

**REGULACIÓN DEL ESTADO CON FINES SOCIALES EN MATERIA  
URBANÍSTICA: ¿LIMITACIÓN A LA PROPIEDAD, IMPUESTOS O CARGAS  
PÚBLICAS?**

**Camila Boettiger Philipps\***

**I. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo tiene por objeto analizar ciertos conceptos envueltos en la regulación de bienes o actividades económicas de los particulares que realiza Estado con fines sociales, especialmente en materia urbanística.<sup>1</sup>

Este análisis fue motivado por un proyecto de ley anunciado por el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU), que pretendía modificar la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC). La modificación consistía en agregar a las cesiones gratuitas que obligatoriamente debe hacer el dueño de un terreno al urbanizar o edificar en él, la cesión del 5% del mismo para destinarlo a la construcción de viviendas sociales, o la subrogación de dicha cesión mediante el aporte en dinero del equivalente a esa superficie a la Municipalidad respectiva, para destinarlo a ese mismo objeto. Según el MINVU, el objetivo de la propuesta era favorecer la integración social urbana, y “asegurar espacio bien ubicado en la ciudad para la vivienda social”.<sup>2</sup> La idea del proyecto descrito, su fundamentación y principales características fueron anunciadas en diferentes medios de comunicación<sup>3</sup> y seminarios.<sup>4</sup> Luego, la prensa publicó la noticia que el MINVU habría abandonado la estructura expuesta para preparar un proyecto que, en vez de establecer cesiones obligatorias y gratuitas de terrenos (las que fueron muy criticadas por diversos sectores) contemplaría incentivos para que las empresas inmobiliarias hicieran aportes para disminuir la segregación urbana. Sin embargo, recientemente se ha anunciado el envío al

---

\*Abogado, Licenciada en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora – Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

<sup>1</sup> Quisiera agradecer la valiosa labor de mi ayudante de investigación, María Macarena Urzúa Valenzuela.

<sup>2</sup> MINVU, “*Ministra de Vivienda inauguró debate sobre acceso al suelo urbano*”, noticia publicada en el sitio web del MINVU, 30 de noviembre de 2006, [Fecha de consulta: 30 de junio de 2007]. Disponible en [http://www.minvu.cl/opensite\\_det\\_20070425184948.aspx](http://www.minvu.cl/opensite_det_20070425184948.aspx)

<sup>3</sup> POBLETE BENNET, Patricia (Ministra de Vivienda y Urbanismo), “*Integración social, un desafío país*”, en *El Mercurio*, Cuerpo A, Sección Opinión, página 2, 13 de noviembre de 2006; también en MINVU, “*La segregación ha sido efecto de una política y otra la corregirá*”, noticia publicada en el sitio web del MINVU, 1 de Diciembre de 2006, [Fecha de consulta: 30 de junio de 2007]. Disponible en [http://www.minvu.cl/opensite\\_det\\_20070328121048.aspx](http://www.minvu.cl/opensite_det_20070328121048.aspx)

<sup>4</sup> La Ministra Patricia Poblete expuso la idea del proyecto referido en el Seminario de la CEPAL: Vivienda y Suelo Urbano: ¿Una Política de Estado?, realizado en la sede de dicho organismo los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2006.

Congreso de una iniciativa como la descrita, junto con otros proyectos de ley relacionados con la regulación urbana.<sup>5</sup>

A raíz de la idea matriz del proyecto que prepara el MINVU, surge la duda: ¿Por qué la idea de cesión gratuita del proyecto, promocionado como una de las medidas fundamentales dentro de la política habitacional del MINVU para combatir el problema de la segregación urbana, causa tanta controversia?

Nos parece que las principales objeciones a un proyecto de estas características, vienen sin duda del estatuto de protección del derecho de propiedad y la igualdad de las cargas públicas que asegura nuestra Constitución Política de la República (CPR).<sup>6</sup>

Es ineludible además, desde el punto de vista de la regulación económica, tomar en consideración los fundamentos y objetivos de la regulación, su eficacia, la elección de los instrumentos para llevarla a cabo por parte del Estado, y los efectos que tendrá intervenir de una u otra forma en la economía, afectando además derechos fundamentales de las personas.

Nuestro análisis, siendo general en sus conceptos, al estar motivado por este caso específico debe entenderse dentro del contexto del proyecto mencionado y sus características.

## II. PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES AL DERECHO URBANÍSTICO

El Derecho Urbanístico se suele ubicar dentro del Derecho Administrativo, como aquella rama del derecho que se ocupa de la regulación del uso del suelo urbano y de la actividad del urbanismo<sup>7</sup>. Uno de sus rasgos fundamentales es que en las materias que regula es patente la necesidad constante de conciliar intereses públicos y privados: “En el Derecho urbanístico (sic) están implicados varios intereses: por una parte los generales, de

---

<sup>5</sup> Diario Financiero, “Gobierno echa pie atrás proyecto que obliga a las inmobiliarias a ceder terrenos a viviendas sociales”, 26 de septiembre de 2007, disponible en: <http://www.diariofinanciero.cl/template.asp?noticia=154083&tipobd=>; y El Mercurio, Editorial: “Cambios en regulaciones urbanas”, 24 de enero de 2008, página A2. Aquí se menciona el proyecto de ley descrito como “Ley de Integración Social”.

<sup>6</sup> Debemos hacer presente que por basarse el presente análisis en una idea de un proyecto de ley, éste responde a argumentos de “*lege ferenda*” o de proposición de modificación legislativa a la normativa existente; sin embargo, y eso motiva este trabajo, creemos que existen argumentos de “*lege lata*” o de interpretación del derecho vigente que son del caso analizar a propósito de este proyecto.

<sup>7</sup> No hay unanimidad en la doctrina respecto del carácter autónomo del Derecho Urbanístico. A favor de su autonomía, véase: RIOS ALVAREZ, Lautaro, *El urbanismo y los principios fundamentales del Derecho Urbanístico* (Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1985), p.p. 473 y ss., y FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, *Urbanismo y Construcción* (2ª edición, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2006) p. 8; en contra, catalogándolo como rama del Derecho Administrativo véase CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *El actual status quaestionis del Derecho Urbanístico en Chile*, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 14 (2005), p. 186, y CARCELLER FERNANDEZ, Antonio, *Introducción al Derecho Urbanístico* (3ª edición, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1997) p. 25. Adscribimos a la postura de comprender al Derecho Urbanístico dentro de la parte especial del Derecho Administrativo.

seguridad, de fines sociales, que ha de tutelar la Administración, y por otra, los intereses particulares de los que por regla general son titulares los propietarios. El problema a resolver consiste en armonizar ambas clases de intereses con fórmulas justas y con instrumentos adecuados...”<sup>8</sup>

Para cumplir este objetivo, y a falta de normas que reconozcan principios particulares referidos al urbanismo, en diversos trabajos sobre esta especialidad<sup>9</sup> se recogen de la CPR como principios del Derecho Urbanístico, los principios de supremacía constitucional, juridicidad o legalidad, igualdad, igual repartición de las cargas públicas, subsidiariedad, y participación.

Se citan asimismo el artículo 1 en sus incisos 4° y 5°, los que establecen el principio de servicialidad del Estado, el bien común como su finalidad, el respeto que debe tener en su actuar por los derechos y garantías constitucionales y la obligación del Estado de promover la integración armónica de todos los sectores de la nación. También se menciona el principio establecido en el artículo 5° de la CPR en virtud del cual el ejercicio de la soberanía debe realizarse respetando los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Por último, se señala el artículo 115 (antiguo artículo 104) de la CPR que establece que la Administración del Estado debe buscar un desarrollo territorial armónico y equitativo.<sup>10</sup>

Conjuntamente, el urbanismo y su regulación están intrínsecamente ligados al derecho de propiedad y al concepto de función social, siendo éste último el fundamento establecido en nuestro ordenamiento para limitar la propiedad e imponerle obligaciones y cargas.<sup>11</sup>

Este sería, en términos sintéticos, el marco normativo dentro del cual la autoridad, con miras al bien común, puede organizar la ciudad y regular la propiedad urbana estableciendo limitaciones a ella.

