



**Universidad de Chile**

**Facultad de Derecho**

**Departamento de Derecho Público**

**LAS REGULACIONES EXPROPIATORIAS:  
EXAMEN GENERAL. ESPECIAL ÉNFASIS EN LAS FACULTADES  
REGULADORAS DE LA MUNICIPALIDADES.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Autores: Javier Arturo Chávez Mencarini.

Juan Alberto Schiavoni Guerrero.

Profesor guía: Salvador Mohor.

Santiago, 2015.

## ÍNDICE

Resumen	1
Introducción	2
<i>Cap:</i>	
1. Dominio eminente	5
2. Expropiación, regulación y poder de policía	13
3. Orden público económico	28
4. Derecho a la propiedad	41
5. Derecho de propiedad	55
6. Contenido esencial y reserva legal	61
7. Límites y obligaciones del derecho de propiedad	76
8. Regulaciones expropiatorias	83
9. Doctrinas relativas a la regulación expropiatoria	85
10. Facultades reguladoras municipales y plan regulador municipal	120
Conclusiones	142
Bibliografía	149
Jurisprudencia	162

## **Resumen**

El progreso y la libertad de una sociedad y de los seres que la componen obedecen en gran medida al contenido y protección de los derechos de propiedad. Por lo mismo en casi todos los sistemas jurídicos existentes hoy en día está consagrada la indemnización a los privados en el caso en que el Estado les prive de su propiedad mediante un acto expropiatorio.

La problemática que expondremos y analizaremos en la presente investigación, será el de las denominadas *regulatory takings* o regulaciones expropiatorias, institución jurisprudencial del derecho anglosajón, en virtud de la cual se considera que el Estado hace una expropiación de facto a través de una regulación que reduce o elimina – sustancial o completamente – el valor de la propiedad, y que como consecuencia de dicha regulación debe indemnizar al afectado.

Se abordará el tema propuesto desde los conceptos básicos hasta las teorías más elaboradas, desde la doctrina y el derecho internacional, para terminar aplicando dicha institución a la actual regulación municipal.

## **Introducción.**

En la presente tesis se aborda el tema de las regulaciones expropiatorias desde los conceptos básicos hasta las teorías más elaboradas desde la doctrina y el derecho internacional, para terminar aplicando dicha institución a la actual regulación municipal, en particular los planes reguladores comunales.

En el capítulo primero, se entrega un concepto de dominio eminente. Se explica cómo este término sirve de amalgama entre la soberanía y la expropiación y, finalmente, se describe en qué situaciones una u otra actividad estatal puede encontrarse justificada en esta institución a pesar de no constituir formalmente una expropiación.

En el capítulo segundo se definen conceptos esenciales como expropiación, regulación y poder de policía. La institución en desarrollo de la regulación expropiatoria tiene un fuerte componente material, definido por la magnitud o intensidad de la afectación del ciudadano frente al acto administrativo. La justificación formal de dichas afectaciones juega un rol particularmente importante a la hora de analizar los derechos tanto de la Administración como del intervenido. Por lo tanto, se entregan definiciones que permiten

identificar cómo y porqué se está actuando administrativamente, pues los límites entre los conceptos enunciados no siempre son distinguibles.

En el capítulo tercero se desarrolla la teoría del Estado subsidiario y del orden público económico. Este principio es vital en tanto coexiste como justificación del actuar administrativo en conjunto con el principio de legalidad, coexistiendo como un conjunto de requisitos materiales de la actividad administrativa que además encontrarían una batería de recursos legales a disposición de los intervenidos, entre ellos el recurso de amparo económico. Se pone énfasis en la libertad de empresa como argumento importante y recurrente contra regulaciones estimadas como expropiatorias.

En los capítulos cuarto, quinto, sexto y séptimo se hace un recorrido descriptivo por la institución del derecho de propiedad, con énfasis en la sutil diferencia entre limitación y privación, explorando además si existe sinonimia entre límite al derecho y propiedad y la frase “la propiedad obliga”, con objeto de visualizar en qué medida y bajo qué justificación formal puede afectarse este derecho.

En los capítulos octavo y noveno se desarrolla in extenso el concepto de Regulaciones expropiatorias, analizando las diversas doctrinas y teorías

jurisprudenciales sobre el tema, siguiendo la línea de evolución nacional, de forma crítica y describiendo la situación actual alrededor de la institución en estudio.

En el capítulo décimo se hace un desarrollo sobre las potestades municipales, en especial respecto a temas de urbanismo, explicando desde la teoría de la regulación expropiatoria los alcances y consecuencias del poder municipal y cómo deben ejercitarse dichas potestades.

Por último se concluye el presente trabajo entregando la visión de los autores sobre la definición y usos apropiados para la institución de las regulaciones expropiatorias.

## Capítulo 1

### Dominio eminente.

Se hace necesario comenzar explicando conceptos detrás de la idea del Estado y su justificación para expropiar y regular. La primera piedra en este desarrollo conceptual es el dominio eminente.

Su primer antecedente se encuentra en el derecho feudal, en el cual, el rey conservaba la facultad de reclamar para sí estas tierras a falta de vasallo, o bien en el caso de haber éste roto su juramento de lealtad. Esto será la base para el concepto, desarrollado tardíamente, de dominio eminente, el cual se contiene todavía en el Código Civil, artículo 590.<sup>1</sup>

El desarrollo del concepto vería su auge en los pensamientos de Hugo Grocio y Emmerich de Vattel, para quienes el dominio eminente importa un vínculo entre el soberano y todo tipo de bienes para disponer de ellos en caso de necesidad pública.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Cordero Quinzacara, Eduardo, & Aldunate Lizana, Eduardo. (2008). Evolución histórica del concepto de propiedad. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (30), 345-385. Recuperado en 09 de enero de 2015, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-54552008000100013&lng=es&tlng=es.10.4067/S0716-54552008000100013](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552008000100013&lng=es&tlng=es.10.4067/S0716-54552008000100013).

<sup>2</sup> *Íbidem*.

Andrés Bello aporta en su libro sobre derecho internacional, ideas muy claras al respecto:

*“La utilidad pública exige que el soberano tenga la facultad de disponer de todas las especies de bienes que pertenecen colectiva o distributivamente a toda la nación; al establecerse la cual, se presume que no concedió a los particulares la propiedad de ciertas cosas sino con esta reserva. La facultad de disponer, en caso necesario, de cualquier cosa contenida en el Estado, se llama dominio eminente o simplemente dominio.*

*Hay, pues, dos especies de dominio inherentes a la soberanía: el uno semejante al de los particulares, que es el que se ejerce sobre los bienes públicos; y el otro superior a éste, en virtud del cual puede el soberano disponer, no sólo de los bienes públicos, mas también de las propiedades de los particulares, si la salud o la conveniencia del Estado lo requiere”<sup>3</sup>.*

---

<sup>3</sup> Bello, Andrés, Derecho Internacional, en: “Obras Completas de -“, T. X, Caracas, Ediciones del Ministerio de Educación, 1954, pág. 82.



Vergara Blanco<sup>4</sup> señala que para el autor venezolano, la soberanía vendría siendo una moneda, cuyas caras son la facultad de imperio, relativa a la persona de los súbditos, y las que emanan del dominio eminente, relativas a los bienes de los súbditos.

¿Y qué facultades serían éstas? Vergara Blanco las resume en la de establecer impuestos y expropiación, apropiarse y gozar de productos provenientes de las tierras y aguas de la nación, imponer contribuciones por el uso y, ejercer jurisdicción.<sup>5</sup>

A pesar de la claridad de los planteamientos de Bello, el autor Vergara Blanco hace notar que, la doctrina chilena en los primeros dos tercios del siglo pasado, desde el derecho civil y el minero, vaciaron de contenido el concepto de derecho eminente, para efectos de defender a ultranza el derecho de propiedad privada.

El artículo 591 del Código Civil dispone:

---

<sup>4</sup> Vergara Blanco, Alejandro, El dominio eminente y su aplicación en materia de minas. Revista chilena de derecho, ISSN 0716-0747, Vol. 15, N° 1, 1988, págs. Disponible en [<http://repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/123456789/1199/310683.pdf?sequence=1>] al 22 de Septiembre de 2014.

<sup>5</sup> Vergara Blanco, Alejandro, El dominio eminente y su aplicación en materia de minas. Op. cit.

*El Estado es dueño de todas las minas de oro, plata, cobre, azogue, estaño, piedras preciosas, y demás substancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situadas.*

*Pero se concede a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio para buscar las minas a que se refiere el precedente inciso, la de labrar y beneficiar dichas minas, y la de disponer de ellas como dueños, con los requisitos y bajo las reglas que prescribe el Código de Minería.*

El objetivo era tener al Estado como dueño eminente de las minas. Esto significa que es una emanación de la soberanía que sólo permite entregar en propiedad los yacimientos a los particulares, en quienes queda radicado definitivamente el dominio de las minas.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Morales Godoy, Misael. Royalty minero e inversión extranjera. Aspectos tributarios. Disponible en [<http://tesis.uchile.cl/handle/2250/114664>] al 22 de septiembre de 2014

Naturalmente, fluye del texto legal una relación de propiedad entre el Estado y las minas caracterizada por ser más intensa que la meramente eminente o radical.

Actualmente, dicha conceptualización del dominio eminente, se encuentra totalmente superada, en opinión de los autores de esta tesis. Sin embargo, para autores de la talla de Fermandois Vöhringer<sup>7</sup> la situación del dominio minero sigue siendo contradictoria, en especial frente a la duración indefinida del derecho real de concesión sobre la explotación minera.<sup>8</sup> El propio autor describe este dominio como “patrimonial para algunos y eminente o tutelar para otros”.

La conclusión entonces es que, si bien el autor no entrega una definición del dominio minero se comparte el diagnóstico. Un dominio minero patrimonial termina funcionando en la práctica como uno eminente si el Estado juega únicamente un rol subsidiario.

---

<sup>7</sup> Fermandois Vöhringer, Arturo Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inaplicabilidad de la expropiación regulatoria en Chile. En Sentencias Destacadas, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, mayo 2005

<sup>8</sup> Ley 18.097

En definitiva, para lo que interesa a este trabajo, el concepto de dominio eminente encuentra su definición en una relación de soberanía para con los bienes de los súbditos, y su contenido en un haz de facultades que le permiten al Estado exigir contribuciones, establecer impuestos, expropiar y, hacerse dueño de los productos de tierras y aguas, hipótesis que se refleja en el artículo 590 del Código Civil y no en el 591.

En efecto, el dominio eminente se convirtió con la aparición del Estado Moderno (y el concepto de soberanía) en la justificación de una intervención administrativa que, vino a reemplazar al de paz pública medieval.<sup>9</sup>

Para Delaveau Swett, este concepto constituye el punto de partida para comenzar a hablar de regulaciones expropiatorias. Señala que:

---

<sup>9</sup> Villar Ezcurra, José. Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y Actividad de los Particulares. Madrid, Editorial Civitas, 1999.

*“(d)e manera habitual o típica, el asunto clave en el uso estatal de dominio eminente es lo que constituye la justa compensación”.*<sup>10</sup>

La clave del postulado de Delaveau Swett la encontramos en la doctrina de los Estados Unidos. Un ejemplo lo encontramos en Rogers<sup>11</sup> quien caracteriza al dominio eminente como un derecho sobre la propiedad del ciudadano cuyo único límite es la necesidad del Estado, afirmación que resulta verdadera sólo si verificamos además otras condiciones para su ejercicio más allá de su justificación, pues de lo contrario nos encontraríamos gobernados bajo un despotismo constitucional.

En el caso de las regulaciones expropiatorias, la situación dista formalmente del ejercicio del dominio eminente, como también su resultado para el Estado. Esto porque, a diferencia de la expropiación,

---

<sup>10</sup> Delaveau Swett, Rodrigo. La Regulación Expropiatoria en la Experiencia Norteamericana. *Revista chilena de derecho*, 33(3), 411-438. Recuperado en 23 de septiembre de 2014, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372006000300001&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-34372006000300001](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000300001&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-34372006000300001).

<sup>11</sup> Rogers, Henry Wade, "Compensation as an Incident of the Right of Eminent Domain" (1879). Faculty Scholarship Series. Paper 4046. [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/4046](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4046) Visitado el 20 de Noviembre de 2014.

la regulación expropiatoria no representa una reubicación del bien o derecho sobre el cual se es propietario en la esfera pública, manteniéndose en el patrimonio del sujeto regulado.

Además, la regulación expropiatoria también existe en casos donde no existe propiamente un ejercicio del dominio eminente, como ocurre en los casos en los que se alega afectaciones intensas en la libertad de empresa, la afectación del principio subsidiario, y otros asociados a los derechos económicos del individuo antes que a los bienes.

Esta diferencia fundamental en la forma de intervención administrativa – dominio eminente o poder de policía – puede resultar indiferente si el resultado es equivalente a una expropiación, en el siguiente sentido: si la magnitud de la regulación es tal que se ven privados los titulares del ejercicio atributos esenciales de su derecho de propiedad.

## Capítulo 2

### **Expropiación, regulación y poder de policía.**

Desde el punto de vista del derecho público, el dominio eminente no es otra cosa que un concepto funcional a la actividad de la Administración. Por lo tanto, se servirá de dicha institución en la medida que le resulta eficaz para los fines que se propone. Sin embargo, la intervención “desde la soberanía” puede verificarse en una legislación expropiatoria, legislación como regulación expropiatoria o bien, en el ejercicio de un poder de policía con efectos expropiatorios.

En general, la actividad de la Administración puede ser analizada en tres niveles. En primer lugar, desde el título o la justificación jurídica desde el punto de vista de la fuente en la que se apoya el movimiento de la administración. Mediante la consagración del principio de legalidad en el derecho público, las justificaciones jurídicas de la actividad administrativa han quedado circunscritas a la constitución y a la ley.

Desde la forma de intervención, que en general pueden agruparse en la policía, el fomento, el servicio público, la empresa pública, cuyas diferencias esenciales se encuentran en sus fines.

El último nivel, corresponde a la técnica de intervención, correspondiendo a cada forma un abanico de herramientas, por ejemplo la concesión, la subvención etcétera.

La expropiación en particular es un modo de adquirir el dominio propio del derecho público, que se distingue de otros modos de adquirir en tanto es un acto unilateral de la autoridad, habilitado por una ley especial para el caso, que exige un procedimiento legal previo y el pago de una justa compensación, privando de esta forma al propietario del bien, pero compensándolo en dinero, manteniendo así la intangibilidad patrimonial del individuo.<sup>12</sup>

En este sentido, el profesor Carmona Santander la define como “es el acto de autoridad por el cual se priva a una persona de un bien de su dominio por decisión unilateral del Estado, por razón de utilidad pública calificada por

---

<sup>12</sup> Incluso en la Biblia vemos representado este principio “Entonces dijo David a Orán: Dame este lugar de la era, para que edifique un altar a Jehová; dámelo por su cabal precio, para que cese la mortandad en el pueblo” Crónicas I, capítulo 21, versículo 22.



ley, con sujeción a un procedimiento legalmente tramitado y previo pago de una indemnización al expropiado”<sup>13</sup>

El Tribunal Constitucional ha definido el concepto en los siguientes términos:

*“(S)e puede señalar que la expropiación, por definición, es un acto con caracteres de unilateralidad por parte de la Administración, es decir, uno que no viene precedido ni justificado en conducta alguna del expropiado. Se expropia por utilidad pública o por el interés general; no como consecuencia de alguna obligación particular que pesa sobre el administrado, ni como producto de alguna sanción que se pretenda imponer al mismo”.*<sup>14</sup>

Interesa concluir los elementos que permiten reconocer una expropiación; esto es, un acto o acuerdo expropiatorio solemne; fundado en la Constitución y en la ley que la autoriza; invocando cualquiera de las causales previstas en la Carta Fundamental al efecto; siguiendo el

---

<sup>13</sup> Carmona Santander, Carlos. Derecho Administrativo. Las intervenciones públicas al dominio, Apuntes de Clases. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, Santiago, 2002, p. 26

<sup>14</sup> Tribunal Constitucional, rol 552-2006, considerando décimoctavo.

procedimiento establecido; y pagando al expropiado la indemnización que corresponda, según el ordenamiento jurídico en vigor.

Detrás de cada expropiación existe por lo tanto una idea de justicia distributiva, pues manifiesta una relación entre el todo (el Estado y una finalidad de utilidad pública o interés general) y sus partes (el expropiado). La indemnización compensatoria de la expropiación, puede ser vista desde esta óptica como una corrección a la carga de ser afectado en su derecho (víctima) entre el resto de los candidatos con mismo mérito a sufrirlo (el resto de la sociedad).

En este sentido Barraguirre<sup>15</sup> expone, resumiendo;

*“En un tiempo uno (T1) se asignan varios conjuntos de derechos de propiedad.*

*• Juan recibe los derechos X, Y, Z.*

*• En un tiempo dos (T2) quienes gobiernan la comunidad política en la que vive Juan, sancionan una ley que rediseña los*

---

<sup>15</sup> Barraguirre, J. y Fuentes, X. Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatorias y contractuales. Disponible en [[http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/3/40483/P40483.xml&xsl=/drni/tpl/p9f.xsl&base=/celade/tpl/top-bottom\\_nta.xslt](http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/3/40483/P40483.xml&xsl=/drni/tpl/p9f.xsl&base=/celade/tpl/top-bottom_nta.xslt)] al 15 de Diciembre de 2014.

