

LA PROPIEDAD PRIVADA Y LOS DERECHOS ADQUIRIDOS ANTE LA PLANIFICACION URBANA

Enrique Petar Rajevic Mosler¹

Abogado, Ayudante de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica de Chile

La configuración de la ciudad que determina nuestro sistema de planificación imperativa va confiriendo derechos y estableciendo limitaciones a los propietarios urbanos según el sector en que se ubique su propiedad. Ello definirá la facultad o la prohibición de instalar locales comerciales o industriales, edificar en altura, etc. Habrá incluso quien verá desvanecerse cualquier posibilidad de construir en su propiedad o quedará sujeto a una futura expropiación. Ello ocurre porque los planes son esencialmente transitorios y se modifican en función del desarrollo urbano. Así, lo que hoy creemos un derecho, mañana puede no serlo.

En este trabajo revisaremos los siguientes problemas que dicen relación con las garantías del ciudadano frente al planeamiento urbanístico:

i) la estabilidad que poseen los atributos conferidos por los instrumentos de ordenación urbana a cada bien raíz ¿Se trata acaso de derechos adquiridos, meras expectativas u otra figura jurídica?;

ii) ¿Cuáles son los límites que tiene la potestad planificadora de la administración?;

iii) ¿Caben las limitaciones a la propiedad que imponen los actos administrativos denominados planos reguladores, siendo que la Constitución reserva esta materia *sólo* a la ley?

La jurisprudencia se está enfrentando a estos conflictos progresivamente. De hecho, el propio Tribunal Constitucional (en adelante, T.C.) ha debido resolver asuntos de esta naturaleza. Primero, en el fallo rol N° 153, relativo a la inconstitucionalidad del decreto supremo que aprobó un Plan Regulador Intercomunal La Serena-Coquimbo (25.1.93). Desgraciadamente la sentencia misma tiene escaso interés doctrinario para nuestros fines, pero el cuerpo del requerimiento parece ser el intento más serio de cuestionamiento jurídico-constitucional que ha sufrido nuestro ordenamiento urbanístico. Fue firmado por 35 Diputados, y señalaba que el D.S. que aprobaba este instrumento de

¹ Este trabajo, con algunas correcciones, es parte de mi memoria sobre derecho de propiedad y la legislación urbanística nacional: "La Propiedad Privada ante los Planes Reguladores (Estudio sobre las limitaciones del dominio en la esfera de la legislación urbanística)", Memoria para optar al Grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996. Otra parte ha sido publicada en esta misma revista ("Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada", Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N° 1, pp. 23 a 97).

planificación debía quedar sin efecto toda vez que el Plan Regulador que contenía vulneraba los arts. 7 y 19, N° 2, 8, 21 y 24 de la C.P.R. En lo fundamental, se cuestionó tanto la forma en que se imponían las limitaciones urbanísticas como el fondo de muchas de ellas². En abono de su tesis los requirentes citaron la sentencia del T.C. rol N° 146 (sobre Letreros Camineros, especialmente en su cons. 18), pues estimaban que el acto administrativo Plan Regulador vulneraba la reserva legal del art. 19 N° 24.3, ya que varias de sus disposiciones impedían —más que regulaban— el uso de los predios, en algunos casos de modo extremadamente gravoso³. Este caso tocaba prácticamente todos los puntos discutibles en torno a la planificación territorial, y era una excelente oportunidad para empezar a producir una jurisprudencia sobre los planes reguladores comunales e intercomunales. Por desgracia, la Sentencia del T.C. anuló el D.S. N° 66 por un vicio formal, a saber, que el Ministro del ramo lo había firmado “por delegación de firma del Presidente de la República”, en circunstancias que el art. 35 de la Constitución Política de la República (en adelante, C.P.R.) excluye de tal mecanismo a los Reglamentos⁴. En consecuencia, no se emitió un pronunciamiento sobre las inconstitucionalidades de fondo requeridas.

² Se trató del D.S. N° 66 (V. y U.) de 1992. El texto del fallo está en Revista Chilena de Derecho, Vol. 20, N° 1, 1993, pp. 119 a 124.

³ Alguno de los puntos impugnados fueron el establecimiento de fajas adyacentes a la playa (“de protección del litoral”), en que se prohibía realizar todo tipo de actividad económica; la creación de caminos o accesos públicos a la playa (los que quedaban afectos al art. 59 de la L.G.U.C., ignorando el régimen del art. 13 del D.L. N° 1939); el establecimiento de estacionamientos públicos en terrenos privados; la prohibición de cualquier tipo de edificación en la franja de 35 m. adyacente a los caminos (“Zonas de protección de infraestructura vial”); la imposición de un mínimo de subdivisión predial de 10.000 m² en ciertos sectores; la fijación de una densidad de 58,5 habitantes por há. A cada una de estas observaciones respondió el Ministro de Vivienda y Urbanismo. Una síntesis más completa del requerimiento y la respuesta en “La Propiedad Privada ante los Planes Reguladores...”, ob. cit., pp. 196-199.

⁴ En efecto, en su sentencia, el Tribunal estimó que la naturaleza jurídica del D.S. que contenía el Plan era reglamentaria, “...pues reúne todas las características de este tipo de normas, a saber: emana del órgano ejecutivo, es de general aplicación, es obligatorio, de carácter permanente y no se agota con su cumplimiento” (cons. 9°), corroborándolo con el art. 35 b) de la L.G.U.C. (en cuanto este señala que los planes intercomunales contienen una “ordenanza con las disposiciones reglamentarias”, afirmando la equivalencia ordenanza/reglamento). Dice el T.C. que el carácter reglamentario surge en este D.S. “especialmente por ser de general aplicación” (cons. 11°), tanto para los particulares como para la propia administración (cons. 12°, que cita en este sentido al administrativista español Tomás Ramón Fernández). Establecido que se trata de reglamentos, señala luego que “de la sola lectura del art. 35 de la Const. Política es dable concluir que los Reglamentos han sido excluidos de la posibilidad de la delegación de firma y necesariamente deben ser suscritos por el Presidente de la República y, además, por el Ministro respectivo” (cons. 16°), razón por la cual termina anulando el D.S. por adolecer de este vicio formal. Si bien el Tribunal admite que no le compete el control de las leyes vigentes, indica que “es su deber aplicar en las materias sometidas a su decisión el principio de la supremacía constitucional sobre todas las otras normas jurídicas que conforman nuestro ordenamiento positivo” (cons. 22°). Este fallo negó sustento constitucional a los arts. 33 y 37 de la L.G.U.C. y, por ende, a todos los Planes aprobados bajo esta norma, si bien el art. 37 fue derogado tácitamente como ya se vio. Hubo voto disidente del Ministro E. Velasco, por estimar que no compete al T.C. declarar la inconstitucionalidad de forma de una norma vigente, control que corresponde a la Corte Suprema mediante recurso de inaplicabilidad, y porque el vicio alegado constituía una impropiedad doctrinaria tan precaria que no justificaba la anulación del decreto impugnado.

Una segunda posibilidad para hacer un examen sustantivo de nuestro ordenamiento urbano se dio a raíz del Decreto Supremo N° 171 del MINVU (publicado en el D.O. del 17.0.97), que creó un nuevo sistema para simplificar y uniformar el cálculo de las cesiones gratuitas de terreno en todo tipo de loteos terminando con la tabla de cálculo especial para viviendas económicas que permitía ceder una menor superficie en estos casos (modificación, entre otros, de los arts. 2.2.5., 7.2.2. y 7.2.4. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, en adelante O.G.U.C.). Un grupo de 12 senadores, en ejercicio de la facultad establecida en la parte final del art. 82 N° 5 de la C.P.R., presentó un requerimiento ante el T.C. pidiendo se declarara la inconstitucionalidad del D.S. fundándose, entre otras razones, en que éste vulneraba la reserva legal de la regulación del derecho de propiedad y el derecho de propiedad como tal. El fallo del T.C. (rol N° 253) dejó a firme la posibilidad de ejecutar la Ley General de Urbanismo y Construcciones (en adelante, L.G.U.C.) por vía administrativa en estas materias, declarando que el D.S. impugnado se limitaba a reglamentar el art. 70 de la L.G.U.C. sin exceder sus términos, y afirmó la validez sustantiva del sistema de cesiones gratuitas.

Cuestiones como las planteadas evidencian los numerosos temas constitucionales envueltos en el urbanismo. A continuación abordaremos los problemas que plantean a la planificación territorial dos de ellos: la reserva legal de la regulación del dominio y el contenido esencial de este mismo derecho.

1. *El Problema de la Reserva Legal del 19 N° 24 de la C.P.R.*

Es sabido que la C.P.R. protege la regulación de las garantías mediante reserva legal, la que resulta especialmente clara y rigurosa en materia de dominio, tema que abordamos en un trabajo anterior⁵. Ahora bien, si hay una garantía que resulte afectada por la planificación urbana es el derecho de propiedad, pese a lo cual este proceso opera principalmente a través de normas reglamentarias, tanto a través de los Planes Reguladores como por medio de la Ordenanza General de la L.G.U.C. Resulta importante, entonces, discernir si el sistema empleado en esta materia puede o no estimarse adecuado al texto constitucional. Por último, conviene revisar otro aspecto: ¿Es idóneo un D.F.L. (como el N° 458 de 1976, no obstante que formalmente sea sólo un D.S.) para limitar el derecho de propiedad?

Entre nosotros es posible identificar dos posturas relativas al alcance de la reserva legal del dominio frente al de la potestad reglamentaria de ejecución⁶. Con todo, desconocemos algún trabajo que objete la constitucionalidad de algún aspecto del ordenamiento urbanístico nacional, lo que debiera ocurrir necesariamente desde una perspectiva extensiva del dominio legal. Reyes Riveros comenta el sistema vigente en abono de la tesis restrictiva: "*Se podría imaginar lo que se tardaría en que por ley se aprobaran todos los planos reguladores comunales y aun los seccionales que regulan el uso del*

⁵ Cfr. en "Limitaciones...", Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N° 1, pp. 30 a 40.

⁶ Id., pp. 32 y ss. La primera tesis —que hemos llamado 'extensiva'— es aquella que defiende la rigurosidad de la reserva legal exigiendo que desarrolle completamente las regulaciones que caen dentro de ella. La segunda —que designamos como 'restrictiva'—, en cambio, plantea que basta que los preceptos legales contengan los principios fundamentales de la regulación reservada, pudiendo remitirse al Reglamento su ejecución o complementación.

suelo (limitación al derecho de propiedad y a actividades económicas lícitas) cuando siendo aprobadas las primeras por decreto supremo, aún se estima que hay escasa eficacia y eficiencia"⁷.

Concordando con Reyes Riveros, José Luis Cea ha señalado que "conviene puntualizar que al legislador incumbe decidir *el grado de profundidad, de extensión y de detalle* al que puede llegar en la regulación de las materias de ley. Con ello, y consecuentemente, quedará fijado el *punto de partida* de la potestad de ejecución o subordinada a esta especie de norma jurídica", sin que pueda eliminarse aquella, "...porque el legislador no está habilitado para *abolir o suprimir* el ejercicio de la potestad reglamentaria *subordinada* en su ámbito propio, es decir, de *casuística o de más amplia aunque secundaria normatividad*"⁸. Con ello quiere decir que siempre debe subsistir un grado de potestad reglamentaria de ejecución.

Incluso, algún intérprete historicista podría citar a favor de la actual regulación opiniones dadas en la C.E.N.C. que la mencionaron expresamente sin contrariarla⁹.

No obstante lo anterior, rigurosas sentencias del T.C. daban soluciones restrictivas a este problema, hasta la dictación del rol N° 253 (cesiones gratuitas), que sentó una nueva doctrina. Una de las grandes críticas que se hacía al D.S. impugnado era que mediante él se fijaban los porcentajes de las cesiones gratuitas, sin que la ley contuviera ningún marco para su determinación (que no fuera la alusión del art. 70 de la L.G.U.C. a la proporcionalidad en relación a las densidades que establezca el plan regulador). No obstante, el fallo no aceptó enjuiciar los incisos agregados al art. 2.2.5. de la O.G.U.C., pues estimó que este artículo no hace sino reglamentar el art. 70 de la L.G.U.C.: "...una -la ley- y otro -el reglamento- conforman un solo todo jurídicamente armónico, están indisolublemente unidos y en conjunto versan sobre la materia relativa a las cesiones o destinaciones gratuitas de terrenos inherentes a toda urbanización..."; aceptar el requerimiento habría implicado "... emitir un pronunciamiento material implícito sobre la constitucionalidad de un acto del Poder Legislativo... porque lo que en verdad se objeta es la constitucionalidad de la ley en que se sustenta el reglamento...", y dicha operación excede las atribuciones otorgadas al T.C. en el art. 82 N° 5 de la C.P.R., pues implicaría "... un pronunciamiento sobre una ley aprobada y sancionada por los órganos legislativos, en plena vigencia". Con todo, este principio sólo es válido en la medida que el reglamento no exceda a la ley, poseyendo lo que la sentencia denomina "razonabilidad técnica"¹⁰. De esta manera, la sentencia no se pronuncia en sí

⁷ Reyes Riveros, Jorge, "El Estado como Regulador, mediante ley, del Ejercicio de los Derechos Fundamentales y de Contralor de dicha Normativa", en Revista Chilena de Derecho, Vol. N° 20, N° 1, 1993, p. 89.

⁸ Cea, José Luis, Informe en Derecho inédito sobre el "Valor Constitucional del art. 8.3.2. que se propone para modificar el plan regulados Metropolitano", Santiago, 29.11.96, inédito, p. 69. En igual sentido puede verse de este autor "Sobre el Principio de la Legalidad Presupuestaria", en Revista Chilena de Derecho XIX, N° 3, 1993, p. 417. Los énfasis están en el original.

⁹ V.gr. "Actas Oficiales de las Sesiones de la C.E.N.C.", sesión N° 159, Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, 1977, p. 21.

¹⁰ Así, el fallo advierte en su considerando 9 que: "...sin embargo, esta tesis no es absoluta, pues en el evento que el reglamento se apartara de la ley en consonancia con lo cual se dicta, se produce la desvinculación de uno y de otra, ya que dejan de constituir un todo jurídicamente armónico que da lugar a una realidad jurídica evidente, para transformarse en

sobre el tema de la reserva legal a la luz del actual texto constitucional, pues afirma la incompetencia del T.C. para conocer del tema en casos de este tipo¹¹ (en clara contradicción con lo afirmado en fallos precedentes como el rol N° 245, del 2.3.96, sobre acceso a las playas).

También es discutido en España el alcance de la reserva legal del dominio en materia urbanística, como lo ha expuesto Boquera¹². Este autor muestra que la jurisprudencia ha evitado pronunciarse sobre la relación reserva de ley/planes reguladores, que con las disposiciones de la Constitución de 1978 se hizo mucho más tensa (art. 53.1: "Sólo por ley..."), y cita la opinión de García de Enterría y Parejo Alfonso, que sostienen que la Ley del Suelo hispana agota normativamente (esto es, por medio de preceptos abstractos y generales) la regulación de la propiedad urbana, con lo que los planes urbanísticos son simples actos administrativos de ejecución.

En forma previa a 1978, en cambio, no existía la tan mentada reserva legal. La Ley del Suelo de 1956 era mucho más genérica y su reforma de 1975 no alteró sensiblemente esta situación. En aquella época la doctrina sostuvo que los planes eran reglamentos independientes, esto es, que la Ley del Suelo regulaba, de modo abstracto e incompleto, la propiedad urbana, remitiendo al plan la conclusión de esa regulación y otorgando a la Administración facultades en tal sentido: se trataba de una remisión de tipo amplísima. Boquera ironiza: "Antes decían que la Ley del Suelo de 1956 era un marco general y abstracto que, en 1975, redujo un poco estas características. Ahora la LS 'no abdica... ninguna de sus responsabilidades -dicen García de Enterría y Parejo en su citado libro-, antes bien las atiende hasta el límite material de sus posibilidades...'. De... ser esto cierto, los planes de urbanismo, sin moverse, pasarían a regular puntos de una materia sobre los que la LS no ha establecido ningún criterio o regla (remisión normativa en su

partes de una relación ley-decreto reglamentario que se contrastan y se repudian. En esta hipótesis, desaparecen el fundamento de la tesis que se ha venido desarrollando y, por ende, se exceptúa de ella, porque el reglamento puede ser objetado, en conformidad con lo escrito en el artículo 82, N° 5, de la Carta Fundamental, ya que su enjuiciamiento constitucional se efectuaría sin que ello importe una intromisión de este Tribunal en un acto legislativo.

En este orden de las ideas, debemos entender que el reglamento contraría la ley no sólo cuando está en pugna con su texto expreso sino, también, cuando su contenido desborde el marco de las posibilidades regulatorias que brinda la Constitución; tratándose del derecho de propiedad, por ejemplo, cuando él fuere vulnerado en su esencia. En efecto, la ley hace una remisión al reglamento de ejecución para que complemente, bajo ciertas directrices, su contenido básico; pero al propio tiempo lleva ínsita la obligación de que la regulación reglamentaria no vulnere el derecho que la Constitución asegura a todas las personas, en este caso, en su artículo 19, N° 24, y N° 26, ya que no resulta 'razonable' aceptar que el legislador ha encomendado al reglamento dictar normas que pugnen con la Carta Fundamental. Lo anterior corresponde a lo que en doctrina se denomina 'razonabilidad técnica', y que en el caso que nos ocupa se traduce en una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el reglamento para lograrlos. En otras palabras, debe existir una correspondencia entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar.

Lo expuesto cobra especial fuerza tratándose de la Ley General de Urbanismo y Construcciones que ha sido objeto de constantes revisiones legislativas, como demuestran las leyes 18.513, 18.738, 19.021, 19.057, 19.063 y, en fin, 19.472, que ha modificado o complementado el decreto con fuerza de ley N° 458 de 18 de diciembre de 1975".

¹¹ Críticas a este fallo de Raúl Bertelsen en "Informe Constitucional" N° 1.508 (12.5.97).

¹² José María Boquera, "La Limitación de la Propiedad Urbanística según la Constitución", p. 53, en "Derecho Urbanístico Local", José María Boquera, Ed. Civitas, 1992.

segundo sentido o reglamentos independientes) a ser determinaciones singularizadoras que han de tomar en cuenta localizaciones concretas de cada porción de territorio (remisión normativa en su primer sentido o reglamentos de ejecución)...”¹³.

Pese a esta explicación y la aquiescencia de los Tribunales, Boquera estima que los preceptos de la ley del suelo no agotan la regulación urbana como debieran: los califica de “abstractísimos”, pues “no contienen ninguna regla sustantiva con respecto a limitaciones u obligaciones de la propiedad privada... nada definen... sirven para que un plan especial prive a los propietarios de cualquier tipo de aprovechamiento urbanístico”¹⁴. Concluye que “los planes de urbanismo son reglamentos y sólo los que desarrollen las leyes que configuran o limitan —como se quiera— a la propiedad pueden regular esta materia reservada por la Constitución a la ley”¹⁵; desarrollar se toma en el sentido de ejecutar, o sea, sólo podrá efectuarse la planificación vía potestad reglamentaria de ejecución, y nunca autónoma. De asumir esta situación el legislador “...se animaría o se vería forzado a establecer nuevas reglas ordenadoras de la propiedad urbanística”¹⁶.

Volvamos ahora a nuestro derecho, en que es claro que en materia de reserva legal el administrador sólo puede intervenir ejecutando las leyes (art. 32 N° 8, C.P.R., parte final). El punto polémico es: ¿Con que profundidad debe desarrollar la ley el contenido de las materias que el constituyente le reservara (art. 60 C.P.R.)?, ¿bastarían las bases esenciales de dicho ordenamiento (siguiendo la idea del art. 60 N° 20 de la C.P.R.) o se requiere detallar completamente la regulación de la materia?

Estimamos que la doctrina española es consistente y aplicable entre nosotros¹⁷. El dilema no puede ser bases esenciales o regulación completa. Se trata, más bien, de regular las materias comprendidas en la reserva legal mediante preceptos legales hasta el máximo de determinación posible, esto es, hasta donde lo permita la generalidad que caracteriza a las leyes, especificando además los criterios materiales y técnicos que deba utilizar el administrador para adoptar sus decisiones. El papel del reglamento será, entonces, absolutamente subsidiario. Sólo podrá ejecutar disposiciones legales: jamás crear nuevas limitaciones o regulaciones independientes del texto legal.

Aplicado a nuestro tema esto indica que, la Ordenanza General de la L.G.U.C. no puede, bajo pretexto alguno, contener exigencias adicionales a las que establece la ley. Lo mismo se aplica a los Planes Reguladores, que sólo debieran *singularizar el territorio* sobre el que se aplicará la normativa y seleccionar entre los *instrumentos limitativos legales* aquellos que le permitan planificar adecuadamente, aplicándolos razonablemente. No podrán, obviamente, crear nuevos requisitos o regulaciones, sino sólo especificar y hacer operativas las ya existentes¹⁸.