### **III. EN CUANTO AL ESTATUTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD: LA REGULACIÓN URBANA COMO LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN AL DOMINIO**

<sup>8</sup> CARCELLER, Antonio, cit. (n. 7), p.17.

<sup>9</sup> Véase: RÍOS, Lautaro, cit. (n.7), p.473; FIGUEROA, Patricio y FIGUEROA, Juan Eduardo, cit. (n.7), p. 14; GILLMORE LANDON, Robert, y GUERRERO PONCES, Pablo, *Principios del Derecho Urbanístico como fuente normativa del desarrollo urbano y las Zonas de Desarrollo Urbano Condicionado como instrumento del urbanismo moderno*, en *Derecho Urbanístico, Selección de trabajos premiados* (Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2001) p.p.16-20; y CORDERO, Eduardo, cit. (n.7), p.p. 193-195.

<sup>10</sup> Véase: CORTÉS SEPULVEDA, Aristóteles, *¿Ordenamiento Urbanístico o Ley de la Selva?*, en *Prourbana* (Centro de Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005), p.p.20-23; BRUNA CONTRERAS, Guillermo, *Uso y goce de la propiedad urbana*, en *Revista de Derecho Público* N° 60, (Julio-Diciembre de 1996) p. 60.

<sup>11</sup> MARTÍN BLANCO, José, *Estudios de Derecho Urbanístico*, citado en RÍOS, Lautaro, cit. (n.7.), p. 155.

Sabido es que la propiedad se encuentra garantizada en nuestra Constitución en el artículo 19 N° 24; este derecho está especialmente protegido por nuestra Ley Fundamental. Parte de esta protección se encuentra en la reserva legal establecida perentoriamente para la posibilidad de regular este derecho, sea en los modos de adquirir, sus facultades esenciales y aún más importante, en las limitaciones y obligaciones que pueden imponérsele en virtud de su función social. Reserva legal acorde, además, con la regla general de que los derechos fundamentales sólo pueden ser regulados por preceptos legales, contenida en N° 26 del mismo artículo 19.<sup>12</sup>

Otra protección se encuentra en la prohibición de privar de la propiedad, del bien sobre el cual recae, o de alguno de sus atributos o facultades esenciales sin la correspondiente expropiación, autorizada por ley, fundada en las causales que la CPR establece y previo pago de una indemnización por el daño efectivamente causado.

De lo expuesto, nos detendremos en las limitaciones o restricciones y obligaciones que pueden imponerse a la propiedad fundadas en su función social, en vista que el MINVU justificaba el proyecto descrito como una “exigencia urbanística”<sup>13</sup>; y éstas son, por regla general; limitaciones al dominio.

### **1. La función social del dominio como fundamento de las limitaciones y obligaciones a la propiedad**

La doctrina en general concuerda que la función social es inherente al dominio, que opera como un límite externo u objetivo a él,<sup>14</sup> encontrándose la propiedad naturalmente limitada por ella, la que “...supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos.”<sup>15</sup> Las limitaciones impuestas por la función social a la propiedad van más allá de las simples restricciones por la existencia de otros titulares de derechos; el fundamento último de la función social es el bien común, el que obliga a que en ciertas circunstancias deba limitarse el interés particular o privado del propietario por este interés común. Según Ríos, “...la función social no se opone –necesariamente– a la función individual de la propiedad. Se trata más bien, de una coordinación de intereses; pero si ellos entran en conflicto, se concede primacía a la función social.”<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> La reserva legal a favor del dominio es más estricta que la regla del artículo 19 N° 26 de la CPR. El artículo 19 N° 24 dice: “Sólo la ley...” puede regular este derecho.

<sup>13</sup> POBLETE, Patricia (Ministra de Vivienda y Urbanismo), “Integración social, un desafío país”, en *El Mercurio*, cit. (n. 3).

<sup>14</sup> CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004), p. 534.

<sup>15</sup> Informe de la Subcomisión de Reforma Constitucional relativa al Derecho de Propiedad (27 de junio de 1975), reproducido en Actas Oficiales de la Comisión de Estudio, Anexo de la Sesión N° 148, p.72, publicadas en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 8, N° 1-6 (1981), p. 214, citado por RAJEVIC MOSLER, Enrique Petar, *Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 1 (1996), p.28.

<sup>16</sup> RÍOS ALVAREZ, Lautaro, *El principio constitucional de la función social de la propiedad*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXIV, N° 2 (1987), p.66.

Al respecto, debe tenerse presente que la propiedad tiene una función social pero no es, ella misma, una función social.<sup>17</sup> Ésta permite establecer limitaciones y obligaciones al ejercicio de los atributos y facultades del dominio, las que se imponen al propietario por el bien común y la vida en sociedad, pero en ningún caso faculta para privar de la propiedad a su titular o afectarla esencialmente. El Estado debe respetar siempre este derecho fundamental, reconocido y protegido por nuestro ordenamiento jurídico.<sup>18</sup> En virtud de la función social se puede limitar a la propiedad o imponérsele obligaciones, pero esto tiene a su vez, restricciones: no puede afectar la esencia del derecho, sus facultades o atributos esenciales y debe fundarse en alguna de las causales descritas en la CPR.

Las causales que comprende la función social se encuentran descritas en la CPR: “(la función social) ...comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio medioambiental.”<sup>19</sup> Dos temas es preciso tratar respecto de ellas: primero, su alcance o significado, y segundo, su taxatividad.

### **1.1 Alcance o significado de las causales de la función social**

Ya en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se dio la discusión respecto de la necesidad de enumerar los factores que comprendía la función social, con posiciones que iban desde considerar suficiente su ligazón al bien común<sup>20</sup> hasta que se adoptó la estructura de redacción que rige hoy, la que venía de la Constitución de 1925, enumerando las causales que ella comprende.<sup>21</sup>

Entre nosotros, Lautaro Ríos analizó estas causales intentando desentrañar el significado de ellas<sup>22</sup>. Este análisis que nos parece de gran utilidad en cuanto va más allá de la generalidad de decir que son conceptos jurídicos indeterminados que deberán analizarse en cada caso. Ríos aporta a la conceptualización de estas causales en los siguientes términos: primero hace sinónimos<sup>23</sup> los conceptos de “interés” y “utilidad”, como provecho, distinguiendo su adjetivación de “general” y “público”, referido el primero, interés o utilidad general como el que concierne a unos y otros, como aquello común y esencial a todos los individuos que componen un todo; en cuanto al interés público, este sería aquel común del pueblo o la ciudad, traduciéndose la utilidad o interés público en una

<sup>17</sup> CEA, José Luis, cit. (n.14), p. 535.

<sup>18</sup> En el mismo sentido, CASTÁN, José, *La propiedad y sus problemas actuales*, citado en RÍOS, Lautaro, cit. (n.7), p. 63.

<sup>19</sup> CPR, inciso 2° del artículo 19 N°24.

<sup>20</sup> Opinión de Jaime Guzmán Errázuriz en *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 162, 30 de octubre de 1975, p. 9 y ss. Sin embargo la opinión mayoritaria de la Comisión fue la de enumerar las causales que comprendía la función social. Véase las opiniones de los señores Enrique Ortúzar Escobar y Pedro Jesús Rodríguez González en la misma Sesión, p. 12 y ss.

<sup>21</sup> Propuesta de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, resumida en RAJEVIC, Enrique, cit. (n. 15), p. 91.

<sup>22</sup> RÍOS, Lautaro, cit. (n.16), p.p.69-72.

<sup>23</sup> Siguiendo definiciones del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Véase RÍOS, Lautaro, cit. (n.16), p.p. 69-70.

ventaja apreciable para toda la colectividad, sirviendo al interés del Estado o de todos sus habitantes. Según este autor, algunas de las causales dadas en la CPR están subsumidas en otras, como la utilidad pública que quedaría, según los conceptos vistos, dentro de los intereses generales de la Nación, los que a su vez comprenden la seguridad nacional, la salubridad pública y la conservación del patrimonio medioambiental.