*conjuntos de derechos asignados en T1 considerando que resulta conveniente para la comunidad que el derecho Z sea reasignado y puesto en el conjunto de derechos que había recibido Pedro. En ese momento la propiedad es redistribuida.*

- *En el tiempo tres (T3), Juan buscará que se lo compense. Su eventual compensación se justifica en que no debería cargar exclusivamente con el costo de mover una sociedad hacia un estado de cosas considerado mejor, óptimo o más justo.*
- *Por lo tanto, para resolver si Juan puede legítimamente reclamar esa compensación, corresponde indagar si debe soportar solo las pérdidas implicadas en la redistribución o si puede compartirlas con —o transferirlas hacia— sus conciudadanos. Esto supone reconocer que la expropiación es justamente una institución redistributiva: no hay razón para creer que quienes no se han beneficiado en T2 con la redistribución de los derechos inicialmente asignados en T1 a Juan tengan que soportar una compensación en T3 en favor de Juan.”*

Atendido el texto constitucional del artículo 19 N° 24, existe expropiación desde un punto de vista material cuando se priva al sujeto de su propiedad o del bien sobre el que recae la propiedad, o bien de alguno de los atributos esenciales del dominio. Son estos efectos los que dan pie para hablar de expropiación incluso cuando el objeto de la actividad administrativa se mantenga en el patrimonio de la persona.

A estas alturas, sin embargo, ya hemos constatado que el concepto “expropiación” puede apellidarse “regulatoria” o “indirecta” si alguna regulación va más allá de la mera limitación, privando en los hechos al titular del derecho de propiedad.

La regulación propiamente tal, para Leal Vásquez<sup>16</sup> es una técnica de intervención bajo el marco de la actividad de policía, mediante la cual se establecen limitaciones a los ciudadanos para un ejercicio de sus derechos y obligaciones. Esta técnica de intervención, se caracteriza por la fuente, es decir, por ser ejercida tanto por el legislador como la Administración, siendo muchas veces la ley la que establezca las bases de una regulación y

---

<sup>16</sup> Leal Vásquez, Brigitte. La potestad de inspección de la administración del Estado. Disponible en <http://tesis.uchile.cl/handle/2250/115495>, 2014.

el reglamento el llamado a colaborar en el desarrollo de la misma y en diseñar y concretar la intervención.

Una concepción más restringida, la encontramos en Cordero Quinzacara<sup>17</sup> quien señala que la “regulación” actualmente en doctrina chilena se refiere a medidas de intervención que realiza la Administración en las actividades económicas, ya sea que se trate de mercados que operan bajo el régimen de libre competencia o de mercados regulados en consideración a las fallas que presentan.

En el mismo sentido Olivares Gallardo<sup>18</sup> explica que, la función reguladora aparece como la de mayor importancia, en un modelo que pregona la libre competencia y consolida al mercado como mecanismo de asignación de recursos.

Explica que una primera acepción de regulación consiste en la elaboración de normas, para luego evolucionar a una labor más activa de vigilancia,

---

<sup>17</sup> Cordero Quinzacara, Eduardo. Sanciones administrativas y mercados regulados. *Revista de derecho (Valdivia)*, 26(1), 119-144. Recuperado en 11 de diciembre de 2014, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502013000100006&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-09502013000100006](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000100006&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-09502013000100006). 2013

<sup>18</sup> Olivares Gallardo, Alberto. Libre mercado y regulación: La experiencia en el sector eléctrico español. *Revista chilena de derecho*, 41(1), 205-228. Recuperado en 11 de diciembre de 2014, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372014000100009&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-34372014000100009](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000100009&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-34372014000100009).2014

inspección y control que ahora recae en organismos técnicos independientes. En virtud de ello, la regulación asume una nueva configuración, deviniendo en una institución cardinal del modelo de mercado, replegándose la Administración a una función gestora de servicios públicos y, garante de la libre competencia y mercado. De esta manera, la regulación se transforma en un concepto amplio, que busca corregir las disfunciones del mercado y, por otra garantizar su funcionamiento para el bienestar de la sociedad toda.

Por lo tanto, como denominador común puede decirse que la regulación no es una intervención administrativa cuya fuente se encuentre radicada exclusivamente en el poder de policía. Se encuentra asociada a la producción normativa en general, aunque nuevas tendencias surgidas desde una óptica económica en relación a la función del Estado han sido calificadas como “regulaciones” propiamente tales.

A pesar de ello existe tanto sentido cuando alguien se refiere a una ley como una regulación expropiatoria, como cuando se refiere a un decreto municipal o un reglamento administrativo. En conclusión, la regulación expropiatoria es independiente de la forma de intervención.

Así por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional conocida como “Playas”<sup>19</sup>, la discusión se centraba en el reglamento de aplicación del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, el cual según los parlamentarios requirentes presentaba problemas de reserva legal (al permitir a una autoridad limitar el derecho de propiedad) y efectos expropiatorios al privar el dominio de los dueños de terrenos ribereños de playas de mar, ríos o lagos, todo esto pues se habilitaba al Intendente regional a imponerles permitir el paso a ciertos particulares por sus dominios.<sup>20</sup>

También se ha discutido a nivel legal y en relación a derechos personales en el caso conocido como “Transec” en la cual se debatía si el artículo 3° transitorio de la ley N° 19.940 era constitucional, o bien, vulneraba sus derechos adquiridos en virtud de un contrato a usar, por un determinado precio, las instalaciones de transmisión eléctrica de transmisión, se falló:

---

<sup>19</sup> Tribunal Constitucional, rol 245 y 256.

<sup>20</sup> La sentencia comentada reconoce la existencia de una privación del dominio mediante el reglamento cuestionado. En el considerando trigésimocuarto se llega a la antedicha conclusión mediante un análisis de magnitud del daño. Una profunda crítica en Aldunate Lizana, Eduardo. (2006). Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad. Revista chilena de derecho, 33(2), 285-303.

*“Así, habrá casos claros de privación (como cuando se le quita a una persona todo el bien sobre el que recae el dominio) y otros casos claros de regulación (como aquellos en que los actos propios del dominio que se limitan son irrelevantes). Sin embargo, si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo “regulaciones expropiatorias”<sup>21</sup>*

Años más tarde, manejaría el mismo vocabulario en la sentencia conocida como “Santa Beatriz”, en la cual se alegó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la Ley de Monumentos Nacionales<sup>22</sup> en un proceso en el cual se estaba además pidiendo la declaración de ilegalidad de

---

<sup>21</sup> Tribunal Constitucional, rol N°505 y 506, ambas 2007, considerando vigésimosegundo.

<sup>22</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 2299-2012-INA, de 29 de enero de 2014, caso “Santa Beatriz”. Se argumentó que los artículos 29 y 30 de la Ley N° 17.288, vulneran el artículo 19 N° 24° de la Constitución Política, pues permiten una limitación de magnitud al legítimo ejercicio de este derecho que, en la práctica, importa afectar en su esencia las facultades de uso y goce sobre un inmueble de su dominio.



decretos municipales y ministeriales que ampliaban el estatuto de zona típica del sector costero de Isla Negra, afectando así un inmueble de propiedad de la requirente, argumentando que dicha ley, privando al propietario de su señorío sobre el terreno<sup>23</sup>, o lo que es igual, una regulación expropiatoria.

En consecuencia, existe consenso en que el término “regulación expropiatoria” se refiere a la actividad normativa del Estado en general. En realidad, el término “regulación” es un préstamo del vocabulario jurídico anglosajón, donde a su vez no existe para definirlo un significado único y preciso<sup>24</sup>, pero que se refiere a la intervención de los órganos de la administración del Estado en las actividades económicas.

Por lo tanto, la “regulación expropiatoria” no debe identificarse con el denominado “Derecho Regulatorio”, pues se trataría de cosas

---

<sup>23</sup> Según los requirentes, la justificación de la ampliación de la zona típica era, precisamente, impedir el desarrollo del proyecto habitacional de la Constructora Santa Beatriz.

<sup>24</sup> Montero Pascual, Juan Jose, La Actividad Administrativa De Regulación: Definición Y Régimen Jurídico (Regulatory Administrative Action: Definition and Legal Framework) (December 16, 2014). Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 12, January-June 2014. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2539273>

sustancialmente distintas<sup>25</sup>, aunque conectadas – como veremos- por el surgimiento dentro del paradigma del derecho regulatorio del Derecho Administrativo Sancionador, bajo cuyo alero igualmente pueden subsumirse alegaciones por expropiaciones regulatorias o indirectas, aunque la doctrina todavía discute al respecto, por el momento negando el concepto de sanción expropiatoria.<sup>26</sup>

Concentrándonos ahora únicamente en el poder de policía, puede afirmarse que la regulación expropiatoria se enmarca en la aseveración que señala que

---

<sup>25</sup> “En definitiva, no es que el Derecho regulatorio o la actividad regulatoria constituya una modalidad de la actividad de la Administración. Entenderlo así sería un error. Se trata simplemente de una perspectiva de análisis distinta que abarca el régimen de las actividades económicas con una idea preconcebida de dar primacía al mercado y a la libre iniciativa de los particulares, y en donde no es posible omitir la intervención del Estado a través de su aparato administrativo.”

<sup>26</sup> Al respecto, ver Ruiz-Tagle Panatt, N. e Ihl Rodríguez, M. (2014). La estructura del derecho administrativo sancionador chileno en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Disponible en <http://tesis.uchile.cl/handle/2250/115610>, quienes ponen énfasis en las sanciones administrativas propiamente tal y consecuencias administrativas de “mero gravamen” o “signo negativo”. De gran valor es el resumen que presentan de la obra de Rebollo Puig “Derecho Administrativo Sancionador”, el cual nos permitimos reproducir: “i) las indemnizaciones a favor de la Administración no son sanciones (p. 74); ii) el reintegro de subvenciones no es sanción, pero sí lo es la pérdida del derecho a obtenerlas (p. 75); **iii) no es sanción la expropiación ni otras técnicas ablatorias o limitativas por incumplimiento de la función social de la propiedad (p. 78)**; iv) no son sanciones las multas coercitivas (p. 88); v) no son sanciones las consecuencias de los incumplimientos de los contratos administrativos (p. 89); vi) no es sanción la caducidad de las concesiones demaniales por incumplimiento de sus condiciones (p. 91); vii) recargos tributarios: carácter sancionador o no en función de su cuantía (p. 76); viii) no es sanción la declaración administrativa de pérdida de la condición de funcionario como consecuencia de ciertas condenas (p. 93)” El ennegrecido es nuestro.

el actuar de la Administración que pretenda ser una regulación emanada de la potestad de policía, en realidad constituye una expropiación implícita.<sup>27</sup>

El poder de policía ha sido definido por la doctrina como una de las funciones que despliega la administración. Se caracteriza como poder, en tanto implica el ejercicio de sus propias potestades y por la cual, para garantizar el mantenimiento del orden público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio de la coacción sobre los mismos<sup>28</sup>

Siguiendo a Bermúdez Soto, estas potestades de policía podrían agruparse en tres clases de poderes: i) la reserva de autorización –considerada ésta en un sentido amplio– que consiste en la posibilidad de realizar ciertas actividades sólo si se cuenta con la previa autorización expresa de la Administración del Estado; ii) la regulación, que se manifiesta en el ejercicio de las potestades reglamentarias, a través de la cual se imponen exigencias de conductas, limitaciones y restricción de actividades con la finalidad de alcanzar la satisfacción de necesidades públicas y mantención

---

<sup>27</sup> Delaveau Swett, Rodrigo. La Regulación Expropiatoria en la Experiencia Norteamericana. op.cit.

<sup>28</sup> Bermúdez Soto, citando a Garrido Falla, en Bermúdez Soto, Jorge. Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (40), 421-447. Recuperado en 22 de septiembre de 2014, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512013000100013&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-68512013000100013](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000100013&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-68512013000100013).

del orden público; y iii) la potestad sancionadora, que permite a la Administración imponer directamente sanciones administrativas.<sup>29</sup>

Según Moya Marchi<sup>30</sup>, desde una perspectiva instrumental, lo que caracteriza al concepto de policía no es su objetivo o motivación sino la forma de actuar, es decir, con independencia del contenido de una actuación, sabremos si se trata o no de policía según nos encontremos con medidas soberanas que limiten la esfera de la libertad de los individuos.

García Machmar<sup>31</sup> caracteriza estas potestades de policía como aquellas que inciden sobre la libertad a título de orden público, mientras que inciden sobre la propiedad, expropiando y limitándola, a título de una ordenación de la propiedad.

En este nuevo escenario conceptual, Moya Marchi<sup>32</sup> advierte que la actividad de policía no comprende actividades que no han sido “publicadas”, es decir, reservadas al Estado por el legislador, pues cuando

---

<sup>29</sup> Bermúdez Soto, Jorge. *Ibidem*.

<sup>30</sup> Moya Marchi, Francisca. *El Principio de Precaución*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2012.

<sup>31</sup> García Machmar, W. *Ayudas públicas: la subvención en el derecho administrativo*. Disponible en <http://tesis.uchile.cl/handle/2250/111387>. 2011.

<sup>32</sup> Moya Marchi, op. cit.

hay reserva, se trata de una actividad prestacional. Y la forma en que los particulares intervienen en ese caso, es mediante la concesión.

Por último, señala que como toda intervención administrativa, debe ceñirse a los principios de reserva legal, igualdad, proporcionalidad y respeto a la libertad individual.

En conclusión, hoy en día la regulación es una técnica administrativa que emana tanto de la ley como del poder de policía, mediante la cual es posible limitar tanto derechos de propiedad como personales, y que serán calificadas como “regulaciones expropiatorias” o como “expropiaciones indirectas” si, en definitiva, existe una invasión en la esferas del derecho a la propiedad y a la garantía de la libertad económica de tal intensidad, que el efecto se asimila a una expropiación, privando al individuo de su derecho, el objeto sobre el cual derecho o bien, los atributos esenciales del derecho.

## Capítulo 3

### Orden Público Económico.

El orden público económico es un concepto que en la doctrina nacional se atribuye al civilista francés Georges Ripert, quien la habría formulado para efectos de dirigir la anarquía del mercado<sup>33</sup>.

Los autores nacionales maridan a Ripert con el autor también francés Gerard Fajat. Fernandois Vöhringer y López Mangasco<sup>34</sup> explican que el avance doctrinario de Fajat se resume en un mayor rol de la Administración, la cual deja de ser un mero ente regulador prohibitivo para participar activamente en la dirección de la economía.

Esta postura de Fajat, ha sido descrita como “funcionalista”<sup>35</sup> y caracterizada por poner el foco en limitaciones a la autonomía de la voluntad. Actualmente, los autores citados la tienen por superada, centrand

---

<sup>33</sup> En este sentido Avilés Hernández, Víctor Manuel, Orden Público Económico y Derecho Penal, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1988, Fernandois Vöhringer, Arturo, Derecho Constitucional Económico, Ed. Universidad Católica de Chile, tomo I, Santiago, 2001 y, López Magnasco, Sebastián. Libertad de empresa y no discriminación económica. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 48.

<sup>34</sup> Fernandois Vöhringer, Derecho Constitucional Económico y López Magnasco. Libertad de empresa. Íbid.

<sup>35</sup> Schürmann, M. (2006). Orden público económico, principio de subsidiaridad, argumentos para una crítica. *Derecho y Humanidades*, 0(12). doi:10.5354/0719-2517.2006.16209

la atención en posturas que consagren cualesquiera de las opciones valorativas expresadas por el constituyente.

Se ha criticado el concepto de orden público económico por presentar defectos de contenido y definición. En definitiva, siguiendo a Schürmann Opazo, el problema deviene en la imposibilidad de fundamentar una decisión jurídica en el orden público económico, pues carece de contenido real, es decir, no se apela a nada concreto. Concluye este autor, siguiendo el esquema de reglas de principios y reglas de Alexy, que el pilar del Orden Público Económico, nos referimos al Estado subsidiario, no se encuentra consagrado en la Constitución.

Explica que si bien existen los principios de libertad e igualdad económica, de ellos no se deduce el Estado subsidiario. El argumento central es la regla contenida en el artículo 19 N° 21 que habilita la competencia del Estado como privado en la economía mediante una ley de quórum calificado.

En efecto, tanto en López Magnasco, Áviles Hernández y Fermandois Vöhringer<sup>36</sup> el orden público económico y el principio de subsidiariedad se configuran como conceptos meta-jurídicos.

El primero, indica que el fin del principio de subsidiariedad sería “conciliar las relaciones sociales, fruto de la libertad del hombre y la necesaria existencia de una autoridad que regule esa libertad”, para lograr este objetivo, el principio de subsidiariedad obliga al Estado a respetar “la primacía del hombre y autonomías sociales”, entregando para apoyar esta postura un listado que explica qué grupo está al servicio de quién y luego, que grupo se encuentra limitado a invadir la esfera del otro menor. En definitiva, jurídicamente esto se traduciría en una obligación de reconocer la autonomía de los grupos sociales y, una prohibición de suplantar la iniciativa privada salvo cuando ésta sea inexistente o deficiente.

A renglón seguido agrega que “el nivel superior” ayude y vigile al inferior en el cumplimiento de sus cometidos<sup>37</sup>. Siguiendo a Ruiz-tagle Vial<sup>38</sup>, este

---

<sup>36</sup> Ver nota al pie N° 19.

<sup>37</sup> López Magnasco, op. cit.

<sup>38</sup> Ruiz-tagle Pablo. Principios Constitucionales del Estado Empresario, Revista de Derecho Público, N° 62: pp. 48-65.



último componente sería de autoría del pensador Bidart Campos y, se denominaría principio de solidaridad.

Lo que interesa rescatar de la exposición precedente para nuestro tema de regulaciones expropiatorias, es que de existir o no un Orden Público Económico, entonces existirán o no justificaciones de intervención del Poder de policía meta-jurídicas, que contendrían la actividad de la Administración de no cumplirse una especie de test vital para el principio de subsidiariedad.