¹³ *Ibíd.*, p. 54.

¹⁴ *Ibíd.*, pp. 56 y 57.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 59.

¹⁶ También estima que el sistema de planeamiento hispano vulneraría la reserva legal de la propiedad Martínez López-Muñiz, José Luis. “Derecho de Propiedad y Proyecto de Reforma de Ley del Suelo”, en “Derecho Urbanístico Local”, José María Boquera editor, Ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 86.

¹⁷ Cfr. en “Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada”, *loc. cit.*

¹⁸ En este sentido puede verse el fallo citado en *infra* nota 88 y el dictamen N° 1892/96 de C.G.R. que declaró inconstitucional las cesiones exigidas en la Ordenanza General de Cons-

Desafortunadamente la ley es muy parca en estas materias. Apenas describe un Plan Regulador formalmente, pero en modo alguno se refiere a su sustancia y los criterios de regulación. Lo ideal sería que señalase expresamente cuáles son las especies de limitación que la autoridad puede aplicar, una a una, correspondiendo sólo la singularización fáctica al reglamento. Baste al respecto comparar el art. 42 de la L.G.U.C. con el art. 2.1.6. de la O.G. que lo desarrolla, para apreciar que si se trataba de profundizar quedaba todavía un trecho normativo de naturaleza abstracta y general.

Confrontemos ambas disposiciones:

D.S. N° 458 de 1976

“Art. 42. El Plan Regulador Comunal estará compuesto de:

- a) Una memoria explicativa, que contendrá los antecedentes socioeconómicos; los relativos a crecimiento demográfico, desarrollo industrial y demás antecedentes técnicos que sirvieron de base a las proposiciones, y los objetivos, metas y prioridades de las obras básicas proyectadas;
- b) Un estudio de factibilidad para ampliar o dotar de agua potable y alcantarillado, en relación con el crecimiento urbano proyectado;...
- c) Una Ordenanza Local que contendrá las disposiciones reglamentarias pertinentes, y
- d) Los Planos, que expresan gráficamente las disposiciones sobre uso del suelo, zonificación, equipamiento, relaciones viales, límite urbano, áreas prioritarias de desarrollo urbano, etc....”

D.S. N° 47 de 1992¹⁹

“Art. 2.1.6. El Plan Regulador Comunal, para efectos de su aprobación y aplicación, estará conformado por los siguientes documentos:

- a) Memoria Explicativa, que contenga el diagnóstico del territorio comunal, estudios de riesgo, objetivos, metas, fundamentos, y todos los antecedentes gráficos, planimétricos y descriptivos, sobre aspectos demográficos, sociales, económicos, y demás estudios técnicos, tales como capacidad de la red vial, sistemas de transporte y suficiencia de equipamiento, que sirvan de base para las proposiciones y las alternativas de estructuración y gestión.
- b) Estudios de Factibilidad, para ampliar o dotar de agua potable y alcantarillado, en relación con el crecimiento urbano por extensión y/o densificación proyectado, (...).
- c) Ordenanza Local, que fijará con precisión, entre otras normas, los límites urbanos de sus centros poblados, vialidad, usos de suelo permitidos, restringidos y prohibidos, densidades máximas y mínimas, coeficientes de constructibilidad, coeficientes de ocupación del suelo, rasantes y distanciamientos, alturas de edificación máximas y mínimas cuando corresponda, tamaños prediales, tipos de agrupamiento, disposiciones para los conjuntos armónicos, normas sobre equipamiento, para todas las áreas urbanas o sistema urbano comunal sometido a la planificación.

trucciones en los casos de crecimiento por densificación (art. 2.1.3.), al no estar contempladas expresamente en el texto de la ley General de Urbanismo y Construcciones (arts. 65 y 70).

¹⁹ Art. modificado por los D.S. N° 112 (V. y U.), pub. en el D.O. del 5.1.93; D.S. N° 101 (V. y U.), pub. en el D.O. del 22.12.93; y D.S. N° 4 (V. y U.), pub. en el D.O. del 7.3.94.

d) Planos, que expresan gráficamente, entre otros, límite urbano, áreas de extensión urbana con sus prioridades, áreas de riesgo y de restricción, zonificación, usos de suelo, densidades, red vial estructurante, áreas verdes y equipamiento...”

No se requiere ser un experto para advertir que la Ley resulta mucho más escueta que su Ordenanza. Es razonable que el decreto reglamentario desarrolle el detalle de las normas; pero si revisamos la letra c) de ambas disposiciones parece que la fuente de las limitaciones se desplaza de la ley a la ordenanza. Apenas aquella menciona la existencia de una “ordenanza local” de carácter reglamentario, la ordenanza general, en cambio, explica y desarrolla todo el contenido de la “ordenanza local”, que consiste —nada menos— en un listado de *limitaciones* al derecho de propiedad. Si buscamos en la L.G.U.C. podremos encontrar el sustento de varias, pero en ninguna parte de la Ley se expresa que así se impondrán en la Ordenanza Local²⁰.

La misma zonificación del uso del suelo, elemento fundamental, se establece de modo completamente genérico en la ley (arts. 57 y 42 d). ¿Qué tipos de uso de suelo existirán? ¿Será acaso una variedad tan infinita que no es posible poner las categorías en la ley? ¿O dónde se admite legalmente la limitación del coeficiente de constructibilidad, o del de ocupación del suelo, definiendo las implicancias de cada cuál? Ciertamente es posible encontrar en el texto de la L.G.U.C. fundamentos genéricos para llegar a las disposiciones de su Ordenanza General, pero eso no basta; lo razonable sería, al menos, definirlos legalmente. Sin embargo, el funcionamiento de nuestro sistema de planificación ha demandado que sea la Ordenanza General —y no la ley— el instrumento que sistematice estas normas.

Otra situación curiosa es la relacionada con la duración del permiso de edificación, que la ley delegó completamente en la ordenanza (art. 120: “La vigencia, caducidad y prórroga de un permiso... se sujetarán a las normas que señale la Ordenanza General”; y esta última, en su art. 5.1.20., expresa que “El permiso de edificación caduca a los tres años de concedido si no se hubieren iniciado las obras correspondientes...”); esta caducidad implica la extinción irremediable del derecho a edificar, que puede tener una enorme relevancia patrimonial, ¿Es coherente con la reserva en comento que su plazo esté regulado reglamentariamente?

El tema de la reserva legal abre una discusión conexas de no menos importancia: que, como lo ha explicitado una sentencia del T.C. español al controlar la constitucionalidad de la Ley de Reforma Agraria andaluza de 1987, la ley debiera contener “suficientes referencias normativas, de orden formal y material, para generar previsibilidad y certeza sobre lo que, en su aplicación, significa una correcta actuación administrativa y, en su caso, para contrastar y remediar las eventuales irregularidades, arbitrariedades y abusos”²¹. Así, por ejemplo, incluir presupuestos de hecho de las actuaciones, formas de intervención y criterios materiales para decidir (estos últimos pue-

²⁰ Puede verse, por ejemplo, el art. 7 del D.S. N° 1.050 del 9/7/1960, L.G.U.C., mucho más completo en este sentido que la actual ley.

²¹ Sentencia 37/1987 (26 de marzo), citada por Martínez López-Muñiz, ob. cit., p. 83.

den subsanar las lagunas o problemas interpretativos que pudieren surgir). Desgraciadamente nuestra Ley General de Urbanismo y Construcciones es francamente insuficiente en estos aspectos. Esta omisión, en nuestra opinión, también importa desconocer la reserva legal del dominio, sin perjuicio de que toda decisión administrativa deba encuadrarse en las pautas establecidas por el art. 19 de la C.P.R.

Conviene hacer una breve referencia a la reserva legal que protege la garantía constitucional de desarrollar actividades económicas (art. 19, N° 21 C.P.R.). Los instrumentos de ordenamiento territorial también pueden llegar a deslegalizar esta materia, que por añadidura puede confundirse con la facultad de gozar (*ius fruendi*) del objeto del dominio (objeto de reserva en sí mismo por el 19, N° 24.3 C.P.R.), haciendo más crítico el panorama.

La última cuestión relativa al respeto de la garantía formal del dominio en la legislación urbanística dice relación con la jerarquía normativa de la L.G.U.C. Veíamos que, independientemente de buscar el deslinde entre potestad reglamentaria y ley, era indudable que las limitaciones al dominio debían ser impuestas abstractamente por una ley, y no un decreto con fuerza de ley, asunto que el art. 61.2 de la C.P.R. deja claramente asentado (en relación con el 19 N° 24.2), en la medida que se estén imponiendo limitaciones a la propiedad. Pero nuestra ley de urbanismo es, en verdad, un D.F.L. que refunde textos anteriores en virtud del mandato del D.L. N° 602 (D.O. 7/8/1974). Con todo, esta norma no resultaba inconstitucional en la época de su publicación (por lo demás, el D.L. 602 estaría siempre cubierto por el D.L. 788, D.O. 2/12/74) pese a la considerable amplitud del decreto ley delegatorio²². En estricto rigor, entonces, podemos decir que nuestro país ha carecido históricamente de una ley –formalmente hablando– sobre la materia. Lo que hemos tenido son normas reglamentarias dictadas en cumplimiento de leyes, mezcladas con leyes propiamente tales que las modificaron en algunos de sus aspectos. Las normas que se dicten a futuro deberán tener siempre rango legal, a menos que sean meramente instrumentales (o sea, que no impongan limitaciones)²³.

Concluyendo, la ordenación territorial en nuestro país está funcionando del siguiente modo: Una ley general es detallada y ampliada por un decreto reglamentario, que es quien realmente desarrolla la materia al máximo grado general de determinación posible. Con posterioridad, este conjunto normativo (Ley y Ordenanza) da fuente a un nuevo acto administrativo que fijará nuevamente normas generales sobre un territorio comunal. Sólo finalmente la autoridad municipal, mediante actos administrativos singulares (permisos de edificación, decretos de demolición, etc.) ejecutará sobre los administrados la planificación urbana.

²² “Facúltase al Ministerio de Vivienda y Urbanismo para suspender la vigencia, derogar, modificar o adicionar de inmediato todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, relativas a construcciones o urbanización... Estas facultades se ejercerán mediante decretos supremos...”

²³ En relación a este tema puede verse la contestación de Enrique Evans de la C. a un recurso de inaplicabilidad sobre un problema análogo relativo a la “Ley General de Servicios Eléctricos” (D.F.L. N° 1, D.O. 13/9/82). Revista Chilena de Derecho, Vol. XV N° 1, 1988, pp. 149 y ss.

Imaginemos que el T.C. controlara hoy la constitucionalidad de la L.G.U.C. (suponiendo que fuera un proyecto de ley), ¿permitiría acaso las amplias remisiones normativas a la autoridad existentes? Parece evidente una respuesta negativa, particularmente después del fallo rol N° 153 (bases del medio ambiente). Sin embargo, sabemos que siendo una ley vigente este control no debe producirse, pues ya el T.C. lo ha señalado en el rol N° 253. De esta manera, en la medida que se ejecute estrictamente la L.G.U.C. no prosperarán requerimientos en contra de las normas reglamentarias respectivas, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir de inaplicabilidad (art. 80 C.P.R.). Aun así, difícilmente los planos reguladores vigentes serán objetados en este punto por el Poder Judicial (que a la fecha nunca ha tocado el tema en forma directa²⁴), máxime si la vulneración de la reserva es un vicio más bien formal, indudablemente interpretable, y que casi caería en el "error común". De hecho, la anulación de un plan por esta razón comprometería gravemente la seguridad jurídica de la comunidad sin ofrecer, a cambio, ventajas proporcionadas. Lo clave, entonces, será preocuparse para el futuro, resolviendo por vía legislativa los problemas reseñados, con miras a una legislación más moderna.

2. *El Problema del Contenido Esencial de la Propiedad Urbana.*

Para confrontar el contenido esencial del dominio con nuestra legislación urbanística analizaremos las posibilidades de adquirir derechos conforme a los Planes Reguladores (subcapítulo 2.1.1). Luego, veremos la posibilidad de alterar las normas de planeamiento urbano y el control judicial de tales modificaciones (subcapítulo 2.1.2). Por último, terminaremos con algunas reflexiones sobre el contenido esencial de la propiedad urbana (subcapítulo 2.1.3).

2.1.1. Adquisición de Derechos en la Planificación.

Los Permisos de Edificación y la Recepción de Obras.

El primer problema a resolver es determinar cuándo puede hablarse de derechos adquiridos en materia urbanística. Se trata de un tema clave, pues las frecuentes alteraciones que sufren los instrumentos de planeamiento territorial, suponiendo su licitud, implican variaciones —a veces sustanciales— en las facultades reconocidas a los propietarios.

Dos posiciones extremas definen el problema: "una, la extensión de la garantía constitucional no sólo a los aprovechamientos físicamente consolidados, sino al simple derecho al aprovechamiento derivado de las prescripciones de la ordenación urbanística; otra, la de la negación a este último de garantía constitucional, afirmando su disponibilidad total sin condiciones por la ordenación urbana"²⁵.

²⁴ Al contrario, en numerosas oportunidades ha defendido la juridicidad de la zonificación del suelo. Pueden verse numerosos ejemplos, como R.D.J. T. 80, 2^a parte., S.V., pp. 46 y 88, T. 83, 2^a parte., S.V., p. 70, etc., en Cobo García, Pedro, "Ley General de Urbanismo y Construcciones", Ediar CONOSUR, Santiago de Chile, 2^a ed., 1992.

²⁵ Parejo Alfonso, Luciano, en "La Garantía del Derecho de Propiedad y la Ordenación Urbanística en el Derecho Alemán, I", en R.E.D.A., N° 17, 1978, p. 43. Siguiendo a Breuer, Parejo ocupa esta frase para referirse a la polémica sobre la existencia de la libertad de construcción o *ius aedificandi*, tema que nosotros tocamos más adelante. Siendo los derechos urbanísticos adquiridos una emanación de él, creemos perfectamente aplicable las expresiones al punto tratado.

A. Derecho Comparado

Dice el autor español De Vicente que la Ley del Suelo de 1956 permitía realizar alteraciones al planeamiento urbanístico, pero al mismo tiempo señalaba que la vigencia de los planes era indefinida (art. 125). Conforme esta última declaración, doctrina y jurisprudencia entendían que existía una *garantía de estabilidad* relativa, esto es, que no excluía las facultades legales del Administrador para modificarlos. Existía una revisión quinquenal de los planes, y modificaciones puntuales en sus elementos sujetos a iguales trámites que los previstos para la aprobación (salvo que aumentaran el volumen edificable, caso en que se requería un incremento en los espacios libres, y mayores quórum para su aprobación).

Por ello, de la planificación derivan solamente meras expectativas. Hay quien dice que se puede hablar de 'derechos urbanísticos adquiridos' si se cumple todos los deberes de una urbanización. Pero ello no es a efectos de hablar de derechos adquiridos, sino de admitir la indemnización en estos casos: "Muchos recursos judiciales se basan solamente en eso, en que se tiene un derecho adquirido, y lo cierto es que del planteamiento directamente no derivan derechos adquiridos. Ya que se invocan los derechos adquiridos, por lo menos debe intentarse demostrar que se trata de una situación agotada, consolidada, con arreglo a la anterior normativa y no de una situación abierta a posibles cambios. En este sentido, alguna doctrina (por ejemplo, L. Parejo Alfonso) ha hablado de la patrimonialización de los derechos urbanísticos que solamente llega cuando se han cumplido los deberes y tras un proceso de gestión a través de cualquiera de los sistemas y del costeamiento de las obras de urbanización y de su realización. Con estos presupuestos posiblemente pueda hablarse de derecho adquirido, y no para imponerse a la nueva calificación, sino a efectos indemnizatorios. Del Plan derivan expectativas que no generan indemnización. El Tribunal Supremo reconoce situaciones consolidadas, pero de modo excepcional"²⁶.

Carceller, por su parte, recuerda que el art. 87.2 de la Ley del Suelo indica que las alteraciones del planeamiento sólo generan una indemnización si se efectúan antes de transcurrir los plazos previstos para la ejecución de los respectivos Planes o Programas, o transcurridos aquellos, si la ejecución no se hubiera llevado a efecto por causas imputables a la Administración²⁷. Y es que el principio fundamental es que los Planes de Ordenación tendrán vigencia indefinida (art. 125 L.S.).

Con todo, Carceller cita jurisprudencia para explicar que: "...El principio de vigencia indefinida de los Planes de ordenación urbana, que proclama la LS, no puede entenderse en un sentido estático o de perpetuar la ordenación, sino como garantía de estabilidad y permanencia que no impide que la Administración ejercite las facultades que tiene legalmente atribuidas cuando nuevos criterios o necesidades urbanísticas hagan necesaria o adecuada la actualización del Plan anterior, o su redacción *ex novo*..."²⁸; y luego "El Plan ha

²⁶ De Vicente D., Ricardo, "Las Alteraciones del Planeamiento Urbanístico", en "Derecho Urbanístico Local", José María Boquera editor, Ed. Civitas, Madrid, 1992, pp. 226-7.

²⁷ Carceller, ob. cit., p. 326.

²⁸ *Ibid.*, p. 271, nota al pie. Se trata de una sentencia del 7/4/1983, Ar. 2.077.

de seguir la suerte de las normas, en las que se inserta con más naturalidad que en el acto administrativo, por lo que puede ser alterado, como lo puede ser toda norma, sin que en esta materia pueda operar la "irrevocabilidad" de los actos administrativos declaratorios de los derechos..."²⁹; y "...los derechos adquiridos al amparo de un Plan Parcial en vías de ejecución no constituyan límite a la potestad modificatoria o sucesora de la Administración que necesariamente incide sobre planes en ejecución o incluso agotados, pues su único efecto son las conveniencias indemnizatorias que contemplan los artículos 87.2 TRLS 1976 y 159 RPU"³⁰.

Otro autor hispano, Toledo Jáudenes, ejemplifica la misma situación, citando expresiva jurisprudencia referida a la alteración de instrumentos de planeamiento (planes parciales, estudios de detalle, reparcelaciones o compensaciones, etc.): no existe un derecho adquirido al mantenimiento de la ordenación urbanística vigente. "... La innovación —dice la S. de 24 noviembre 1981— constituye un poder inherente a la naturaleza de la función reglamentaria y planificadora, como reflejo, en tono menor del poder legiferante." Esta caracterización se apoya, por lo demás, en elementales exigencias del buen sentido: sería un inútil atentado contra la realidad negar a la Administración la posibilidad de enmendar errores de planificación; atender a los nuevos requerimientos derivados de distintas concepciones políticas, ideológicas, culturales, socioeconómicas o impuestas por nuevas apetencias, potencialidades o necesidades"³¹.

"Salvo muy contadas ocasiones —explica Toledo—, el Tribunal Supremo ha proclamado la inexistencia de derecho adquirido alguno que impida o dificulte la reforma del planteamiento. Es posible la revisión anticipada...". Así, "cualquiera sea el estado de la ejecución del planteamiento, puede ser alterado... El principio ha sido aplicado en todas las situaciones que el proceso de ejecución puede originar...", y así se revisa el caso de los *planes parciales, estudios de detalle, reparcelaciones o compensaciones, proyectos de urbanización y de parcelación, obras de urbanización en ejecución y solicitud de licencia de edificación*. Sólo las dos últimas situaciones generan derecho a una indemnización: "Los peticionarios de las licencias tendrán derecho, en el caso de que la modificación del planteamiento impida el otorgamiento de la misma, sólo a la indemnización del coste oficial de los proyectos y a la devolución, en su caso, de las tasas municipales (art. 27.4 de la Ley de Suelo)". La licencia de edificación "...antes de la finalización del edificio, puede ser objeto de revocación-expropiación. La indemnización comprenderá todos los daños y todos los perjuicios, con tal que se prueben..."³². La edificación ya realizada tampoco impide variar el planeamiento, pero deberá compensarse al propietario el perjuicio que se le provocare"³³.

²⁹ *Ibíd.*, sentencia del 4 noviembre 1972, Ar. 4.692.

³⁰ *Ibíd.*, p. 273, nota al pie, sent. 28/9/1982, Ar. 5.519.

³¹ Toledo Jáudenes, Julio, "Alteración del Planeamiento Urbanístico: Derechos Adquiridos y Control Judicial", en R.A.P. N° 110, mayo-agosto 1986, p. 131.

³² *Ibíd.*, pp. 134 a 137.

³³ *Ibíd.*, Cfr. nota 2 en p. 138. Aquí expresa que la jurisprudencia en este último punto es confusa. Algunas de las líneas desarrolladas son: "1) El derecho al aprovechamiento urbanístico se consolida como derecho adquirido con la aprobación o con la inscripción en el Registro de la Propiedad de la reparcelación o compensación; cualquier minoración de tal aprovecha-

Las excepcionales situaciones en que se ha reconocido judicialmente el derecho a conservar la ordenación anterior son criticadas por Toledo, que también estima que este no es sino una mera expectativa. Una sentencia lo hizo expresando "...que la Administración no puede, en perjuicio de tercero, volver sobre sus propios actos declaratorios de derechos...". Pero para Toledo es un error, pues "...el principio de irrevocabilidad de las decisiones administrativas declarativas de derechos subjetivos tiene un ámbito de aplicación estricto: se refiere únicamente a los actos administrativos, pero no alcanza a las disposiciones generales, y, por tanto, no impide ni dificulta la modificación o derogación de los Planes de Ordenación Urbana"³⁴.