En otro análisis, se ha visto el interés público tanto como un límite a los derechos fundamentales, como una cláusula de habilitación para el ejercicio de determinadas potestades públicas, y como un criterio para resolver conflictos o colisiones de derechos. En este sentido, se plantea al interés público como “aquel valor, beneficio o bien jurídico que satisface el conjunto de los derechos fundamentales así como los intereses individuales y colectivos de todos y cada uno de los integrantes de la sociedad civil”, no identificándose el interés general, común o estatal ni con los intereses particulares (individuales), ni con los intereses de la sociedad toda con prescindencia de los intereses particulares (colectivos).<sup>24</sup>

Como sabemos, las normas constitucionales deben interpretarse de forma que tengan efecto, por lo que creemos que las causales deben ser consideradas como distintas, especificaciones o manifestaciones del concepto general de función social, y cada una tendrá su ámbito de aplicación según sea el caso. Con todo, si nos parece que los intereses generales de la Nación y la utilidad pública (que pueden ser los más frecuentemente invocados) son conceptos bastante equivalentes y en esto estamos de acuerdo con Ríos.

Este autor hace la prevención eso sí, en lo que también concordamos, en que es diferente el interés social de los intereses generales de la Nación. Se refiere el interés social como aquel “perteneiente o relativo a la sociedad”, adscribiéndolo a la función distributiva del Estado: “El interés social no implica el beneficio de todos los habitantes del Estado... Favorece directamente a aquel grupo o categoría de personas cuya indigencia, elevada a rango de necesidad social por el legislador, el Estado decide favorecer en interés y a cargo de la comunidad entera... utilidad social... [que] no se traslada al patrimonio público sino que se incorpora en el de sus beneficiados.”<sup>25</sup> Destacamos entonces que el interés social no sería, por lo tanto, una de las causales de la función social.

## **1.2 Taxatividad de las causales de la función social del dominio**

En segundo lugar, en cuanto a si las causales descritas en la CPR que comprende la función social son taxativas, es decir, si sólo en base a ellas puede justificarse legítimamente una limitación al dominio, o si el legislador podría invocar otras causales o razones para establecerlas, la mayoría de la doctrina afirma que las causales anotadas son

---

<sup>24</sup> PEÑA TORRES, Marisol y ROSALES RIGOL, Cecilia, *El interés público en el Constitucionalismo Postmoderno*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXII (2001), p. 501. Es importante señalar que las autoras destacan que la noción de interés público debe entenderse “en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho cuya finalidad esencial ha de ser la persona, su dignidad y los derechos fundamentales que le son inherentes.”

<sup>25</sup> RÍOS, Lautaro, cit. (n.16), p.70.

taxativas:<sup>26</sup> “Ninguna otra razón puede justificar la imposición de una limitación u obligación a la propiedad raíz urbana, y encuadrarla en alguna de las causales justificadas debe ser resultado de una razón lógica, indiscutible, fácilmente deducible, racional y prudente.”<sup>27</sup> En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 334 de 2001 (Caso “Rentas Vitalicias”) en sus considerandos 21° y 22°.<sup>28</sup>

Esta posición se afirma, además, en el principio *pro libertatis*, en virtud del cual ante dos interpretaciones posibles debe preferirse aquella que de mayor eficacia y protección al derecho en cuestión, y en el principio en virtud del cual las limitaciones, en cuanto son excepciones, deben interpretarse restrictivamente.

### **1.3 Análisis de la fundamentación en la función social del dominio de las nuevas cesiones de terrenos**

Aplicando lo expuesto a la idea del proyecto en comento, si se consideraba la nueva cesión de terrenos al urbanizar y su regulación como una simple limitación al dominio, ésta debía necesariamente fundarse en la función social de éste, y más específicamente, como hemos visto, en alguna de las causales descritas en nuestra CPR. De ellas, deberíamos descartar la salubridad pública, y la conservación del patrimonio ambiental, ya que resulta evidente que la integración social de la vivienda –objetivo perseguido con el proyecto según el MINVU- no cabe realmente dentro de ellos. Queda, entonces, el amplio y generoso concepto de intereses generales de la Nación, según lo hemos analizado.

Podría decirse que con una mejor ubicación de viviendas sociales se intenta lograr la promoción del bien común y la integración de todos los sectores de la sociedad, lo que sería el fundamento de la regulación propuesta, y que éste cabría dentro de los intereses generales de la Nación. En principio suena políticamente correcto, pero analizando más en detalle vemos que esta regulación sólo favorecería a un grupo de la sociedad, aquellos que accedieran a viviendas sociales según los estándares que fija la propia Administración<sup>29</sup>; y

<sup>26</sup> En este sentido véase: CEA, José Luis, cit. (n.14), p. 538; EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Derechos constitucionales* (2ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), III, p. 234; RÍOS, Lautaro, cit. (n.16), p. 71; BANDA VERGARA, Alfonso, *Medio ambiente y función social del dominio*, en *Revista de Derecho*, Número Especial (1998), p. 67. Por otro lado, MOHOR ABUAUAD, Salvador, *Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización*, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 16, Número 2 (Junio-Agosto 1989), aduce que las causales son taxativas para invocar la función social como fundamento de limitaciones, pero cree que el legislador podría fundarse en otras justificaciones para limitar la propiedad o imponerle cargas u obligaciones, además de la función social, por ejemplo con cargo al “poder residual de autodefensa de la sociedad”, p. 306; RAJEVIC, Enrique, cit. (n.15), p. 89, no cree que pueda afirmarse concluyentemente que el legislador no pueda crear nuevos elementos comprendidos en la función social de la propiedad. GILLMORE, Robert y GUERRERO, Pablo, cit. (n.9), p.p. 25-26, dicen algo parecido al considerar la función social como un principio que va más allá de las materias comprendidas en la CPR, entre las que podría considerarse el ordenamiento urbano.

<sup>27</sup> BRUNA, Guillermo, cit. (n.10), p.63.

<sup>28</sup> Sentencia Rol N° 334, Tribunal Constitucional de Chile, de fecha 21 de agosto de 2001, que declara inconstitucionalidad del proyecto de ley que modifica el Decreto Ley 3.500 de 1980 y que establece normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias.

<sup>29</sup> De acuerdo al artículo 6.1.2.de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción (OGUC), vivienda social es: “la vivienda económica de carácter definitivo, cuyas características técnicas se señalan en este título, cuyo valor de tasación no sea superior a 400 unidades de fomento, salvo que se trate de condominios de viviendas sociales en cuyo caso podrá incrementarse dicho valor hasta en un 30%.” Vivienda económica es

si el concepto de intereses generales de la Nación es amplio, como vimos, al menos se le puede exigir que sea un interés realmente general, y no que a través de su invocación se beneficie sólo a un grupo o sector de la sociedad afectando a otro. Por muy loable que sea el objetivo del Poder Ejecutivo de mejorar la ubicación de las viviendas sociales en la ciudad: “No puede transformarse el concepto *de intereses generales de la nación* en un pozo sin fondo donde caben todas las restricciones que el legislador quiera imponer a la propiedad. Los “intereses generales de la nación” expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden.”<sup>30</sup>

Por otro lado podría contrargumentarse que al final el interés general siempre se encarna en un grupo beneficiado. Puede ser que esto ocurra en la práctica, pero en nuestra opinión a través del concepto de intereses generales de la Nación no puede intentarse beneficiar a grupos o personas identificados en forma previa por la regulación. Los “intereses generales” deberían buscar beneficiar a toda la comunidad, por ejemplo mediante la producción y acceso a bienes públicos que todos puedan utilizar, y no beneficios indirectos para la comunidad justificados a través del mejoramiento de un grupo determinado. Aunque es innegable el problema de la segregación urbana, la forma en que se pretende abordar el asunto es cuestionable constitucionalmente. Si esta “limitación” no deriva de la función social de la propiedad entonces no cabe exigir cesiones gratuitas: no puede pretenderse, invocando la función social, que los propietarios de terrenos no urbanizados se hagan cargo de un problema social.