Se trataría de una adición al principio de legalidad como control de la actividad administrativa, cuyo contenido provendría de un análisis respecto a la existencia o no de grupos sociales intermedios, si se afecta o no a estos grupos intermedios y, por último, si estos grupos intermedios podrían hacerse cargo o no de la actividad atendido un escenario regulatorio determinado.

Siguiendo a López Magnasco, una actividad administrativa debidamente justificada debe cumplir con tres requisitos, estos son actividades convenientes para el bien común general, particulares ineficientes o inexistentes y, un Estado que “agota lealmente todo su esfuerzo para que los

particulares asuman tales actividades”. De verificarse, el Estado se encontraría obligado a desempeñar las “tareas subsidiarias”, sin dejar de lado el principio de solidaridad, que lo obligará a incentivar y retirarse luego que los privados asuman dicha tarea.

El profesor Fermandois Vöhringer en relación al principio de solidaridad, separa la actividad normativa, de “coordinación-regulación”, y la correspondiente aplicación de la norma. De esta forma, al Estado le corresponde todavía “coordinar” cuando los grupos intermedios asuman las iniciativas originalmente estatales.

Los autores de esta tesis consideran que esta última idea de Fermandois Vöhringer suena convincente y es lógico dentro de su propio esquema, pero el énfasis está en cómo el test de la actividad subsidiaria del Estado influencia notablemente en el poder de policía y las regulaciones expropiatorias. La pregunta entonces es cuánto y cómo regular dentro de este esquema del Orden Público Económico.

En primer lugar, el principio del Estado subsidiario está fuertemente emparentado con la libertad de empresa y la igualdad ante la ley. López Magnasco cita en primer lugar la sentencia del Tribunal Constitucional rol

N° 546-2006, de la cual rescatamos lo siguiente: “pero en caso alguno éste puede, bajo pretexto de regular una actividad económica, llegar a impedir su libre ejercicio”. Apoyado en otras sentencias en el mismo sentido, el autor explica:

*“En cuanto a la regulación legal de las actividades económicas, y la no alteración de la garantías y derechos constitucionales en su esencia, con motivo de su regulación y limitaciones legales (art. 19, N° 26°, CPR), destaca también la jurisprudencia del TC que ha consignado: “Que la Constitución autoriza, en ciertos casos, que el legislador regule, complemente o limite el ejercicio de los derechos fundamentales, motivo por el cual esta Magistratura se ha preocupado de precisar el límite que la Carta Fundamental tolera, tratándose de la regulación o limitación de un derecho fundamental. ‘De la propia jurisprudencia constitucional se extrae que se ‘impide su libre ejercicio’ cuando el legislador entraba un derecho ‘más de lo razonable’ o lo hace en forma ‘imprudente’. El Tribunal ha sostenido que si bien el legislador tiene autonomía para reglar el ejercicio de un*

*derecho, debe hacerlo ‘en forma prudente y dentro de latitudes razonables.’ (considerando 28°, Rol N° 280). ‘Siguiendo nuestra doctrina constitucional, es posible señalar que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben, primeramente, encontrarse señaladas de forma precisa por la Carta Fundamental; en seguida, debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados; además, deben establecerse con indudable determinación, tanto en el momento en que nacen, como en el que cesan y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificadas (Rol N°226, considerando 47°)’. ‘El derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular. Finalmente, debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular. Estos supuestos deben ser*

*aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación.’ (Rol N° 280, Considerando 29°)” (STC Rol N° 546-06-INA, de 17 de noviembre de 2006. Caso “Solve et Repete”, C° 12°)”*

Entonces, la subsidiariedad estatal es un componente importante dentro del concepto de expropiación regulatoria. Como veremos más adelante con mayor profundidad, este concepto se caracteriza por una regulación que “va más allá” – afecta el contenido esencial del derecho<sup>39</sup>- sin desplazar el bien a la esfera pública, situación que además puede construirse a partir de la igualdad de cargas públicas.

---

<sup>39</sup> Tanto el orden público económico como el contenido esencial del derecho de propiedad – elevado a nivel constitucional en nuestro ordenamiento jurídico- son objeto de críticas por su indeterminación. Por otra parte, se demostrará en el capítulo correspondiente la aplicación efectiva y mancomunada de ambos conceptos en nuestra práctica judicial nacional.

El profesor Marmolejo González describe , por todos, la primera piedra en la doctrina de la regulación expropiatoria:

*En 1922, a raíz de una demanda por parte de una compañía minera en contra de la constitucionalidad de una ley estatal que prohibía la extracción de carbón del subsuelo de sitios urbanos por razones de seguridad pública, una notable sentencia dictada en el mismo país por el juez Oliver Wendell Holmes en Pennsylvania, caratulada Coal v/s Mahon 260 US.393 ( 1922) estableció la siguiente doctrina: “ while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking ”<sup>40</sup>*

Esta recalificación judicial de la regulación, se funda un principio de justicia distributiva que también se esconde detrás de la compensación expropiatoria, haciendo procedente una corrección a la carga de ser afectado en su derecho (víctima) entre el resto de los candidatos con mismo mérito a sufrirlo (el resto de la sociedad).

---

<sup>40</sup> Marmolejo, Crispulo (2003): El Problema de las Regulaciones Expropiatorias (Regulatory Takings) y su Implicancia en los Sistemas de Inversión Extranjera (Memoria de Grado de Magíster, Universidad de Chile). Resumen en: Revista Realidad, N° 78.

Esta situación es la que finalmente justifica la posición del regulado para pedir se declare ilegal o bien derechamente una compensación, pero su construcción normativa ha visto un desarrollo desde la teoría del contenido esencial, la magnitud de la regulación, desigualdad de las cargas públicas y, el sacrificio especial, quedando de esta forma constreñida a construcciones dogmáticas distintas a la que ofrece el Orden Público Económico<sup>41</sup>.

Incluso más, existe un precedente en el cual el “Orden Público Económico” amenazó a los particulares antes que servir como batería de defensa contra actividades de la Administración, probándose así la fragilidad del concepto.

Se trata de la sentencia rol 207-1995 que falla requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de ley que derogaría el artículo 10 de la Ley N° 18.401, mediante el cual se concede el derecho a acordar por mayoría absoluta de las acciones preferentes de no repartir dividendos, con

---

<sup>41</sup> Ver infra capítulo 5. Ver Fernandois Vöhringer, Arturo. "Indemnizabilidad de las limitaciones a la propiedad: cuatro teorías constitucionales", en publicación electrónica Microiuris, 2008, Editorial LexisNexis.

el efecto de producirse así la capitalización y emitiéndose a su cargo acciones preferidas con derecho al total de los dividendos<sup>42</sup>.

De derogarse esta norma se privaría de un derecho de fuente legal y contractual. Las excepciones relevantes presentadas por los requeridos fueron la inexistencia de un derecho de propiedad adquirido y, tratarse de una regulación de orden público (económico) y desde luego con efectos *in actum* (y no retroactivo)<sup>43</sup>;

*“Que en el caso de autos se está en presencia ciertamente de una situación que afecta a particulares, a sus contratos de adquisición de acciones bancarias, a los efectos de tales contratos y a los derechos emanados de esos contratos celebrados bajo el imperio de una ley que los establece y los tipifica. La norma que los afecta y que se pretende derogar por el proyecto materia de autos, compromete directamente esa relación contractual y ese derecho de propiedad, ya que en el*

---

<sup>42</sup> El inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401, establece una modalidad de pago consistente en que el accionista preferente opta por exigir el pago del dividendo no en dinero, sino en acciones liberadas de pago de la deuda subordinada histórica. De esta manera, se atraían capitales a los bancos en quiebra.

<sup>43</sup> Ver considerando septuagesimosegundo de la sentencia, cuya reproducción nos reservamos por un tema de extensión.



*resto de las disposiciones establecidas para tratar la problemática de la banca endeudada no se introduce alteración, como ha quedado expresado en el considerando sexagésimo de esta sentencia, quedando así incorporada la norma impugnada al campo del derecho privado y al respeto consiguiente de los derechos adquiridos de las personas y específicamente a la seguridad del artículo 19, numeral 24, de la Constitución Política”*

Este razonamiento luego ayuda a concluir al Tribunal Constitucional que:

*Que, de lo expuesto en los considerandos anteriores de esta sentencia, se desprende claramente que no resulta atendible la ubicación de la norma que se pretende derogar en el orden público económico. En efecto, los adquirentes de las acciones con preferencia tantas veces referidos, asumieron la calidad de tales y, conjuntamente, contrajeron los derechos y obligaciones establecidos en la legislación vigente, en virtud de los correspondientes contratos privados de suscripción de acciones preferidas emitidas por las instituciones bancarias con deuda*

*subordinada, dentro de un ámbito preciso y determinado y con un efecto particular, como fue el que configuró la Ley N° 18.401 y, específicamente, en el inciso cuarto de su artículo 10°”;*

Las conclusiones del capítulo, respaldadas por la doctrina y jurisprudencia, son: 1) Los test que cautelan la intervención del Estado subsidiario tienen una relación con las “regulaciones que van más allá” y por lo tanto su fundamento se encuentra en una aplicación de una idea justicia distributiva antes que en una construcción normativa a partir del Orden Público Económico; y 2) El orden público económico es un concepto de suyo indefinido y basta con tenerlo como el sector económico del orden público.

## Capítulo 4

### Derecho a la propiedad.

Hace ya largo tiempo que, el autor Guzmán Brito<sup>44</sup> aportó una definición genérica de propiedad, permitiendo ordenar las características luego según sus distintas especies. La definición genérica entregada por Guzmán Brito sobre la propiedad es:

*“(L)a cualidad abstracta que algo puede tener de ser “propio” de alguien, en oposición no a “común” sino a “ajeno”.*<sup>45</sup>

Este derecho genérico de propiedad, según el mismo autor, no puede ser luego un derecho real, por la sencilla razón de que no se encuentra en la lista taxativa del artículo 577 del Código Civil, explicando que el dominio ahí designado corresponde a la especie que recae sobre una cosa corporal.

Por último, señala que este derecho genérico de propiedad hace común la nota de exclusividad. Así, mientras el titular de un derecho real puede privar

---

<sup>44</sup> Guzmán, Alejandro: El Dominio de las cosas Corporales y la especie de Propiedad sobre las cosas Incorporales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pág. 64:

<sup>45</sup> Guzmán, Alejandro. *Íbidem*.

al resto de lo que por aquél derecho le corresponda, el titular de un derecho incorporal tendrá exclusividad para exigir la prestación que le es debida.

Complementando esta “cualidad de ser propio de alguien” y el ejercicio exclusivo del derecho, que trasunta en el control del objeto de dicho derecho, la autora Carol Rose<sup>46</sup> señala que toda pretensión legítima de control sobre la cosa (sujeta a propiedad) no debe apuntar a la relación entre la persona y la cosa (que puede ser psicológica o de otro tipo), sino más bien debe enfocarse en definir la relación de deber y obligación en que queda el resto del mundo cuando se afirma un derecho de propiedad.

Desde el ordenamiento positivo, es posible visualizar dos tipos de relaciones con el resto del mundo cuando se afirma un derecho de propiedad. La primera relación, es eminentemente individualista y se conecta con el llamado “contenido esencial del derecho de propiedad”. La segunda relación es eminentemente social y se conecta con “la función social del derecho de propiedad”.

---

<sup>46</sup> Rose, Carol. La Propiedad como Narración: Perspectivas desde la Teoría de los Juegos, la Teoría Narrativa y la Teoría Feminista. *Yale Journal of Law and the Humanities*. Vol. 2(1): 37-57p. 1994.

Una revisión del derecho de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico exige una división entre el régimen de acceso a la propiedad, el ejercicio de la propiedad y la protección de la propiedad.

El régimen de acceso a la propiedad ha sido caracterizado por el Tribunal Constitucional<sup>47</sup> como aquel correspondiente a la adquisición de bienes cuya propiedad no se tiene, respecto de lo cual existe plena libertad salvo por aquellos bienes denominados por el Código Civil como “bienes nacionales de uso público” y los bienes que por su naturaleza no son susceptibles de adquisición y por lo tanto son “comunes a todos los hombres”.

Prosigue la misma sentencia declarando la existencia de un régimen de libertad de adquisición en Chile, la cual únicamente puede ser limitada por una ley de quórum calificado. Lo relevante para efectos de esta tesis, es que luego señala que la aplicación del artículo 19 N° 24 supone la preexistencia del derecho de propiedad en el patrimonio del individuo.

---

<sup>47</sup> Rol N° 115, de 3 de diciembre de 1990, requerimiento en contra del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.892 General de Pesca y Acuicultura.

El inciso segundo del artículo 19N°23, indica que para configurar una excepción al régimen de libre apropiación, se debe limitar en función del interés nacional y mediante una ley de quórum calificado.

Lo cierto es que el esquema de estas leyes ya existía en el Código Civil, desde donde se exceptúan de este régimen de libre apropiación aquellos bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres y aquellos bienes que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así

Ahora bien, mientras el estado de la técnica avanza, el fenómeno de la comodificación, esto es la creación de derechos de propiedad sobre recursos, va disminuyendo cada vez más aquellos bienes fuera del régimen de libre apropiación por su naturaleza por no ser susceptibles de dominio.

Por otra parte, los bienes nacionales de uso público, aquellos cuyo dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación, son administrados por el Estado, la que puede luego concesionar a un privado:

*“(…) distintas autoridades, según su naturaleza:  
Municipalidades, reparticiones del Ministerio de Obras  
Públicas, Fuerzas Armadas, División de Bienes Nacionales del*

*Ministerio de Bienes Nacionales(...)puede otorgar a particulares  
“permisos” y “concesiones” sobre ellos”<sup>48</sup>*

En el mismo sentido, el profesor Vergara Blanco sostiene que la nota común a toda concesión es la “transmisibilidad de funciones”,<sup>49</sup> afirmación que ha encontrado respuesta en el matiz comodificador o de explotación del recurso que tiene la concesión, que pone énfasis en la eficiencia;

*“Por ende, no se trata de una "transmisión" de funciones, ya que el Estado no ejerce, en principio, actividades económicas, sino más bien los particulares concretan una decisión estatal en torno a aprovechar ciertos bienes del dominio público mediante su explotación económica exclusiva para una actividad determinada que se ha decidido promover y que así se constituye en un interés público”.<sup>50</sup>*

---

<sup>48</sup> Peñailillo Arévalo, Daniel Los Bienes, La propiedad y otros derechos reales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

<sup>49</sup> Vergara Blanco, Alejandro, Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras, en Revista Chilena de Derecho, 1989.

<sup>50</sup> Fuentes Olmos, Jessica. Análisis comparado de los regímenes de las concesiones marítimas y de acuicultura. Revista de derecho (Valparaíso), (41), 411-456. 2013. Recuperado en 03 de noviembre de 2014, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512013000200013&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000200013&lng=es&tlng=es). 10.4067/S0718-68512013000200013.

Por último, siguiendo a Fuentes Olmos, serían bienes susceptibles de concesión las minas, la energía geotérmica, el mar adyacente y sus playas, las aguas terrestres, los bienes nacionales de uso público de la comuna y su subsuelo y los bienes municipales, el espectro radioeléctrico, entre otros.<sup>51</sup>

La doctrina denomina a esta ley que sustrae del comercio humano un determinado recurso, como “publicatio” o reserva.

*“La reserva, a continuación, produce una vinculación real y permanente del bien (o categoría de bienes) afectado a una finalidad que el legislador define. La publicatio modifica el status del bien, sometiéndolo a normas de derecho público; los particulares no pueden alcanzar estos bienes conforme a los mecanismos del derecho privado.”<sup>52</sup> (el paréntesis es nuestro).*

Recordemos que estos últimos bienes o categoría de bienes deben encontrarse exceptuados del régimen de libre apropiación por una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional.

Evans de la Cuadra señala definiendo el interés nacional;

---

<sup>51</sup> Fuentes Olmos, op. cit.

<sup>52</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 1281-2009, de 13 de agosto de 2009, considerando 34°.



*“Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes; acción de la autoridad pública para promover o defender el bien común de la nación y de sus integrantes”<sup>53</sup>*

Es decir, el interés nacional se identifica con “promover o defender el bien común de la nación y de sus integrantes”. En realidad, se trata de un concepto que requiere contenido y, por sí no aporta un criterio para determinar si existe o no posibilidad de limitar el régimen de libre apropiación. El legislador (o el constituyente, en el caso de las minas) debe entregar razones desde el interés nacional para retirar un recurso de este régimen de libre apropiación.

Desde luego, la concesión supone respetar ese interés nacional. La sentencia del Tribunal Constitucional recién citada, señala;

*“El uso privativo, por su parte, implica que la autoridad encargada de su administración entrega por actos específicos la*

---

<sup>53</sup> Evans de la Cuadra, Enrique. Los derechos constitucionales, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 464.

*ocupación del bien, temporalmente, con un propósito de interés público, generalmente a título oneroso, a un particular, quien puede excluir al resto de las personas que accedan a él. El uso privativo implica un uso exclusivo y excluyente del bien. Por eso, exige un título habilitante, que puede ser el permiso o la concesión.*”<sup>54</sup>

Luego, este interés nacional se viste de colores utilitaristas, configurándose cuando se hace conveniente por razones administrativas que éste salga del régimen de libre apropiación, para ser distribuido por la Administración, la cual generalmente va a delegar en función de ese mismo interés la explotación de dicho recurso a un privado, interviniendo como un control del despliegue del privado dentro del permiso otorgado.