Otra sentencia (2 junio 1982) afirma que "...constituye doctrina jurisprudencial muy reiterada la que... reconoce la facultad de los órganos gestores del planteamiento para acomodarlo a las exigencias o conveniencias de interés público... (pero) esto no puede entenderse en términos tan absolutos e incondicionales que autoricen una discrecionalidad administrativa, ni tampoco a que, en contra de la seguridad jurídica, se prescinda de situaciones de hecho engendradas conforme al Ordenamiento anterior y productoras no de simples expectativas jurídicas, sino de auténticos derechos adquiridos, que si en abstracto no pueden operar frente a la dicha prevalencia del interés público, en particular y siquiera por excepción sí que tienen eficacia impediendo de aludida potestad innovadora de la Administración 'cuando se cuenta con una situación consolidada, al amparo de un *status* legal que le sirviera de cobertura en los momentos necesarios hasta alcanzar tal estado' -sentencia de esa Sala de 30 de junio de 1980-, lo que conduce a la necesidad de que ambos intereses en conflicto se compatibilicen por virtud de normas transitorias, conforme explica el fallo de 29 de septiembre de 1980"³⁵. Empero, la resolución favorable al particular, pese a la teorización mencionada, se basa más bien -en definitiva- en otras razones de derecho.

En consecuencia, dice Toledo, "No hay, pues, según la voz autorizada de la Sala Especial de Revisión, derecho adquirido a la perduración de la

miento dará lugar a compensación (p. 138)... y luego "...4) En fin, frente a decisiones que declaran el derecho por la simple concurrencia de la reforma anticipada del Plan y de la lesión (S. de 1 febrero 1980), otras añaden nuevos requisitos no fácilmente conjugables con el texto del artículo 87.3 LS (SS. de 10 y 22 abril 1983): "el tope (en lo que se refiere al coste económico de la operación) que puede encontrarse a las potestades revisoras de los Planes en relación con las situaciones jurídicas amparadas en Planes anteriores es la norma contenida en el artículo 87.2 y 3 de la Ley en relación con el artículo 159 de del Reglamento de Planificación, y tal como ha declarado la doctrina de la Sala -sentencias de 1 febrero 1982, 6 julio 1982, 20 septiembre 1982, 28 marzo y 29 abril 1983, Revisión de 14 diciembre 1984, etc.- al enunciar los requisitos mínimos de una posible reclamación amparada en tal excepcional supuesto; a saber, que se trate de la modificación de Plan adaptado, que afecte a una parte de propietarios que cumplieron los requisitos y cargas a la anterior ordenación sin haber obtenido beneficios y resultar discriminados en relación con el resto de los titulares del sector; o en los supuestos de alteración del aprovechamiento medio de uno o varios sectores como consecuencia de una revisión del Plan General, al imponerse en tales casos (art. 159.4 del Reglamento del Plan) la necesidad de fijar el nuevo: a la vez que prescribe, párrafo 2.º, que los sectores que tuvieran aprobado un Plan Parcial conservarán el aprovechamiento medio que resultare de la aplicación de las determinaciones que sobre este extremo contuviere el Plan General objeto de modificación" (p. 139).

³⁴ Se trataba de la S. de 6 julio 1973, cfr. *Ibíd.*, p. 140.

³⁵ *Ibíd.*, p. 142.

ordenación urbana. Lo que no impide —en palabras de la S. de 21 diciembre 1981— que ‘pueda declararse ilegítimo el ejercicio de la comentada facultad administrativa de variación del planteamiento urbanístico en aquellos supuestos que se acredite de manera cumplida y convincente que la revisión o modificación introducida en un Plan con relación a otro anterior vigente de igual o inferior categoría normativa ha sido realizada sin justificación suficiente’³⁶. El único derecho adquirido de modo indubitado es el de que el suelo que cuente con los requisitos establecidos en el art. 78 de la LS sea calificado necesariamente de suelo urbano, con lo que sería una facultad reglada³⁷.

El ordenamiento alemán es aún más clarificador. Expone Parejo Alfonso que la *Ley Federal de la Construcción (Bundesbaugesetz)*, en 1978⁽³⁸⁾, establecía la obligación de indemnizar las siguientes imposiciones de los planes urbanos (*Bebauungsplan*):

1. Modificaciones en virtud de las cuales se hace imposible el aprovechamiento previo al plan que se daba al predio, destruyendo su rentabilidad (problema de la esencia o igualdad, que analizaremos al final);

2. Supresión o alteración de un uso hasta entonces permitido y no realizado físicamente. La reparación se determina según si: i) la alteración se realiza dentro de los siete años siguientes al Plan que otorgó los derechos, caso en que asciende a la diferencia de valor experimentada por la finca debido a la supresión; o ii) si es después de esos siete años, evento en que sólo se indemnizan los perjuicios en los aprovechamientos efectivamente materializados y en la medida que la alteración haya afectado su goce y el del resto del predio. Hay también ciertas situaciones especiales que aplican los mismos principios. La fijación de plazos pretende conciliar la seguridad jurídica con la flexibilidad reclamada por el desarrollo de la comunidad;

3. Supresión o alteración de un uso hasta entonces permitido y realizado físicamente, indemnizándose sólo en cuanto la medida disminuya el valor de la finca (si bien Parejo cita a Breuer como oponente a la medida, estimando que basta diferir la eficacia de la medida hasta la desaparición del aprovechamiento prohibido, tesis coherente con el art. 62.1 de nuestra L.G.U.C.³⁹); y

4. Incidencia del Plan sobre actos preparatorios del aprovechamiento hasta entonces autorizado (las llamadas *lesiones de la confianza*). Esto es, indemnizar a “los propietarios y titulares de derechos de uso y disfrute de las fincas que —en el contexto de las facultades que les confieran sus respectivos derechos— hayan realizado, en una fundada confianza en la permanencia de un plan urbanístico de la construcción, inversiones para la realización de las posibilidades de aprovechamiento otorgadas por el Plan, siempre que dichas inversiones resulten mermadas en su valor por la modificación, complemento

³⁶ *Ibíd.*, p. 145.

³⁷ *Ibíd.*, pp. 145-148.

³⁸ Nos basamos en los comentarios de Parejo Alfonso, realizados en 1978 a la ley de 1960 incluyendo las reformas parciales de 1977, en “La Garantía del Derecho de Propiedad y la Ordenación Urbanística en el Derecho Alemán III”, en R.E.D.A., N° 19, 1978, p. 34 y ss. y esp. 46 y ss. No tenemos noticia de la situación actual del ordenamiento alemán en el punto.

³⁹ *Ibíd.*, p. 50. Se trata de Rüdiger Breuer, “Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie”, München, 1976, cuya obra sigue recurrentemente Parejo A. en “La Garantía... I”, *ob. cit.*, p. 245.

o derogación del plan"⁴⁰. En este caso, la autoridad pareciera reconocer una cierta responsabilidad extracontractual. El ejemplo planteado es indemnizar los honorarios del arquitecto que preparó planos para un edificio que producto de la alteración ya no podrá emplazarse.

B. Situación chilena

Revisemos ahora el caso de la planificación urbana chilena. La modificación de los instrumentos de planificación se contempla ya al establecer la Planificación Urbana Nacional (art. 29 L.G.U.C.); lo mismo ocurre a nivel intercomunal (art. 35, final) y comunal, si bien sólo en este último caso el tema se enfrenta de modo explícito (arts. 44, 45, 54, 61 y 62). Con todo, en virtud del art. 27 debemos entender que el proceso planificador no se agota con la dictación de un Plan, permaneciendo en la autoridad la facultad de modificarlo e, incluso, reemplazarlo íntegramente⁴¹.

Para revisar el problema de la adquisición de derechos veremos las situaciones temporales que se pueden presentar. Primero veremos los efectos de la ordenación urbana en el *tiempo normal de vigencia*, esto es, entre que el plan se aprueba y publica y hasta que es modificado por otro. Luego revisaremos la posible *retroactividad* del plan y, por último, su eventual *ultraactividad*.

B.a) Efecto normal

La situación natural es que todo instrumento de planificación, conforme el espíritu general de nuestra legislación, produzca efectos en el tiempo que transcurra entre la publicación de la resolución aprobatoria del plan y el texto de su ordenanza en el Diario Oficial (arts. 2.1.4., inciso 3, y 2.1.7., inciso final, de la O.G.U.C.) y el reemplazo o modificación total o parcial de estas disposiciones, sujeta a los mismos trámites aprobatorios y de vigencia. Obviamente durante este período existe pleno derecho para ejecutar cualquier acción urbanística o aprovechar cualquier uso de suelo que el plan permita.

B.b) Efecto retroactivo de las alteraciones del planeamiento urbano

En nuestro derecho, la modificación de un Plan Regulador o la dictación de uno totalmente nuevo no tiene efectos retroactivos, toda vez que no perjudica a los propietarios que se adecuaron a la anterior normativa, pues de haber disconformidad entre el uso de suelo anterior aprovechado y el vigente, procede aplicar el art. 62:

"Los terrenos cuyo uso no se conformare con el Plan Regulador se entenderán congelados, en el sentido que no podrá aumentarse el volumen de construcción en ellos existente, rehacer las instalaciones existentes, ni otorgarse patente a un nuevo propietario que edificó o arrendatario".

Esta norma permite una adecuada transición: respeta los derechos del propietario que edificó pero no estanca el progreso. De esta manera, la planifica-

⁴⁰ Parágrafo 39, j) (introducido en 1977), *ibíd.*, nota 138, p. 35. También en p. 50 *in fine* y 51.

⁴¹ Un ejemplo de la alta tasa de variaciones en materia de normas urbanísticas lo da la propia O.G.U.C. de mayo de 1992 (D.S. N° 47). Tras casi seis años de vigencia ha sido modificada en más de 20 oportunidades.

ción y sus efectos (Zonas de restricción, determinación de usos de suelo, etc.) son meras expectativas, no derechos (bienes incorpóreos) ingresados en el patrimonio de los administrados: llevan *per se* una nota de esencial caducidad, derivada de todas las normas que autorizan expresamente su modificación.

La única posibilidad de adquirir el derecho a aprovechar normas ya modificadas es obtener un permiso de construcción (para aprovechar las determinaciones urbanísticas vigentes) y una patente comercial (que ampare las actividades entonces permitidas por la zonificación). Producido alguno de estos hechos ingresa al patrimonio del particular el derecho a que se respeten los resultados de la planificación preexistente, aun cuando luego esta cambie (precisamente esa es la virtud del derecho adquirido).

De esta manera, lo normal será que las alteraciones de los planes rijan *in actum*, sin generar derecho a indemnización alguna, pero admitiendo la mantención de las construcciones y actividades mal emplazadas en estado de 'congelación', lo que quiere decir que las edificaciones construidas conforme las normas antiguas que vulneren las disposiciones del nuevo plan regulador no podrán ampliarse o rehacerse, pues el otorgamiento de un nuevo permiso —necesario para estos efectos— debe respetar el Plan Regulador vigente (el art. 116 de la L.G.U.C. exige permiso previo para efectuar obras de urbanización, construir, reconstruir, reparar, alterar o ampliar edificios).

Respecto a las actividades comerciales conviene hacer notar que se trata de un beneficio personal; sólo al dueño o arrendatario de un inmueble afectado por un cambio de normativa urbana se le reconoce la facultad de continuar la actividad que desarrollaba pese a que las nuevas normas no lo permitan (por ejemplo, un cambio de zonificación)⁴², en virtud del art. 62.1 de la L.G.U.C. De transferirse el dominio o terminar el arrendamiento tal facultad desaparece.

Por último, conviene destacar que existen situaciones en que puede ordenarse el traslado de ciertas actividades que originalmente estaban correctamente emplazadas sin derecho a indemnización, lo que se funda en razones de salubridad y seguridad pública. Nos referimos a:

- las industrias mal ubicadas que causen molestias o daños al vecindario, según el art. 62.2 L.G.U.C.; y
- los establecimientos industriales o locales de almacenamiento que se encuentren en la situación descrita en el art. 160 de la L.G.U.C., esto es,

⁴² Existe un fallo particularmente claro en esta materia de la C. Suprema (21/4/94) —apelación de protección que revoca el de 1ª instancia, de la C.A.A. de Valparaíso—, publicado en Gaceta Jurídica N° 166, abril de 1994, pp. 40 y ss. Especialmente claros son sus consid. 6° y 7°, que expresan: "6° Que la congelación del terreno... no es obstáculo para que el mismo propietario pueda continuar con la actividad que el distribuidor y arrendatario dejó de ejercer, según lo ya dicho, puesto que lo que tal congelación prohíbe es otorgar patente a un nuevo propietario o arrendatario"; y "7° Que el derecho a seguir en el uso a que tenía destinado su inmueble, esto es, a que se 'congelara' (es el término que la ley emplea) la situación existente al tiempo de vigencia del art. 62 de la L.G.U.C., en el año 1976, es un derecho que se incorporó al patrimonio del beneficiario y que, como contrapartida, lo obligaba a mantener ese *status*, "sin aumentar el volumen de las construcciones ni rehacer las instalaciones existentes", congelamiento que, en lo relativo a continuar con la actividad industrial o comercial que hubiera estado ejerciéndose en la propiedad, terminaría con la enajenación del inmueble o por un nuevo contrato de arrendamiento sobre el mismo, porque entonces no se podría obtener patente para ello" (p. 49).

los expuestos a peligro de explosión o de incendio, y los que produjeren emanaciones dañinas o desagradables, ruidos, trepidaciones u otras molestias al vecindario.

En ambos casos la Municipalidad puede ordenar su traslado, previo informe del Servicio de Salud y la SEREMINVU correspondiente, debiendo dar para ello un plazo no inferior a un año, contado desde la fecha de la notificación de la resolución respectiva.

B.c) *Efecto ultraactivo del planeamiento urbano*

Como ya anticipamos, nuestra legislación reconoce la facultad de prevalerse del cambio de normativas mediante la aprobación de anteproyectos de loteos y de obras de construcción. En efecto, la L.G.U.C. señala en su art. 116 que "El anteproyecto aprobado mantendrá su vigencia respecto de las condiciones urbanísticas del instrumento de planificación territorial respectivo, consideradas en dicho anteproyecto y con las que este se hubiere aprobado, para los efectos de la obtención del permiso correspondiente, durante el plazo que determine la Ordenanza General" y que actualmente es de ciento ochenta días (arts. 3.1.4. y 5.1.5. de la O.G.U.C.). De esta manera, es posible evitar los efectos indeseados de la modificación de un instrumento. En el mismo sentido el art. 116 Bis a) agrega que "Si se hubiere aprobado previamente un anteproyecto y el revisor independiente o el arquitecto proyectista, según corresponda, incluye en el informe a que alude el inciso primero de este artículo, la circunstancia de que el proyecto se ajuste íntegramente al anteproyecto aprobado por el Director de Obras Municipales, este último omitirá la verificación de los antecedentes señalados en dicho inciso y *otorgará sin más trámite el permiso*". Adicionalmente, la O.G.U.C. ha regulado en su art. 5.1.18 la posibilidad de modificar un proyecto ya aprobado para acogerse a nuevas normas de la Ordenanza o el instrumento respectivo, dictadas después de la aprobación del permiso, pero antes de la recepción La O.G.U.C. dispone en el inciso 6 del art. 5.1.18., a partir del D.S. N°173, V. y U. (publicado en el D.O. del 12.3.97), que "*si en el tiempo que medie entre el otorgamiento del permiso y la recepción de la obra, se modifican las normas de la presente Ordenanza o de los instrumentos de planificación territorial, el propietario podrá solicitar acogerse a las nuevas disposiciones, para cuyo efecto, si procediere, se tramitará una modificación del respectivo proyecto. Si se optare por esto, se aplicarán al proyecto dichas disposiciones y los demás aspectos de la nueva normativa que digan relación directa con estas*". Respecto de esta última facultad, la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en ejercicio de lo dispuesto en el art. 4 de la L.G.U.C., ha señalado mediante su circular N° 29 (30.1.98) que de acogerse a la nueva regulación, el interesado "...está obligado a aplicarla en su integridad, esto es, tanto en lo que le es favorable al proyecto como en lo que pueda serle perjudicial".

B.d) *Jurisprudencia*

Revisaremos a continuación jurisprudencia relativa a la adquisición de derechos en el proceso de planificación.

B.d.1. *Regla general: Jurisprudencia que no acepta adquisición de derechos*

Los tribunales, aplicando los principios expuestos, han desconocido la existencia de derechos adquiridos en un revelador (y descorazonador fallo), "Vecinos del Barrio 'Jardín del Este'⁴³ con Dirección de Obras de la I. M. de Las Condes", motivado por un recurso de Protección fallado el 5/9/1991⁽⁴⁴⁾. Dicho barrio estaba regulado urbanísticamente por una ordenanza local especial, aprobada por D.S. del M.O.P. del 26.8.60, cuyo objetivo era preservarlo como un conjunto arquitectónico homogéneo de baja densidad por metro cuadrado.

Sin embargo, el plano regulador vigente entonces fue derogado por el de 1979, que a su vez fue reemplazado por el de 1981, que permitía la edificación en altura en ese sector. Bajo su amparo, se inició una construcción de seis pisos que rompía definitivamente con las características del conjunto, especialmente por su altura, recurriendo los vecinos de protección ante Tribunales, donde alegaron tener "...una propiedad material e inmaterial definida que emana del Decreto del M.O.P. N° 1.748 del 26/8/1960", el cual, "...fundado en la ley vigente, y en su virtud, procedió a establecer la ordenanza propia que atañe a los propietarios del Jardín del Este".

La Corte, empero, basada en la L.G.U.C. vigente (idéntica en el punto al D.S. 1.050 de 1960) sostiene que debe entenderse que las ordenanzas locales forman parte de los Planes Reguladores Comunales y que, derogados estos, pierden su vigencia también aquellas, lo que acontecía *in casu*. Por ello, no emana de las ordenanzas locales derecho adquirido alguno, toda vez que estas constituyen actos administrativos, sujetos como tales a la potestad y decisión de la autoridad, pudiendo modificarse de conformidad a la ley. El único derecho adquirido por el propietario que edifica al amparo de la normativa en vigor es que su edificación sea respetada en su integridad mientras no resuelva introducir en la misma algún cambio o alteración, pues en ese caso deberá sujetarse a la normativa vigente al tiempo de efectuarse la alteración.

Cabe señalar que pese a que fue una decisión unánime, el Ministro Germán Valenzuela E. hizo una prevención tremendamente valiosa, indicando que la construcción admitida por el nuevo plan regulador va "*en desmedro de la calidad de vida de quienes, con mucha antelación, construyeron sus viviendas e instalaron sus hogares, menoscabando su privacidad y su calidad de vida, limitándoles la luz, el sol y el horizonte*", agregando que es tarea del legislador remediar esta grave anomalía a fin de no deteriorar "los valores humanos y la calidad de vida", ya que si bien puede ser de interés público autorizar construcciones de altura no debe primar el lucro sobre los valores mencionados, por lo que quien construye en altura *debería indemnizar* a los perjudicados, a efectos de respetar las garantías constitucionales de respeto y protección a la vida privada, la salud y la integridad síquica.

Otra conocida sentencia ("TEC Harseim S.A.C.I. contra Alcalde de Quilicura"), al aplicar el art. 62.2 en un reclamo de ilegalidad también rechazó la alegación de existir derechos adquiridos. Se trataba de una fábrica de explosivos que el Alcalde ordenó erradicar de su emplazamiento en el plazo

⁴³ Es el primer fallo relativo a este barrio (por lo que convencionalmente le denominaremos Jardín del Este 1), porque recientemente hubo otro que marca un precedente diferente (Fallo del 24/4/95).

⁴⁴ C. de A.A. de Santiago, R.D.J. T. 88, 2^{da} parte., S.V., pp. 315 y ss.

de tres años, debido al riesgo que implicaba para la población. Reclamada la ilegalidad del decreto respectivo, la Corte confirmó su validez el 14/7/82⁴⁵, pese a que la industria estaba ubicada en tal lugar hacia más de 40 años. La ciudad al crecer, literalmente, la había tragado. El considerando pertinente dispone que "debe desestimarse la impugnación de la resolución alcaldía en comento, en cuanto vulneraría derechos adquiridos por la misma empresa, ya que no se trata en la especie de privarla del dominio que puede tener tanto sobre las edificaciones, como sobre el terreno en que estas se encuentran instaladas, sino que, como ya se ha dicho, se ha dispuesto sólo la erradicación de la industria misma hacia otros lugares más alejados de la población... no existe razón legal que hiciera procedente la indemnización que se solicita, por no ser necesaria una expropiación para hacer efectiva la resolución alcaldía que se cuestiona." (cons. 9°).