## **2. El problema de las limitaciones versus las privaciones del dominio**

Hemos dicho que en virtud de la función social puede limitarse la propiedad o imponerse determinadas obligaciones a los propietarios, lo que se distingue de la posibilidad que tiene el Estado de privar de la propiedad o de alguno de sus atributos esenciales, lo que se fundamenta en causales distintas de la función social y tiene otros

---

definida en el mismo artículo como: “la que se construye en conformidad a las disposiciones del D.F.L. N° 2 de 1959; las construidas por las ex Corporaciones de la Vivienda, de Servicios Habitacionales y de Mejoramiento Urbano y por los Servicios de Vivienda y Urbanización y los edificios ya construidos que al ser rehabilitados o remodelados se transformen en viviendas, en todos los casos siempre que la superficie edificada no supere los 140 m<sup>2</sup> y reúna los requisitos, características y condiciones que se fijan en el presente Título”. El Título 6 de la OGUC contiene el Reglamento Especial de Viviendas Económicas.

<sup>30</sup> EVANS, Enrique, cit. (n.26), III, p. 235. Doctrina recogida por el Tribunal Constitucional en sentencia Caso Rentas Vitalicias, rol N°334. Similar también era la opinión del señor Enrique Ortúzar Escobar, la que expresó al plantearse como ejemplo de limitación al dominio fundada exclusivamente en el bien común, una ley que permitiera que una casa deshabitada fuer ocupada por otras personas. Al respecto dijo que en base al bien común sería discutible la constitucionalidad de esta ley, pero que al analizarla con las causales de la función social, era evidente su inconstitucionalidad: “No cabe decir aquí que se trata del interés general del Estado. ...El Estado es la nación jurídicamente organizada. El Estado no es el interés de una, dos o tres personas que vayan a instalarse a una casa deshabitada temporalmente.” Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión 162, 30 de octubre de 1975, p. 21.



requisitos. Ahora bien, un problema usual en esta materia es encontrar criterios para determinar cuando se pasa de una obligación o limitación a una verdadera privación del dominio, de sus atributos o facultades esenciales. Esto es importante ya que para la privación del dominio la CPR exige el procedimiento de expropiación, y el pago de la correspondiente indemnización, mientras que tradicionalmente se ha considerado que las limitaciones derivadas de la función social del dominio no dan derecho a indemnización y simplemente deben ser soportadas por el titular.<sup>31</sup>

## 2.1 Conceptualización de limitaciones y obligaciones a la propiedad

La doctrina y la jurisprudencia han revisado detenidamente los conceptos de las limitaciones y obligaciones a que puede someterse la propiedad en virtud de la función social. Creemos que es importante revisar estos conceptos para interpretar adecuadamente la norma constitucional.

Al tratar la limitación, Ríos la define como la acción de fijar contenidos máximos o la mayor extensión de un derecho, por lo que sostiene que es más adecuada la palabra restricción para la acción de circunscribir, constreñir o reducir a menores límites, efecto que tiene la función social en la propiedad. Prefiere además la denominación de carga a la de obligación para referirse a la imposición al titular del dominio de hacer o abstenerse de hacer una cosa, ya que se imponen a la propiedad misma más que al propietario.<sup>32</sup>

Cea por otra parte caracteriza las limitaciones como prohibiciones de hacer algo, y las obligaciones como deberes de hacer algo<sup>33</sup>. Rajevic sigue a la doctrina comparada para definir las limitaciones al dominio de manera amplia, sean restricciones positivas o negativas, sean deberes de acción o abstención para el propietario, definiéndolas como “aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivados de la función social de éste último y que no pueden vulnerar la esencia de los atributos y facultades dominicales.”<sup>34</sup> Aldunate hace equivalente los términos regulación, delimitación y limitación al dominio en la medida que todos son el resultado de la actividad legislativa que define el régimen del dominio, debiendo siempre respetar su esencia.<sup>35</sup>

Ugarte, por otro lado, se apoya en abundante doctrina administrativa para distinguir, dentro de las limitaciones propiamente tales, las meras restricciones al dominio (entre las que se encuentran las de tipo urbanístico) de las servidumbres administrativas. Las restricciones al dominio serían modalidades impuestas al ejercicio del dominio que coartan

---

<sup>31</sup> EVANS, Enrique, cit. (n.26), III, p. 235; CEA, José Luis, cit. (n.14), p.p.535-537. En el mismo sentido UGARTE GODOY, José Joaquín, *Limitaciones al dominio, de las meras restricciones y de cuando dan lugar a la indemnización*, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 28, Número 2, (2001), p. 426.

<sup>32</sup> RÍOS, Lautaro, cit. (n.16), p. 69.

<sup>33</sup> CEA, José Luis, cit. (n.14), II, p. 539.

<sup>34</sup> RAJEVIC, Enrique, cit. (n.15), p. 46.

<sup>35</sup> ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad*, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 33, Número 2 (2006), p. 293.

su libertad, pero sin afectarlo substancialmente, exigidas por su función social y que son de carácter general, mientras que las servidumbres administrativas son “desmembraciones del dominio del particular a favor de la Administración ...”, aplicándose sólo a determinados bienes, fundadas en las situaciones particulares en las que éstos se encuentran, y en virtud de las cuales se beneficia la Administración de aquellos bienes para determinados efectos.<sup>36</sup> Dice este autor que por regla general las servidumbres deben indemnizarse, por el beneficio que traen a la Administración, a diferencia de las restricciones, las que no pueden importar una desmembración del dominio y que por ser “una condición legal del ejercicio del derecho” no requieren por lo tanto de una reparación indemnizatoria.<sup>37</sup>

Ahora bien, en todas estas definiciones de limitaciones y obligaciones, hay coincidencia en que existe privación del dominio cuando se despoja a su titular del bien mismo, o de alguno de sus atributos (absoluto, exclusivo, perpetuo) o facultades esenciales (usar, gozar, disponer). De los conceptos vistos se puede concluir que llámese limitación, obligación, carga, servidumbre o restricción, imponga ésta dar, hacer o no hacer algo al propietario, las en general denominadas limitaciones deben respetar siempre la esencia del derecho de dominio, sus atributos y facultades esenciales. La limitación de las limitaciones es la esencia del derecho.

## **2.2 Criterios para identificar la esencia del derecho de dominio**

Fundamental resulta entonces la adecuada identificación de la esencia del dominio. Cuando se afecte ésta, de cualquier manera, se habrá pasado de una limitación a una privación, con la consiguiente obligación del Estado de indemnizar por el daño causado por ella. Diversos criterios se han propuesto para distinguir esta situación, desde criterios cuantitativos (si queda el 50% en manos del propietario es todavía limitación, si es más es privación), a atender a la calidad de las restricciones y cargas impuestas, indicándose que esto debe hacerse caso a caso.<sup>38</sup> También se ha propuesto atender al aprovechamiento residual que queda al propietario después de la intervención estatal, o a la ecuación existente entre cargas y beneficios para el propietario, debiendo éste último salir favorecido en ella.<sup>39</sup>

En derecho comparado, se han conjugado distintos criterios tales como: distinguir el universo de los afectados por la medida (si es singular es expropiación, si es general, limitación); examinar la naturaleza de la medida adoptada y el objetivo que pretende cumplir la Administración con la regulación, esto es si persigue producir un beneficio o evitar un daño; analizar la gravedad de la lesión; o analizar la severidad del impacto

<sup>36</sup> UGARTE, José Joaquín, cit. (n.31), p. 426.