Fuentes Olmos señala;

*“El interés general en este caso se concreta en el uso óptimo del dominio público, y se traduce en el poder de intervención sobre este espacio físico, que se manifiesta en la potestad de*

---

<sup>54</sup> <sup>54</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 1281-2009, de 13 de agosto de 2009, considerando 34°.

*otorgamiento de los títulos habilitantes y en la intervención administrativa presente a lo largo de toda la explotación.”.*

(subrayados son nuestros).<sup>55</sup>

En síntesis, este interés concurre cuando se trata de bienes escasos (como los recursos marinos, por ejemplo) o cuya libre circulación (como los inmuebles fronterizos, por ejemplo) o concentración en un patrimonio (como las acciones de las sociedades bancarias, por ejemplo) es desaconsejada por razones políticas o de eficiencia administrativa.

La concesión es una técnica de intervención mediante la cual los particulares asumen una actividad prestacional originalmente parte de la esfera de acción de la Administración. Luego, el contenido normativo de ellas no proviene del poder de policía y, por lo tanto, no se trataría de una regulación.

En un fallo sobre el proceso previo respecto a las potestades sancionadoras de la Subtel sin un proceso judicial previo, el Tribunal Constitucional<sup>56</sup> falló lo que sigue:

---

<sup>55</sup> Fuentes Olmos, op. cit.

*“Cabe igualmente desestimar la alegación fundada en que lo dispuesto por la norma impugnada entrañaría una vulneración a la libertad para desarrollar actividades económicas que consagra el numeral 21° del artículo 19 de la Carta Fundamental. Ello por cuanto, en primer lugar, la actividad económica consistente en la prestación de servicio público telefónico no es una de aquellas que puedan emprenderse por los particulares omnímodamente, por su sola y simple voluntad, sino que se trata de una actividad regulada por la ley en los términos que lo prevé la propia disposición constitucional invocada por la requirente. Además, esa regulación legal contempla que esta clase de servicios se prestan al público previa una concesión expedida por la autoridad competente, lo que supone para el concesionario someterse a una serie de exigencias y requisitos establecidos en pos de asegurar la calidad y continuidad del servicio. Otro rasgo caracterizante de la regulación de los servicios de utilidad pública es que la autoridad encargada de*

---

<sup>56</sup> Tribunal Constitucional, rol 694-2006 y 695-2006 (acumuladas), de 5 de julio de 2007. Considerando décimo.

*velar por su correcta prestación es la facultada por el legislador, en primera instancia, para aplicar la regulación pertinente en la esfera administrativa, lo que incluye el ejercicio de una potestad sancionatoria en el caso de infracciones, sin desmedro de que sus determinaciones sean revisables, a instancias del afectado, en sede jurisdiccional, aspecto que garantiza, en último término una decisión objetiva, imparcial y apegada a derecho del conflicto suscitado entre la autoridad y el concesionario, tal como se ha dejado establecido en el considerando séptimo de esta sentencia”<sup>57</sup>*

De todo lo anterior, podemos concluir entonces que en lo que respecta a la ejecución de la concesión, el control desplegado por la Administración no es propiamente poder de policía y, desde luego, no existe conceptualmente una regulación expropiatoria. Distinto es si se afecta al derecho real de concesión mediante el uso del poder de policía.

---

<sup>57</sup>Cordero Quinzacara, Eduardo. Sanciones administrativas y mercados regulados op.cit.

Para aclarar los conceptos y conformarlos con el sentido común y uso del vocabulario, el profesor Cordero Quinzacara<sup>58</sup> cita a Gaspar Ariño, quien aclara:

*“Una es la regulación externa, que en España se ha solido llamar de 'policía administrativa', que hace referencia a aquellas condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física en que se desarrolla la actividad económica de que se trata, pero sin entrar en el interior de esta ni predeterminar las decisiones empresariales. Otro tipo de regulación es la llamada regulación económica: esta afecta a sectores intervenidos (en muchos casos, de servicio público), se centra fundamentalmente en la entrada y salida de la actividad (en muchos casos, mediante concesiones) y afecta a las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla: al quantum de producción, a las zonas o mercados que sirve cada empresa, a los precios o retribuciones que se perciben por ella y, en definitiva, al negocio mismo en que la actividad consiste”*

---

<sup>58</sup> Cordero Quinzacara, Eduardo. Sanciones administrativas y mercados regulados op.cit.

Siguiendo a este autor, existirían entonces regulaciones que, desde el punto de vista de la intervención, serían más atenuadas y corresponderían al poder de policía, y otras, más intensas desde el mismo criterio, que corresponderían a la “regulación” de las actividades publicadas como la concesión.<sup>59</sup>

Lo anterior cobra máxima importancia al momento de realizar un análisis certero respecto de la existencia o no de una regulación expropiatoria. En efecto, altera el umbral de intensidad de la intervención administrativa. Una

---

<sup>59</sup> Es útil para precisar el concepto de concesión el fallo del Tribunal Constitucional rol 1281-2009, considerando trigésimo séptimo: "Que la concesión crea una situación jurídica compleja que viene conformada por un haz de derechos y obligaciones, deberes o cargas perfectamente definidas. Tal delimitación permite 'sujetar los aprovechamientos y ocupaciones individuales a las superiores exigencias de aquella función y, en general, de los intereses públicos' (Menéndez Pablo, ob. Cit., pág. 249). Los derechos subjetivos que emanan de la concesión tienen tres características que es necesario subrayar./ Por de pronto, son derechos ex novo, pues antes no existían a favor del particular. En este sentido, la concesión constituye derechos. En seguida, los derechos que recaen sobre el bien, tienen una naturaleza real, pues tienen las características propias de éstos, es decir, recaen sobre una cosa, son oponibles a terceros y a la propia administración, aunque ésta pueda imponer cierta precariedad por la revocabilidad que le puede otorgar el ordenamiento jurídico. Estos derechos son 'derechos reales administrativos', pues no se rigen por las normas del derecho privado. Estos derechos reconocen que el dominio público está fuera del tráfico jurídico. Por ello, genera un comercio jurídico público. 'No es posible constituir derechos reales privados sobre bienes de dominio público; pero ninguna razón impide la constitución de unos derechos reales –los reales administrativos– sometidos a un régimen especial y que respetan la afectación del dominio público' (González Pérez, Jesús, Los derechos reales administrativos; Edit. Civitas; Madrid, 1989, pág. 22). Estos derechos otorgan a su titular un 'haz de facultades' que puede englobarse en las siguientes: derecho de uso sobre el respectivo bien, que permite su utilización u ocupación; un derecho de goce que permite obtener a su titular todo lo que el bien produce; en algunas ocasiones, otorga el derecho de consumir el bien (por ejemplo, el derecho consuntivo en las aguas, que permite a su titular consumir totalmente el agua en cualquier actividad, sin obligación de restitución); y el de comercio jurídico, que permite al titular incorporar este derecho al tráfico jurídico, bajo ciertas restricciones (González, J., ob. cit., págs. 40 y siguientes). La tercera característica, es que estos derechos son patrimoniales. Ello se traduce en que el derecho sobre la concesión está protegido por el derecho de propiedad; y salvo prohibición expresa, legal o de la propia concesión, pueden establecerse respecto de dicho derecho relaciones jurídicas con terceros, sujetas a las condiciones que el derecho imponga"

regulación que va más allá, transformándose en expropiatoria debe ser en primer lugar analizada desde la justificación de la actividad administrativa, como también observando la posición jurídica que detenta el presuntamente expropiado frente a la intervención de la Administración. Muy distinto es el estándar para quien despliega su actividad económica bajo una concesión, que quien lo hace mediante un contrato de inversión extranjera, por ejemplo.



## Capítulo 5

### Derecho de propiedad.

Establecido el sistema de libre apropiabilidad, la Constitución pasa luego a regular el derecho de propiedad privada en sí mismo.

La Corte Suprema, en un pedagógico fallo señala<sup>60</sup>;

*“Que para la civilización cristiana y occidental, en la que se inspira la legislación de Chile, el derecho de propiedad es un derecho natural, esto es, el conjunto de derechos que el hombre trae consigo al nacer, que le competen sólo por razón de su ser. Por propiedad se entiende todo aquello que sea intrínseco o extrínseco, que adhieren a la persona y es una pertenencia exclusiva de la misma, se extiende a las cosas corpóreas o incorpóreas, sobre las cuales tiene la persona potestad inviolable”*

Esta concepción se encuentra discutida por corrientes que niegan a este derecho su carácter inherente al hombre. En este sentido, se le describe

---

<sup>60</sup> Barahona Urzúa con CORA, Corte Suprema 1981.

como un derecho singular, disponible, alienable, privable por expropiación, transigible por libre disposición y, no personalísimo, señalándose como especialmente relevante la susceptibilidad de ser privado de atributos e incluso la misma esencia del derecho, según las distintas hipótesis constitucionales.<sup>61</sup>

Si bien la discusión sigue vigente en la doctrina, lo relevante en la práctica es que el instituto recibe su protección por encontrarse configurado como una garantía constitucional.

Siguiendo a Cordero<sup>62</sup>, las hipótesis constitucionales recién señaladas estarían remitidas a distintas concepciones del derecho de propiedad. La primera, relativa al principio de libertad dominical de uso y provecho únicamente con las limitaciones del interés común, la segunda donde priman los intereses colectivos para dejar la libertad dominical un espacio residual, concepción esta última vinculada a la función social de la propiedad.

---

<sup>61</sup> Quezada Rodríguez, Flavio. El derecho de propiedad privada en la constitución chilena : un intento de sistematización. Disponible en <http://www.tesis.uchile.cl/handle/2250/111623>, 2011.

<sup>62</sup> Cordero Quinzacara, Eduardo. LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO CHILENO. *Revista de derecho (Valdivia)*, 19(1), 125-148. Recuperado en 20 de noviembre de 2014, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502006000100006&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100006&lng=es&tlng=es). 10.4067/S0718-09502006000100006. 2006.

Dicha convivencia conceptual se visualiza con claridad en el párrafo constitucional;

*“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:*

*24.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.*

*Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.*

*Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización*

*por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.”*

Los párrafos citados del artículo en análisis permiten identificar un punto de vista desde la regulación jurídica de la propiedad (al consagrar deberes para el propietario bajo la figura de la función social<sup>63</sup>, desde el cual emanan “límites y obligaciones”) y otro desde la protección a la esfera patrimonial del individuo (al consagrar la protección del contenido esencial del derecho compuesto por atributos que “en caso alguno” pueden privárseles al propietario salvo por expropiación fundada en utilidad pública o interés nacional, “área” que por lo tanto corresponde a este señorío absoluto que significa la propiedad).

---

<sup>63</sup> Kommers, Donald: The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 2nd. ed., Duke University Press, Durham, 1997. Disponible en [[http://books.google.cl/books?id=sHZfkgxtoZQC&pg=PR3&lpg=PR3&dq=KOMMERS,+Donald:+The+constitutional+jurisprudence+of+the+Federal+Republic+of+Germany,+2nd.+ed.,+Duke+University+Press,+Durham,+1997&source=bl&ots=BoS9\\_yEve0&sig=YHPuVnN76NyvwLMDC3LYsbAp92E&hl=es-419&sa=X&ei=qeF1VPm2BsIsQTOy4DwCA&ved=0CDQQ6AEwAw#v=onepage&q=KOMMERS%20Donald%3A%20The%20constitutional%20jurisprudence%20of%20the%20Federal%20Republic%20of%20Germany%2C%202nd.%20ed.%2C%20Duke%20University%20Press%2C%20Durham%2C%201997&f=false](http://books.google.cl/books?id=sHZfkgxtoZQC&pg=PR3&lpg=PR3&dq=KOMMERS,+Donald:+The+constitutional+jurisprudence+of+the+Federal+Republic+of+Germany,+2nd.+ed.,+Duke+University+Press,+Durham,+1997&source=bl&ots=BoS9_yEve0&sig=YHPuVnN76NyvwLMDC3LYsbAp92E&hl=es-419&sa=X&ei=qeF1VPm2BsIsQTOy4DwCA&ved=0CDQQ6AEwAw#v=onepage&q=KOMMERS%20Donald%3A%20The%20constitutional%20jurisprudence%20of%20the%20Federal%20Republic%20of%20Germany%2C%202nd.%20ed.%2C%20Duke%20University%20Press%2C%20Durham%2C%201997&f=false)] al 20 de Noviembre de 2014.

En Chile, el profesor Pablo Ruiz-tagle propone entender una función social en todos los derechos fundamentales. Ver Ruiz-tagle, Pablo. Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del Bicentenario, Andrés Bordalí Salamanca (coordinador), Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006, p.

Ambas hipótesis vienen a configurar constitucionalmente la garantía del derecho de propiedad. Kommers<sup>64</sup>, analizando el tema desde la jurisprudencia alemana, indica que el concepto de propiedad garantizado por la Constitución debe ser derivado de la Constitución misma. Este concepto de propiedad, en el sentido constitucional, no puede ser derivado de normas (leyes ordinarias) inferiores en rango respecto a la Constitución, como tampoco puede la finalidad de la concreta garantía de la propiedad ser determinada en base a las disposiciones de derecho privado.

Sin embargo, el límite entre ambas hipótesis constitucionales –función social y señorío absoluto del propietario- es difuso y son el punto de partida para comenzar a comprender las problemáticas de las regulaciones expropiatorias.

En este sentido el profesor Aldunate Lizana<sup>65</sup> opina que las nociones de limitación y privación del derecho de propiedad, se encuentran en un continuo conceptual.

---

<sup>64</sup> Ibid, p. 257.

<sup>65</sup> Aldunate Lizana, Eduardo. (2006). Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad. *Revista chilena de derecho*, 33(2), 285-303. Recuperado en 05 de diciembre

La diferencia entre ambas resulta de la efectiva o no efectiva afectación del núcleo esencial del derecho fundamental de propiedad.

## Capítulo 6

### Contenido esencial y reserva legal.

El contenido esencial de los derechos fundamentales y garantías ha sido definido por el Tribunal Constitucional como “aquello que le es consustancial” y permiten reconocer al propio derecho. Luego señala que

*“(S)e ‘impide el libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”<sup>66</sup>*

La misma Constitución exige en relación al alcance de las leyes lo siguiente;

*“Art. 19. La Constitución asegura a toda las personas: (...) 26.º  
“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en que ella lo autoriza, no podrán*

---

<sup>66</sup> 66 Sentencia rol N° 43, de 24 de febrero de 1987.

*afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”.*

En relación al derecho de propiedad, la ley tendrá un rango acotado de alcance. En efecto, existen varios casos de reserva legal, entre ellos; el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella, la imposición de las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social (19 N° 24 inc. 2°); la expropiación (19 N° 24 inc. 3°) y su respectiva indemnización (19 N° 24 inc. 5°).<sup>67</sup>

En consecuencia, la afectación lícita del derecho de propiedad, viene determinado por la fuente de la intervención, la ley, y por un segundo nivel que supone la magnitud de la afectación, representado por este contenido esencial del derecho de propiedad.

Ahora bien, que sea el legislador quien se encuentre llamado a imponer limitaciones u obligaciones al derecho de propiedad, no ha impedido la remisión al Administrador en casos específicos. El Tribunal Constitucional

---

<sup>67</sup> También respecto a las obligaciones y limitaciones del propietario en favor del concesionario minero (19 N° 24 inc. 6) sustancias mineras concesionables (19 N° 24 inc. 7°), derechos de aprovechamiento de agua (19 N° 24 N° 11) vigencia del derecho de autor y propiedad intelectual (19 N° 25 inc. 2 y 3).



ha fallado a favor de la colaboración reglamentaria, aspecto que para mantener un orden en el presente trabajo, se desarrollará más adelante, pero adelantamos que como requisito se exige una cobertura legal. Este último concepto llama a que la colaboración reglamentaria esté lo suficientemente bien determinada por la ley.

En materia urbanística, se ha opinado sobre la reserva legal lo siguiente:

*“(...) la ley debe regular por sí todo cuanto sea susceptible a ser regulado por normas legales, caracterizada por su generalidad, abstracción y vocación de permanencia, de modo que alcanzando el punto en que la ley, razonablemente, no puede ir más allá, por la propia naturaleza del objeto normado, debe entenderse que cesa la exigencia de la reserva material de la ley, abriéndose paso a la posibilidad de la colaboración de ésta con la potestad reglamentaria.”<sup>68</sup>*

En definitiva, el contenido esencial del derecho de propiedad es vital para determinar la constitucionalidad de la afectación o intervención, primero

---

<sup>68</sup> Figueroa Velasco, Patricio y Velasco Valdés, Juan Eduardo. Urbanismo y Construcción, Lexis Nexis, 2006. La cita es un pasaje escogido por los autores de autoría de Luciano Parejo.

revisando la fuente, ley que satisface requisitos de colaboración reglamentaria, y luego revisando el alcance de la norma.

Se ha criticado el criterio del contenido esencial por su indefinición, pues no entrega elementos concretos ni métodos reales para resolver si está o no comprometida la esencia de la propiedad.<sup>69</sup>

Villacorta Mancebo cita una sentencia del Tribunal Constitucional Español, en la cual se abunda en el test de reconocibilidad indicando dos caminos, el primero acudiendo al modo de configurar el derecho y el segundo en buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos.<sup>70</sup>

*“Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real,*

---

<sup>69</sup> Fernandois, Arturo. Indemnizabilidad de las limitaciones a la propiedad: cuatro teorías constitucionales. Disponible al 20 de noviembre de 2014 en [[http://www.fermandois.cl/publicaciones/arturo-fermandois/derecho-constitucional-economico/2008\\_%20Indemnizabilidad%20de%20las%20Limitaciones%20a%20la%20Propiedad.pdf](http://www.fermandois.cl/publicaciones/arturo-fermandois/derecho-constitucional-economico/2008_%20Indemnizabilidad%20de%20las%20Limitaciones%20a%20la%20Propiedad.pdf)]

<sup>70</sup> Villacorta Mancebo, Luis. Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales: aspectos a destacar en el contexto de la discusión española. *Ius et Praxis*, 17(1), 81-118. Recuperado en 26 de noviembre de 2014, de [[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122011000100005&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-00122011000100005](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000100005&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-00122011000100005)].2011.

*concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".<sup>71</sup>*

En efecto, es evidente que para el caso de una expropiación se afecta el contenido esencial del derecho de propiedad, pues supone un intercambio forzado del derecho mismo por una suma de dinero. La complicación surge en relación a las limitaciones y obligaciones que puede imponer la ley.

Dodds Berger relata que en un comienzo, en la revolución francesa, los derechos fundamentales tenían una faz subjetiva y otra objetiva, desvalorizándose ésta última hasta el advenimiento del modelo social del Estado de Bienestar. Explica que si bien en un comienzo cumplieron su objetivo de mantener cierta autonomía frente al Estado, el disfrute de la libertad que protegían los derechos fundamentales requería ciertas condiciones materiales que la sociedad no posee ni poseía, haciéndose necesaria la afectación formal de los derechos de otros. Esto habría llevado

---

<sup>71</sup> Tribunal Constitucional Español, rol 11/1981, íbidem.

a una interpretación defensiva, negando su faz objetiva y, escudándose así contra pretensiones de corte marxista.<sup>72</sup>

El contenido esencial proviene de una interpretación garantística a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de Weimar por parte de Carl Schmitt, el cual elabora la teoría de la garantía del instituto, propia del derecho privado. Esta supone un determinado estado y una situación normativa existente, y contiene elementos de una garantía de *status quo*, conservando de esta forma el núcleo de la respectiva institución, el cual, para el caso del derecho de propiedad, se extiende además al respeto de todos los derechos patrimoniales del individuo. Esta teoría se caracteriza por incorporar el derecho subjetivo, es decir, éste se ejerce ya no contra o frente al ordenamiento jurídico sino, dentro de él. Se posibilita así, los actos libres con efectos jurídicos, lo que equivale a un reconocimiento jurídico a la libertad del individuo en relación con el contenido del instituto. Lo relevante para la teoría del contenido esencial, es determinar si dentro de esta institución jurídica consagrada en el artículo 19 número 24 se incluye la función social.

---

<sup>72</sup> Dodds Berger, Daniel .Concentración de medios y libertad de comunicación : un análisis jurídico-constitucional. Disponible en <http://www.tesis.uchile.cl/handle/2250/111866>. 2011.

Desde luego, esto entrega una primera conclusión; la producción normativa que desconozca la función social del derecho de propiedad o la elimine derechamente, no es constitucional. Un ejemplo de esto podría encontrarse en los contratos ley que se firman en los convenios para la inversión extranjera.

Por otro lado, las regulaciones que vayan a afectar la extensión del contenido esencial del derecho de propiedad, debe vincularse a los criterios establecidos para la función social de la propiedad<sup>73</sup>.

En el caso de Chile, Cordero<sup>74</sup> afirma;

*“La reforma constitucional introducida por la Ley N° 16.615 de 1967 produce un cambio significativo en la redacción de la garantía de la propiedad, pues ya no se garantiza la inviolabilidad de las propiedades, sino que “el derecho de propiedad en sus diversas especies”, incorporando expresamente el concepto de “función social”. Con estos elementos ya existe*

---

<sup>73</sup> Aldunate Lizana, Eduardo, y Fuentes Olmos, Jessica. "El concepto del Derecho de Propiedad en la Jurisprudencia Constitucional Chilena y la Teoría de las Garantías de Instituto", en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XVIII: pp. 195 – 221. 1997.

<sup>74</sup> Cordero Quinzacara, La dogmática (...) op. cit.

*una base positiva importante para comenzar a distinguir la doble vertiente o dimensión de la propiedad, como instituto jurídico y como derecho subjetivo, así como la doble función que cumple. Sin embargo, los comentaristas de la época y la jurisprudencia siguieron interpretando esta garantía limitada a la protección de los derechos patrimoniales concretos. Es decir, para juristas y jueces la Constitución garantizaba el derecho subjetivo de propiedad, sin hacer mención alguna a la institución. garantiza la inviolabilidad de las propiedades, sino que “el derecho de propiedad en sus diversas especies”, incorporando expresamente el concepto de “función social.”*

En relación a los otros componentes, se hace necesario revisar las dos grandes corrientes de definiciones del derecho de propiedad;

*“En primer lugar, encontramos las definiciones analíticas, que utilizan un punto de vista meramente cuantitativo, donde se concibe a la propiedad como la suma de facultades o atribuciones que tiene el dueño de la cosa sobre la que recae este derecho. En este sentido, el dominio es “el derecho para*

*usar y abusar de la propia cosa hasta donde la razón del derecho lo permite.”*

*En segundo lugar, tenemos las definiciones sintéticas, que dan un concepto unitario a la propiedad, prescindiendo de la mención de las facultades que ella otorga “<sup>75</sup>*

Al respecto, el profesor Diez Picazo señala que un derecho de propiedad es reconocible si existe conjunción de los atributos del dominio como también, la posibilidad de desarrollar la personalidad mediante ella, reconociendo al sujeto jurídico como agente de procesos económicos, lo que implica además reconocer el aspecto comercial de la propiedad.”<sup>76</sup>

En conclusión, el contenido esencial de la propiedad incluye tanto los atributos del dominio (usar, gozar y disponer), ya sean tenidos como un haz de facultades o un bloque unitario, y también respecto a las posibilidades de participación en la economía.

---

<sup>75</sup> Collins Von Hausen, C. y Sabaj Véliz, J..Derecho de propiedad, limitaciones y expropiación. 2008 Disponible en <http://tesis.uchile.cl/handle/2250/106856>

<sup>76</sup> Diez-picazo, Luis: Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución, en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, vol. II (Civitas, Madrid, 1991), p. 1263.

El enfoque con el que se aplique el contenido esencial es crucial para la aplicación y salvaguarda del derecho. Siguiendo a Cordero<sup>77</sup>, la propiedad actualmente se considera como unitaria e ilimitada frente al poder público, no distinguiéndose la libertad positiva del derecho subjetivo de la propiedad, ni la institución jurídica del derecho de propiedad, que incluye su función social.

En Chile, la aplicación de la garantía del instituto funciona desde la perspectiva de la reserva legal (fuente o justificación jurídica de la intervención administrativa), que determina el órgano habilitado para ello (legislador) y al mismo tiempo de forma compensatoria en el caso de existir una actividad expropiatoria, ya sea por el efectivo traslado del bien desde un régimen privado a uno público –la doctrina admite que la intensidad de una limitación puede significar una privación, situación que no admitiría un arreglo vía indemnización ad-hoc - o por el resultado de una actividad delimitadora que afecta el derecho esencial de propiedad.

El tema de la reserva legal ha sido vacilante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, en el año 1994 se falló:

---

<sup>77</sup> Cordero Quinzacara, La dogmática (...) op. cit.



“ (..)Porque el establecer ‘prohibiciones totales o parciales’ de emisión a empresas, industrias, faenas o actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental, viola el artículo 19, N° 21, inciso primero, de la Constitución Política, que reconoce a todas las personas el ‘derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen’. La regulación de la actividad referida es materia de reserva legal y el artículo 49 del referido proyecto no es precisamente quien regula el punto sino que expresamente reenvía a regulaciones dictadas por la autoridad administrativa, por medio de un reglamento administrativo; por ello mismo vulneran también los artículos 6° y 7°, 1°, inciso cuarto, y 5°, inciso segundo, de la Constitución”;<sup>78</sup> (subrayado es nuestro).

---

<sup>78</sup> Tribunal Constitucional, rol 185-1994.

Posteriormente, el concepto del Tribunal cambiaría<sup>79</sup>, aceptando la “colaboración reglamentaria”, acogiendo de esa forma la doctrina del profesor Cea Egaña;

*“Que, como efecto de las consideraciones precedentes, la colaboración reglamentaria no se encuentra excluida por el principio de reserva legal, salvo los casos en que la propia Constitución ha dispuesto que sólo la ley puede regular una cierta materia o disponer en ciertas cuestiones. Como lo afirma la doctrina especializada, ‘... por intenso que sea el Principio de Reserva Legal, nunca excluirá del todo o por completo la intervención de los órganos administrativos. Imaginar lo contrario equivale a convertir la ley en reglamento y a concentrar en el órgano legislativo las dos potestades aludidas, quebrantando el Principio de Separación de Órganos y lesionando la eficiencia que se gana, con sujeción al mismo Principio, en la división de las funciones estatales.’ (Cea Egaña, José Luis, los Principios de Reserva Legal y Complementaria en*

---

<sup>79</sup> Tribunal Constitucional rol 479-2006.

*la Constitución Chilena; Rev. de Derecho de la Universidad de Valdivia, dic. 1998, Vol. 9, N° 1, pp. 65-104)*”.

La doctrina fue evolucionando en este sentido, permitiendo finalmente que un reglamento “colabore”, bajo la debida cobertura legal, como complemento de una norma que, por ejemplo, limite derechos fundamentales. Una clara exposición de esta idea se encuentra en la sentencia de fecha 27 de Julio de 2006, rol 480:

*“Que, de igual forma, de los considerandos anteriores debe seguirse que la colaboración reglamentaria está, a todo evento, restringida por la Constitución en los casos, como lo es el derecho administrativo sancionador, en que rige el principio de legalidad. Si en el estatuto jurídico de la actividad sancionatoria de la administración está legitimada la potestad reglamentaria de ejecución, no lo está la autónoma, en el sentido que sin suficiente cobertura legal, un decreto, reglamento o instrucción no puede constitucionalmente establecer deberes administrativos que limiten el ejercicio del derecho a llevar a cabo una actividad económica lícita y a cuyo incumplimiento se vinculen sanciones.*

*El estatuto de las garantías constitucionales establece claros límites a la manera en que la ley debe describir conductas infractoras de deberes administrativos y no entrega a la discrecionalidad administrativa la creación autónoma de tales deberes o la fijación de sus sanciones”;*

Establecida la idea principal, esto es la licitud de la potestad reglamentaria que ejecuta una ley, es decir colaborativa y, la ilicitud de la autónoma, es decir la que carece de una cobertura legal, el Tribunal concluye;

*“(…) ha de seguirse necesariamente que no resulta constitucionalmente obligatorio que la ley regule en todos sus detalles esos mismos deberes. En el otro extremo, tampoco resulta constitucionalmente tolerable que la ley, eluda la reserva legal y, carente de contenido, delegue en el administrador lo que la Constitución ha reservado a ella”;*

El propio Tribunal, había determinado anteriormente los criterios que debiera cumplir la ley para poder otorgar cobertura legal a un reglamento. En síntesis, debe cumplir con los requisitos de determinación y especificidad, que implican que se señale en forma concreta en la norma los

derechos que puedan ser afectados por la ley y, se indique de manera precisa las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad, sin afectar la esencia de los derechos fundamentales ni alterar su libre ejercicio.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> Tribunal Constitucional rol 325-2001.

## Capítulo 7

### **Límites y obligaciones del derecho de propiedad.**

Es evidente que toda obligación supone al mismo tiempo una limitación del titular en favor de un tercero. La limitación, independiente de la prestación objeto de la obligación, será siempre formulada en términos negativos, como una situación jurídica creada por la ley que impide el despliegue del señorío absoluto del propietario. El Tribunal Constitucional, al respecto ha señalado que se trataría de cargas al ejercicio del derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales<sup>81</sup>, y dentro del dominio privado (diferencia radical con la expropiación).

En cambio, la obligación puede suponer desplegar efectivamente una conducta, un dejar hacer a otro, es decir aceptar una intromisión, como también una obligación de no hacer, que en la práctica supone no ejercer el señorío del propietario en los casos contemplados.

Desde sus orígenes el Código Civil ha contenido limitaciones a la propiedad, siempre con miras a fortalecer objetivos socialmente deseables.

---

<sup>81</sup> Tribunal Constitucional, rol 245-96.

La idea de interés general de la nación se encuentra plasmada en la “libre circulación de los bienes”, que empapa toda la redacción del Código Civil.

En base a éste, el artículo 732 del referido cuerpo legal, regula expresamente posibilidades de limitación del dominio con el objetivo declarado de que estas limitaciones no entraben la libre circulación de bienes.

El profesor Orrego<sup>82</sup> enseña:

*“Los postulados liberales de fines del siglo XVIII vuelven a modificar su orientación, impidiendo que sus características entraben la libre circulación de la riqueza. Así, Bello recoge esta tendencia, estableciéndose que pasado cierto plazo, la condición se reputa fallida (artículo 739: 5 años); se prohíben los fideicomisos sucesivos (artículo 745); se prohíben los mayorazgos, vinculaciones o fideicomisos perpetuos (artículo 747, a contrario sensu).”*

---

<sup>82</sup> Orrego Acuña, Juan. Derechos Reales Limitados. Apuntes de clase. Disponibles en [<http://www.juanandresorrego.cl>] al 20 de Noviembre de 2014.

En relación al usufructo encontramos normas con el mismo espíritu, en especial la prohibición de usufructos sucesivos del artículo 768 del Código Civil, copia casi textual del artículo 745 recién citado.

Entre las limitaciones al dominio señaladas en el artículo 732 del Código Civil, se incluyen además hipótesis que vienen a limitar el derecho de propiedad en sí.

Un ejemplo – en el cual además se cautela un interés distinto al de la libre circulación de los bienes- lo entrega el artículo 810 del Código Civil, al disponer un usufructo en favor de quien detente la patria potestad del hijo y, del administrador de la sociedad conyugal sobre los bienes del cónyuge no administrador.

En el caso de las servidumbres, las denominadas legales son gravámenes en beneficio del uso público o particulares. En el primer grupo encontramos generalmente aquellas para posibilitar el funcionamiento de servicios básicos (telecomunicaciones, servicios eléctricos, etcétera...) y el uso de riberas para la navegación o flote. Éstas se encuentran en regulaciones administrativas especiales y, por supuesto, suponen un límite a la propiedad.



Vergara Blanco<sup>83</sup> advierte que el Código Civil únicamente indica donde se encuentra la regulación de la servidumbre propiamente tal, pero no al modo en que se constituyen. En su opinión, la ley únicamente tipifica las servidumbres legales, siendo la constitución un acto posterior y únicamente por vía convencional, administrativa o judicial. Señala además, que éstas en ningún caso afectan la esencia del dominio.

Importa mucho constatar que las servidumbres, por disposición expresa del artículo 823 del Código Civil, se clasifican según la obligación con la que gravan al dueño – que es lo mismo que decir “limitan su dominio”- en positivas, de dejar hacer a otro o intromisión y, negativas o de prohibición de hacer algo que en otro caso le sería lícito.

La regulación de las limitaciones del dominio, en especial las servidumbres, nos entrega un esquema en el cual, la ley tipifica ciertos gravámenes en beneficio del uso público y en razón del interés general de la nación, pero que son constituidos convencional, judicial, o administrativamente, sin que

---

<sup>83</sup> Vergara Blanco, Alejandro. “Régimen jurídico de la energía eléctrica. Aspectos generales y problemas actuales”, en: Revista de Derecho Administrativo Económico, I, N° 1, pp. 141-159. Disponible en [<http://www.vergarablanca.cl>]

por ello se considere que se está afectando el contenido esencial del derecho de propiedad.

El Tribunal Constitucional<sup>84</sup> ha desarrollado fórmulas y métodos para estudiar las limitaciones al derecho de propiedad. Para este fin, se habla de un examen de proporcionalidad que exige fin lícito de la limitación, idoneidad para conseguir el fin, igualdad ante la ley en relación a la implementación de la limitación y, proporcionalidad entre la afectación y el beneficio que supone dicho fin.

Además, se ha fallado que las disposiciones que regulen el ejercicio del derecho de propiedad, deben reunir los requisitos de “determinación y especificidad”. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se pueden adoptar con tal finalidad.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Ver por todos Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 2299-2012.

<sup>85</sup> Tribunal Constitucional, rol 325-2001.

En la misma sentencia, el Tribunal Constitucional entiende que las regulaciones en las que falle el test de proporcionalidad, se deberán entender “expropiatorias”.

*“El principio de proporcionalidad, pues el gravamen o detrimento –especialmente económico- que se deriva de la limitación que se impone no debe ser de tal naturaleza que haga desaparecer el derecho o deje sin posibilidad de concretar el ejercicio de sus atributos esenciales, pues, en tal caso, se estaría frente a una expropiación en los términos regulados por el inciso tercero del artículo 19 N° 24° de la Carta Fundamental, figura que, en el Derecho Comparado, se denomina “expropiación regulatoria.”*

Es pertinente indicar que este test de proporcionalidad es distinto al aquel en el cual el adjudicador debe ponderar entre dos derechos fundamentales. Por mucho que el Tribunal Constitucional haga suyos los criterios similares al juicio de ponderación, el razonamiento se distingue en el foco: en el primero, la evaluación se concentra en determinar si puede en determinada circunstancia considerarse predominante a un derecho fundamental sobre

otro. En el segundo, en cambio, se trata siempre de una evaluación del impacto de la regulación.

Esta diferencia resulta de los sujetos comprometidos en los distintos test de proporcionalidad. En la regulación expropiatoria, es el bien común contra el interés de un particular. Como veremos, este test de proporcionalidad fallará cuando la carga que se deba hacer llevar al particular se considere de tal forma que se haga necesario indemnizarlo.