Nos parece acertada la decisión, pues a la empresa no se le priva tampoco de la facultad de gozar del terreno en términos generales: sólo se le impide un uso específico, limitación plenamente justificada por la función social de la propiedad, y que no quita el valor urbano y hasta industrial, de otra especie, que pudieran tener el sitio y sus edificaciones⁴⁶. Por lo demás, antigua jurisprudencia y doctrina comparada opinan en igual sentido⁴⁷. Ello

⁴⁵ C. de AA. de Santiago, 14/7/82, R.D.J., T. 80, 2 p., S.V., p. 144.

⁴⁶ En sentido similar los vecinos de una villa recurrieron de protección en 1985, fundados en el 19 N° 8, contra un cabaré ubicado al costado de la villa, que emitía ruidos molestos hasta altas horas de la madrugada, perjudicándolos por la falta de aislamiento acústico. La patente era de 1977 como quinta de recreo, y en 1984 pasó a cabaré; el recurrido alega que cuando inició sus actividades la zona era rural, prácticamente, y que quienes después llegaron a vivir debieron asumir la situación a que se exponían pues él tenía derechos adquiridos. La Corte, acreditado pericialmente el nivel de ruido, concluyó que el cabaré contaminaba acústicamente, condicionando su continuación al adecuamiento a las exigencias acústicas de la Ordenanza local. C.A.A. de Copiapó, Cobo, ob. cit., p. 113 (También R.D.J., T. 82, 2ª p., S.V., pp. 292 y ss.

⁴⁷ Existe un fallo de inaplicabilidad de 1946 (Etchepare y Cía. Ltda. contra Municipalidad de Santiago) en que se ordena el traslado dentro del plazo de dos años de una Curtiduría y Fábrica de calzado de un sector residencial de la ciudad, a efectos de que se instale en un barrio industrial. La Corte resolvió que la norma que autorizaba la orden municipal de traslado (art. 55 del D.F.L. N° 345), de similar tenor al actual art. 62.2, no contrariaba el art. 10 N° 10 de la Constitución vigente (R.D.J. T. 44, 2ª parte, S. I., pp. 394 a 397).

En la doctrina comparada, el texto de los Mazeaud (Supra nota 12) explica: *N° 1344. La ocupación previa.*— ¿Puede alegar el autor de una perturbación la anterioridad de su explotación? Un industrial cuyas instalaciones sean ruidosas, ¿puede argumentar con el hecho de que, cuando se instaló no estaban edificados los terrenos de los alrededores? Algunas cortes de aplicación lo han resuelto así, considerando como una imprudencia la actitud de la persona que, al establecerse en las proximidades, se ha expuesto a la molestia; pero han incurrido en la censura de la Corte de casación (Civ., 10/2/1907; D. 1907, 1.385 y nota de Ripert; Civ., 4/12/1935; *Gaz. Pal.*, 1935.2.950; ha de destacarse el fundamento central de la última resolución: "Pero considerando que, ni la anterioridad de la instalación... como así tampoco la tolerancia prolongada, podrían privar a X. del derecho a la reparación del perjuicio resultante de la perturbación que exceda de las obligaciones ordinarias de vecindad"). En efecto, resultaría inadmisibles que, por la sola anterioridad de su instalación, un propietario gravara los fundos vecinos con una verdadera servidumbre, que restringiría el uso de los mismos, y procediera así a una expropiación privada sin indemnización.

El problema de la ocupación previa se plantea de manera diferente cuando se trata de la ocupación previa colectiva. Será difícil a la persona que se establezca en un barrio industrial demandar reparación por las molestias que experimente. La razón de esto es sencilla: sin duda, en tal barrio, el cúmulo de los inconvenientes es considerable; pero el perjuicio, tomado individualmente, que causa cada industrial, no rebasa la medida ordinaria de las obligaciones de vecindad..." (p. 67).

no obsta a que en otras ocasiones la judicatura haya protegido a los particulares, a efectos de que se respetase el uso del suelo a que tenían derecho y que la autoridad les desconocía⁴⁸.

B.d.2. Excepciones: *Jurisprudencia que acepta adquisición de derechos*

En estricto rigor no conocemos casos en que se reconozca la adquisición de ciertos derechos a mantener calificaciones urbanísticas preexistentes. Sólo hay decisiones jurisprudenciales aisladas que han reconocido derechos concretos que no pueden ser alterados por la autoridad administrativa (mediante actos administrativos diversos de planos reguladores), y que no están en contradicción con la planificación vigente.

Un ejemplo es "Ríos Martínez y Otros con Sociedad Constructora Octava Ltda.", recurso de protección fallado el 3/10/1989⁴⁹. En este caso, una sociedad trató en 1988 de urbanizar terrenos que habían sido cedidos como áreas verdes en un loteo de 1972 (de hecho los ocupó y alcanzó a realizar obras preliminares para proceder a lotearlo), pero que en el Registro Conservatorio figuraban como privados. La Corte resolvió que la existencia de áreas verdes en un loteo se incorpora al patrimonio de los adquirentes de las viviendas: "...estas (las áreas verdes) constituyen un valor patrimonial para cada uno de los compradores de los sitios comoquiera que privarlos de

⁴⁸ Gaceta Jurídica, N° 169 (1994), C. Sup., Sent. 18/7/94, revocatoria de una de la C.A.A. de Santiago del 22/6/94, p. 57 y ss. En este caso, un Alcalde clausura una Planta de Revisión Técnica por estar mal emplazada según el Plan Regulador. La Corte de Apelaciones aceptó la medida, pues los recurrentes tenían sólo una patente provisoria. Sin embargo, la C. Suprema invalidó la resolución porque entre los usos del suelo admitidos en el sector respectivo estaban los servicios públicos, y las Plantas de Revisión Técnica lo son por una concesión se "servicio de utilidad pública", con lo que la actividad estaba correctamente emplazada.

⁴⁹ C. de A.A. de Concepción, R.D.J. T. 86, 2^{da} parte., S.V., pp. 222 y ss. En 1972 se constituyó la Sociedad Constructora El Recodo Ltda., cuyo objeto era la edificación de 150 viviendas económicas en un terreno del que debería destinar 16.172,50 m² para áreas verdes y equipamiento comunitario, según plano aprobado por la I. Municipalidad de Coronel. La Sociedad se disolvería al cumplir su objeto o, en todo caso, dos años después de su constitución. Las casas proyectadas fueron construidas y vendidas.

En 1988 -16 años más tarde- se constituyó la Sociedad Constructora Octava Ltda., formada por cuatro personas naturales (dos de las cuales eran socios de la S. C. El Recodo Ltda.) y compró a la antigua Sociedad Constructora El Recodo Ltda. el retazo de 16.172,50 m² ya aludido, puesto que el dominio de este predio se encontraba aún inscrito a nombre de dicha persona jurídica. La Sociedad Octava, por su parte, adquiría los terrenos para un nuevo conjunto habitacional. Al enterarse de estos hechos los propietarios de viviendas económicas construidas en 1972 por la Soc. El Recodo recurrieron de protección a la Corte para evitar la nueva urbanización, alegando que al comprar las casas, fuera a la propia Constructora o a uno de los adquirentes originarios, tuvieron a la vista el plano de loteo que contemplaba los 16.172,5 m² que se destinaban a áreas verdes. Es más, en muchos de los contratos de compraventa se mencionaba entre los deslindes el área verde mencionada. De esta forma, el derecho de dominio de los propietarios no sólo comprendía las viviendas mismas, sino que incluía también el derecho de usar (*ius utendi*) las áreas verdes, de modo que la enajenación de estos terrenos para otros fines importaría violentarlo contrariando la Constitución (19 N° 24.3). Asimismo, se sostuvo que el predio enajenado era un bien nacional de uso público, ya que la L.G.U.C. vigente en 1972 (art. 116 del D.S. N° 88 de 1963, que corresponde al actual art. 135) indicaba que, terminados los trabajos de urbanización, la sola recepción de la obra por la D.O.M. incorporaba al dominio nacional de uso público todas las calles y, en general, los espacios públicos que existieran en la nueva zona urbanizada. Probado que el sector en cuestión era un área verde en el plano de loteo, este, junto a los demás espacios de uso comunitario, pasaba a

ellas significa disminuir este valor y sustraer a cada lote el derecho de uso a esas áreas verdes" (cons. 25° y 7°). El hecho idóneo para que el derecho ingresara al patrimonio de los habitantes de la villa fue el contrato de compraventa celebrado con la empresa constructora. Se acogió así la protección, fundándose la Corte en el 19 N° 8 y 24 de la C.P.R.

Este problema originó un nuevo recurso de protección, fallado el 8/10/1990⁽⁵⁰⁾—casi un año después—, caratulado "Comité Pro-Defensa Areas Verdes de Villa El Recodo con Alcalde y miembros del CODECO de Concepción", pues la Sociedad Octava demandó por lo ocurrido a la Municipalidad

tener naturaleza jurídica de bien nacional de uso público, con lo que la enajenación practicada era completamente nula.

Frente a tales argumentos la Sociedad recurrida expuso que si así fuera, los recurrentes carecerían de legitimación activa, pues al estar los bienes nacionales de uso público a cargo de la Municipalidad, sólo ésta podría ser la recurrente. Por otro lado, indicó que las normas vigentes al tiempo del loteo permitían a la Municipalidad exigir la cesión de sólo hasta el 40% del terreno a urbanizar, límite que se habría excedido *in casu*, de modo que el retazo sobrante sería de dominio privado. Por último, alega que la inscripción de dominio a nombre de la Sociedad en el C.B.R. nunca fue cancelada, por lo que el dominio correspondería a esta.

La Corte rechazó la objeción de forma planteada respecto de la legitimación activa y acogió la protección conforme el 19 N° 24, según el considerando transcrito. Tampoco aceptó que la cesión de terrenos que se habría requerido en 1972 era excesiva, puesto que si bien el 40% era el mínimo exigible por ley, en el caso planteado fue la propia Sociedad Constructora la que voluntariamente ofreció más, lo que la ley no prohibía ni prohíbe, de modo que al aprobar la D.O.M. el plano con esa superficie de áreas verdes, éste se incorporó legítimamente al Plan Regulador Comunal (cons. 15°). Por último, en cuanto a la inscripción del C.B.R. a nombre de la Sociedad El Recodo, estableció que desde la Ley de Urbanismo de 1953 no se requiere cancelación alguna, pues la ley indica que la sola recepción de la obra por la D.O.M. hace que la nación toda adquiera el dominio. De esta manera concurre como modo de adquirir la ley, y habiendo operado ya un modo de adquirir es inconcuso que no se requiere el concurso de otro, como lo sería si se exigiese además efectuar la tradición por medio de la inscripción conservativa (cons. 20°). Agregó, finalmente, que la Sociedad que aparecía vendiendo el predio debía considerarse disuelta a la fecha de la supuesta compraventa por haber cumplido largos años antes su objeto social (cons. 22 a 24.)

⁵⁰ C. de AA. de Concepción, R.D.J. T. 88, 2da parte., S.V., pp. 102 a 109. Debido al resultado del recurso precedente la Sociedad Octava demandó en juicio ordinario de indemnización de perjuicios a la I. Municipalidad de Concepción, pidiendo \$ 50.000.000 o que se declarase su dominio sobre el predio que comprara a la Sociedad El Recodo, permitiéndole urbanizarlo. Finalmente se llegó a un avenimiento, aprobado por el CODECO, que consistía en dividir el predio en tres retazos:

- a) Uno de 7.874 m² (equivalente casi al 50%), que sería para la Sociedad Octava;
- b) Otro de 2.834 m² para destinarlo a equipamiento municipal, en que la Sociedad construiría un radier para una multicancha; y
- c) Un último de 4.430,42 m² para áreas verdes, que la Sociedad dejaría sembrado con césped, más 1.033,87 m² para veredas y pasajes.

Frente a ello, los vecinos de la Villa El Recodo, reunidos en el "Comité Pro-Defensa Areas Verdes de Villa El Recodo" hicieron presente en el juicio indemnizatorio el fallo anterior, sin que el municipio lo considerase por estimar que no le empecía al no haber sido parte en dicho juicio. Fue por ello que los vecinos recurrieron de protección nuevamente, pidiendo que se declarase nulo el acuerdo del CODECO por ser arbitrario e ilegal. La Corte, después de las observaciones formales, concluye que nuevamente el punto en disputa es la naturaleza jurídica del predio en litigio, a efectos de determinar si pertenecía al dominio público o privado, análisis en que vuelve a concluir que se trata de un bien nacional de uso público. Ahora bien, el art. 5, letra c), de la Ley N° 18.695—actualmente D.S. N° 662 (1992) del Min. del Interior, que fija el texto refundido de la ley citada— confiere a la Municipalidad la facultad de ADMINISTRAR los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna, pero no la de DISPONER de ellos, y acoge la protección conforme el considerando transcrito.

de Concepción, pidiendo que la indemnizara o que se declarase su dominio sobre el predio *sub lite*, permitiéndosele urbanizarlo. Finalmente se llegó a un avenimiento, aprobado por el CODECO, que pretendía dividir el predio en tres retazos modificando los derechos de los vecinos de Villa El Recodo. Casi el 50% sería para la Sociedad Octava, el 17,5% sería para equipamiento municipal, el 6,3% para veredas y pasajes y apenas el 27,4% para áreas verdes, que la Sociedad dejaría sembrado con césped. Los vecinos impugnan esta decisión y la Corte reitera que *el uso del área verde se comprende en el derecho de dominio de cada uno de los propietarios de Villa El Recodo*, por lo que procede su tutela por el 19, N° 24, de la C.P.R. Vale la pena reproducir el considerando pertinente: "...este acto ilegal del CODECO de Concepción causa un detrimento en el derecho de dominio de que son titulares los vecinos de la Villa El Recodo, puesto que quienes adquirieron sus viviendas allí existentes consideraron, entre otros factores, el hecho de que en el loteo respectivo se habían previsto y aceptado áreas verdes, circunstancia esta que, evidentemente, influye en el valor de las propiedades del sector, de modo que suprimidas o reducidas las áreas verdes, disminuye también tal valor, desde que ello significa sustraer a cada lote el derecho de uso de la extensión original de las áreas verdes... De este modo, existen circunstancias que, a más de usar, gozar y disponer de una cosa, también se comprenden en el derecho de dominio, porque influyen en el valor económico de la propiedad y..., por ello, deben entenderse comprendidas en la tutela constitucional" (cons. 22°).

Esta última decisión judicial manifiesta que no es posible para los particulares o el Municipio variar la calificación urbanística sustrayendo un derecho patrimonial adquirido. Ahora bien, aunque el uso de las áreas verdes es considerado en el fallo un valor patrimonial —con toda razón—, parece obvio que la Corte hubiese tomado la decisión contraria si lo discutido hubiera sido una modificación del Plan Regulador que permitiera derechamente la urbanización de esos terrenos, y no la simple aprobación del permiso de urbanización, subdivisión y loteo basado en antecedentes erróneos, por lo que el fallo no representa un reconocimiento concreto de derechos invocables ante el planificador (es interesante apuntar que en España existe una disposición en la Ley del Suelo que exige que cuando una modificación del Plan incrementa el volumen edificable en una zona se prevean los mayores espacios libres que exigirá el aumento de población —art. 128—. Parece una idea de toda lógica).

Otro fallo que reconoce la adquisición de derechos se refiere al mismo barrio con que comenzamos la exposición de sentencias: el barrio Jardín del Este, ahora de la comuna de Vitacura. Aunque el plano regulador sólo permitía construir edificios de hasta dos pisos en ese sector, el D.O.M. otorgó un permiso de edificación para un 'conjunto armónico' que consistía en dos torres de nueve pisos cada una (72 departamentos en total). Un grupo de residentes recurrió de protección alegando violentadas las garantías de los numerales 2, 4, 8, 24 y 26 del art. 19 de la C.P.R. El D.O.M. sostuvo que tratándose de conjuntos armónicos procedía autorizar una edificación como la mencionada. Sin embargo, la Corte de Apelaciones reprochó la actuación municipal, en resolución del 24/4/1995, por estimar violentado el derecho de propiedad de los antiguos residentes: "Si se acepta la construcción de esos dos grandes edificios, los vecinos que tienen viviendas bajas verán disminuir

de valor sus propiedades, porque no es lo mismo vivir en forma aislada y tranquila que sentir la mirada de los habitantes de las torres puestas en los patios y aun en la intimidad del hogar. Los nuevos departamentos tendrían una ventaja: una vista agradable sobre el área verde y casas que los rodean, pero los antiguos habitantes se verían perjudicados: habría una lesión en su patrimonio" (cons. 5°). Volveremos a esta sentencia al tratar el control judicial de las alteraciones. Baste por ahora consignar que envuelve un reconocimiento explícito de las situaciones consolidadas al amparo de la planificación precedente (de 1960).

Con todo, es indudable que una fuente cierta de derechos son los actos administrativos urbanísticos singulares, especialmente el permiso de edificación y la recepción de obras que compete al D.O.M. A ambos actos se aplica la teoría sobre la invalidación de los actos administrativos, desarrollada en nuestro derecho por vía jurisprudencial y que ha sido especialmente estudiada por Soto Kloss⁵¹. En resumidas cuentas, esta indica que si la Administración dicta actos administrativos defectuosos podrá invalidarlos sólo cuando en virtud de ellos no hayan ingresado derechos en el patrimonio de terceros de buena fe. Si ello ocurre, dichos derechos son propiedad del administrado e intangibles para el Administrador (art. 19 N° 24 de la C.P.R.) que —como sabemos— carece de autotutela declarativa. *Sólo el juez es competente para resolver la controversia sobre el dominio.*

De este modo, el permiso de edificación asegura al particular que, dentro del plazo de tres años (art. 5.1.20. O.G.), puede construir de acuerdo a las especificaciones de la autorización municipal. Incluso, podrá hacerlo si existen cambios en el uso del suelo producto de alteraciones en el Plan Regulador por la garantía del art. 19 N° 24 de la C.P.R., como lo ha declarado Contraloría G. de la R.⁵². En efecto, se adquirió una facultad, aún no desarrollada, pero que no por ello es mera expectativa. El hecho idóneo para que las meras expectativas urbanísticas se transformen en derechos adquiridos es precisamente el otorgamiento del permiso de urbanización, subdivisión, loteo o edificación.

Concedido el permiso de edificación nace para el particular el derecho a que se proceda a la recepción final de las obras si ejecuta estas conforme a aquel. Así se falló en un caso en "Soto y otros con D.O.M. de Papudo". Otorgado permiso para edificar un conjunto habitacional de siete viviendas, uno de los cierres del sitio se desplazó, con lo que la construcción entró en un terreno colindante ajeno. Al corregir la situación, una de las casas quedaba fuera de las rasantes y distanciamiento mínimos exigidos en la O.G.U.C. debido a la menor cantidad de superficie existente en la realidad. Al negarse

⁵¹ Puede verse de este autor "La Invalidación de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno", R.D.J., T. 85., 1ª parte, pp. 157 y ss.; "La Extinción de los Actos Administrativos y la Potestad Revocatoria de la Administración", Apuntes de Clase, U. de Chile, 1983; y "Los Derechos Adquiridos...", ob. cit.

⁵² Así lo hizo en el Dictamen N° 1.650 del 18/1/1989, que puede verse en Cobo, ob. cit., p. 640 a 643. En este caso, se trataba de un colegio (Redland School) que solicitó permiso para efectuar una ampliación y con posterioridad cambio el uso del suelo, prohibiéndose los colegios. El efecto de la modificación, dice C.G.R., la congelación del terreno, pero ello no obsta a que "en dicho terreno podrá existir la ampliación autorizada.... (pero) no podrá aumentarse el volumen de construcción existente...".

el D.O.M. a recibir la obra por tal motivo, el afectado recurrió de protección, pero la Corte de Apelaciones rechazó la pretensión.

Apelado el fallo, la Suprema estimó que el D.O.M. debía recibir la obra toda vez que se había construido conforme el permiso de construcción, sin que la Municipalidad hubiese hecho objeción alguna hasta la recepción final. La omisión de este trámite "perturba el libre ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, pues ella imposibilita al recurrente para disponer de las casas, compraventa que incuestionablemente se tuvo en consideración al iniciar su construcción" (cons. 4º)⁵³.

En otro caso, al descubrir el D.O.M. que había concedido erróneamente un permiso de edificación a un particular —este contemplaba pareo derecho de la obra hasta una altura de 6,7 m, en circunstancias que el sitio colindante había recibido 5 meses antes un permiso de edificación con agrupamiento 'aislado', esto es, sin pareo de ninguna especie— procedió a paralizar la construcción bajo amenaza de demolición, buscando forzar un arreglo extrajudicial entre los vecinos involucrados. Recurrido de protección el acto de paralización, la Corte señaló "que el error o equivocación en que incurrieron funcionarios municipales, admitido..., no puede alterar el permiso que se había otorgado, ya que ello implicaría la modificación de un acto administrativo por otro acto administrativo, lo que evidentemente es contrario a derecho. La ley no autoriza a la D.O.M. para alterar un permiso concedido y menos para reparar supuestos errores"⁵⁴ y más adelante recuerda que "no se puede alterar un acto administrativo que vulnere derechos adquiridos" por lo que acogió el recurso y anuló la paralización decretada.