<sup>37</sup> UGARTE José Joaquín, cit. (n.31), p. 428, nota que las meras restricciones al dominio en principio no dan lugar a indemnización, ya que se imponen por la función social del dominio, a menos que, y este punto lo veremos en el acápite siguiente, afecten gravemente el derecho de propiedad e impongan un sacrificio especial que quebrante la igualdad de las cargas públicas.

<sup>38</sup> CEA, José Luis, cit. (n.14), p.p. 536-537.

económico producido por la regulación. Otro criterio se basa en revisar si hay enriquecimiento o transferencia de riqueza identificable desde el particular al Estado, caso en el cual deberá indemnizarse por tratarse de una expropiación, mientras que si no puede identificarse un enriquecimiento para alguna de las partes, pública o privada, por utilidad, valor o cese de perjuicio, se está ante una limitación de la propiedad.<sup>40</sup>

El Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 245-246 de 1996 (Caso “Playas”) utilizó un criterio de intensidad de la limitación impugnada, al considerar que ella era de tal magnitud que aunque no era formalmente una privación, en la práctica causaría “una privación parcial significativa de los atributos del ejercicio del derecho de propiedad...”<sup>41</sup>

La crítica a este tipo de análisis, que revisando la extensión de la limitación verá caso a caso si hay privación o no, es la falta de un criterio jurídico para hacer la distinción entre limitación y privación: “...la línea divisoria quedaría entregada a la mera subjetividad judicial en la apreciación práctica de las consecuencias de una regulación legal”.<sup>42</sup>

Sin desmerecer el trabajo que la justicia constitucional realiza al analizar los efectos de las normas sometidas a su revisión y como éstas afectan las garantías constitucionales, creemos que no puede quedar a la pura casuística la distinción entre privación y limitación. Son conceptos jurídicos distintos que obedecen a justificaciones y producen efectos disímiles y cuya diferencia no está sólo en el grado de afectación al dominio, por lo que sería factible la elaboración de un criterio abstracto que permita controlar la regulación a la propiedad sin tener que llevar dicha regulación ante un tribunal para apreciar sus efectos.

Para lograr esta distinción nos parece interesante la propuesta de Aldunate, para quien la regulación de la propiedad debe someterse a ciertas exigencias o parámetros constitucionales, criterios que sirven para identificar una limitación o regulación del dominio. Estos parámetros serían los siguientes: i) la conservación del contenido esencial del dominio, definido por la subsistencia de las facultades de uso, goce y disposición, sin condicionar la extensión de las mismas; ii) el fundamento de la regulación debe ser susceptible de ampararse en la función social (artículo 19 N° 24 CPR) o protección del medio ambiente (artículo 19 N° 8 CPR); y iii) la regulación debe poder justificarse como solución legislativa para conciliar el conflicto de intereses, la colisión de derechos o la armonización del derecho de propiedad con principios constitucionales.<sup>43</sup> Este análisis sería abstracto, desplazando el problema de las consecuencias fácticas de las limitaciones al dominio al ámbito de la igualdad de las cargas públicas, cuestión que analizaremos en el acápite siguiente. Por otro lado, respecto de la expropiación, se requeriría: i) autorización legal expresa; ii) fundamento en causa de utilidad pública o por motivo de interés nacional;

---

<sup>39</sup> FIGUEROA, Patricio y FIGUEROA, Juan Eduardo, cit. (n.7), p. 61; RAJEVIC, Enrique, cit. (n.15), p. 74.

<sup>40</sup> ALDUNATE, Eduardo, cit. (n. 35), p.p. 294-296.

<sup>41</sup> Sentencia Rol N° 245-246, Tribunal Constitucional de Chile, de fecha 2 de diciembre de 1996, que declara la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 1, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial de 6 de agosto del mismo año.

<sup>42</sup> ALDUNATE, Eduardo, cit. (n.35), p. 288.

y iii) la exigencia de una indemnización compensatoria del daño efectivamente causado, como contrapartida del enriquecimiento que se produce en el patrimonio público a consecuencia de la privación del dominio.

### **2.3 Análisis de la naturaleza de limitación al dominio de las nuevas cesiones de terrenos**

Además de lo expuesto precedentemente, en relación con este punto creemos que es pertinente recordar el razonamiento del Tribunal Constitucional al analizar las cesiones gratuitas de terrenos que impone el artículo 70 de la LGUC como limitaciones al dominio de bienes raíces. En el Rol N° 253 de 1997, el Tribunal estimó que la limitación a la propiedad a través de estas cesiones estaba justificada en la función social; que las cesiones eran razonables y que no producían daño patrimonial; incluso consideró dichas cesiones como beneficiosas para el dueño del terreno afectado por ellas, ya que la finalidad de los terrenos cedidos era la ejecución de obras destinadas a toda la comunidad donde se insertaba la urbanización, lo que aumentaría el valor de los terrenos.<sup>44</sup>

¿Podría aplicarse el mismo criterio en casos similares en que una regulación exija en la práctica la cesión de una parte del terreno privado? No lo creemos, revisando los elementos del razonamiento del Tribunal para considerar constitucionales las cesiones de terrenos. En primer lugar, fue relevante para el Tribunal el hecho que la cesión se produce sólo con la urbanización de terrenos, esto es, con la acción del dueño de los mismos de cambiar su condición urbanística, de lo que obtiene beneficios por el mayor valor de los terrenos urbanizados. El Tribunal calificó como exigencias necesarias para este cambio, las cesiones de terrenos que ordena el artículo 70 de la LGUC.

En segundo lugar, nos parece que es clave la importancia que asigna el Tribunal Constitucional a la destinación y objetivo de las porciones de terreno cedidos: a bienes públicos como calles, plazas, áreas verdes y equipamiento municipal. Por esta razón llega a afirmar que las cesiones gratuitas de terrenos que debían hacer los propietarios al Estado eran finalmente beneficiosas para ellos, ya que agregaban valor a los terrenos a urbanizar, además de justificarse en el aumento de densidad y actividad que implica la urbanización de terrenos, costos que no debería asumir exclusivamente la comunidad local. Los terrenos cedidos pasan finalmente a ser bienes nacionales de uso público, susceptibles de ser utilizados por todas las personas sin exclusión, o bienes fiscales de la Municipalidad pero destinados al servicio de la comunidad local.

Creemos que este razonamiento no puede esgrimirse en la propuesta de cesión obligatoria de terrenos para viviendas sociales. No hay bienes públicos que aumenten con

---

<sup>43</sup> ALDUNATE, Eduardo, cit. (n.35), p. 298.

<sup>44</sup> Considerando décimo de Sentencia Rol N° 253, Tribunal Constitucional de Chile, 15 de abril de 1997, que declara constitucional el Decreto Supremo N° 171 de fecha 5 de diciembre de 1996, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial el 17 de enero de 1997.

estas cesiones, sino que aumentan los recursos del Estado para construir viviendas sociales en esos terrenos, los que finalmente serán entregados a particulares. Este caso no resistiría el razonamiento hecho por el Tribunal Constitucional, ya que más que limitar la propiedad, se exige la entrega de recursos que enriquecen al Estado, el que no da nada en compensación por ese enriquecimiento.

Aunque el porcentaje o la proporción del terreno a ceder sería bajo (5%), claramente se obliga a la entrega de una parte de la propiedad al Estado y por lo tanto de las facultades esenciales de usar, gozar y disponer de ese 5% de terreno. No se circunscribe el ámbito del dominio sobre esa porción del terreno, simplemente se exige su separación del dominio resto del bien privado. En buenas cuentas, se priva al particular de una parte de su propiedad.

Además, es el destino y fundamento de la cesión (considerándola como una limitación al dominio) lo que es a lo menos discutible utilizando varios de los criterios expuestos más arriba: hay una transferencia de riqueza identificable para el Estado; el particular se ve privado de parte del bien de su dominio, sin compensación; y en muchos casos esta cesión adicional podría implicar la imposibilidad de aprovechar el terreno, por sus dimensiones y regulaciones urbanísticas locales. Refuerza este razonamiento lo dicho más arriba respecto a que la regulación propuesta no era justificable dentro de la función social del dominio, al no estar ésta destinada a producir bienes públicos, sino que a beneficiar a un grupo de particulares, los destinatarios de las viviendas sociales.

