° 1, de la mencionada Ordenanza, el propietario de un predio está obligado a ejecutar obras de urbanización, “cuando se trata de un loteo, esto es, la división de un predio en nuevos lotes que contempla la apertura, ensanche o prolongación de vías públicas”. En tanto el N° 3 de la misma norma determina que el propietario estará obligado a ejecutar dichas obras cuando se trate de la división de un predio que está afecto a utilidad pública por el Instrumento de Planificación Territorial, debiendo en este último caso urbanizar y ceder únicamente la superficie del predio afecta a tal utilidad.

La Contraloría General ha estimado improcedente renunciar en forma parcial al permiso de edificación otorgado para un proyecto de loteo, solicitando enseguida la aprobación de una “fusión y subdivisión afecta”, sobre la misma parte del predio objeto de dicha renuncia, pero sin efectuar las cesiones obligatorias impuestas por el legislador, pretendiendo acogerse al citado artículo 2.2.4 N° 3 (Dictamen N° 38.177, de 2005).

39 El art. 6 de la Carta Fundamental ordena la aplicación directa de la Constitución, pero ello debe hacerse sin excluir las normas referidas a la competencia para declarar inaplicable o inconstitucional un precepto legal.

40 Corte Suprema, “Galletúe con Fisco”, sentencia de 7 de agosto de 1984, Rol N° 16.743.

41 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, MTD Equity & MTD Chile v. Chile, laudo de 25 de mayo de 2004.

Lo anterior, por cuanto la tramitación de un loteo es un procedimiento reglado, que admite la ejecución en etapas, pero no la “segregación” de un predio.

Asimismo, se ha concluido que cuando las obras de urbanización “no son suficientes”, en los términos señalados en el artículo 2.2.2. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, el proyecto en cuestión constituye un loteo y no una subdivisión (Dictamen Nº 46.555, de 2004).

4.2. POSTERGACIÓN DE LOS PERMISOS DE EDIFICACIÓN

El artículo 117 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones señala que los permisos de subdivisión, loteo o urbanización predial y de construcciones podrán postergarse hasta por un plazo de tres meses, cuando el sector de ubicación del terreno esté afectado por estudios sobre modificaciones del Plan Regulador Intercomunal o comunal, aprobados por resolución del Alcalde. Esta postergación deberá ser informada previa y favorablemente por la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo.

El plazo puede ampliarse hasta enterar doce meses, si fuere necesario, en cuyo caso se requiere de un decreto supremo del Ministro de Vivienda y Urbanismo o de una resolución del SEREMI respectivo, según se quiera modificar el Plan Regulador Intercomunal o Comunal, publicado en el Diario Oficial y en algún diario de la comuna.

Al respecto, el Dictamen de la Contraloría General de la República Nº 24.022, de 2001, señaló que facultad de informar comprende implícitamente la posibilidad de emi-

tir un juicio desfavorable para la posición del municipio, pues no es sostenible el argumento que la opinión de la Secretaría Regional Ministerial del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, debiera ser siempre favorable (“aprobar”), dado que la disposición quedaría desprovista de sentido.

Sin embargo, la Secretaría Regional Ministerial del MINVU carecería, según el órgano contralor, de atribuciones para cambiar el sector en que se hará efectiva la medida municipal, ya sea ampliándolo o trasladándolo, pues entre sus facultades, al tenor del aludido artículo 117, está la de informar sobre la decisión de postergar los permisos en áreas ya determinadas del territorio comunal.

Expresamente esa Entidad de Fiscalización señaló en este caso que si bien el precitado artículo 117 es excepcional, en la medida que afecta el derecho de propiedad, dicha característica no implica desconocer las facultades expresas que ella otorga a la Secretaría Regional Ministerial del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo.

Por otra parte, el Dictamen Nº 13.442, de 1998, señaló que no puede mantenerse la postergación de los permisos de edificación en un sector de una comuna, ampliando además la zona afectada, por cuanto el citado artículo 117 es excepcional y de interpretación restrictiva, por lo que el plazo de postergación nunca podrá exceder de 12 meses, no admitiendo ese plazo prórrogas de ninguna clase.

El profesor Arturo Fernandois considera que el artículo en examen de la Ley General de Urbanismo y Construcciones es “abiertamente inconstitucional”⁴², si bien hay que considerar que una prohibición temporal es enteramente diferente de una prohibición permanente⁴³, y que resulta posible que la nueva

42 *Derecho Constitucional Económico*, tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2991, p. 151.