Una resolución reciente fue más allá, pues admitió que para adquirir el derecho a edificar según la ordenación precedente bastaba el sólo mérito del informe favorable de la SEREMINVU a un anteproyecto de loteo, de acuerdo al art. 10 del D.S. N° 420 de 1979. En el caso concreto, con posterioridad a esa aprobación, el Consejo Regional Metropolitano modificó el Plano Intercomunal de Santiago, transformando 13 de las 27 ha de los terrenos que se lotearían en un sector de áreas verdes. Al negarse la D.O.M. respectiva a dar aprobación definitiva al anteproyecto por esta modificación sobreviniente, el propietario afectado recurrió de protección por el 19 N° 24. La Corte recordó que "...toda ordenanza puede hacerse exigible desde que entra en vigencia para todas las situaciones que no constituyen ya en esa época un derecho corporal o incorporal... el Ordinario impugnado no puede aceptarse, si se considera que a la época en que se emitió se había cumplido con el informe favorable de la Secretaría Ministerial, *habiendo adquirido el derecho a que el procedimiento culminare con la decisión emitida conforme a la ley bajo la cual se sometió a ese procedimiento*"⁵⁵ (cons. 9º, el destacado es nuestro).

⁵³ Soto y otros con D.O.M. de Papudo; Recurso de Protección rechazado el 2/7/87, C. de AA. de Valparaíso, revocando el fallo la C. Suprema el 24/11/87, R.D.J. T. 84, 2da parte., S.V., pp. 273 y ss.

⁵⁴ Muñoz con Directora de Obras de la I. M. de Concepción; Recurso de Protección acogido el 1º/10/1992, C. de AA. de Concepción, confirmada por la C. Suprema el 22/10/92, F.M. N° 407, pp. 735 a 742.

⁵⁵ F. M. N° 429, pp. 444 a 448, esp. 448. Sentencia del 30/5/1994 confirmada por la C. Suprema.

En igual sentido, el Máximo Tribunal ha sostenido que "...del otorgamiento del Permiso de Edificación y del Certificado de Recepción Final de la construcción, nacen para el propietario importantes consecuencias patrimoniales, que son atributo del derecho de propiedad que garantiza el N° 24 del art. 19 de la C.P.R., entre ellas la facultad del propietario de poder disponer libremente del edificio o de los diversos departamentos de que se compone, de acuerdo con las disposiciones de la Ley N° 6.071..."⁵⁶.

Con todo, en materia de patentes comerciales la adquisición de derechos no procede si se han otorgado vulnerando el uso del suelo establecido en la planificación urbana, pues la ley se encargó de explicitar que en tal caso la autorización caduca automáticamente, debiendo en todo caso notificarse tal situación al afectado (art. 58 L.G.U.C. y Dictamen N° 28.029 de C.G.R. de 1988)⁵⁷.

2.1.2. *Control Jurisdiccional del Planeamiento Urbano y sus Alteraciones*

La potestad de modificar los instrumentos de ordenación urbana no sólo tiene límites derivados de los derechos adquiridos preexistentes que acabamos de revisar. Progresivamente —como ha ocurrido en forma general con el derecho administrativo este siglo— esta potestad ha sido reglada, a efectos de permitir su control jurisdiccional como lo exige el principio de legalidad.

A. Derecho comparado

Resulta ilustrativo revisar la doctrina española en este punto. Toledo Jàudenes ha hecho un completo estudio acerca del enjuiciamiento judicial de las decisiones en la Planificación Urbana⁵⁸. Explica que en la ex R.F.A. (el trabajo es de 1986) existe un control judicial de considerable extensión. Los Tribunales exigían tres condiciones para que el Administrador pueda alterar un Plan: Justificación del proyecto por los objetivos perseguidos, respeto a los principios rectores del plan y una justa y ponderada apreciación de los intereses en juego. El tercer criterio es el fundamental:

"...un Plan urbanístico no es legal si no reposa sobre una apreciación correcta de los intereses públicos y privados en presencia. Esta apreciación debe ser correcta, a la vez, en su proceso y en su resultado".

"Ese examen —recuerda otra decisión del Tribunal de 7 julio 1978 (...)— "es imprescindible en todos los casos de planificación, incluso aunque no lo exija expresamente un precepto positivo, de modo que los afectados tienen un verdadero derecho subjetivo a que esa ponderación se realice correctamente y a que alcance un resultado correcto. El proceso del análisis es correcto si la Administración considera todos los intereses que merecen ser tenidos en cuenta, y, por otro lado, se requiere, aun, que el resultado del examen sea, también, acertado, de modo que los intereses y derechos afecta-

⁵⁶ Fallos del Mes N° 385, sentencia N° 10, cons. 4°, pp. 754.

⁵⁷ V.gr., Cobo, ob. cit., pp. 100 y ss (También en Gaceta Jurídica N° 65, pp. 58. y ss.). El dictamen mencionado se encuentra en la misma obra, pp. 238-4 y 238-5. Sobre caducidad automática de patentes puede verse un fallo de la C. de San Miguel del 24/8/95 en Gaceta Jurídica N° 182, agosto de 1995, pp. 90-97.

⁵⁸ Ob. cit., pp. 131 a 175, esp. 148 y ss.

dos por la operación planificadora no hayan sido subestimados y que el interés general que se propicia no haya sido sobre o infravalorado⁵⁹.

Luego Toledo analiza la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, que si bien ha sustentado una tesis de control máximo para los actos expropiatorios⁶⁰, enfrentada a los planes urbanísticos ha rehusado aplicar un criterio similar, a saber, de balance de costos y ventajas: "en la medida que (los planes) ponen en juego datos numerosos y heterogéneos no son objeto más que de un control restringido; la Administración continúa siendo dueña de sus decisiones a condición de no franquear las fronteras de lo razonable"⁶¹. Se trata —a la inversa del caso alemán— de un control mínimo, que apunta más bien a errores manifiestos, pero que estaría tendiendo a ser más exigente en el último tiempo, lo que evidencian algunos ejemplos⁶².

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 149. "...un ejemplo concreto de anulación de un Plan... S. de 5 julio 1974... El proceso fue incorrecto porque, con anterioridad al inicio de la tramitación del Plan, ya los terrenos, entonces destinados por el *Esquema Director* a la zona verde, habían sido adquiridos por la Administración y puestos a disposición de la empresa beneficiaria; incluso, a costa de la *Hacienda municipal*, se habían ejecutado obras de acceso. Por ello, la Administración no estaba en situación de entera libertad para denegar la aprobación del Plan de Detalle; según el Tribunal, la Administración se había colocado en la imposibilidad de apreciar correctamente todos los intereses públicos y privados afectados. Pero, además, la sentencia entiende que el resultado del análisis del valor respectivo de tales intereses era, también, incorrecto, pues la creación de una zona industrial a lo largo de un polígono residencial y de una zona verde significa un desconocimiento grave de los intereses de la población interesada". *Ibíd.*, pp. 149-150.

⁶⁰ Conforme lo caracteriza esta sentencia: "Una actuación sólo puede ser legalmente declarada de utilidad pública si los atentados a la propiedad privada, el coste financiero y, eventualmente, los inconvenientes de orden social que determina no son excesivos en relación con el interés que presenta". *Ibíd.*, p. 150. Sentencia del Consejo Francés del 28/5/1971.

El control máximo que se ejerce sobre los actos declaratorios de utilidad pública expropiatoria tiene gran importancia urbanística, como lo demuestran los ejemplos citados:

"... la utilidad pública de un proyecto no se examina sólo en consideración a si su objeto está incluido entre los que, en general, son de interés público, sino comparando la necesidad a que atiende con los inconvenientes de todo orden que provoca, comprendidos los económico-financieros, sociales, estéticos, ecológicos, etc., y aun los que inciden sobre la propiedad, vida familiar o profesional de los afectados..."

"...26 octubre 1973...: aeropuerto promovido por un pequeño municipio para favorecer las actividades del aeroclub local, cuando las necesidades del transporte aéreo están suficientemente cubiertas por un aeropuerto situado a 50 kilómetros y en atención a la patente desproporción entre los recursos financieros municipales y el costo económico del proyecto..."

"...9 diciembre 1977: parcelación 77 edificios en municipio de 2.000 habitantes, por atentar gravemente a su carácter de sitio pintoresco, próximo a una antigua iglesia y abadía..."

"...4 marzo 1983 dice que 'el Ayuntamiento de Niza trata de expropiar la mayor parte de la finca de Rose Falchetto para la apertura de una nueva vía pública y para la creación de una zona verde. Esta última operación implica, dada la importancia de la superficie afectada, la desaparición de la explotación agrícola (huertos y frutales) dirigida por Luis Falchetto y asentada en la propiedad de Rose Falchetto. En relación con los inconvenientes que presenta la desaparición de esta empresa y con las ventajas limitadas en la actuación que se refiere a un barrio poco densificado y ya bien dotado de zonas verdes naturales y artificiales, el proyecto en cuestión no puede ser considerado, en este extremo, como destinado a un fin de utilidad pública'" (pp. 151-152).

⁶¹ *Ibíd.*, p. 153. Un ejemplo de esta tendencia: "...la apreciación de los autores del Plan en cuya virtud clasifican como zona natural un sector que, en su criterio, debe ser preservado de la urbanización, sólo puede ser discutida ante el juez administrativo cuando repose sobre hechos materialmente inciertos o esté viciada por un error manifiesto" (*arrêt* de 3 noviembre 1982). *Ibíd.*, p. 153.

⁶² Dice Toledo de la jurisprudencia urbanística del Consejo: "...de la exigencia de que la equivocación resulte patente y palmaria de las propias actuaciones, ha llegado a una actitud de búsqueda más activa del acierto o desacierto del planificador. Con todo, hasta la actualidad sólo en dos ocasiones ha estimado impugnaciones de este carácter..."

Finalmente, Toledo toca el caso hispano, en que es indiscutible la existencia de “la plena potestad del tribunal Contencioso Administrativo para examinar la corrección de los decisiones administrativas sobre clasificaciones, calificaciones e intensidades de estas en la planificación urbana”⁶³. Sin embargo, coexisten dos actitudes. Una de control limitado y otra, en avance, de control máximo (cita varias sentencias que abren esta postura). Para Toledo la diferencia entre una y otra está en tres aspectos que pasamos a reseñar:

1. *Carga de la prueba*: ¿Corresponde entera al particular –un resabio de presunción de legalidad del acto administrativo– o también el Administrador debe, *ab initio*, justificar el contenido del Plan y, especialmente, sus reformas?

2. *Rigor en la apreciación de la prueba*: ¿Se exigen pruebas que ofrezcan un resultado absolutamente claro e inequívoco?

3. *Pautas de control*: ¿Sólo se controla el error de hecho o existen más pautas para verificar la legalidad del Plan? En este último sentido, Toledo menciona los siguientes parámetros:

3.1. Contradicción con los fines de la ordenación urbana;

3.2. Vulneración de los Principios Generales del Derecho, entre los que cita la igualdad, la proporcionalidad, el reconocimiento de la naturaleza de las cosas, la interdicción de la arbitrariedad administrativa, la posibilidad de las determinaciones y la racionalidad⁶⁴;

3.3. Defectuosa apreciación o valoración de los hechos determinantes; y

3.4. El interés público.

“...resulta de la investigación realizada por el Consejo de Estado en Arzon que, al prever en el POS impugnado la implantación en Port-Léen, sobre dominio público marítimo y paraje protegido, de un estacionamiento para automóviles de 8.000 metros cuadrados con capacidad para 320 plazas, la Administración ha incurrido en error manifiesto de apreciación en relación con las preocupaciones urbanísticas a las que deben atender con ocasión de elaboración del Plan; este proyecto es separable de otras determinaciones del POS, por lo que procede anular el Plan en el extremo relativo a la realización en Port-Léen de un estacionamiento de automóviles...”, *ibíd.*, p. 154.

“El control estricto a que al Consejo de Estado somete a los POS alcanza al examen de las infracciones procedimentales, vulneraciones a reglas materiales de Derecho positivo, así como a la desviación de poder” (*ibíd.*, p. 154)... El Consejo de Estado ha anulado las previsiones del POS cuando tienen por objeto regularizar edificaciones cuya licencia haya sido anulada (*arrêt* de 25 junio 1982), cuando favorecen un proyecto de edificaciones particulares (18 diciembre 1981) o cuando tratan de perjudicar a un promotor determinado (13 abril 1983). Cercanas a la desviación de poder están otras resoluciones en que la invalidación se funda en infracciones formales: se deja sin efecto la calificación de unos terrenos al entender que concurre un vicio de procedimiento por la participación en el ‘equipo redactor’ del Plan Adjunto de la Alcaldía, que había presionado a favor de la edificabilidad de los terrenos de su padre, y de un técnico que, al propio tiempo, habría recibido el encargo de redactar un proyecto de ordenación y urbanización de esos terrenos (*arrêt* de 21 abril 1982). En la misma línea, otro de 30 abril 1982 invalidó un sector del POS por la participación en el equipo redactor de un técnico personalmente interesado” (*ibíd.*, p. 155).

⁶³ *Ibíd.*, p. 156, con abundante jurisprudencia en tal sentido.

⁶⁴ En sentido similar, De Vicente, *ob. cit.*, p. 219 y ss., y Martínez López-Muñoz, *ob. cit.*, p. 78.

Concluye este autor proponiendo que los planes deben ser anulados si sus motivaciones son un simple simulacro; que ante reclamaciones concretas, la Autoridad esté obligada a motivar singular y suficientemente la bondad de sus decisiones y las determinaciones del Plan; y que el Tribunal tiene pleno poder para juzgar incluso las determinaciones que respondan a la pura discrecionalidad técnica, extendiendo las pautas de control⁶⁵.

De Vicente⁶⁶ retoma el problema sobre la base de Toledo. Explica que bajo la versión original de la Ley del Suelo de 1956 la jurisprudencia interpretó extensivamente las potestades modificatorias de la autoridad, y sólo realizó un control formal de las alteraciones⁶⁷.

Reformada la ley en 1975, se mantuvo la situación, pero con algunos matices: se exigió que el ejercicio de la potestad de alteración se motivase, señalando las causas de las revisiones (en función de las mismas variantes que justificaron las determinaciones primitivas); se quitó valor a las derogaciones implícitas o tácitas —en opinión de De Vicente—, mandándose que fueran expresas, esto es, que consignaran los aspectos alterados y los que seguían subsistentes; finalmente, debía establecerse el régimen jurídico transitorio correspondiente (lo que obvia el problema de la retroactividad)⁶⁸.

Dice nuestro autor que la "...potestad de modificación debe de sopesar y de valorar la ordenación existente para conservarla, modificarla o perfeccionarla. Se está sentando un principio de ponderación de la ordenación anterior, no para petrificarla, sino para valorarla en su cumplimiento y adecuación de las realidades, y en esa medida, tomas decisiones oportunas. Lo que no pueden, en modo alguno, los nuevos Planes es hacer abstracción de los anteriores y establecer una ordenación nueva sin tener en cuenta la anterior. Deben de justificar el porqué de los cambios"⁶⁹.

Con todo, el control judicial de este *ius variandi* ha sido limitado. Existe primero una especie de efecto psicológico favorable a la regulación urbana, debido a los graves problemas de la ciudad moderna, el que mueve a los jueces "...a declarar la conformidad a Derecho de aquellas nuevas operaciones urbanísticas, nuevos Planes, que pretenden solucionar los déficits urbanísticos... Efecto de lo anterior es que el enjuiciamiento del *ius variandi*, la potestad modificadora de los Planes, sea un enjuiciamiento limitado en los términos que luego veremos"⁷⁰.

De Vicente señala las siguientes pautas para controlar las alteraciones:

1. *Las causas de las alteraciones.* "Aquí encontramos ya un límite importante de las mismas. Tienen que referirse a los supuestos objetivamente

⁶⁵ En sentido similar De Vicente, ob. cit., p. 228.

⁶⁶ Ob. cit., pp. 215 a 229.

⁶⁷ "...No entraba el Tribunal Supremo a todo lo largo de esta época, en un control más de fondo de las causas de las variaciones, en el sentido de que obedecieran a necesidades realmente objetivas, así como si esas necesidades estaban bien planteadas y resueltas en los nuevos planos urbanísticos. El Tribunal Supremo ha sido tolerante en general con los defectos de forma, de tal manera que allí donde se encontraba, como en el caso de los Planes, con un procedimiento específico, y cumplido en la práctica, consideraba ya suficiente ese cumplimiento para la legalidad...", ob. cit., p. 216.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 216. Para el autor, "...un plan que adolezca de esta omisión, de esta falta de régimen transitorio, de esta falta de ponderación del Plan anterior, habría que considerarlo incompleto y con la sanción de anulabilidad o nulidad según la entidad de las omisiones".

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 217.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 218.

necesarios que demanden una alteración del planteamiento, y no he encontrado mejor modo de expresarlo que unas sentencias del Tribunal Supremo, entre las que se puede contar la de 9 de diciembre de 1981, Art. 5378, que dice lo siguiente: “la potestad administrativa de variar el planeamiento debe ser entendida *no como fundamentada en criterio subjetivo ejercitable en cualquier momento, sino como remedio establecido en la ley para que la Administración, objetivando alteraciones reales en las referidas circunstancias y condiciones determinantes de las precisiones del Plan, realice aquellas modificaciones que impongan las nuevas necesidades urbanísticas* creadas por la dinámica social en el transcurso del tiempo, concepción que está presente en constante y reiterada jurisprudencia”⁷¹.

Si bien toda decisión tiene un margen infiscalizable, su “...núcleo debe de explicitarse en el contexto de la decisión administrativa, hacer transparentes las necesidades reales y estar bien recogidas y bien planteadas las soluciones a esas necesidades... condicionantes demográficos, sociales, económicos, sanitarios, de calidad, auge de turismo, factores devenidos, nuevas políticas o criterios, omisiones o imperfecciones que se van descubriendo, exigencias de futuro, etc. (...), un límite importante a la potestad consiste en la existencia de la causa objetiva, una necesidad real”⁷².

2. *El interés general.* “...el Plan de ordenación urbana –ha llegado a decir el Tribunal Supremo– no se traza en función de los propietarios del suelo, sino en función de los ciudadanos y de las necesidades colectivas (cfr. STS, 19-V-1987; Art. 5815)... Corresponde a la Administración decir lo que es del interés público, no de una manera monopolística, porque la Constitución instituye para España un Estado social, y lo que sea de interés general no corresponde exclusivamente decirlo a la administración, sino también a los ciudadanos, a los que la Ley del Suelo les reconoce la posibilidad de formular Planes de Ordenación Urbana, y el derecho al trámite de los mismos. Por tanto, lo que hay que reconocer a la Administración es, en principio, una postura de mayor imparcialidad que otorga presunción de legalidad a sus actos y una mayor garantía de acierto en la busca de interés general... ‘El *ius variandi* no está legitimado cuando con su ejercicio se atienden los intereses particulares de alguno o algunos administrados, aunque la actividad de estos se proyecte sobre el conjunto de la comunidad, con notoria incidencia en la vida social, *si con ello se causa perjuicio a los intereses de terceros que dimanen el planteamiento preexistente o de una realidad urbanística consolidada*’⁷³. Este principio comprende también el de “proequipamiento”⁷⁴.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 219.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ *Ibíd.*, p. 220.

⁷⁴ “...todo nuevo Plan que tienda a cubrir déficits, a establecer nuevas dotaciones urbanísticas, goza de una presunción de legalidad más fuerte que cualquier otro. Así, por ejemplo, en la STS, 30-VI-1980, Art. 3382: ‘El aumento de cuatro a cinco metros para la vía de bajada a la playa otorga la presunción racional y fundada que con una mayor anchura de intereses generales quedarán mejor servidos y con ello justificada la causa habilitante de la reforma’... Cuando nos encontramos con una determinación de este tipo, el mantenimiento de la nueva calificación diríamos que es casi irresistible... el Tribunal Supremo...es consciente de que los cambios... producen un trauma en los propietarios y... Por eso ha elogiado algunas técnicas de planteamiento introducidas en los nuevos Planes... ha justificado la técnica que consiste en la calificación de terrenos, denominada ‘zona de renovación urbana por transformación del uso existen-

3. *Proporcionalidad*, o adecuación de los medios a los fines⁷⁵.

4. *Racionalidad*, a saber, “que el buen sentido las acepte según el estándar normal de la sociedad. Para apreciarla, las decisiones deben estar fundadas, y a partir de una situación de hecho correctamente valorada...”⁷⁶.