### **III. LA IGUALDAD DE LAS CARGAS PÚBLICAS: OTRO LÍMITE A LA REGULACIÓN URBANA**

El artículo 19 N° 20 de la CPR asegura a todas las personas “La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.” Luego, prohíbe el establecimiento de tributos manifiestamente desproporcionados o injustos y a continuación fija el principio de no afectación de los tributos, de manera que su recaudación sea para fines generales y no se les destine a un fin determinado.

Por tributos se entiende “cualquier impuesto, contribución, arancel, derecho o tasa, es decir, cualquiera prestación que los particulares deban satisfacer al Estado.”<sup>45</sup> Según Evans la expresión tributos engloba “toda exacción patrimonial impuesta por la ley a las personas en beneficio de la nación, representada por el Estado...”<sup>46</sup> Por otro lado, según el mismo autor cargas públicas serían “todas las prestaciones de carácter personal y todas las

---

<sup>45</sup> ACTAS OFICIALES DE LA CENC, sesión 398, p. 3115, en CEA, José Luis, cit. (n.14), p. 468.

<sup>46</sup> EVANS, Enrique, cit. (n.26), II, p. 283. Este concepto es amplio, aunque según la doctrina los tributos generalmente serán en dinero, este concepto no lo limita a este: CEA, José Luis, cit. (n. 14), p. 469.

obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone a la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos, queridos por el legislador.”<sup>47</sup>

### 1. Cesión de terrenos: ¿tributo o carga?

De acuerdo a lo expuesto, la obligación de ceder de terrenos para viviendas sociales, más que una limitación al dominio, podría calificarse de un verdadero tributo. Por más que la autoridad diga que no se trata de un impuesto<sup>48</sup>, la naturaleza jurídica de la figura propuesta es evidente: hay una entrega de recursos privados al Fisco para solventar actividades o programas del Estado. Más claro es cuando, como se contempla en el proyecto, los privados tendrían la opción de entregar en dinero el valor equivalente al 5% del terreno a la Municipalidad respectiva, para crear un fondo cuyo destino único era la adquisición de terrenos para localizar viviendas sociales, en vez de ceder el porcentaje indicado.<sup>49</sup>

Con este modelo, no hay “cesión gratuita”, más bien hay un tributo a un sector determinado de la economía, la actividad inmobiliaria, y con una destinación establecida de antemano por la autoridad. Simplemente, con esto se propone resolver un problema social con un impuesto específico al sector inmobiliario. Y al ser un tributo, esta regulación debería cumplir con los principios constitucionales tributarios de legalidad, igualdad, justicia o proporcionalidad y no afectación<sup>50</sup>, y discutirse como tal en el Poder Legislativo.

No puede pretenderse, bajo la invocación del bien común (argumento que será siempre difícil de resistir) que el precio de dicho bien común o el bien de algunos lo paguen algunos pocos, cuando corresponde que la comunidad toda se haga cargo de la falencia social de la integración urbana. No es el objetivo el criticable; es la forma en que se obtienen recursos para lograrlo. La CPR autoriza que el Estado obtenga recursos de las diferentes actividades económicas, pero bajo criterios de generalidad y no discriminación. Más que regular (sinónimo de reglar, ajustar, uniformar, regularizar, controlar) con esta propuesta el sector inmobiliario, que es el que urbaniza y edifica, sufre un gravamen especial, una carga pública, los que de acuerdo con la doctrina constitucional debieran ser “razonables, proporcionados o justificados, en ligamen con las causas que las originan y las finalidades que buscan cumplir.”<sup>51</sup>

Con el objetivo de redistribución del suelo urbano, y de subsidiar la localización de viviendas sociales, se impone a la actividad económica inmobiliaria una regulación que

<sup>47</sup> EVANS, Enrique, cit. (n.26), II, p. 284.

<sup>48</sup> POBLETE, Patricia (Ministra de Vivienda y Urbanismo), “Integración social, un desafío país”, en *El Mercurio*, cit. (n. 3).

<sup>49</sup> MINVU, “La segregación ha sido efecto de una política y otra la corregirá”, cit. (n.3). La Ministra Patricia Poblete volvió a explicar esta opción de subrogación a la cesión de terrenos mediante el pago en dinero al diario *El Mercurio*: “Ministra Poblete responde a críticas de plan de integración”, *El Mercurio*, Cuerpo C, Nacional, página 13, 2 de diciembre de 2006.

<sup>50</sup> CEA, José Luis, cit. (n.14), p.p. 471-472.

directamente le extrae recursos que podría utilizar en el desarrollo de sus negocios. Si esa fuera la lógica para la solución de los problemas sociales, podría imponerse a cada actividad económica un gravamen de este tipo (porcentajes de alimentos producidos, de ropa, de zapatos, de libros, de electrodomésticos básicos, de materiales de construcción, la lista puede ser infinita) para obtener recursos del sector privado para solucionar problemas públicos.

Desde otra perspectiva, si desestimáramos que se trata de un tributo, y con el objeto de analizar otra hipótesis digamos que la cesión gratuita se considere efectivamente como una limitación al dominio: ¿Pueden las limitaciones al dominio calificarse de cargas públicas? Nos parece que sí, y que justamente la garantía del artículo 19 N° 20 asegura a las personas que cualquiera sea la obligación, limitación, restricción o prestación que exija el Estado para el cumplimiento de sus fines, ésta será equitativamente distribuida, "...sin que su peso caiga, a través de discriminaciones arbitrarias que tacharían la ley de inconstitucional, en unos en forma gravemente onerosa o en otros de manera preferencial o privilegiada."<sup>52</sup>

Por lo tanto, esta regulación, sea tributo o limitación al dominio, debe obviamente respetar el principio de la igualdad de las cargas públicas.

## **2. La igualdad de las cargas públicas y la doctrina del "sacrificio especial"**

Este principio se refiere a que las cargas públicas que imponga el Estado afecten por igual a quienes se encuentran en una misma situación, y además que las cargas que deban soportar los afectados no sean desproporcionadas al beneficio público involucrado.

En relación con este principio de igualdad, la doctrina comparada ha desarrollado la llamada "doctrina del sacrificio especial", en virtud de la cual meras restricciones al dominio deben ser indemnizadas por el Estado cuando imponen un sacrificio especial o desproporcionado. La responsabilidad de indemnizar del Estado se configuraría por la desigualdad en las cargas públicas que éste, en virtud de sus potestades, impone a los particulares y al ejercicio de sus derechos; se fundamenta en el principio de igualdad, y en el principio de responsabilidad del Estado, el que alcanzaría el actuar lícito ejecutado sin

---

<sup>51</sup> CEA, José Luis, cit. (n.14), p. 513.