43 Así opinó al menos la Corte Suprema de EE.UU., en sentencia de 23 de abril de 2002, *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*.

normativa termine siendo menos restrictiva que la antigua, por lo que los inversionistas podrían incluso verse favorecidos con la medida, descontando el costo de oportunidad por la tardanza en iniciar un proyecto inmobiliario, costo que no podría estar protegido constitucionalmente, dado que es un daño eventual, no efectivo.

En todo caso, la utilidad de esta norma es evidente, dado que aquellos que buscan desarrollar un proyecto se apresurarán a presentarlo antes de que el nuevo plan esté vigente a fin de registrarse por la normativa aplicable al momento del anteproyecto o del permiso de edificación, lo que obviamente va a perjudicar todo el proceso de planificación urbana.

4.3. ÁREAS VERDES PRIVADAS

Conforme a la normativa vigente, el propietario de un área verde privada no estaría obligado a efectuar inversiones para mantenerla en buen estado y evitar que se seque, máxime si se trata de una persona jurídica, ya que tributariamente estos desembolsos constituirían un gasto rechazado, al no ser necesarios para producir la renta.

De todas formas, existe un interés general comprometido en la materialización de las áreas verdes, lo que justifica el tratamiento diferenciado otorgado por el artículo 2.1.31 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, según el cual en las áreas verdes que no son Bienes Nacionales de uso público, cualquiera sea su propietario, ya sea una persona natural o jurídica, pública o privada, y que no se hubieren materializado como tales, se podrá autorizar la construcción de edificios de uso público o con destinos complementarios al área verde, siempre que el área destinada a estos usos no ocupe más del 20% de la superficie total del predio destinada a uso área verde en el Instrumento de Planificación Territorial.

Ahora bien, las normas que excepcionalmente permitan la utilización de dichos terrenos, en usos o actividades distintas a las de áreas verdes, como ocurre con el precitado artículo 2.13.1, son excepcionales y de aplicación restrictiva (Dictamen N° 56.977, de 2005).

4.4. TEMPLOS RELIGIOSOS Y DERECHO URBANÍSTICO

El inciso segundo del artículo 19 N° 6 señala que las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas.

De acuerdo al Dictamen N° 20.485, de 2002, no puede sostenerse que dicha norma exima a las construcciones religiosas de cumplir con las disposiciones sobre urbanismo y construcción, sometiéndolas sólo a condiciones de higiene y seguridad, las que si bien son importantes en dicha normativa, no son los únicos aspectos que ella aborda.

Lo anterior, por cuanto el mencionado precepto constitucional es una reproducción del contenido en la Constitución Política de 1925, época en que las normas urbanísticas no tenían igual trascendencia, por lo que es difícil que dicha disposición aludiera a conceptos como zonificación o uso de suelo, que propician una relación funcional y armónica entre las distintas áreas de la comuna, en aras de una adecuada y sana convivencia.

CONCLUSIONES

El tema de las limitaciones al dominio no se relaciona sólo con el análisis filosófico o la dogmática jurídica, sino con consideraciones de orden económico, pues excesivas regulaciones y trabas burocráticas pueden desalentar las inversiones, fomentar la corrupción y debilitar la aplicación efectiva e igualitaria de

las normas⁴⁴, algo especialmente cierto en materia urbanística, donde se han tenido que dictar leyes especiales para regularizar construcciones ilegales de manera masiva.

En este orden de consideraciones, la mítica sabiduría del legislador racional, que actualmente se caracteriza por el clientelismo, “la ocasionalidad, el casuismo y la imperfección”⁴⁵, así como las referencias a la equidad o la justicia, propias de la labor de la judicatura, no han encontrado demasiada aplicación en el

derecho urbanístico, dado que se trata de una materia impregnada de elementos técnicos, de manera que ha cobrado cada vez más importancia el control que ejercen las propias autoridades administrativas en este campo, dentro de las cuales destaca la labor de la Contraloría General de la República, y sin perjuicio también de la importancia cualitativa que puede adquirir en este campo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

44 ROJAS, Ricardo Manuel, *Análisis económico e institucional del orden jurídico*, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2004, p. 167.

45 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2002, p. 84.