En conclusión, “para que una modificación del Plan sea correcta no basta con la simple presencia formal de la documentación en el expediente, ni con la observancia de los trámites de aprobación, sino que deben de justificarse las determinaciones, sobre todo aquellas que supongan un mayor desmerecimiento económico, y en todo caso se debe de exigir a la administración que

te’, usos existentes que se mantienen en tanto en cuanto funcionen —por ejemplo, una industria—, que no están limitados por el régimen del fuera de ordenación; pueden seguir consolidándose, realizarse obras de reestructuración, y en lo único que quedan limitados es cuando se cambie espontáneamente el uso de esa industria, o bien cuando los Planes de la Administración lleguen a su ejecución de una manera paulatina y prudente; entonces es cuando tiene que cambiarse al uso dotacional previsto en él... ‘el sentido práctico de la calificación es extraordinario, un Plan tan ambicioso no puede afectar de modo inmediato a la práctica totalidad del sistema productivo del área barcelonesa’”. Ob. cit., p. 220-1.

⁷⁵ “Respecto al estudio económico financiero, es sabido que los Planes Generales no tienen por qué detallar un estudio analítico de los ingresos y los gastos y de la financiación... por la desproporción o desajuste entre las bases de previsión y los costes de ejecución, o un desfase claro de estos, o una total irrealidad de los números previstos”. *Ibíd.*, p. 224.

“...conflicto entre unas plazas de aparcamiento, previsión que se hace en el nuevo Plan, y unas parcelas colindantes con ellas que tienen acceso difícil, precisamente por la previsión de esas plazas de aparcamiento... el Plan General no aporta solución alguna a esas parcelas para las que ha previsto una edificabilidad, lo que ‘puede convertir el acceso a dichas parcelas en gravísimas afectaciones del terreno que, entre otros inconvenientes, repercutiría en desagradables visuales, desde innumerables puntos dada su altura y situación’. Pues bien, ello, a juicio del Alto Tribunal, ‘hace enormemente difícil, sin que exista una justificación técnica bastante para la imposición de determinación tan gravosa, cuando no es indispensable, sin correlación con ventaja alguna, siendo por ello por lo que resulta procedente que se estime la pretensión de apelación dirigida a la supresión de tal zona de aparcamiento’”. *Ibíd.*, pp. 224-225.

⁷⁶ *Ibíd.* “...por ejemplo, una sentencia de 18 de julio de 1988, Art. 5914, que se plantea un caso de extraña configuración de un vial, estrangulado en su parte central, creándose un cuello de botella que puede causar dificultades circulatorias en el sector; ‘la discrecionalidad técnica de la administración —dice el Tribunal Supremo— en la elaboración de los planes urbanísticos tienes su límite en la desviación de poder y en el actuar contrario a las más elementales reglas de racionalidad y del buen sentido que aparecen vulneradas en el caso presente’”, p. 225.

“Los errores en la calificación también son sancionados con arreglo a este principio. Una calificación de un jardín existente, cuando lo existente no es el jardín, sino un vacío solar dispuesto para la construcción de un edificio, es una calificación errónea que debe de ser anulada. Lo mismo que los supuestos de doble calificación por error, cuando se califica una zona de densificación urbana existente, a la par que de zona de renovación urbana en transformación de uso, calificaciones que se contraponen y que ocasionan su anulación” (*Ibíd.*).

“...El Tribunal anula la calificación de la zona norte por considerar que traspasa los límites de la racionalidad, porque dice que es inquietante que en una manzana donde han de circular niños pequeños haya una actividad industrial calificada como peligrosa, nociva, etc.” (*Ibíd.*).

“...(El Tribunal) anula un equipamiento sanitario que había previsto en el Plan, a lo largo de su tramitación, en una parcela de 800 metros cuadrados, y que se aprueba al final en una parcela cuatro veces menor, de 192 metros cuadrados... traspasa los límites de la discrecionalidad” (*Ibíd.*).

“Finalmente, se encuentra el caso —también dentro de la racionalidad— de la conservación de la realidad fáctica actual; por ejemplo, esas calles ya consolidadas por la edificación que tienen una determinada altura y que el Plan para una parcela en concreto señala una altura menor. Se ha hablado en ocasiones de las exigencias normativas de lo fáctico. Hay unos hechos que no se pueden cambiar, y en este caso (STS, 16-III-1987, Ar. 3653) lo que hay que hacer es mantener esa misma altura a lo largo de toda la calle” (p. 226).

esté siempre en la mejor posición para valorar los intereses en presencia. No debe hacerse una mecánica aplicación de la presunción de legalidad; siempre que el Plan se mueva por intereses no justificados, o que no contenga toda la documentación, o que no pondere todas las cuestiones en conflicto, la presunción de legalidad debe convertirse en presunción de arbitrariedad⁷⁷. Se trata, por cierto, de una conclusión muy parecida a la de Toledo.

B Situación chilena

En nuestro derecho no hemos tenido ocasión de ver muchos casos de esta naturaleza. Ello no obsta a la existencia de acciones aptas para impugnar la planificación en nuestro derecho, a saber:

a) *Reclamo de Ilegalidad Regional*: Dado que la aprobación de los Planes compete a los Gobiernos Regionales (art. 20 letra f del D.S. N° 291), procede el reclamo de ilegalidad que estipula el art. 102 de la L.O.C. respectiva, sea que se interponga en la calidad de particular agraviado o simple ciudadano, por afectar el plan el interés general de la región o sus habitantes. Las facultades de la Corte son especialmente convenientes: De acoger el reclamo puede anular el Plan total o parcialmente, dictar las disposiciones de reemplazo y declarar si hay o no derecho a perjuicios (art. 102, letra i del D.S. N° 291)⁷⁸. El plazo de interposición del recurso debe contarse desde la publicación de la resolución promulgatoria del Intendente en el Diario Oficial (O.G. 2.1.4., inciso 3, y 2.1.6., inciso 3, en relación con el art. 102, a) y b), del D.S. N° 291), y no desde la adopción del acuerdo aprobatorio por el Consejo Regional, pues ello sería una iniquidad evidente⁷⁹. Desgraciadamente *Informe Constitucional* ha reseñado un caso en que efectivamente el criterio de la Corte de Apelaciones de Santiago fue declarar extemporáneo un recurso de protección dirigido contra un plan comunal porque antes de la publicación de la resolución respectiva se dieron a conocer las modificaciones mediante publicaciones en la prensa y exposición pública del proyecto⁸⁰.

b) *Recurso de Protección* (art. 20 C.P.R.), que procede contra actos u omisiones ilegales o arbitrarias que priven, perturben o amenacen el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales, con ciertas excepciones. Es probable pensar en que la planificación urbana pueda afectar, por ejemplo, la igualdad ante la ley, el respeto y protección de la vida privada, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (caso en que se aplica el art. 20.2 de la C.P.R.), la igual repartición de las cargas públicas, el derecho a desarrollar actividades económicas lícitas y el derecho de propiedad, entre otros. La interposición de esta acción cautelar no obsta al ejercicio de otras acciones jurisdiccionales y permite a la Corte de Apelaciones adoptar “de

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 228.

⁷⁸ Un ejemplo en *Gaceta Jurídica* N° 178, abril de 1995, pp. 101 a 103, en que la Corte opta por declarar ilegal un artículo de un Plan Regulador Intercomunal.

⁷⁹ Puede verse el principio en Soto Kloss, Eduardo, “La Publicidad de los Actos Administrativos en la Jurisprudencia Judicial”, R.D.J. T. 84, 1989, 1ª parte, pp. 23 a 27.

⁸⁰ Cfr. *Informe Constitucional* N° 1.368 (8.10.96), comentando fallo del 3.5.96 cuya apelación fuera declarada inadmisibile por la Corte Suprema.

inmediato las providencias que juzgue necesarias para reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado"⁸¹.

c) *Acción declarativa de mera certeza*, a efectos de que declare judicialmente el derecho de un particular que está siendo afectado por el Administrador mediante un Plan Regulador.

d) *Acción de nulidad de derecho público*, aplicando los principios de los arts. 6, 7 y 19 N° 3 –entre otros– de la C.P.R., tramitada conforme al procedimiento ordinario⁸².

e) *Requerimiento ante el Tribunal Constitucional*, sólo respecto de planes reguladores regionales, conforme el art. 82 N° 5 de la C.P.R., puesto que actualmente son el único instrumento de planeamiento que formalmente es un D.S. firmado por el Presidente de la República, hipótesis exigida en la norma citada.

Asimismo, conviene señalar que existen acciones especiales contra el D.O.M. por sus actuaciones en materia urbanística:

a) *Recurso Jerárquico* ante el SEREMINVU (art. 12, L.G.U.C. y 9 de la L.O.C. 18.575). Conviene recordar que según la L.G.U.C esta acción presupone haber planteado una controversia previa ante el D.O.M., obteniendo una resolución agravante, pues es una *segunda instancia*. De no existir esta, es improcedente el recurso como lo ha declarado la C. Suprema⁸³.

b) *Reclamo de ilegalidad municipal* (art. 136 del D. S. N° 662), contra las resoluciones u omisiones ilegales, de iguales características al reclamo de ilegalidad regional. Puede tratarse de actuaciones u omisiones relacionadas con la recepción de obras, el otorgamiento de permisos de edificación, etc. (art. 20 del D.S. N° 662, especialmente letras b y g).

Asimismo, nuestra doctrina ha desarrollado el tema del acto administrativo y su control jurisdiccional ampliamente a partir de la Carta de 1980, en términos tales que es perfectamente predicable de nuestro ordenamiento jurídico un

⁸¹ Existen algunos ejemplos en que se impugnan modificaciones por esta vía, como G.J. N° 174, dic. de 1994, pp. 59 y ss., si bien en ese caso concreto se rechaza la acción por estimarse que la resolución municipal que modifica el plan regulador comunal aparece dictada con fundamento. (Se trata de la apelación del fallo de un recurso de protección, que en 1ª instancia fue favorable al demandante. Por desgracia, no aparece publicado este fallo que es de la C.AA. de Concepción). Sin embargo, también en la Gaceta N° 178, abril de 1995, hay un fallo en que se expresa "Que las cuestiones sobre ilegalidad o inconstitucionalidad de las resoluciones del Poder Ejecutivo que aprueban Planos Reguladores, son ajenas a la naturaleza del presente recurso y al asunto puntual que motiva la acción que aquí se ha ejercitado" (p. 76). A nuestro juicio, sería un peligroso error entender como afirmación general que el recurso de protección no es procedente contra estas resoluciones; obviamente lo es si por ellas se priva, perturba o amenaza el ejercicio de las garantías enumeradas en el art. 20 de la C.P.R. –esp. los N°s 21 y 24 del art. 19–. No obstante ello, parece justificado el rechazo de ese recurso en particular.

⁸² Al respecto, puede verse de Soto Kloss, Eduardo, "La Nulidad de Derecho Público referida a los Actos de la Administración", en Revista de Derecho de la U.C.V., XIV (1991-1992), pp. 417 a 431 y "La Nulidad de Derecho Público en el Derecho Chileno", Gaceta Jurídica N° 125, 1990, pp. 16 a 23. Sobre la nulidad de Derecho Público consultamos Fiamma O., Gustavo, "La acción constitucional de nulidad: Un supremo aporte del Constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo", en R.D.J. T. 83 (1986), 1ª parte, pp. 123 a 156, y del mismo autor "Acción Constitucional de Nulidad y Legitimación Activa Objetiva", en Gaceta Jurídica, N° 123, 1990, pp. 7 a 12..

⁸³ Puede verse en Fallos del Mes N° 385, la sentencia N° 10, del 24/10/1990, pp. 753 y ss., esp. consid. 7, y fundamento especial de tres ministros, al final.

control máximo de la actividad administrativa, aplicable a la planificación urbana. En efecto, baste decir que conforme el art. 7 de la Constitución:

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale” (el destacado es nuestro).

Asimismo, el art. 6 de la Carta Fundamental consagra la directa fuerza vinculante de su texto para todos los sujetos de derecho, particularmente los órganos del Estado.

Son estas normas las que sustentan el principio de juridicidad en nuestro sistema, de modo que no cabe hablar en él de facultades discrecionales para la administración. Siempre existe un criterio material para contrastar su actuar, y en caso de no ajustarse su proceder a la Constitución se produce la nulidad del acto. Esta sanción se ha dado en llamar *Nulidad de Derecho Público*, para oponerla a la nulidad civil. Se trata de un efecto insanable, y que el juez debe declarar de oficio. Múltiples aspectos pueden generar esta sanción. Soto Kloss ha explicado que:

“Los vicios de la decisión administrativa dicen relación aquí tanto respecto de la ‘investidura’ del autor del acto, v.gr., nombramientos o designaciones que no se han conformado con la Constitución o las leyes (...), cualquiera sea la forma o el modo de producirse la irregularidad de aquella, como de la ‘competencia’, en donde se da una variada gama de vicios, por ejemplo: ausencia de atribución, ausencia de motivo (hecho/necesidad pública, que mueve a actuar para satisfacerla), errada calificación jurídica del hecho, error en la apreciación de los hechos, ausencia de razonabilidad en el ejercicio de la potestad, desviación de fin, etc.) y de la ‘forma’ que prescriba la Constitución o la ley, cuyos vicios más notorios son infracción al debido procedimiento legal (sea por alteración de trámites, omisión de ellos, exigencia de algunos sin que estén legalmente previstos, etc.), desviación de procedimiento, incumplimiento de las formas exigidas en el acto terminal, etc.”⁸⁴.

El mismo autor ha explicado también este control desde la perspectiva de la estructura de las potestades administrativas⁸⁵. El ejercicio de una potestad, existiendo los supuestos necesarios, debe ejercerse de acuerdo a la ley. Esta puede construir la potestad de modo reglado o confirmando al administrador “un margen de libre apreciación de las circunstancias que concurren en el caso concreto, otorgándole la posibilidad de actuar o bien adoptar inactividad (sin perjuicio, en este caso, de la responsabilidad consecucional si esa inactividad produce daños a terceros)”. Y aparte agrega: “Pero si actúa, la ley también puede configurar la potestad de dos modos respecto al *qué*, vale decir respecto a la decisión misma que adopte. En efecto, a) o bien precisa y detalla la decisión que ha de adoptarse en tal caso, o b) confiere un

⁸⁴ Soto K., “La Nulidad de Derecho Público referida a...”, ob. cit., pp. 422 y 423.

⁸⁵ “Acerca del llamado Control de Mérito de los Actos Administrativos (Notas para un mejor entendimiento del problema)”, en Revista de Derecho Público N° 43/44, 1988, pp. 117a 130.

margen de libre apreciación de las circunstancias que concurren y rodeando al *factum*/motivo/necesidad pública que satisfacer, a fin de que pueda el órgano habilitado escoger una entre varias posibilidades; pero adviértase que no todas son *en el caso concreto* equivalentes; el legislador hace una previsión genérica, pero será el Administrador quien al concretar la potestad (para satisfacer una determinada necesidad pública) ha de escoger 'la' más idónea, la que 'propiamente' satisfaga de modo efectivo, real y adecuado a las específicas circunstancias del caso concreto, dicha necesidad pública"⁸⁶.

Los Tribunales podrán, en ejercicio de la jurisdicción, controlar la estructura completa de la potestad, a efectos de analizar si la actuación es constitucional: el *quién* (titular del órgano que tiene atribuida la potestad), el *cómo* (procedimiento de elaboración), el *porqué* (motivo de la actuación/necesidad pública), el *para qué* (finalidad de la potestad), el *cuándo* (momento u oportunidad de la actuación) y, lo más importante, el *qué* (la decisión adoptada). En este último caso, si existe atribución de márgenes de libre apreciación el juez podrá igualmente controlar la *razonabilidad* del acto, o sea su proporcionalidad y carácter de medio idóneo para alcanzar el fin perseguido⁸⁷.

Todo lo expuesto demuestra que existen las herramientas necesarias para verificar y contrastar jurisdiccionalmente la legalidad y constitucionalidad de la planificación. Ya vemos que los Planos Reguladores son instrumentos motivados de modo completísimo (arts. 42, a) de la L.G.U.C. y 2.1.6., a) de la O.G.). La autoridad deberá tomar decisiones coherentes con la Memoria Explicativa del Plan, una suerte de *ratio* interna que debiera recorrerlo de punta a cabo (recordamos que según la O.G., art. 2.1.6., contiene un *diagnóstico* del territorio comunal, estudios de riesgo, *objetivos*, *metas*, fundamentos, y todos los antecedentes que *sirvan de base* para las proposiciones y las alternativas de estructuración y gestión). Deberá, por cierto, planificar de modo racional y proporcional en orden a los objetivos declarados, considerando la naturaleza real de las cosas o predios como también los intereses públicos involucrados, y sin adoptar determinaciones imposibles de llevar a cabo. Deberá respetar, qué duda cabe, las garantías establecidas en el art. 19 de la C.P.R.

En caso de faltar uno de estos requisitos podrá ser recurrido el acto impugnado, y aun cuando los plazos de corto tiempo expiren (protección e ilegalidad), siempre quedará a salvo la acción de nulidad para restablecer el imperio del derecho.

Por desgracia, a la fecha son escasas las oportunidades en que la jurisprudencia se ha hecho cargo de esta tarea en materia urbanística.

Hay una interesante sentencia de la C.AA. de Valparaíso (29/3/1995) en reclamo de ilegalidad contra el respectivo gobierno regional⁸⁸. El Plan Regulador Intercomunal del Valle de Auco estableció una "zona de preservación"

⁸⁶ *Ibíd.*, pp. 122 y 123.

⁸⁷ *Ibíd.*, pp. 124 a 128.

⁸⁸ Gaceta Jurídica N° 178, abril de 1995, pp. 101 a 103. También puede verse en el N° 177 de la misma revista una sentencia de la C.AA. de Copiapó, confirmada por la C. Suprema, en que se acoge un recurso de protección interpuesto contra un Alcalde por hacer exigencias urbanísticas no contenidas en la ley para otorgar patente definitiva a un comerciante.

donde se prohibió el uso urbano del suelo –admitiéndose sólo el de tipo forestal, ganadero y agrícola– y se estableció un mínimo de subdivisión predial de 40.000 m². Ante el reclamo del dueño de un inmueble ubicado en la zona, que quería subdividirlo según las normas del D.L. 3.516, la Corte señaló que este D.L., en su art. 1º, permite la libre subdivisión de los predios rústicos hasta en lotes de un mínimo de 5.000 m², entendiéndose por tales los que estén fuera de los límites urbanos o de los límites de los Planes Intercomunales de Santiago, Valparaíso y Concepción. Dado que se trata de un texto legal vigente no es admisible que una resolución administrativa lo modifique (como ocurría en el caso al aumentarse ese mínimo a 40.000 m² en dicha zona), por lo que esta debía ser anulada (cons. 10 y 11). Esto es, se confirmó que la autoridad administrativa no puede hacer exigencias adicionales a las que contiene la ley en que basa su actuación.

Un paso mucho más audaz en el enjuiciamiento de las decisiones de planificación se dio en la sentencia rol 176/95, dictada por la C. de AA. de Santiago el 5.8.96, en reclamo de ilegalidad regional deducido en contra de la aprobación, en 1994, del nuevo Plan Regulador Metropolitano de Santiago. En este caso se había aprobado bajo la normativa antigua un loteo en una zona de carácter urbano de la comuna de Pudahuel, que el nuevo instrumento declaraba como “excluida al desarrollo urbano”. Sin embargo, ya se habían otorgado numerosos permisos de edificación (226) y se habían aprobado 10 anteproyectos, todo según la normativa antigua. Paralelamente, existían otros loteos similares en la intercomuna, que el nuevo instrumento reconocía como “islas urbanas”. La autoridad, en su informe, señaló que dichos casos tenían un grado de consolidación importante, que no se daba en el caso impugnado, y no producirían a futuro un impacto urbano negativo, como sí ocurriría si los recurrentes desarrollaban integralmente su loteo. La Corte declara que “...las razones dadas por el Sr. Intendente Regional, que no han sido avaladas por estudios ni antecedentes técnicos allegados a los autos, no son suficientes para justificar la discriminación que se ha hecho entre distintos loteos, incluyendo algunos de ellos como terrenos urbanos y excluyendo a otros...”, para luego afirmar que “...no es posible concebir que (a) una entidad, a la que se le ha autorizado para construir un número importante de casas, con sus correspondientes equipamientos comerciales y de servicios, en un terreno que a la época en que se otorgaron los permisos y aprobaciones tenía el carácter de urbano, se (le) cambie la calificación de urbano del terreno y se le impida aumentar el volumen de construcción, rehacer las instalaciones correspondientes, y se prohíba el otorgamiento de patentes a nuevos propietarios o arrendatarios sin que se les afecte su derecho de dominio. No cabe duda que las casas y su correspondiente equipamiento... se construyen para su posterior venta y/o arriendo y tal fin, absolutamente legítimo, difícilmente podría obtenerse si se aplican las restricciones ya aludidas, contempladas en el inciso primero del art. 62 de la L.G.U.C. Tales limitaciones no son una mera o leve limitación del dominio, susceptible de imponerse sin limitación alguna en cumplimiento de la función social de la propiedad, sino que constituyen una grave violación a las facultades esenciales del dominio de la recurrente, no pudiendo imponerse en la forma que la autoridad pretende, sin vulnerar... el art. 19 N° 24 de la C.P.R.” (cons. 8º). Por ello, el fallo acoge el recurso “...en cuanto se declara que lo dispuesto por el inciso primero del art. 62 de la L.G.U.C., que contiene limitaciones esenciales del dominio, no le es aplicable al loteo N.N...”.