<sup>52</sup> EVANS, Enrique, cit. (n.26), II, p. 285.

culpa ni dolo del Estado<sup>53</sup>, lo que incluye tanto los actos de la Administración como del Estado Legislador.<sup>54</sup>

Nuestra doctrina<sup>55</sup> y jurisprudencia<sup>56</sup> que han analizado este tema se han inclinado por rechazar que algunos particulares deban sufrir más que el resto los efectos de las limitaciones al dominio, procediendo la indemnización incluso cuando éstas sean aparentemente acordes con la CPR. Ugarte llega a afirmar, que en caso que se establezcan por ley restricciones al dominio que importen un sacrificio especial, aún cuando la ley en cuestión calle en cuanto a la indemnización, ésta siempre procederá, siendo directamente operativo el principio establecido en la Constitución: “En Chile, al consagrarse la igualdad de las cargas públicas, y el principio de la no discriminación arbitraria, conjuntamente con el principio de legalidad de la actuación de los órganos públicos, el del derecho constitucional a la acción y el de la inexcusabilidad de los tribunales, se ha consagrado plenamente la responsabilidad del Estado legislador.”<sup>57</sup> Podría entonces, exigirse indemnización al Estado por aquellas limitaciones que infrinjan esta garantía, aún cuando la limitación se funde en la función social: “... (la función social) puede constreñir con generalidad, el ejercicio de las facultades del dominio; pero cuando esta constricción se singulariza y resulta discriminatoria, el afectado puede exigir el resarcimiento del perjuicio producido, en virtud del principio de igualdad...”<sup>58</sup>

En cuanto a la responsabilidad del Estado Legislador específicamente, Zúñiga al tratar este tema admite que el Estado deba indemnizar los resultados dañosos por infracción de la garantía de la igualdad de las cargas públicas, cuando se impone por la vía legislativa

---

<sup>53</sup> En relación con la responsabilidad extracontractual del Estado, sabido es que en nuestro país existen dos teorías que se contraponen en la determinación de la naturaleza de dicha responsabilidad. A saber, y muy sucintamente, si se trata de una responsabilidad objetiva, por la cual el Estado debe indemnizar cualquier lesión que su actuar produzca en los derechos de los particulares, por la causalidad entre su actuar y el daño obviando la intencionalidad de la actuación que lo produce; o si la responsabilidad del Estado es subjetiva, lo que condiciona la procedencia de la indemnización a la imputación de un grado de culpa del sujeto que causa el daño, que para algunos en el caso del Estado ésta se configuraría en la “falta de servicio”. Para una visión panorámica reciente al respecto véase SANHUEZA ACOSTA, Ricardo, *Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador Chileno*, (Santiago, Lexis Nexis, 2005).

<sup>54</sup> Para una más detallada exposición de esta doctrina y su recepción en el derecho comparado véase UGARTE, José Joaquín, cit. (n.31), pp. 428-432.

<sup>55</sup> FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile*, en FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (editor), *Sentencias Destacadas 2004* (Libertad y Desarrollo, 2004), p.p. 19-53; ALDUNATE, Eduardo, cit. (n.32), p. 298, RÍOS, Lautaro, cit. (n.7) p. 68; UGARTE, José Joaquín, cit. (n.31); FIGUEROA, Patricio y FIGUEROA, Juan Eduardo, cit. (n.7.), p.p. 61-67.

<sup>56</sup> Comunidad Galletué con Fisco, casación en el fondo, Corte Suprema, 7 de agosto de 1984, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, (1984) tomo 81, II, p.p. 181-189; Inmobiliaria Maullín Limitada con Fisco de Chile, inaplicabilidad, Corte Suprema, Rol 4309-2002, 18 de junio de 2004; y Agrícola Lolco Limitada con Fisco de Chile, apelación, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 6828-1999, 21 de noviembre de 2003. Es importante notar respecto de las dos primeras sentencias, citadas repetidamente como reconocimiento de esta doctrina, en ninguna de ellas se hace una referencia explícita a la vulneración de la igualdad de las cargas públicas ni se cita el artículo 19 N° 20 de la CPR; a pesar de eso, diversos autores han extraído de ellas la doctrina expuesta. Por otro lado, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en Agrícola Lolco Limitada con Fisco de Chile, sí lo hace, específicamente en su considerando 12°: “Que la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas permite que la víctima de un daño causado en el interés general de la colectividad, pueda obtener una reparación, con cargo al Estado, en la medida que la carga pública impuesta en beneficio común, la perjudique exclusivamente o afecte a un número determinado de sujetos.”

<sup>57</sup> UGARTE, José Joaquín, cit. (n.31), p. 434.

<sup>58</sup> RÍOS, Lautaro, cit. (n.16), p. 68.



a determinadas personas un sacrificio especial que pugna con la equidad. A partir de esta garantía se permitiría establecer que “la ley que impone gravámenes o cargas singulares, como el que debe soportar un privado, en beneficio del interés general, obliga a indemnizar, con el objeto de reestablecer el equilibrio en la distribución de las cargas públicas.”<sup>59</sup> Este autor considera eso sí, que para que sea procedente la indemnización se requiere como fuente de la responsabilidad, la declaración de inconstitucionalidad por vía de la inaplicabilidad o cuestión de constitucionalidad ante el juez constitucional.<sup>60</sup>

Aquí es pertinente retomar el criterio propuesto por Aldunate que expusimos en el acápite anterior, quien aboga por un análisis abstracto de constitucionalidad de la regulación de la propiedad mediante limitaciones, dejando el análisis concreto de los efectos de ella al ámbito de la igualdad de las cargas públicas. Al considerarse como cargas patrimoniales las consecuencias económicas desfavorables de una regulación a la propiedad, si ésta es manifiestamente desproporcionada o injusta, su inconstitucionalidad vendrá por vulnerar este principio, y no necesariamente por constituir una expropiación en vez de una limitación al dominio. Según Aldunate, este enfoque permitiría dos cosas: primero, que el legislador fije las reglas generales de la compensación por esta regulación, y segundo, que el examen de la procedencia y evaluación de la indemnización se haga cuando se constate efectivamente un efecto particularmente gravoso al patrimonio de un particular<sup>61</sup>, que, agregaremos, no estaba obligado a soportar.

Creemos que esta doctrina podría ser aplicable a las consecuencias de este proyecto en los derechos de los dueños de los terrenos, ya que podría alegarse que la exigencia de la cesión gratuita de parte de ellos o de la entrega de su equivalente en dinero impondría una carga (tributo o limitación) desproporcionada para aquellos particulares que ejecutaren obras de urbanización; para utilizarlos en una tarea que debe ser soportada por toda la sociedad. La responsabilidad del Estado se configuraría por la injusta carga que pesaría sobre algunos, producto de la intervención del Estado en interés de la colectividad, vulnerando el principio de la igualdad de las cargas públicas.

#### **IV. LA REGULACIÓN DEBE SER JUSTIFICADA, EFICAZ Y ADECUADA A SUS FINES**

Finalmente, creemos que es del caso revisar desde el punto de vista de la teoría de la regulación económica, si la regulación urbanística propuesta era justificada, proporcionada y si el instrumento de regulación elegido era adecuado a los fines propuestos.

---

<sup>59</sup> ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), p. 148.

<sup>60</sup> ZÚÑIGA, Francisco, cit. (n.59), p. 147.

<sup>61</sup> ALDUNATE, Eduardo, cit. (n.35), p. 298.

## **1. Justificación de las regulaciones y su efecto en la economía**

Conforme a la teoría de las regulaciones, tradicionalmente éstas se justifican o se consideran necesarias por razones económicas o sociales. Ejemplos de las primeras serían la existencia de externalidades negativas o costos de producción de ciertos bienes que no son internalizados por el mercado, la falta de mercado para la producción de bienes públicos, los monopolios naturales, la existencia de mercados imperfectos, las asimetrías de información, etc. Las razones sociales para la regulación son generalmente razones de equidad o de incremento de bienestar social.

Ahora bien, sean justificadas por razones de orden económico o social, estas regulaciones no podrán evitar, en una economía de libre mercado como la nuestra, producir efectos en las decisiones que los agentes económicos toman para utilizar los recursos disponibles, y consecuentemente, en los precios de los bienes producidos y ofertados. De hecho, todas las regulaciones producen efectos en la economía, y parte del análisis que debiera hacerse en su elaboración y en forma previa a su implementación, es tratar de identificar estos efectos, evaluarlos y determinar si a pesar o gracias a ellos se logra el objetivo de la regulación. Además, es importante el análisis desde la perspectiva costo-beneficio de la regulación, sobre todo cuando con ella se limitan derechos fundamentales de manera directa y apreciable; esta afectación debería ser el último recurso de un Estado al servicio de las personas y respetuoso de sus derechos. No puede obviarse por tanto un análisis que permita evaluar si con la regulación propuesta se asignarán mejor los recursos existentes en la economía o si por el contrario, se producirá una distorsión o pérdida en la asignación de los mismos.