## Capítulo 8

### Regulaciones expropiatorias.

Fermandois<sup>86</sup> explica que, ante la indeterminación y dificultad de aplicación del contenido esencial, el derecho extranjero desarrolló el de regulaciones expropiatorias, el que define como una situación en la que una regulación, limitación o restricción a la propiedad, adquiere tal intensidad que produce los mismos efectos que la privación misma del derecho.

La definición que entrega el señor Fermandois<sup>87</sup>, parece ser un cambio de línea respecto a la expuesta en un trabajo anterior, en la que define a la regulación expropiatoria como la privación de la esencia de los atributos esenciales del derecho de propiedad por vía de una regulación legal o administrativa.

La diferencia no es sutil, pues en la definición más antigua se concibe el derecho de propiedad de forma sintética mientras que en la otra de forma analítica.

---

<sup>86</sup>Fermandois Vöhringer, Arturo. "Indemnizabilidad de las limitaciones a la propiedad: cuatro teorías constitucionales", en publicación electrónica Microiuris, 2008, Editorial LexisNexis.

<sup>87</sup> Fermandois Vöhringer, Arturo Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inaplicabilidad de la expropiación regulatoria en Chile. En Sentencias Destacadas, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, mayo 2005

Lo sustancial del aporte de Fermandois en la materia, consiste en haber separado de forma exitosa cuatro vertientes que se encontraban agrupadas forzosamente bajo el concepto de regulación expropiatoria. Obtiene mediante este proceso, la teoría del contenido esencial, revisada páginas atrás en este trabajo, la propia de las regulaciones expropiatorias, la de igualdad en las cargas públicas y, la del sacrificio especial.

El desarrollo doctrinario nacional llama a revisar estas cuatro teorías, pues todas ellas llevan en sí un ejercicio de adjudicación que determinará si la regulación “ha ido más allá” y se ha transformado en expropiatoria.

Recordemos que, cuando hablamos de regulación nos referimos tanto a la emanada del poder de policía como también de regulaciones de mercado, aunque ambas corresponden a títulos de intervención administrativa diferentes y naturalmente la teoría apropiada debe considerar esos aspectos para resultar exitosa por sobre las otras.

## Capítulo 9

### Doctrinas relativas a la regulación expropiatoria.

La teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales encuentra dos exponentes que, si bien diversos, merecen ser examinados.

En primer lugar, siguiendo a Aldunate Lizana y Fuentes Olmos<sup>88</sup>, la “Institutsgarantie” se desarrolla gracias a la obra de Carl Schmitt, quien se preguntaba si los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de Weimar eran un mero programa o bien, efectivamente existía valor jurídico en ellos. Bajo esta iniciativa, se propone consolidar tres frentes de protección frente a la acción del legislador, público (en especial autonomías de administración) de instituto (matrimonio y otras de derecho privado) y de libertad.

La idea es limitar la facultad de regular del Legislador en estos tres frentes, de modo que siempre que de un núcleo reconocible de la institución en cuestión.

---

<sup>88</sup> Aldunate Lizana, E., & Fuentes Olmos, J. El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto. *Revista De Derecho De La Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, 0(18). 2010 Consultado el 18 December, 2014, de <http://www.rderecho.equipu.cl/index.php./rderecho/article/view/366>

Los autores reseñados explican que esta corriente de ideas es la que inspira el artículo 19 N° 26 de nuestra Constitución. Advierten, que en los frentes de garantías del instituto privado y libertades, el núcleo se va a confundir con la estructura, situación que determinará las actuales dificultades doctrinarias respecto a determinar cuándo existe o no una afectación a la esencia de los derechos fundamentales.

Los autores explican que cuando Schmitt desarrolla la institución de la propiedad privada, considera como parte del núcleo esencial de este derecho, los atributos del dominio en su sentido civil romano, separando aquí la integridad de la esfera patrimonial, la cual si bien se considera deseable de garantía, alega que no es parte del instituto, pues ampliaría el concepto de expropiación, lo que conllevaría a ésta perder su capacidad de confirmar al derecho de propiedad, cesando su existencia – la de la expropiación – como instituto jurídico.

Aplicando esta teoría al Ordenamiento jurídico nacional, los autores señalan como primera conclusión, que el primer piso del contenido esencial del derecho de propiedad se encuentra constituido por su inviolabilidad cuya única excepción es la expropiación y, que supone el desplazamiento



de algo desde un patrimonio privado al dominio público. Añaden que, por lo tanto, cualquier otra razón por la cual un determinado bien salga del patrimonio, no es expropiación. Así concluyen que los bienes corporales encuentran su protección de sus atributos esenciales (incluyendo a la función social) mediante la expropiación, mediante la correspondiente compensación y, respecto de los incorporeales, que son protegidos en cuanto bienes que se encuentran en el patrimonio de una persona.

Respecto de esta protección patrimonial de las personas, que incluyen todos los derechos en él contenidos, puede citarse a modo de ejemplo de la doctrina seguida en los noventa el siguiente pasaje jurisprudencial;

*“(...) el derecho a exonerarse de responsabilidad civil por esta causa, en la forma establecida en la ley especial (artículo 83 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1982), en el derecho común (artículos 1547 y 1670) y en los contratos acompañados, ha sido sobrepasado por la ley, la cual ha entrado a regular un contrato afinado con antelación, que crea derechos y obligaciones sobre los que se tiene dominio pleno y de los cuales no puede ser privado el contratante sin que ello quebrante el artículo 19 N° 24*

*de la Constitución Política de la República. De aceptarse la constitucionalidad de este precepto, por lo mismo, se estaría sancionando la extinción de un derecho nacido al amparo de la ley vigente al momento de perfeccionarse la convención y que, como es natural, está amparado por la garantía constitucional mencionada”<sup>89</sup>*

Esta teoría también tiene ecos en nuestra jurisprudencia constitucional. En los considerandos 18 y 19 del fallo rol 146-1992 se declara la inconstitucionalidad del decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 352-1992 por considerar que, dicho instrumento afectaba los atributos esenciales de los propietarios colindantes a caminos públicos al impedir la instalación de avisaje comercial en una franja anexa a las vías de trescientos metros:

*“(…)Estas limitaciones, establecidas por decreto supremo, impiden a los propietarios usar de dichos espacios y gozar de los legítimos beneficios que podrían aportarles los contratos de*

---

<sup>89</sup> Corte Suprema rol 15952-1992, considerando N° 14.

*arriendo u otras convenciones que celebraren para los efectos de propaganda comercial o publicidad caminera”*

Luego, en un fallo de similares características, rol 167-1993, existió disidencia en el sentido de tener la misma prohibición descrita párrafos atrás como constitucional en tanto justificada por la función social, aparte de indicar que la ejecución reglamentaria de la ley se encuentra reconocida desde antiguo en nuestro ordenamiento, acápite de la disidencia que encontró expresa oposición de la presidente Bulnes Aldunate y ministro García Rodríguez.

La colaboración reglamentaria entroncará con las regulaciones expropiatorias cuando el Tribunal Constitucional falle en sentencia rol 245 y 246, en el denominado caso Playas" del año 1996, considerando N° 34 que;

*“(…) al no establecer el decreto cómo se puede hacer uso de la vía de acceso, ello puede permitir u tránsito peatonal y de vehículos y obligará a dichos propietarios colindantes a adoptar una serie de medidas que no hay duda que causarán daño y además, si bien no les priva del dominio del terreno de las vía de*

*acceso, se les limitan las facultades de uso y de goce de tal forma que éstas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho de dominio. En este caso no hay privación total del uso y goce pero sí una limitación que hace ilusorio estos atributos del dominio y que es indudable que en la especie causa daño y que éste debe ser indemnizado”<sup>90</sup>*

Este concepto ya configura lo que denominamos una “regulación que va más allá” y que tendría efectos jurídicos de expropiación, conclusión a la que llegan mediante un examen de facto sobre las posibilidades de daño que se le presentan a los propietarios. Mismo razonamiento se sigue en la sentencia rol 334-2001<sup>91</sup>, considerando número diecinueve;

*19°. Que, para finalizar no está demás precisar que no sólo se produce privación del dominio cuando se le despoja a su dueño totalmente de él o de uno de sus atributos o facultades*

---

<sup>90</sup> Respecto de la razón de equidad para la indemnización de su considerando duodécimo, ver a Aldunate Lizana

<sup>91</sup> Requerimiento respecto del proyecto de ley, que modifica el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, que establece normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias.

*esenciales, sino, también, cuando ello se hace parcialmente o mediante el empleo de regulaciones que le impidan libremente ejercer su derecho o uno de sus atributos mencionados, como ocurre en este caso. Al respecto resulta conveniente traer a colación la cita del profesor José Luis Cea que el propio Presidente de la República invoca en su Respuesta a propósito de lo que debe entenderse por privación del dominio. Dice así “la privación implica un sacrificio, ablación o destrucción –total o parcial, efímero o permanente- del contenido o sustancia del dominio, del bien sobre que recae o de alguno de sus atributos o facultades esenciales”.*

*Después de lo expresado no puede quedar duda alguna que esta regulación legal, y en última instancia y eventualmente, contraria a la voluntad del afiliado, importa claramente una privación del dominio, cual es su facultad de disposición;*

Este fallo será citado en el caso conocido como “Transelec con Panguipulli”, del Tribunal Constitucional, Rol 505-06, en el cual y en el marco de un arbitraje, se discutió si un nuevo sistema tarifario de peajes

eléctricos podría posiblemente aplicarse al caso o bien, debía declararse inconstitucional. Si bien, la sentencia referida declara analizar la disposición en análisis bajo el prisma de las expropiaciones regulatorias, para este acápite de la tesis nos interesa su disidencia, en la cual se manifiesta expresamente la teoría del contenido esencial, ya en retirada, como pasaremos a explicar después de la cita;

*“DECIMO PRIMERO: Que, sin perjuicio del mencionado estatuto especial del dominio, el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política desarrolla el principio de la seguridad jurídica , estableciendo que los preceptos legales que regulen, complementen o limiten las garantías constitucionales, no podrán afectar los derechos en su esencia , ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.*

*Como esta Magistratura ha señalado (considerando 21 , sentencia rol N° 43 ), “ un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide su libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que*

*lo hacen irrealizable, lo entraban más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica “.*

*DECIMO SEGUNDO: Que, radicando la esencia del dominio en la ventaja patrimonial o utilidad económica de la cosa, forzoso es estimar que, en la especie, aquélla ha sido afectada sustancialmente.”*

En esta misma sentencia, se hace un análisis que ya habría comenzado a aplicar el Tribunal Constitucional y, que corresponde propiamente a determinar si la regulación cuya constitucionalidad se revisa, importa efectos expropiatorios.

Como último comentario respecto de esta teoría del contenido esencial, podemos afirmar que su mayor problema reside tanto en su meta-lenguaje (para determinar lo esencial hay que acudir a conceptos metajurídicos, generando una narrativa propia del intérprete constitucional, existiendo un problema de legitimidad), como la imposibilidad de afirmar, una vez verificada la afectación del contenido esencial, que precisamente esa afectación sea una expropiación y no otra figura como un comiso, uso de facultades del SAG para sacrificar animales, u otro parecido.

La intervención regulatoria con efectos expropiatorios fue revisada por el Tribunal Constitucional en el año 2007, en dos sentencias de igual contenido roles 505 y 506. La cuestión debatida consistía en determinar si el artículo 3º transitorio de la ley N° 19.940 era constitucional, o bien, vulneraba sus derechos adquiridos en virtud de un contrato a usar, por un determinado precio, las instalaciones de transmisión eléctrica de transmisión.

Como explica Romero Guzmán<sup>92</sup>, además las generadoras tenían derecho a que los retiros de electricidad de cierta naturaleza no fueran objeto de cobros adicionales. En caso de aplicarse el artículo 3º transitorio de la referida ley, algo resistido por dichas generadoras, estas no se verían privadas de su derecho al uso de las instalaciones de transmisión de HQI Transelec, pero el régimen de recaudación y pago por el uso de las mismas no sería ya el establecido en las normas contractuales y legales a las que esas cláusulas contractuales hacían referencia, sino el establecido en la nueva ley.

---

<sup>92</sup> Romero Guzmán, Juan José. Cambio en la regulación eléctrica y estabilidad de los contratos: ¿cuándo una limitación se transforma en privación? ¿cuándo compensar?", en Fermandois, Arturo (ed.): *Sentencias destacadas 2007: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Santiago, Libertad y Desarrollo), pp. 19-60. 2007.



La intangibilidad de los contratos se articulaba con la institución de la garantía patrimonial desde el punto de vista civil, es decir, desde el artículo 22 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de Las Leyes. Como dicha protección es feble ante regulaciones de orden público como también cede ante otra ley posterior, la doctrina elevó la protección del 19 N° 24 a toda especie de propiedad, quedando así incorporada la que se tenga sobre derechos incorporeales.

Esta inclusión, sin embargo, fuerza a concluir que cada derecho adquirido por fuente contractual contiene en su esencia la denominada función social de la propiedad, convirtiéndolo desde luego en limitable y expropiable, según corresponda. Y como mencionamos párrafos atrás, una regulación tanto de orden público como privado que desconozca la función social, deviene en inconstitucional y no debiera recibir aplicación alguna.

Por lo mismo, estamos de acuerdo con Romero Guzmán cuando cita el siguiente pasaje como reflejo de un análisis de la justificación de la intervención administrativa y su forma en derechos adquiridos contractualmente;

*“Si el Legislador quiso dar seguridad a los inversionistas, ello no fue para desarrollar un mercado cualquiera, ni para trasladar costos de hombros de unos privados a otros, sino porque lo estimó indispensable para crear mejores condiciones de seguridad y confiabilidad para el desarrollo de un servicio de utilidad pública, como es la provisión de la energía eléctrica a la población; lo hizo fundado en razones de utilidad pública que aparecen de manifiesto en el debate de la Ley 19.940”<sup>93</sup>*

Ahora bien, una vez declarado que actuó dentro de sus potestades y en la forma coherente con el ordenamiento constitucional, el Tribunal Constitucional pasará a examinar el impacto de la regulación en aquellos que se declaran como “perdedores” en este nuevo escenario regulatorio. El análisis dentro de la teoría de la regulación expropiatoria ya no acaba en la actividad de la Administración o del legislador, su énfasis está en el impacto, como pasamos revisar;

21. *Que la magnitud de la regulación no resulta entonces indiferente. Por una parte porque toda regulación o limitación*

---

<sup>93</sup> Considerando 33°.

*priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta, lo que se contradiría con múltiples fallos de este Tribunal que han tolerado, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, la regulación de la propiedad, como por ejemplo en la sentencia en que se rechazó el requerimiento para declarar la inconstitucionalidad del D.S. 171 del Ministerio de la Vivienda, validando así la cesión gratuita de terrenos para áreas verdes dispuesta por ese precepto (sentencia de 15 de Abril de 1997, causa rol 253, considerandos 10 a 12) o la sentencia relativa al proyecto de ley sobre regulación del transporte terrestre de pasajeros, de fecha 25 de noviembre de 2003, rol 388. Por el contrario, legitimar cualquiera regulación o limitación, sin considerar su impacto sobre la propiedad, desnaturalizaría la protección de este derecho fundamental (“la limitación tiene sus límites”, para usar una expresión ya clásica del derecho*

*anglosajón). El carácter esencial de lo privado en virtud de la regulación es un parámetro siempre útil para hacer la distinción y debe utilizarse aunque se determine que, prima facie, se trata de una regulación.”*

Como vemos, en la teoría de las regulaciones expropiatorias se marca una diferencia fuerte con la del contenido esencial en lo respectivo al contenido del concepto expropiación. Mientras en la primera posición teórica la expropiación supone siempre un desplazamiento hacia el dominio público, en otras palabras un enriquecimiento del Estado, y además únicamente sobre bienes corporales, en esta segunda posición doctrinaria la expropiación puede surgir independiente del nombre que se haya usado para la forma de intervención administrativa, determinándose únicamente por un examen particular respecto del “daño” causado a los requirentes.

La teoría de la regulación expropiatoria, además de expandir artificialmente el concepto de expropiación, viene a convertirse así en un remedo extra-jurídico. El propio Tribunal señala en un considerando posterior que el criterio consistirá en si se priva o no del lucro para la parte contractual;

26. Pero que una alteración cualquiera en el precio no implique privación de la propiedad no equivale a afirmar que cualquiera alteración en el precio no pueda serlo. En efecto, si la magnitud de la alteración fuese de tal naturaleza que impidiera la razón de ser del contrato, entonces la titular podría efectivamente sostener que se le ha privado de propiedad. Desde un punto de vista objetivo, la razón de ser de un contrato es su utilidad económica<sup>94</sup>. La razón por la cual se contrata en los mercados es el lucro. Si la regulación estatal sobre un precio privara a una parte de lucrar, entonces esa parte podría sostener que se le ha privado de la esencia de su propiedad, pues en ella ha desaparecido su esencia o razón de ser, uno de sus atributos esenciales, como es su legítima expectativa de beneficio económico o lucro. Pero el privado no puede impedir que una necesidad pública modifique la cuantía del lucro que venía percibiendo en virtud del contrato, si es que el legislador justifica esa limitación en una exigencia de interés público constitucionalmente aceptado. En la especie, la requirente

---

<sup>94</sup> Entendemos que se refiere precisamente al contrato de peaje eléctrico.

*no ha alegado que las condiciones que establece el artículo 3º transitorio la priven de obtener lucro. Más aún, el nuevo régimen legal de precios ha hecho que los privados sigan funcionando e invirtiendo en el mercado de la producción y distribución eléctrica, por lo que no puede pensarse que la eventual aplicación del artículo 3º transitorio a la relación entre las partes privaría a la requirente de su propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, como lo sería el derecho a obtener lucro.*

De esta manera, se asentó el primer criterio desde la óptica de las expropiaciones regulatorias respecto a derechos contractuales adquiridos; si desde ellos ya no se hace posible lucrar en el nuevo escenario normativo, entonces procede una compensación por regulación expropiatoria.