Otro fallo interesante dice relación con el otorgamiento de un permiso de construcción acogido a la calidad de conjunto armónico que permitía la construcción de un edificio de tres bloques, de 11 pisos de altura. Este mecanismo, establecido en los arts. 107 y ss. de la L.G.U.C, permite modificar las normas del Plan Regulador en proyectos que califica como “conjuntos armónicos”, siempre que no se afecten los espacios de uso público, la línea de edificación, el destino y el asoleamiento mínimo de las construcciones colindantes, y con la autorización del asesor urbanista. Se trata de una herramienta de planificación urbanística flexible y amplia, y está regulada por los arts. 2.6.4. y ss. de la O.G. (que tras este y otros casos se modificó para mejorar su uso).

En el caso concreto, la propia Corte Suprema anuló tal acto señalando que el derecho a edificar “...debe sujetarse a la regulación de los planes reguladores intercomunales y comunales que proviene de la L.G.U.C. de suerte que las normas allí prescritas en cuanto destinación, constructibilidad, zonificación, densidad, altura y otras, así como con mayor razón las que admiten, pero con especiales exigencias, excepciones al marco general –cual es el caso de los ‘conjuntos armónicos’– han de ser respetadas estrictamente, en especial por la autoridad llamada a ponerlas en aplicación, ya que si ello no ocurre, es el propio contenido del derecho al uso del suelo el que se altera, desnaturalizándose al fin público cautelado por esa normativa y, en ocasiones, lesionándose el derecho de terceros, como en el caso de autos, en que los dueños de los inmuebles contiguos a la edificación autorizada se ven obligados a soportar injustamente que el legítimo uso y goce de su propiedad se menoscabe por la altura del edificio proyectado, que sobrepasa la limitación legal”⁸⁹.

En fechas recientes se han dictado nuevos fallos que van tomando una línea más agresiva. Entre ellos está el que insta a las autoridades pertinentes a modificar el plan Regulador Intercomunal de Santiago para corregir las características de una vía que se definía como colectora, siendo que carecía de tal carácter (antes de ello se le consideraba local), con lo que se producía la declaratoria de utilidad pública de un sinnúmero de propiedades⁹⁰. También puede destacarse otro, mediante el cual se anuló un decreto alcaldicio que rechazaba la modificación del plan comunal sin expresar los motivos en reclamo de ilegalidad. En este último caso no se ordena modificar la decisión, sino sólo se reprueba el acto por su falta de motivación⁹¹. De esta manera se ha ido abriendo paulatinamente un control de la razonabilidad de la decisión administrativa urbanística. Con todo, lo conveniente en esta materia es que la L.G.U.C. sea dotada de criterios materiales expresos que permitan un contraste jurisdiccional más sencillo y comprensible para el común de las personas.

2.1.3. *Respeto de la esencia de la Propiedad en la Planificación Urbana*

Para terminar, analizaremos si la planificación urbanística respeta la esencia de la propiedad constitucionalmente definida (entendida conforme la

⁸⁹ R.D.J. T. 93, 2^{da} parte., S.V., pp. 43. C. Suprema, 3.4.96.

⁹⁰ R.D.J. T. 93, 2^{da} parte., S.V., pp. 57 y ss. C. Suprema, 28.3.96.

⁹¹ R.D.J. T. 93, 2^{da} parte., S.V., pp. 226 y ss. C. de AA. de Punta Arenas, 16.4.96

primera parte de este trabajo), dadas las severas limitaciones que pueden imponerle los Planes Reguladores. Como ya sabemos, en caso de afectarla, la ley debiera prescribir el procedimiento expropiatorio y la indemnización consecuente, so pena de incurrir los actos administrativos ablatorios en una nulidad de derecho público.

A. Situación en Alemania (ex-R.F.A.) y España

Algo hemos visto de las normas constitucionales germanas relativas al dominio, caracterizado por el respeto de su contenido esencial (común a todos los derechos fundamentales⁹²). La doctrina no ha llegado a un acuerdo (a 1978) respecto a si el *ius aedificandi* sería una facultad esencial del dominio o una atribución positiva que confiere el ordenamiento jurídico público; sin embargo, dado que su Texto Constitucional condiciona las limitaciones al respeto de la esencia del dominio y nuestro derecho sigue tal dirección, revisaremos este aspecto.

El ordenamiento alemán urbanístico de 1978 establece varias limitaciones indemnizables, lo que equivale a admitir que sus supuestos son cuasi expropiatorios. Por ejemplo, existe el deber de indemnizar las calificaciones de suelo para *usos públicos o sociales* que acarreen *perjuicios* a sus propietarios. La ley ejemplifica ocho casos, que van desde la reserva de espacios para instalaciones especiales, a la calificación de zonas como inedificables [Parágrafo 40, letra i)], pasando por superficies viales, equipamiento, áreas verdes, etc. La indemnización puede consistir en el abandono de la propiedad para percibir su justiprecio, reparación en dinero de los puros perjuicios u otras fórmulas⁹³, cada una de las cuales tiene requisitos concretos (para recibir indemnización en dinero, por ejemplo, la limitación debe prohibir la realización de obras que incrementen el valor del inmueble y, además, aumentar el costo económico del uso que se le daba al terreno; para abandonar la finca, en tanto, se requiere que el perjuicio económico haga inviable el disfrute del sitio, etc.). Lo mismo ocurriría con la imposición de servidumbres públicas de paso peatonal, tránsito rodado o conducciones públicas, conforme ciertos requisitos (no incluye, obviamente, las cesiones de las urbanizaciones), y la determinación de vinculaciones de plantación y conservación de flora o recursos hidráulicos.

La jurisprudencia alemana creó la teoría de la “vinculación por razón de la situación” (“*Situationsgebundenheit*”)⁹⁴, en 1956⁽⁹⁵⁾, para aclarar cuándo existían *perjuicios*. El caso planteado fue el de una finca agrícola ubicada en las inmediaciones del casco urbano, calificada por el Plan respectivo como zona verde. Su propietario reclama una indemnización, pero el tribunal resuelve que la finca, pese a estar cerca de un centro industrial densamente poblado, “...por su propia naturaleza y no en razón a una norma jurídica se encuentra ‘vocada’ a cumplir una cierta función que –caso de una mayor precisión legal– puede llegar a concretarse de un auténtico deber jurídico.

⁹² Supra nota 278.

⁹³ Parejo Alfonso, “La Garantía... III”, ob. cit., nota 139, p. 35.

⁹⁴ A ella nos referimos al mencionar la naturaleza de las cosas como pauta de control jurisdiccional de la potestad planificadora

⁹⁵ *Ibid.*, p. 37 y 38.

Esta cierta función consiste en no ejercitar una de entre la pluralidad de facultades propias del derecho dominical. Por lo tanto, cuando por la ordenación urbanística se prohíbe sobre dicha finca un uso o aprovechamiento *incompatible* con esa función a que aquella está avocada por su situación física y *que aún no se ha ejercitado*, no se está ante una limitación o ablación del derecho de propiedad, sino ante *la mera concreción de la función social de este*" (el texto –resumen del fallo– y las cursivas son de Parejo Alfonso⁹⁶). De esta manera, la jurisprudencia germana –Tribunal Federal en lo Civil– entiende que las determinaciones urbanísticas que reproducen el aprovechamiento anterior de un predio son meramente definitorias de su función social y, por ende, inindemnizables.

Otra línea jurisprudencial aclara que toda prohibición o apreciable limitación de un aprovechamiento que se conforma a la naturaleza del bien y se realiza sin perturbación, debe homologarse a una expropiación⁹⁷. Y es que en este caso el bien, por su naturaleza, no está ‘vocado’ a la inactividad impuesta. Las sentencias del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo han sido más asistemáticas, según Parejo, pero las últimas tenían una orientación similar a las comentadas, además de aclarar aspectos que comentamos precedentemente.

El caso español –con normas constitucionales muy similares– es diferente. Conforme Martínez López-Muñiz⁹⁸ el art. 76 de la Ley del Suelo, correspondiente al 61 de la ley de 1956, consideró las facultades urbanísticas inherentes a la propiedad urbana, si bien las limitaba intensamente por su función social. Por su parte, el art. 87.3 (reformulado 1975) dispuso que “Las ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones *singulares* que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que *no pueda ser objeto de distribución equitativa* entre los interesados *conferirá derecho a indemnización*” (las cursivas son nuestras).

Se reconoce así que las determinaciones urbanísticas son sólo limitaciones y, por ende, no indemnizables al respetar el contenido esencial del dominio. Empero, “eso no quita para que, en aras de la exigible *igualdad* con la que los propietarios deben poder ejercer sus facultades en los procesos urbanísticos, deban arbitrarse sistemas compensatorios o redistribuidores de los beneficios y cargas que impliquen la distinta asignación de limitaciones y deberes a los derechos de propiedad en razón de la distinta función urbanística atribuida a los diferentes predios”⁹⁹.

Sin embargo, Martínez cree que por la naturaleza de la problemática urbana es muy probable que bajo el nombre de limitaciones se impongan verdaderas “...*privaciones ablatorias* en muchos casos, que obviamente deben ser indemnizadas. La ley organiza la posibilidad de obtener esa compensación indemnizatoria directamente a cargo de los más directos *beneficiarios* de esas ‘expropiaciones’, que son los propietarios que, sin sufrir esas privaciones, se *benefician directamente de ellas en las correspondientes zonas urbanísticas*. Esto es lo que se llama por la ley la *equitativa distribución de los beneficios y cargas del planeamiento*, configurado, por ello, como autén-

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 38.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 39.

⁹⁸ *Ob. cit.*, p. 85.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 87.

tico derecho de los que, más que limitaciones, sufran con el plan verdaderas privaciones...”¹⁰⁰ (cursivas en el original. A juicio de este autor, la diferencia entre limitaciones y privaciones radica en la igualdad ante la medida). Dicha igualdad se logrará mediante el sistema de áreas de reparto y aprovechamiento medio, cuya explicación excede los límites de este trabajo¹⁰¹.

Sólo cuando esta distribución no resulta posible se genera, conforme la última parte del artículo transcrito, el derecho a la indemnización. Este razonamiento nos recuerda el del caso Galletué, con la salvedad de que la C. Suprema no admitió que la restricción impuesta al predio fuera ablatoria; sólo se movió en el plano de la igualdad en la distribución de las cargas, ignorando por completo el tema de la esencia del dominio.

Sin embargo, en julio de 1990 fue modificado este cuadro, al aprobarse en España una “Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo” (Ley 8/90, en cuya virtud se dictó el Real Decreto Legislativo 1/92 que fija el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26/6/92), cuya principal innovación fue “la definición concreta de cuatro etapas que van integrando la adquisición sucesiva de los derechos que conforman el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria según se van cumpliendo con los correspondientes deberes. Se definen así cuatro niveles o momentos de adquisición de facultades urbanísticas.

- Derecho a urbanizar.
- Derecho al aprovechamiento urbanístico.
- Derecho a edificar.
- Derecho a la edificación”¹⁰².

Cada uno de estos niveles se adquiere al cumplir requisitos preestablecidos por la ley. Cada uno, asimismo, tiene una concreta valoración económica para conferir certeza jurídica en el evento de una expropiación.

A juicio de Martínez López-Muñiz esta modificación vació completamente el derecho de propiedad de bienes raíces urbanos, transformándolo en una “nuda propiedad” que adquiere facultades urbanísticas nacidas de la voluntad administrativa, y que ya no son consideradas como connaturales al dominio. Como dice Carceller (sin asomo de crítica): “...en el suelo urbano y en el urbanizable se incorporan al derecho de propiedad contenidos urbanísticos *artificiales* que no están en la naturaleza y que son producto de la ordenación urbanística”¹⁰³ (la cursiva es nuestra).

Martínez estima que esta reforma importó una auténtica privación del contenido sustancial del dominio de bienes raíces urbanos, que sólo habría sido posible indemnizando a sus titulares, “...sea mediante el otorgamiento del derecho a adquirir las facultades urbanísticas y, finalmente, el derecho de propiedad sobre lo edificado –como se prevé en la nueva ley–, sea mediante una indemnización por la expropiación, sin que esta pueda tratarse como sanción”. Al no considerar la ley citada una indemnización por el contenido

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ Puede verse Carceller, *ob. cit.*, cap. VI, pp. 223 y ss.

¹⁰² Serrano Rodríguez, Antonio, “El Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. El Principio de un Proceso”, en *Estudios Territoriales* N° 40, 1993, p. 35.

¹⁰³ Carceller, Antonio, “Instituciones de Derecho Urbanístico”, Ed., 1993, p. 327.

urbanístico sustraído sería inconstitucional por vulnerar el contenido esencial de la propiedad¹⁰⁴. Se trata, con todo, de una opinión doctrinal. Carceller, en cambio, admite sin problemas la nueva situación legal, estimando que los deberes exigidos serían una contrapartida del valor agregado que tiene el suelo urbano: "...sólo cuando tales deberes han sido cumplidos puede decirse que el propietario ha 'ganado' los contenidos artificiales que se añaden a su derecho inicial"¹⁰⁵.

B. Situación chilena

Una primera observación parece evidente: nuestro derecho urbanístico no puede calificarse, simplemente, como una "policía de la edificación" basada en la técnica autorizatoria. La intervención administrativa es más profunda, pues las facultades urbanísticas de un propietario urbano dependen, en realidad, de lo que diga el Plan Regulador respectivo. Incluso este puede quitarle todo derecho en este sentido (art. 60 L.G.U.C.) sin mediar indemnización.

La facultad de edificar o *ius aedificandi* es una expresión del *ius utendi*, o facultad de usar, que concede el dominio de un bien a su titular. Vimos en la primera parte de este trabajo que corresponde a una de las características esenciales del derecho de propiedad tuteladas por el art. 19 N° 24.3 de la Constitución, esto es, de aquellas que sólo pueden ser desconocidas previa indemnización. Advertimos también que no debía absolutizarse a cada facultad, pues pueden ser lícitamente limitadas por ley siempre que con ello no se menoscabe sustancialmente el dominio del particular (caso en que sería una privación, constitucionalmente indemnizable en plenitud), lo que debe determinarse revisando los intereses tutelados por la facultad en concreto (jurisprudencia de intereses).

Ahora bien, por cierto que la edificación no es el único uso que se le puede dar a un bien raíz. Sin embargo, si este se sitúa en el perímetro urbano es el más probable y más rentable. Este uso, además, responde a los más conocidos fundamentos del derecho de propiedad: entrega un ámbito de intimidad personal y familiar que permite desarrollar la personalidad y autonomía necesarias para el digno desenvolvimiento de un ser humano ¿Involucra ello la inconstitucionalidad de esta intervención estatal, de frente al art. 19 N° 24.3 de la C.P.R.?

Un primer enfoque sería plantear que se ha privado a todos los dueños de predios urbanos del derecho a edificar; privación y no limitación, porque al particular no se le estaría limitando una facultad preexistente, sino que el Plan le estaría atribuyendo una facultad de determinada intensidad a un dominio que naturalmente no la tenía, como parece ocurrir hoy en España. Sin embargo, si esta fuera nuestra argumentación justificativa habría que concluir que toda la ordenación urbanística actual es inconstitucional a la luz de lo expuesto en la primera parte de este trabajo.

La alternativa que nos parece más consistente es entender que los deberes urbanísticos son limitaciones a la facultad de usar el bien, sin llegar a afectarla en su esencia, sino sólo conforme a la función social que grava a la

¹⁰⁴ Ob. cit., pp. 92 y ss, y esp. 109.

¹⁰⁵ Ob. cit., p. 327.

propiedad. Para entender esta postura debemos recordar que en los casos límites de afectación de la propiedad urbana, esto es, la determinación vía plan de *zonas inedificables*, se atiende (o mejor, se debe atender) a la misma naturaleza de los terrenos, conforme lo explicita el art. 2.1.5. de la O.G. Se trata de zonas con un subsuelo de mala calidad, inundables o potencialmente inundables, próximas a pendientes elevadas o peligrosas¹⁰⁶, de actividad volcánica, de avalanchas, de rodados, de aluviones, etc. Es evidente que no puede sostenerse que los terrenos ubicados en estos sectores tengan por su naturaleza un carácter edificable sino que, por el contrario, claramente carecen de él, y si se construye o invierte en ellos es sólo por ignorancia (que mal podría fundar derecho alguno). De toda lógica es suponer, entonces, que de su función social deriva la limitación de no construir en ellos: la facultad de usar se referirá a otros aprovechamientos, pero no al asentamiento de grupos humanos, con lo que la determinación urbanística no vulneraría contenido esencial alguno.

En los casos en que los predios tengan una aptitud natural para ser edificados, en cambio, la autoridad está obligada constitucionalmente a reconocer dicha facultad y sólo podrá limitarla basada en la función social, conforme la técnica y de acuerdo a su prudencia¹⁰⁷.

Resumiendo, creemos que nuestro ordenamiento *reconoce a los dueños de bienes raíces urbanos que la esencia de su derecho de propiedad incluye la facultad de edificar* (ius aedificandi) *conforme las naturales aptitudes urbanas de su terreno, pudiendo aquella ser limitada por la autoridad siempre que con ello no la menoscabe sustancialmente*. No obsta a esta conclusión a que puedan presentarse situaciones en que la decisión sea errada o arbitraria, caso en que los particulares están plenamente legitimados para recurrir a la justicia conforme lo hemos planteado. Por ello insistíamos en la importancia de que el legislador proporcione criterios materiales que permitan contrastar este tipo de determinaciones. Si se rechaza el control judicial de la planificación, equivaldría a estar en la primera hipótesis planteada y deberíamos admitir que nuestro ordenamiento urbano es inconstitucional.

Entre las diversas limitaciones urbanísticas existentes nos parece que las más delicadas son las que dicen relación con la determinación de límites urbanos (art. 52 y ss. de la L.G.U.C.), uso del suelo en general (art. 57 y ss.), traslado de industrias (art. 62.2.) y declaración de utilidad pública (art. 59). En este último caso, por ejemplo, pueden pasar décadas sin que se lleven a efecto las obras y consiguientes expropiaciones para habilitar un parque. Los propietarios de los terrenos afectos a la expropiación respectiva carecerán todo ese tiempo de la posibilidad de aumentar el volumen de las construcciones existentes y verán, obviamente, muy disminuido el valor de mercado de

¹⁰⁶ No cualquier pendiente, como puede verse en el art. 3.3.2. y ss. de la Ordenanza del Plan Regulador Metropolitano de Santiago (D.O. 4/11/1994).

¹⁰⁷ En este sentido puede entenderse la afirmación hecha por el Ministro Etchegaray en la causa rol N° 153 del T.C.: "Es de la esencia de la regulación intercomunal que se establezcan diversas áreas de restricción, ya que se persigue amparar o proteger el desarrollo armónico de la intercomuna... Nada es irrelevante para el sistema interurbano toda vez que, como se ha manifestado, el art. 35 de la L.G.U.C. *no plantea limitaciones* en cuanto a las materias que pueden abordar estos instrumentos de planificación, sus restricciones y la gradualidad de las mismas se encuentra en las potencialidades para aceptar asentamientos humanos." Supra nota 3.

sus predios; si llegan a verse apremiados económicamente y deben venderlos, soportarán privadamente el costo de la calidad de vida de toda la comunidad, con evidente detrimento de la justicia distributiva.

Creemos que en los casos mencionados —y en general— las potestades administrativas deben ser empleadas en forma tal que no vulneren el contenido esencial del dominio, transformándolo en un cascarón vacío de facultades. La judicatura debe, por tanto, controlar que no se use estas normas para privar a los propietarios de la suyo bajo un manto engañoso de bien común, atendiendo especialmente a la naturaleza de los terrenos concretos y los derechos adquiridos por los particulares. No nos parecería correcto que se adoptaran posturas como la del caso “Comunidad Galletué con Fisco” (1984)¹⁰⁸, no por la solución sino por el fundamento: se decide que existe una limitación indemnizada analógicamente en virtud de la equidad, existiendo recursos constitucionales para fundar una explicación de derecho expreso (art. 19 N° 2 y N° 20) que hace innecesario al argumento de la laguna legal. Pensamos que cuando las limitaciones llegan a ser tan intensas como en aquel caso, se debe declarar derechamente que:

¹⁰⁸ Comunidad Galletué con Fisco, Recurso de Casación en el Fondo fallado el 7/8/1984. C. Suprema, R.D.J. T. 81, 2^{da} parte., S.V., pp. 181 a 189. En este conocido caso, los copropietarios del predio “Galletué”, ubicado en la Novena Región, demandan al Fisco para que los indemnice a raíz de aplicar, mediante D.S. N° 29 de 1976 del M. de Agricultura, la *Convención Internacional para la protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas naturales de América* (Tratado Internacional ordenado cumplir como ley por Decreto del M. de RR. EE. de 1967) a las araucarias, prohibiendo su explotación. La medida acarrea severos perjuicios a los copropietarios, debido a que esta especie arbórea cubría 1.800 ha del predio que se encontraban en plena explotación forestal, único aprovechamiento comercial factible del fundo, y para el cual habían desarrollado una costosa inversión en infraestructura. Si bien tanto en las instancias judiciales como en la casación se acoge la acción indemnizatoria, los fundamentos de cada sentencia son diferentes.