Los efectos económicos de la regulación pueden ser distintos dependiendo de los instrumentos de regulación utilizados: expropiación, exigencia de cumplimiento de ciertos requisitos, estándares o tecnologías, autorización previa, limitación a ejercicio de derechos, incentivos económicos, etc.

## **2. Breve análisis de la regulación propuesta**

En este caso se trata de una regulación cuyo objetivo es la integración social de la vivienda, y cuya justificación sería de tipo social. Además de todas las objeciones que hemos expuesto en cuanto a la posible justificación de esta regulación como limitación a la propiedad en virtud de la función social y de los efectos que esta carga tendría en las personas afectadas, nos parece que el proyecto en comento podría tener efectos negativos directos en el sector intervenido, no justificables con los beneficios que se pretenden obtener. Asimismo, es discutible si con este modelo se lograrán finalmente los objetivos propuestos.

Primero, es esperable el traspaso a los precios finales de las nuevas viviendas (no las sociales, sino aquellas emplazadas en el terreno afectado por la cesión) del mayor costo que tendrían los proyectos inmobiliarios que deberán contemplar entre sus “costos de urbanización” la cesión de parte del terreno o la entrega de su equivalente en dinero. Este costo, como vimos, no puede ser asociado a un mayor valor de la propiedad por el aporte a la existencia de bienes públicos que finalmente beneficien a la actividad inmobiliaria, ya que la cesión de terrenos propuesta no produce bienes públicos, sino privados.

En segundo lugar, es cuestionable la eficiencia de la regulación y el cumplimiento final de su objetivo de insertar viviendas sociales en sectores con mejor ubicación e infraestructura urbana, ya que una vivienda de menor valor en un terreno de mayor valor sería objeto de una fuerte presión de compra por el mercado, por razones de precio del suelo. Para evitar que los beneficiados con las viviendas sociales terminen vendiendo para aprovechar el mayor valor del terreno, habría que prohibirles o reglar su venta, hipoteca, usufructo, uso, arriendo, etc., para asegurar que la integración social buscada se mantenga o no sea “burlada”. Esto nos llevaría a más regulación e incluso a prohibiciones odiosas que tendrían como efecto práctico dejar dicho bien fuera del comercio, incapaz de integrar plenamente el patrimonio de su titular, lo que desnaturalizaría el ser “beneficiado” con estas viviendas. Habría una distorsionada asignación de recursos en la producción y obtención de este bien y altos costos en su mantenimiento para su titular, quien no podrá usar, gozar y disponer libremente de él. Esto último cuestiona además, la eficacia de la regulación propuesta en cuanto a que no lograría cumplir los objetivos propuestos sino por medio de una afectación aún mayor de derechos y libertades fundamentales, la que como hemos visto sería de dudosa justificación jurídica.

## V. CONCLUSIONES

En suma, nos parece que una propuesta como la anunciada podría presentar objeciones tanto por la afectación a garantías constitucionales como por aspectos de regulación económica:

1. La regulación urbanística tiene el permanente desafío de armonizar los intereses de los particulares, generalmente propietarios, con los intereses generales relacionados con el uso del suelo urbano. La creación de la ciudad requiere normas que permitan un crecimiento ordenado, seguro y viable de las urbes y que conllevarán, en muchos casos, limitaciones a las facultades de los propietarios para construir, edificar o aprovechar de otra manera sus terrenos. Pero estas limitaciones deben darse dentro del marco constitucional que nos rige, respetándolo tanto su fundamento, formas y fines.
2. Las limitaciones y obligaciones a la propiedad sólo pueden fundarse en las causales de la función social que establece la CPR. En nuestra opinión, la cesión de terrenos

para viviendas sociales no sería justificable como una limitación urbanística basada en la función social del dominio, ya que no cabría dentro de los intereses generales de la nación, al beneficiar a un grupo determinado, además de no haber un incremento de bienes públicos asociado a ella. Nuestro ordenamiento jurídico exige más que un mero objetivo social como la integración de la vivienda para limitar el derecho de propiedad o sus facultades esenciales.

3. La calificación de simple limitación al dominio de la cesión obligatoria analizada también sería cuestionable ya que estas cesiones envolverían un enriquecimiento directo para el Estado por el que los particulares no recibirían indemnización ni contraprestación alguna. Menos sería justificable como limitación al dominio si la cesión puede subrogarse mediante el pago en dinero del equivalente al valor del terreno, lo que configura en realidad un tributo por el cual el Estado obtendría recursos de una actividad económica determinada con, además, fines específicos.
4. De acuerdo con el principio de la igualdad de las cargas públicas, no es aceptable que algunos sufran más que otros las consecuencias de las imposiciones que puede realizar el Estado en su actuar en pos del bien común, lo que ha llegado a justificar indemnizaciones por los daños injustos causados por ciertas regulaciones. La supuesta limitación al dominio o tributo consistente en la cesión de terrenos para viviendas sociales es también cuestionable desde este punto de vista, al establecerse una carga desproporcionada o injusta a un grupo de personas –empresas y personas que urbanicen sus terrenos- con un objetivo cuya solución corresponde soportar a toda la comunidad.
5. Desde el punto de vista de la regulación económica, deben revisarse los efectos que tendría el instrumento de regulación elegido en la economía o sector intervenido, y si con dicho instrumento se logran los fines propuestos. En este caso la propuesta debe revisarse atendiendo, entre otros, a los efectos negativos que podría producir en la asignación y uso de recursos en la economía, agregando costos al mercado de la vivienda; y la eficacia de la regulación en el cumplimiento de los objetivos propuestos, los que sólo podrían mantenerse y cumplirse con más regulación y restricción de derechos, afectando justamente a los beneficiarios de las viviendas.

#### **BIBLIOGRAFÍA**

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Limitación y Expropiación: Scilla y Caribdis de la Dogmática Constitucional de la propiedad*, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 33, Número 2 (2006).

- BANDA VERGARA, Alfonso, *Medio ambiente y función social del dominio*, en *Revista de Derecho*, Número Especial (1998).
- BRUNA CONTRERAS, Guillermo, *Uso y goce de la propiedad urbana* en *Revista de Derecho Público* N° 60, (Julio-Diciembre de 1996).
- CARCELLER FERNANDEZ, Antonio, *Introducción al Derecho Urbanístico* (3ª edición, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1997).
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004).
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *El actual status quaestionis del Derecho Urbanístico en Chile* en *Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 14 (2005).
- CORTÉS SEPULVEDA, Aristóteles, *¿Ordenamiento Urbanístico o Ley de la Selva?* en *Prourbana* (Centro de Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005).
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Derechos constitucionales* (2ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), II y III.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile*, en FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (editor), *Sentencias Destacadas 2004* (Libertad y Desarrollo, 2004).
- FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, *Urbanismo y Construcción* (2ª edición, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2006).
- GILLMORE LANDON, Robert, y GUERRERO PONCES, Pablo, *Principios del Derecho Urbanístico como fuente normativa del desarrollo urbano y las Zonas de Desarrollo Urbano Condicionado como instrumento del urbanismo moderno*, en *Derecho Urbanístico, Selección de trabajos premiados* (Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2001).
- MOHOR ABUAUAD, Salvador, *Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización*, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 16, Número 2 (Junio-Agosto 1989).
- PEÑA TORRES, Marisol y ROSALES RIGOL, Cecilia, *El interés público en el Constitucionalismo Postmoderno* en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXII (2001).
- RAJEVIC MOSLER, Enrique Petar, *Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada* en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 1 (1996).
- RIOS ALVAREZ, Lautaro, *El urbanismo y los principios fundamentales del Derecho Urbanístico* (Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1985).

- RIOS ALVAREZ, Lautaro, *El principio constitucional de la función social de la propiedad* en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXIV, N° 2 (1987).
- SANHUEZA ACOSTA, Ricardo, *Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador Chileno* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).
- UGARTE GODOY, José Joaquín, *Limitaciones al dominio, de las meras restricciones y de cuando dan lugar a la indemnización*, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 28, Número 2 (2001).
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).