Para ello, determina que sigue existiendo un precio “razonable” en los contratos de transmisión. Naturalmente, en la disidencia expresó categóricamente que, en el nuevo escenario regulatorio, ya no existe precio alguno.

Hacemos nuestras las palabras de Romero Guzmán<sup>95</sup> quien expresa que;

*Al final, y si entendemos bien lo manifestado en el voto de minoría, es posible plantear que la diferencia entre la mayoría y la minoría radica, más que en criterios doctrinarios diferentes, en el nivel de tolerancia o aceptabilidad respecto de qué constituye para ellos una limitación y de cuándo se pasa aquel umbral que la transforma en privación.*

Al respecto, queremos retomar las conclusiones de capítulos anteriores en los que se explicó las distintas justificaciones y formas de intervención administrativa. Se hizo hincapié en que algunas son más intensas (concesión) que otras (poder de policía).

De esta manera, se hace necesario reformular el criterio de “magnitud” que ocupa el Tribunal Constitucional en esta primera sentencia. No es posible establecer un criterio cuantitativo sin mirar la posición jurídica del afectado por la regulación.

---

<sup>95</sup> Romero Guzmán, Juan José. Cambio en la regulación eléctrica y estabilidad de los contratos: ¿cuándo una limitación se transforma en privación? ¿cuándo compensar?", op.cit.

Quienes están “lucrando” en virtud de una concesión, están sujetos naturalmente a una intervención administrativa más intensa y, desde luego, más susceptibles a ser regulados en aspectos esenciales de la industria

Lo esencial en un mercado regulado y concesionado como el eléctrico es el servicio y su continuidad y, no el lucro. La falta de atención a este elemento permite que la discusión sobre la magnitud se haya centrado en el “precio” celebrado entre dos sujetos del mercado regulado y no en la normativa del sector. Un concesionario no es un privado cualquiera, pues se hace responsable de un servicio público.

En definitiva, si la idea tras la teoría de la regulación expropiatoria es determinar “*cuándo se ha ido más allá*”, entonces la confluencia de factores en el análisis puede ser inagotable pero, existirán algunos fijos a toda construcción analítica. Entre ellos, la posición jurídica del afectado.<sup>96</sup>

Desde esa primera conclusión podemos restablecer el criterio de

---

<sup>96</sup> En sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 334 se falló, en su considerando décimo sexto “se impone a los afiliados que resuelvan pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia un severo sistema regulatorio que importa, como consecuencia, privarlos de su facultad de disposición del dominio sobre sus fondos previsionales en el ámbito del Decreto Ley N° 3.500, ya que lo despojan de uno de sus atributos esenciales de su propiedad”.



razonabilidad de la sentencia (fundada en el “lucro”) por otro de legítimas expectativas.

En tercer lugar, confluye en las construcciones jurisprudenciales rotuladas como “expropiaciones regulatorias” la teoría del sacrificio especial del privado. La principal diferencia consiste en el desplazamiento del factor magnitud de la regulación hacia el de igualdad de las cargas públicas.

Los argumentos normativos de la teoría del sacrificio especial se encuentran en la Constitución, artículo 19 N° 20, que consagra la igualdad en la repartición de los tributos y cargas públicas.

Para Oelckers Camus<sup>97</sup> el sacrificio especial significa que la carga en principio pública pasa de ser general a especial o individual, situación que supone además un daño efectivo, evaluable económicamente y por lo tanto, resarcible. Esta teoría entonces, sirve de fundamento para actuaciones administrativas conforme a derecho.

---

<sup>97</sup> Oelckers Camus, O. Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 11 (1987).

Esta postura es propuesta como una solución al problema de las regulaciones expropiatorias por Aldunate Lizana<sup>98</sup>.

*De este modo, en el caso de regulaciones que afectando de manera manifiestamente injusta o desproporcionada la propiedad no dispongan la correspondiente indemnización, no estamos ante una inconstitucionalidad de la regulación por lesión al derecho de propiedad en virtud del art. 19 N° 24, sino por lesión al principio de igualdad ante las cargas públicas vía art. 19 N° 20. Esta solución permite al legislador fijar las reglas generales de la compensación, las que serán suficientes en cuanto cancelen el carácter manifiesto que tenga lo injusto o desproporcionado del efecto regulatorio (pudiendo subsistir en términos meramente desproporcionados o injustos); igualmente, le permite remitir el examen de la procedencia y la evaluación de la indemnización al juez de la instancia, en cuanto constate efectivamente un efecto particularmente gravoso al patrimonio de un particular*

---

<sup>98</sup> Aldunate Lizana, Eduardo. (2006). Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad. Revista chilena de derecho,33(2), 285-303.

En definitiva, en opinión de Aldunate Lizana, esta teoría permite mantener la constitucionalidad de la regulación en caso de comprobarse una desigualdad injustificada, como también, ordena los argumentos del juez en el siguiente sentido: si en la teoría de la regulación expropiatoria el criterio de magnitud se encuentra como un razonamiento jurídico, en la teoría de las cargas públicas la desigualdad injustificada se encuentra como un hecho a verificarse en juicio.

El origen de esta teoría en relación a las regulaciones expropiatorias la encontramos en la jurisprudencia de los Estados Unidos, en los que se falló *“when the owner of real property has been called upon to sacrifice all economically beneficial uses in the name of the common good, that is, to leave his property economically idle, he has suffered a taking”*<sup>99</sup>

Uno de los primeros casos en los que la teoría del sacrificio especial toma forma, es en el renombradísimo “Galletué con Fisco”, Casación en el fondo, Rol n° 16743-84.

---

<sup>99</sup> Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S. 1003, 1992. Disponible en [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/1003/case.html>]

En el fallo de la Corte Suprema, se construyen interesantísimos análisis para conceder una indemnización a la Comunidad Galletué. En su considerando séptimo, por ejemplo, se indica que el artículo 19 N° 24 nada dice respecto a la procedencia de una indemnización por limitaciones al dominio, por lo que una sentencia que así lo declare no sería inconstitucional y, en su considerando duodécimo, declara que es de equidad la procedencia de la indemnización, haciendo comparación con las requisiciones en estado de excepción que dan lugar a una indemnización.

Ahora bien, esa razón de equidad se funda precisamente en que la actuación lícita de la administración había hecho cargar sobre los hombros del privado la regulación del caso.

Mismo criterio se observa en el fallo Rodríguez Guaita con S.A.G., en el cual se declara procedente la indemnización por una actividad lícita del Estado, medidas de control de la fiebre aftosa que provocaron un detrimento en la capacidad talajera del fundo de los demandantes, bajo el mismo criterio de atribución.<sup>100</sup>

---

<sup>100</sup> C.S. rol 4.303-1992.

Luego, la Corte de Apelaciones de Santiago ratificó la doctrina surgida desde Galletué con Fisco en sentencia rol 6828-1999, exponiendo en lo medular que:

*“(...) permite que la víctima de un daño causado en 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. Este punto de vista, ampliamente desarrollado en países europeos de sólida tradición iusadministrativista, sirve de base a la llamada, en derecho francés, responsabilidad sin falta que exige para su configuración la existencia de un daño anormal, especial y grave.”*

Sin embargo, la Corte Suprema fallando la casación en el fondo interpuesta por los demandantes declaró que la indemnización por actos legítimos de la Administración que concreten la función social del derecho de propiedad no es procedente, como tampoco la aplicación por analogía de otras formas de privación del dominio, pues ahí es la ley y no las normas generales de la

responsabilidad extracontractual las que imponen el resarcimiento, situación que se calificó en la doctrina como el ocaso del precedente Galletué, caracterizándolo como uno de alto costo para las políticas públicas<sup>101</sup>.

Quintanilla explica que la gran falencia de la teoría del quebrantamiento de las cargas públicas es no considerar dentro del juicio de imputación el requisito de la antijuricidad. A juicio de este autor, la teoría de las cargas públicas desplaza la ilicitud a la posición injusta de la víctima, confundiendo la antijuricidad de la conducta con el daño consecuencial. Entonces, tan sólo por haber lesión, el perjuicio sería antijurídico si el administrado no está obligado a soportarlo en virtud de alguna causal de justificación.<sup>102</sup>

Fermandois<sup>103</sup>, comentando la sentencia de la Corte Suprema, en causa Rol N° 4309-2002, respecto al caso conocido como “Inmobiliaria Maullín con Fisco”, señala que las regulaciones propietarias deben tener en cuenta entre

---

<sup>101</sup> Quintanilla López, A. “Corte Suprema Caso Lolco: no hay responsabilidad estatal por actos lícitos. El ocaso de la doctrina Galletué”, en Revista de derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 12, 2004. p. 7

<sup>102</sup> Íbidem.

<sup>103</sup> Fermandois Vöhringer. Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inaplicabilidad de la expropiación regulatoria en Chile. En Sentencias Destacadas, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, mayo 2005

otras cosas, la igualdad en la imposición de cargas, dando por sentado que cada limitación es en sí una carga pública en el sentido constitucional<sup>104</sup>.

Resulta pertinente anotar que, la desigualdad en las cargas públicas se ha asumido semánticamente como “expropiación indirecta” sobre todo ante tribunales internacionales de arbitraje. La expresión es algo confusa, con el foco en el afectado y no en el resultado, pues se trata de conceptos ya definidos en doctrina jurídica y, con un sentido y alcance distintos. Se trata por lo tanto, de un concepto sustancialmente distinto al de expropiación.

Sin embargo, supera la teoría de la desigualdad de las cargas públicas, en el sentido de precisar mejor cuándo se entiende que existe una situación indemnizable por la limitación a la propiedad.

En suma, se le critica a la teoría de las cargas públicas la equivalencia entre daño y antijuricidad y, la ausencia de un criterio jurídico para determinar cuándo la carga es desproporcionadamente injusta.

En el caso *Metaclad v. México* del CIADI<sup>105</sup> se falló;

---

<sup>104</sup> Considerando décimo y, sexto de la disidencia.

*“Por lo tanto, la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.” (subrayado son nuestros).*

En el Tratado de libre Comercio celebrado entre Chile y Colombia se utiliza una fórmula similar, según cuanto establece el Anexo 9-C:

*“1. Un acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.*

---

<sup>105</sup> Metalclad v. México, considerando 103, disponible en [<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf>] al 20 de Noviembre de 2014.



*“2. El Artículo 9.10 aborda dos situaciones: La primera es la expropiación directa, donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.*

*“3. La segunda situación abordada por el artículo 9.10 es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.*

*“(a) La determinación acerca de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere de una investigación fáctica, caso a caso, que considere entre otros factores:*

*“(i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre Expropiaciones indirectas. el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;*

*“(ii) el grado en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y*

*“(iii) el carácter de la acción gubernamental.*

*“(b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público”*

La situación de la “expropiación indirecta” –concepto a final de cuentas sinónimo de “regulación expropiatoria”- se encuentra entonces definida dentro del ordenamiento jurídico nacional respecto de los más variados tratados bilaterales de inversión. Para efectos de evitar una conducta abusiva de litigios, el modelo de los Estados Unidos señala;

*“Anexo B.4 (b) excepto en circunstancias extrañas, las acciones reguladoras no discriminatorias por una Parte que se diseñan y se aplican para proteger objetivos públicos legítimos de*

*bienestar, tales como salud pública, seguridad y el medio ambiente no constituyen expropiaciones indirectas”<sup>106</sup>*

Ahora bien, la fórmula de expropiación indirecta expuesta en Metalclad v. México y seguida y ampliada en el TLC E.E.U.U.-Chile encuentra su contrapunto en la jurisprudencia del CIADI en el caso Santa Elena v. Costa Rica, en el que se resuelve;

*“A deprivation or taking of property may occur under international law through interference by a state in the use of that property or with the enjoyment of its benefits, even where legal title to the property is not affected. While assumption of control over property by a government does not automatically and immediately justify a conclusion that the property has been taken by the government, thus requiring compensation under international law, such a conclusion is warranted whenever events demonstrate that the owner was deprived of fundamental rights of ownership and it appears that this deprivation is not*

---

<sup>106</sup> Marquez, Expropriation and Regulation: Foreign Investment, Treaties and Police Powers (June 1, 2007). International Law (Indexada), No. 10, 2008. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1300652>

*merely ephemeral. The intent of the government is less important than the effects of the measures on the owner, and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact.*”<sup>107</sup>

Las sentencias citadas tienen una diferencia conceptual y otro punto en común.

En primer lugar, en Metalclad se amplía el concepto de expropiación mediante la noción de “interferencia disimulada”. En cambio, en Santa Elena, se sigue una idea tradicional de expropiación indirecta, esto es cuando se priva al propietario del título, posesión o acceso a beneficios y uso económico de su propiedad.

Este concepto de interferencia disimulada es acogido bajo la teoría de las cargas públicas en la doctrina extranjera bajo el nombre de “creeping regulations”, concepto que se explica en detalle en Middle East Cement v. Egipto;

---

<sup>107</sup> *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica, Award*, ICSID Case No. ARB/96/1 Disponible en [<http://www.italaw.com/other-investment-cases>]

*“As also Respondent concedes that, at least for a period of 4 months, Claimant was deprived, by the Decree, of rights it had been granted under the License, there is no dispute between the Parties that, in principle, a taking did take place. When measures are taken by a State the effect of which is to deprive the investor of the use and benefit of his investment even though he may retain nominal ownership of the respective rights being the investment, the measures are often referred to as a “creeping” or “indirect” expropriation or, as in the BIT, as measures “the effect of which is tantamount to expropriation.” As a matter of fact, the investor is deprived by such measures of parts of the value of his investment. This is the case here, and, therefore, it is the Tribunal's view that such a taking amounted to an expropriation within the meaning of Art. 4 of the BIT and that, accordingly, Respondent is liable to pay compensation therefor. In order to determine the amount of such compensation, the Tribunal has to determine the "market value" of the investment affected.”*

Criterio que se repite en Tradex Hellas v. Albania,

*“(...) it might still be possible that, and the Tribunal, therefore, has to examine and evaluate hereafter whether the combination of the decisions and events can be qualified as expropriation of Tradex’ foreign investment in a long, step-by-step process by Albania”*<sup>108</sup>

Si bien este concepto de “creeping regulations” todavía no se afianza en Chile, el concepto si tiene influencia dentro del derecho internacional privado, como comentan Gelerstein Waisbein y Portales Undurraga<sup>109</sup>;

*“Estimamos pertinente señalar que, en el caso MTS Equity v Chile, el Comité de Inversiones Extranjeras autorizó una inversión que no era viable de acuerdo al Plano Regulador Metropolitano de Santiago. Acá los distintos organismos públicos que interactuaron con los inversionistas, generaron expectativas que fueron frustradas por el órgano competente para otorgar el permiso que permitía el desarrollo del proyecto*

---

<sup>108</sup> Tradex Hellas SA v Republic of Albani. Párrafo 191. Disponible en [<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0871.pdf>].

<sup>109</sup> Gelerstein Waisben, A. y Portales Undurraga, C. Estándar de protección de la inversión extranjera : tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial de las cláusulas de expropiación y trato justo y equitativo. Disponible en <http://www.tesis.uchile.cl/handle/2250/112836>, 2012.

*mismo. Es importante recalcar, que nuestro país no fue condenado por expropiación, sin embargo, este tipo de actuaciones descoordinadas por parte del Estado podrían perfectamente conducir a una reclamación de expropiación constructiva por parte del inversionista extranjero.”*

Por último, la teoría de la confianza legítima, la cual consiste según Fernandois Vöhringer<sup>110</sup> en un cambio en las reglas del juego tal que se produce un daño, con nexo causal a un cuadro de confianza, creado por actos estatales regulares y conformes a derecho mediante los que se convocó a los particulares a determinadas tareas y funciones.

En palabras de Bermúdez Soto, de este principio se entiende que existirá una permanencia en la regulación y aplicación el ordenamiento jurídico, situación que obliga al juez a amparar al ciudadano frente a la Administración Pública para que ésta siga actuando de la misma manera bajo circunstancias similares. Según este autor, el principio de confianza

---

<sup>110</sup> Fernandois, Arturo. Indemnizabilidad de las limitaciones a la propiedad: cuatro teorías constitucionales. Op. cit.

legítima se deduce desde los principios constitucionales de Estado de Derecho (arts. 5, 6 y 7 CPR) y de seguridad jurídica (art. 19 N° 26 CPR).<sup>111</sup>

Se trata entonces de la imposición de un sacrificio especial indemnizable cuando establece de manera sorpresiva e imprevisible una regulación que frustra las inversiones efectuadas anteriormente por algunos ciudadanos al amparo de una situación jurídica en cuyo mantenimiento podían razonablemente confiar. Nótese la diferencia con *MTS Equity v. Chile*, donde lo relevante fue que Chile se habría comprometido a facilitar la inversión, obligación en la cual se comprendía el cambio pertinente en el plan regulador de Santiago.

Como conclusión al presente capítulo, podemos indicar que las teorías expuestas y sus variantes se encuentran todas agrupadas en la doctrina nacional bajo el rótulo de “regulación expropiatoria”, situación que de alguna manera también se da en la jurisprudencia extranjera, en tanto las cuatro de ellas vienen a colaborar en la temática de fondo que es precisamente la indemnizabilidad de las limitaciones a la propiedad.

---

<sup>111</sup> Bermúdez Soto, Jorge. El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria. *Revista de derecho (Valdivia)*, 18(2), 83-105. Recuperado en 23 de diciembre de 2014, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502005000200004&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004&lng=es&tlng=es). 10.4067/S0718-09502005000200004. 2005.