El juez de primera instancia resuelve acoger la demanda (11/12/1981) fundado en el Acta Constitucional N° 3, debido a que se está limitando gravemente la facultad de disposición sin fundamento suficiente (consid. 11). La Corte de Apelaciones, por su parte, llega a igual conclusión (13/12/1982) pero con distinto razonamiento: No se trataría de una limitación, sino de una auténtica privación, lo que exige la aplicación del instituto expropiatorio. Además, desconoce a la Convención aplicada su rango legal. La Corte Suprema, finalmente, fallando la casación en el fondo deducida por ambas partes, resuelve que existe una limitación y no una privación. Esta es impuesta en virtud de una ley, ya que el Tratado fue aprobado como tal, y el D.S. que ordena la prohibición lo hace en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución. Empero, estima injusto que los efectos de la prohibición, que califica de “loable y oportuna”, sean soportados en tan gran medida por un grupo de particulares (cons. 11°), acogiendo la acción indemnizatoria no en base al 19 N° 24, sino a los principios de equidad y justicia (esto es, no interpreta el derecho sino que lo integra). Señala el considerando 9°: “...la procedencia de la acción de cobro de perjuicios tiene como sustento en este caso a la equidad y la justicia atendido los hechos los hechos que asienta el fallo impugnado, en el supuesto de que no haya ley que resuelva el conflicto suscitado. Pero desde ya se puede adelantar que existen numerosas disposiciones constitucionales que imponen la responsabilidad del Estado cuando se desconozca por las autoridades o la administración o, incluso, por el mismo legislador, las garantías constitucionales y los derechos fundamentales que ella asegura, entre los que se encuentra el derecho de propiedad en sus diversas especies...”; entre estas otras normas cita el 19 N° 24.3 (Indemnización por expropiación), el 19 N° 7, e) (Indemnización por error judicial), el 41 N° 8 (Limitaciones al derecho de propiedad que priven de atributos o facultades del dominio en Estados de excepción).

a) la facultad de uso o goce (según el caso) está siendo sustraída del dominio (afectada en lo esencial) en términos tales que es necesario que el Fisco expropié e indemnice, por lo que debe declararse al acto nulo (art. 7 C.P.R.); o

b) que la reparación procede por violentarse con la medida la igual repartición de las cargas públicas en forma arbitraria (art. 19 N° 20 C.P.R.), ya que un grupo singular debe soportar un gravísimo perjuicio patrimonial en beneficio de la comunidad toda, de modo que también adolecería de nulidad el acto en cuestión por no contemplar una compensación para los afectados.

Revisemos la segunda alternativa. En caso de considerar que las eventuales limitaciones mencionadas (zonas de inedificación, traslados, etc.) son tales y, en consecuencia, no generarían indemnización conforme el estatuto constitucional del dominio en la generalidad de los casos, debemos analizarlas desde el prisma de la igualdad ante la ley. Si la comunidad puede llegar a decidir que ciertos predios no serán edificables, aun cuando su naturaleza permitiese el ejercicio de esta facultad, ¿es adecuado que sólo algunos soporten esta carga para el beneficio de todos, o se trata de una discriminación arbitraria?

La situación, por lo tanto, puede ser resumida como sigue:

1° Predios sin aptitud urbana (o edificabilidad): Las limitaciones en tal sentido, aun cuando prohíban toda construcción, no vulneran la esencia de dicha propiedad ni la igual repartición de las cargas públicas;

2° Predios con aptitud urbana: Las limitaciones deben ser revisadas en un doble aspecto:

2.1. De acuerdo a si respetan el contenido esencial de la propiedad;

2.2. Conforme la igualdad y racional distribución de las cargas. Se nos dirá que la autoridad seleccionará en base a un criterio lo más justo posible, "racional", con lo cual quedaría exenta del reproche de arbitrariedad (y, obviamente, de perder en un seguro recurso de protección). Probablemente así ocurrirá las más de las veces. Sin embargo, lo que sucede es que no sólo debe buscarse en ese plano la discriminación, sino en la desigual imposición de cargas públicas que puede provocarse de este modo (art. 19 N° 20.1, C.P.R.), pues puede ocurrir que unos pocos sufran un perjuicio patrimonial en beneficio de toda la comunidad si no existe una reparación para aquellos (enriquecimiento injusto). Lo justo, por tanto, es indemnizarlos.

Con todo, se trató de un fallo estrechamente dividido (3 por 2). Los disidentes expresaron en su voto que no se trataba de una expropiación, sino de una limitación, por lo que no procedía indemnización alguna. Respecto a este fallo existe numerosa doctrina, v.gr.: "Interpretación y Razonamiento Jurídico; Estudio a partir de un Fallo de la Jurisprudencia Chilena", Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Verónica Undurraga, U. de Chile, 1993; "Interpretación e Integración de la Norma en contra de su Literalidad por los Tribunales de Justicia", Fernando Fueyo Laneri, en "Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos", Ed. Jdca. de Chile, Santiago, 1992, pp. 479 y ss.; "La responsabilidad del Estado por acto legislativo y una sentencia de mayoría de una de las salas de la C.S.", Juan P. Vergara Bezanilla, en R.Ch.D., Vol. 12, N° 2, pp. 363 y ss.

La falta de una indemnización en esta segunda situación también debiera dar pie a una nulidad de derecho público, por configurarse una infracción sustantiva del texto constitucional, y a la completa indemnización de cualquier perjuicio que el acto hubiese irrogado al particular.

Esta alternativa, sin embargo, difícilmente prosperará dada la actitud de los tribunales en la materia, como lo demuestran al resolver una protección entablada en 1983 por el dueño de un predio sujeto por el Plan a futura expropiación desde 1961, con motivo de la ampliación de un parque (Quinta Normal). Nada, en los 22 años intermedios, se había hecho en tal sentido, con notable detrimento para el ejercicio de su dominio y las facultades de uso y goce (recordemos la congelación establecida en el art. 121 L.G.U.C.). Ante la falta de una respuesta concreta del SEREMINVU para resolver el problema, se recurrió por omisión a la Corte solicitándole que anulara el plan en ese punto o exigiera a la Administración proceder de inmediato a ejecutar la expropiación. El tribunal rechazó la petición, por estimar que no existía ilegalidad o arbitrariedad: la autoridad es la competente para resolver cuándo ejecutará las obras¹⁰⁹⁻¹¹⁰. La Corte Suprema también declaró en una oportunidad que la reintegración de terrenos que estaban en el perímetro urbano al área rural, producto de una modificación del Plan Regulador que los destinaba al "uso específico de Parque Intercomunal Metropolitano para la conservación y protección de las especies autóctonas", no atentaba contra el dominio de particulares, ya que tal destinación sólo podría hacerse efectiva expropiando los terrenos en su momento¹¹¹. No puede ignorarse, sin embargo, que esta determinación equivale a congelar indefinidamente cualquier construcción en ese sitio, conforme lo señala el art. 121 ("...no podrán edificarse nuevas construcciones y si estuvieren edificadas, no será permitido reconstruir los edificios, alterarlos o repararlos..."), a menos que el D.O.M., previa autorización del Municipio, lo autorizara previa renuncia del propietario a cualquier indemnización futura por las obras que se realizaren. Es por tanto una severísima restricción. Existen algunas impugnaciones relativas a

¹⁰⁹ Puede verse en Cobo, ob. cit., p. 128.

¹¹⁰ Otro ejemplo es "García Sabugal contra Ministro de Agricultura", Recurso de Protección fallado el 31/5/1990 (Fallos del Mes, N° 380, sent. 7, pp. 353 y ss.). El recurrente también era dueño de una serie de predios madereros con gran concentración de araucarias, adquiridos con fines de explotación que CONAF autorizara previa aprobación de un Plan de Manejo. Sin embargo, el D.S. N° 43 de 1990 del M. de Agricultura amplió la prohibición de explotar araucarias a todas las especies vivas existentes en Chile, salvo ciertos fines especiales (Científicos, OO. PP., etc.), terminándose toda explotación forestal. A juicio del recurrente se producía una verdadera confiscación, pues se perdía "la facultad de gozar de la cosa y disponer de los frutos", lo que también cercenaba "la comerciabilidad de todo el bien, pues declarada la Araucaria Monumento Natural, carezco de la posibilidad, ya no tan sólo de explotar y comercializar dicha especie vegetal, sino que también el inmueble al cual adhieren, ya que este ha perdido su valor comercial". Por todo ello, y fundado en el 19 N° 24.3, solicitaba que se anulara el D.S. impugnado. La Corte, además de establecer reparos formales en la interposición del recurso, estimó que, como en Galletué sólo existía una limitación y no una privación; a diferencia de ese fallo, empero, estimó que esta no era absoluta, dado que "los inmuebles o predios del recurrente son susceptibles...de variadas explotaciones...", entre las que menciona el manejo silvopastoril, el turismo, o la explotación de los otros recursos forestales existentes en los predios. Por ello, rechazó la acción cautelar.

¹¹¹ R.D.J., T. 74, 2° p., S.I., p. 89, esp. cons. 12 y 13. Puede verse en Cobo, ob. cit., pp. 181 a 183.

la constitucionalidad de las normas legales que permiten estas situaciones, especialmente de algunos de los abogados de la publicación periódica "Informe Constitucional": así, p. ej, los N° 1.162 y 1.163 de Enrique Pérez (Nov. 95), y los N° 1.230 y 1.250 (marzo-abril 96) de Guillermo Bruna. En síntesis, la argumentación es que la congelación de terrenos prevista en el art. 62.1 de la L.G.U.C. en relación al 59.2, esto es, la que ocurre cuando el terreno es declarado de utilidad pública, no sería una mera limitación del dominio ya que "...priva al dueño de facultades y atributos esenciales del dominio, pero a diferencia del mecanismo del D.L. 2.186 no se establece un plazo para expropiar ni se ordena el pago previo de la indemnización correspondiente" (Pérez, N° 1.162, p. 6), con lo que se vulnerarían los numerales 24.3 y 26 de la C.P.R. Lo mismo plantea Bruna, impugnando además, y por la misma razón, el art. 121. Agrega, también, que el art. 2 del D.L. 2.186 exige publicar la resolución que ordena *estudiar* la expropiación de una propiedad, la que que tiene una vigencia de 90 días, durante la cual la propiedad también queda "congelada". Pero pasado este plazo la resolución queda sin efecto, y se puede ejercer libremente el dominio del bien. Además, Bruna arguye que el art. 41 del D.L. 2.186 derogó todas las leyes preexistentes sobre la expropiación, aun en las partes que no le fueran contrarias. Por ello, plantea que al ser las normas impugnadas parte del D.S. 458/76, anterior al D.L. 2.186, estarían derogadas por este. Con todo, la jurisprudencia no ha negado valor a estas medidas (si bien últimamente las han calificado de "inicias y contrarias a la equidad natural", C.S., 13.03.96¹¹²).

3. Resumen y Conclusiones

1. *Constitucionalidad del Sistema de Planificación Urbana. Reserva Legal.* Las materias comprendidas en el "dominio legal" deben ser desarrolladas por preceptos legales hasta el máximo de determinación posible, esto es, hasta donde lo permita la generalidad que caracteriza a las leyes, debiendo especificar la ley –además– los criterios materiales y técnicos que debe utilizar el administrador en sus decisiones. El papel del reglamento es absolutamente subsidiario, y sólo puede ejecutar las disposiciones legales: jamás crear nuevas limitaciones o regulaciones independientes del texto legal. Asimismo, la ley debe contener suficientes referencias normativas, de orden formal y material, para generar certeza sobre la actuación administrativa y permitir su contraste jurisdiccional en forma sencilla.

¹¹² Se trata de un caso comentado en Informe Constitucional N° 1.250, en que Hilda Loewenstein recurre de protección contra la I. Municipalidad de Cerro Navia y el Servicio de Salud del Ambiente de la R.M. La recurrente adquirió el predio en 1959, y el Plan Regulador de 1960 lo declaró de utilidad pública en virtud del art. 59, sin que la expropiación se haya practicado en estos 36 años. El resumen del fallo –dictado por la Sala Constitucional– expresa que: "los sentenciadores no pueden abstenerse de dejar constancia que la situación en que se ha puesto a la recurrente resulta inícuo y contraria a la equidad natural ya que, respecto de un predio que está destinado, por el uso dispuesto para su suelo, a servir el interés general de la comunidad, se hace recaer en el recurrente el costo de la atención adecuada del mismo, por lo cual en equidad la Ilustre Municipalidad recurrida debería activar las gestiones necesarias para perfeccionar la expropiación en el plazo más breve que le fuera posible" (p. 2).

La Ordenanza General de la L.G.U.C. no puede contener exigencias adicionales a las legales en materia de limitaciones al derecho de propiedad o al derecho a desarrollar actividades económicas lo que hace es reglamentar las limitaciones creadas por la ley. Lo mismo se aplica a los Planes Reguladores. Por desgracia, no parece ser esa la situación. La Ordenanza toca puntos que no desarrolló la Ley debiendo hacerlo, incurriendo en algunas inconstitucionalidades. Es necesaria una revisión legislativa de este tema.

2. *Problema del Contenido Esencial de la Propiedad. Planificación Urbana y sus modificaciones.* Este es el segundo aspecto de constitucionalidad, y su importancia se hace evidente cuando se producen alteraciones en los Planos Reguladores: ¿Subsisten los derechos nacidos al amparo de la ordenación anterior? Entre nosotros no existe demasiada jurisprudencia relevante respecto a la anulación de nuevos planes o algunas de sus determinaciones. Y no es por falta de herramientas: una modificación puede ser controlada mediante reclamo de ilegalidad regional, recurso de protección, acción declarativa de mera certeza, requerimiento ante el Tribunal Constitucional, si es un plan regional, o acción de nulidad de derecho público. Respecto de las resoluciones del D.O.M. cabe, además, el Recurso Jerárquico ante el SEREMINUVU y el Reclamo de Ilegalidad Municipal. Diversas razones, siguiendo a Soto Kloss, pueden afectar la validez del acto: *titularidad del autor, competencia* (ausencia de atribución, ausencia de motivo, errada calificación jurídica del hecho, error en la apreciación de los hechos, ausencia de razonabilidad en el ejercicio de la potestad, desviación de fin, etc.), *infracción al debido procedimiento legal* (sea por alteración de trámites, omisión de ellos, exigencia de algunos sin que estén legalmente previstos, etc.), *desviación de procedimiento, incumplimiento de las formas* exigidas en el acto terminal, etc.

Existen, entonces, herramientas suficientes para poder verificar la constitucionalidad y legalidad de la planificación, con lo que el particular puede revisar si se ajusta o no a derecho una modificación de la ordenación territorial. Mediante este "arsenal jurídico" los jueces pueden efectuar un control máximo de la decisión administrativa en materia urbana. Criterios para enjuiciarla serán el que las decisiones sean coherentes con la Memoria Explicativa del Plan —una suerte de *ratio* interna que debiera recorrerlo de punta a cabo—, que la planificación sea racional y proporcional en relación a aquella y considere también la naturaleza de los predios urbanos (asunto fáctico) como también los intereses públicos involucrados, sin adoptar determinaciones imposibles de llevar a cabo y respetando siempre las garantías establecidas en el art. 19 de la C.P.R. En caso de faltar uno de estos requisitos podrá ser recurrido el acto impugnado, y aun cuando los plazos de corto tiempo expiren (protección e ilegalidad), siempre quedará a salvo la acción de nulidad de derecho público para restablecer el imperio del derecho.

Hay que admitir, con todo, que no hay demasiadas señales jurisprudenciales que muestren disposición a enjuiciar por razones de fondo planes reguladores, si bien existe un importante control de los actos administrativos urbanísticos singulares.

Modificación de planes y derechos adquiridos. La modificación de los Planos está respaldada legalmente. El proceso planificador no se agota con la dictación de un Plan, permaneciendo en la autoridad la facultad de modificar-

lo e, incluso, reemplazarlo íntegramente. ¿Cuál es la solución legal en relación a las alteraciones del planeamiento?

a) El principio es que la planificación, conforme el espíritu general de nuestra legislación, tiene efectos en el tiempo que transcurre entre la publicación del Plan y su derogación o modificación. Es indubitado que durante este período los particulares tienen pleno derecho a ejecutar cualquier acción urbanística (edificar, lotear, etc.) o comercial que el plan admita en la zona respectiva.

b) La alteración de un plan regulador o la dictación de uno nuevo no tiene, en rigor, efecto retroactivo, pues afecta sólo meras expectativas. Los derechos adquiridos por los propietarios que edificaron adecuándose a la anterior normativa permanecen: si varía la calificación del suelo, las construcciones y actividades que no se conformen a él estarán congeladas (art. 62) —de modo que no se puede rehacer o ampliar la construcción, ni otorgar patente a un nuevo propietario o arrendatario—, pero no pueden ser demolidas por esa razón. La única salvedad son las industrias mal ubicadas, que causen molestias o daños al vecindario, según el art. 62.2 L.G.U.C., o los establecimientos industriales o locales de almacenamiento que se encuentren en la situación descrita en el art. 160 de la L.G.U.C., pues en ambos casos la autoridad municipal puede ordenar su traslado.

c) Sin embargo, es posible hablar de un cierto efecto ultraactivo de los planes. En efecto, ya hemos visto que el derecho a emplear las determinaciones urbanísticas es una mera expectativa, con lo que modificado el plan no se puede invocar ningún derecho. Sin embargo, si antes del cambio se otorgó un permiso de edificación o una patente comercial basado en las normas preexistentes, tal otorgamiento constituye un hecho idóneo para transformar la mera expectativa en derecho adquirido. De este modo, tal permiso podrá ejercitarse pese al cambio de normas (sin perjuicio de que las obras queden sujetas al estado de 'congelación' que prevé la ley por su emplazamiento). Respecto de las patentes comerciales, el grado de ultraactividad es más limitado: sólo puede obtener una patente conforme a la zonificación antigua quien era dueño o arrendatario del inmueble afectado, siempre que lo haya sido al momento de producirse el cambio del plan. Sin embargo, aun ellos podrán verse obligados a cesar la actividad o trasladarse de lugar cuando se trate de los casos a que se refieren los arts. 62.2 y 160 de la L.G.U.C.

Ius Aedificandi y Esencia del Derecho de Propiedad. Las facultades urbanísticas de un propietario urbano dependen, en la realidad, de lo que diga el Plan Regulador respectivo. Ello no implica que la facultad de construir sea una suerte de concesión administrativa, pues debemos entender que nuestro ordenamiento reconoce a los dueños de bienes raíces urbanos que la esencia de su derecho de propiedad incluye la facultad de edificar (*ius aedificandi*) conforme las naturales aptitudes urbanas de su terreno, la que podrá ser limitada por la autoridad siempre que con ello no la menoscabe sustancialmente. Los tribunales deben controlar que así ocurra. Las más intensas (y, por tanto, delicadas) limitaciones de la propiedad urbana son la determinación de límites urbanos (art. 52 y ss. de la L.G.U.C.), uso del suelo en general (art. 57 y ss.), traslado de industrias (art. 62.2.) y declaración de utilidad pública (art. 59).

La función social del dominio admite la licitud de estas restricciones, pues el objetivo de la Planificación Urbana es resguardar la calidad de vida de las personas, problema para cuya solución son insuficientes las puras

decisiones aisladas. Estos objetivos cautelan el interés público y, muchas veces, la conservación del patrimonio ambiental, subsumiéndose en la función social de la propiedad definida por el constituyente. En consecuencia, son aptos para limitar el dominio, siempre que respeten la esencia de la propiedad.

El deber fiscal de indemnizar no sólo puede provenir de la vulneración de la esencia del dominio; también se genera al desconocerse la igual repartición de las cargas públicas en forma arbitraria, imponiendo a una persona o grupo singular un gravísimo perjuicio patrimonial en beneficio de la comunidad toda, debiendo anularse el acto que incurra en tal vicio y repararse los perjuicios ocasionados. Este segundo problema ha sido revisado exhaustivamente en el derecho comparado (v.gr., compensación urbanística española), por lo que deberíamos empezar a estudiar esas experiencias para buscar una solución adecuada a nuestra realidad.