En este sentido, importa destacar el avance que existe en nuestro país a través del derecho internacional, desarrollo que bien puede ser trasladado a las situaciones acaecidas en el plano interno. En efecto, vemos condensadas las formulaciones teóricas recién expuestas en el Anexo 9-C del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, que concreta una larga jurisprudencia de dicho país respecto al tema.

## **Capítulo 10**

### **Facultades reguladoras municipales y plan regulador comunal.**

Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, caracterizadas por gozar de distintas potestades para su administración, entre ellas, la elaboración de un plan regulador comunal armónico con las planificaciones urbanas regionales y nacionales según la normativa vigente y aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización, en la forma que determinen las leyes, sujetándose a las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo.

Dentro de ellas, existirá una unidad denominada Dirección de Obras Municipales (DOM en adelante) que vela por el cumplimiento de las disposiciones de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC en adelante), el Plan Regulador Comunal (PRC en adelante) y ordenanzas, gozando de atribuciones para aprobar fusiones, subdivisiones, modificaciones y deslindes de predios y la aprobación de proyectos y obras de construcción, fiscalizando la ejecución de las mismas, hasta su recepción final.

Estas mismas atribuciones se reiteran en el la LGUC, en su artículo 9° que dispone que serán funciones del Director de Obras, estudiar antecedentes, dar permisos de ejecución de obras, conocer de reclamos durante ellas y dar recepción final, según la normativa vigente, como también dirigir las construcciones municipales todas.

El PRC es un instrumento de planificación territorial que es propuesto, analizado, debatido y aprobado en el Municipio y luego, analizado, debatido, aprobado y promulgado en el nivel regional, y que cuenta con instancias de participación, información y revisión técnica.

Su modificación debe atenerse al procedimiento previsto en el artículo 43 LGUC, que ordena informar a los vecinos, en especial a los afectados, realizar una o más audiencias públicas en sectores más afectados, consultar la opinión del Consejo Económico-Social comunal, exponer el proyecto a la comunidad para luego convocar a una nueva audiencia pública y una nueva sesión del Consejo Económico-Social comunal, para por último, proponerlo al Consejo Comunal en conjunto con las observaciones fundadas por interesados y al PRC original.

Luego la modificación se remite a la Secretaría Regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, para un informe técnico. Luego debe ser aprobada por el Consejo Regional y promulgada por el Intendente.

Estas características permiten entonces calificar al PRC como una norma de génesis abierta, formalmente transparente, pluripersonal, basada en la discusión controversial y sometida a contrapesos.<sup>112</sup>

A juicio del Tribunal Constitucional, las demandas de seguridad y flexibilidad en la planificación territorial imponen reservar a la Administración un amplio *ius variandi*, sometido, por cierto, a los controles constitucionales, legales y reglamentarios que cautelan su ejercicio conforme al interés público.<sup>113</sup>

Estas características de los PRC y su relevancia como instrumento mediante el cual se concreta el derecho de propiedad, como también la libertad de empresa y el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación.

---

<sup>112</sup> Fernandois Vöhringer, Arturo. Derecho Constitucional Económico. Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001.

<sup>113</sup> Tribunal constitucional, rol 2644-2014, considerando vigésimoprimer.

En síntesis, hablamos de una norma en que se balancean múltiples intereses sociales, por lo tanto es de principal interés para efectos de examinar la institución de las regulaciones expropiatorias.

Con respecto a los permisos de edificación, se dispone en la LGUC la obligación para el DOM de otorgar permisos de edificación sólo si se cumple con los requisitos legales, sujetando su discrecionalidad a una densa capa normativa compuesto por los planes reguladores en general, ordenanzas y demás regulaciones técnicas.

Sin embargo, una situación excepcional consiste en la situación denominada “congelamiento del permiso”. En esa norma se establece que los permisos de subdivisión, loteo o urbanización predial y de construcciones podrán postergarse hasta por un plazo de tres meses, cuando el sector de ubicación del terreno esté afectado por estudios sobre modificaciones del Plan Regulador Intercomunal o Comunal, aprobados por resolución del alcalde, e incluso, podrá prorrogarse hasta doce meses.

Esta norma tiene como fundamento evitar especulaciones inmobiliarias sobre sectores afectos a las modificaciones del PRI o PRC. De esta manera,

se permite la estabilidad y armonía del futuro PRC con los últimos permisos concedidos.

La prórroga del permiso (su “congelamiento”) es importante en tanto la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción (OGUC en adelante) prescribe en su artículo 1.1.2 que los anteproyectos, una vez aprobados, mantienen vigentes todas las condiciones urbanísticas del Instrumento de Planificación respectivo y de la OGUC con que se hubiere aprobado, para efectos de la obtención del permiso correspondiente.

En conclusión, el DOM podría verse obligado a soportar el otorgamiento de un permiso no armónico en relación al PRC vigente.

El tema de los congelamientos de permisos debe iniciarse analizando el artículo 59 de la LGUC, que dispone una declaratoria de utilidad pública sobre los terrenos en consultados en Plan Regulador destinados al uso público.

El presente artículo ha sido objeto de reformas a causa de su calidad de servir como título de una intervención muy intensa en el derecho de propiedad de los dueños de inmuebles.

La primera de ellas, la Ley 19.939 tenía como fundamento que las declaratorias de utilidad pública siempre representaban una carga o gravamen para los propietarios de los predios en que una parte de este quedaba afectada por el respectivo Plan Regulador, sin recibir compensación por dicha imposición. Sin embargo, en la historia de la ley de la última reforma del tema, ley 20791, se indica que;

*“Esto ocurre porque los Planes Reguladores, cuando se formulan o se modifican, prácticamente nunca afectan terrenos para utilidad pública como una acción individual, sino que lo realizan al mismo tiempo que otorgan nuevas normas urbanísticas a los mismos terrenos, reglas que permiten a su propietario disponer de su bien raíz de forma más amplia y diversa que antes de la formulación o modificación del Plan. Allí donde había un terreno sin afectación, en el que se podía construir o ampliar una vivienda, ahora, junto con la afectación, se puede levantar un edificio o una construcción comercial.”<sup>114</sup>*

---

<sup>114</sup> Mensaje del ejecutivo, historia de la Ley 20791.

Luego, en relación a los plazos de caducidad que la LGUC prescribía mediante la reforma de la Ley 19.939 y, que una vez vencidos obligaban a la expropiación, se indica;

*“El supuesto de que habría que expropiar, en los breves plazos que estableció la ley, todos los terrenos afectos a utilidad pública de todas las ciudades chilenas es muy difícil de practicar.”<sup>115</sup>*

Por lo tanto, el conflicto a resolver mediante la ley 20.791 consiste en el correcto equilibrio entre la planificación urbana y los derechos de los propietarios afectados total o parcialmente por una declaratoria de utilidad pública en conformidad al artículo 59 de la LGUC.

En relación al *ius aedificandi* este se ve limitado en los siguientes sentidos:

1) Si existe una construcción, entonces no puede aumentarse el volumen construido salvo caso fortuito, viviendas hasta dos pisos de altura y los casos del artículo 62 LGUC, esto es, aumentos de volumen que tengan por objeto mitigar impactos ambientales y mejoramiento en la calidad arquitectónica. 2) Si no existe construcción, únicamente podrán levantarse

---

<sup>115</sup> Historia de la Ley, op. cit.



viviendas de hasta dos pisos, pudiendo desarrollar actividades de pequeño comercio y talleres artesanales, según los términos del artículo 162 LGUC.

3) De forma excepcional, las DOM podrán pedir autorización al municipio para permitir alteraciones en las construcciones, siempre que el propietario renuncie por escritura pública a toda indemnización o pago por dichas mejoras u obras, es decir, no se comprenderán en la compensación indemnizatoria de la futura expropiación.

Recordemos que respecto al *ius aedificandi* la doctrina y jurisprudencia se encuentran en franca división en relación a si constituye o no un elemento esencial del derecho de propiedad. Mientras el artículo 925 del Código Civil lo impone como una de las formas de probar la posesión, algunos autores han conceptuado al *ius aedificandi* dentro del derecho de propiedad mientras que otros se han limitado a destacar la ejecución de esta prerrogativa demanial queda por completo configurada por el legislador a través de la planificación urbana.<sup>116</sup>

Por otra parte, en caso de expropiación parcial se imputa el mayor valor de la parte no expropiada a la eventual indemnización, situación que

---

<sup>116</sup> Ver considerandos 9, 10y 11, voto de disidencia Tribunal Constitucional 2299-2012.

seguramente en la práctica comprenderá también el aumento por menor valor del terreno expropiado.

Por último, mientras dure la declaratoria, el propietario podrá eximirse del pago de contribuciones.

El gran problema de constitucionalidad que enfrenta esta norma, es la privación temporal de las prerrogativas del dominio, como el *ius aedificandi*.

En jurisprudencia reciente, la Corte de Apelaciones de Rancagua señaló:

*“Que la facultad en comento restringe gravemente las facultades inherentes al dominio de los predios ubicados en la zona afectada, y corresponde a un régimen excepcional por lo que los requisitos que la Ley impone para decretar la medida deben ser interpretados restrictivamente.”<sup>117</sup>*

---

<sup>117</sup> Sentencia reclamo de ilegalidad rol 778-2014, Corte de Apelaciones de Rancagua, considerando tercero.

En este sentido, Fernandois Vöhringer<sup>118</sup> como también Lautaro Ríos en representación de los reclamantes en la jurisprudencia recién citada, entenderían que la norma sería inconstitucional. No existen pronunciamientos al respecto, pero la mayoría de la jurisprudencia la entiende como una potestad pública cuyo ejercicio es legítimo.

Otra afectación al derecho de propiedad se encuentra en el artículo 62 LGUC. Este es denominado por Fernandois Vöhringer<sup>119</sup> como “congelamiento genérico” y alude a la prohibición de aumentar el volumen de construcciones autorizado por el plan regulador para dicho uso de suelo.

En primer lugar, analizaremos el artículo 62 en su inciso primero, atendida la discusión constitucional en relación a su inciso segundo en el rol 2684-2012, recurso de inaplicabilidad.

Este inciso primero ha sido objeto de múltiples reclamos administrativos, en tanto las Municipalidades lo arguyen para efectos de negar patentes comerciales para actividades cuyo desarrollo no estarían permitidas bajo el

---

<sup>118</sup> Fernandois Vöhringer, op. cit.

<sup>119</sup> Fernandois Vöhringer, Arturo. Derecho de Propiedad y Postergaciones de Permisos Urbanísticos. *Revista chilena de derecho*, 34(2), 319-343. Recuperado en 26 de diciembre de 2014, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372007000200006&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-34372007000200006](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000200006&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-34372007000200006). 2007

nuevo PRC. Todo lo anterior, en coherencia con el artículo 58 de la LGUC que dispone en su inciso primero que el otorgamiento de patentes municipales será concordante con el uso de suelo de los PRC.

Creemos además, que influye como incentivo a negar la patente, el hecho de que otorgada que fuera ésta vulnerando el PRC, entonces se configure una causal de destitución funcionaria. Luego el funcionario municipal se protege al negar patentes en casos de incerteza sobre el PRC.

En dictamen N° 11989-2007 la Contraloría General de la República se pronunció al respecto señalando que el congelamiento de terrenos solamente ha quedado circunscrito a la prohibición del aumento de volumen de construcción, dejando abierta la posibilidad de otorgar en dichos terrenos patente comercial a una tercera persona. En base a este dictamen la División de Desarrollo Urbano adecuó sus criterios mediante la circular ordinaria N°1073.

Mismo sentido contiene el dictamen N° 57199 de 2009, que en lo pertinente aclara que si la actividad que se pretende desarrollar en el local comercial de que se trata -ya sea por el propietario del establecimiento o por terceras personas- está conforme con el uso de suelo que estaba permitido para ese

sector con anterioridad a la modificación del instrumento de planificación respectivo, el municipio se encuentra en la obligación de otorgar las patentes comerciales solicitadas, siempre que se cumplan, por cierto, los demás requisitos legales pertinentes.

Sin embargo, cabe aclarar que tal precepto beneficia a quienes se encontraban ejerciendo la actividad respectiva al amparo de una patente, permitiéndoles seguir desarrollándola, no obstante la modificación al PRC.

En relación al inciso segundo, este guarda relación con el estatuto jurídico que rige los permisos y autorizaciones que amparan el ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica. Dispone lo siguiente:

*“Las industrias mal ubicadas, que causen molestias o daños al vecindario, deberán trasladarse dentro del plazo que les señale la Municipalidad, previo informe del Departamento de Higiene Ambiental del Servicio Nacional de Salud y de la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Este plazo no será inferior a un año.*

El Tribunal Constitucional ha fallado en el sentido de que la disposición recién citada no priva del derecho a desarrollar una actividad económica, a menos que el único lugar donde sea posible realizarla sea aquel en que el nuevo instrumento de planificación territorial vigente la prohíbe y, que no pueda evitarse la generación de molestia o daño al vecindario.<sup>120</sup>

Actualmente existe un recurso pendiente ante el Tribunal Constitucional, en el cual la industria Curtidos BAS quedó en un terreno congelado mediante la dictación del PRC de la Ilustre Municipalidad de San Joaquín.<sup>121</sup>

Dicha situación, en un principio, no afectaba negativamente a la empresa, como se manifiesta en la jurisprudencia administrativa recién citada. Sin embargo, el Alcalde de la comuna decretó el traslado de las instalaciones de la industria en menos de un año, en uso de las facultades que le confieren el inciso segundo del artículo 62 LGUC.

El mentado artículo dispone, en su inciso segundo que las industrias mal ubicadas – las cuyo uso no se conformare al PRC- deberán trasladarse en un plazo no inferior a un año en caso de que causen molestias o daños al

---

<sup>120</sup> Tribunal constitucional, rol 2644-2014 considerando trigésimotercero.

<sup>121</sup> Tribunal constitucional, rol 2684-2014.

vecindario, previo informe del Departamento de Higiene Ambiental del Servicio Nacional de Salud y de la Secretaria Regional del Ministerio de Vivienda.

Al respecto, podemos aclarar que el concepto “mal ubicada” debe entenderse referida a una industria que luego de la modificación del PRC, no se ajusta a la planificación territorial vigente. Por otra parte, la expresión “cause molestias” debe entenderse como una perturbación sensible y objetiva en la vida, salud o propiedad de quienes habitan en la proximidad de la industria mal ubicada y que resulta de su actividad productiva. Por último, el daño debe entenderse como una lesión o privación de derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento jurídico a los habitantes del vecindario.

Al momento de fundar su recurso, la requirente se apoya en nuestra tríada de garantías constitucionales que dan sustento a las regulaciones expropiatorias, esto es 19 N° 20, 24 y 26 (propiedad, cargas públicas, contenido esencial), señalando por consiguiente que la potestad en análisis supone una restricción que desnaturaliza el ejercicio del derecho de propiedad en cuestión. En particular, se alega que la medida del inciso

segundo del artículo 62 LGUC es de una intensidad tal que viene en coartar la libertad económica, pidiendo también se declare inconstitucional el plazo máximo de un año.

Alegan además, que desde un punto de vista concreto, la potestad del artículo 62 inciso segundo de la LGUC no se corresponde con alguna forma constitucional de privación del dominio. Siguiendo la opinión jurídica del profesor Bocksang<sup>122</sup>, lo más cercano parece ser una sanción administrativa, en tanto la norma supone una certeza sobre el daño o molestia que genera la industria.

Esta sanción administrativa, por cierto severa, tendría o una naturaleza reparatoria o bien, una finalidad represora, pues incide en las facultades de disposición del propietario de la industria mal ubicada, pero al mismo tiempo, su existencia se justifica en razón de los propietarios vecinos. Según la opinión jurídica, tanto en uno como en otro caso, existiría una desproporción.

---

<sup>122</sup> Bocksang, Gabriel. De la Constitucionalidad de la aplicación del artículo 62 LGUC en la causa rol 2684-2014-INA.



En opinión de los autores, la medida se condice antes con una naturaleza reparatoria que represora, ya que la justificación del ejercicio de dicha potestad se encuentra en la cautela de los derechos de propiedad y de vivir en un medio ambiente libre de contaminación de los vecinos.

Desde esta perspectiva, el inciso segundo del artículo 62 viene en realidad a prohibir ciertas formas de uso y goce de la industria mal ubicada que generan externalidades negativas en el vecindario.

Disentimos en todo caso, cuando descarta el profesor Bocksang la posibilidad de considerarla sanción administrativa por no “hallarse (los castigos) pormenorizados en la disposición”.

La norma evidencia supuestos objetivos para disponer el traslado o retiro de la industria mal ubicada , esto es informes de la Secretaría Regional del Ministerio de Salud y de la Secretaría Regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

La disposición en comento adolece en nuestra opinión de vicios mucho más evidentes que una naturaleza jurídica incomprensible, como intenta plantearlo el profesor Bocksang.

La redacción imperativa del inciso segundo en comento obliga a la Municipalidad a fijar un plazo no inferior a un año para el traslado, en el caso de 1) existir congelamiento por no corresponder el terreno al PRC vigente 2) Causar daños o molestias a vecindario 2) Informes del Departamento de higiene Ambiental del Servicio Nacional de Salud y de la Secretaría Regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

En conclusión, la conducta típica se encuentra con el concepto indeterminado de daño o molestia – la pregunta para el Derecho es determinar qué nivel de daño o molestia se deben aguantar y cuáles no – vacío que es llenado unilateralmente por la Administración a través de informes, obligando de esta manera a la Municipalidad a conferir o no el plazo para el traslado.

En relación a estos informes previos al decreto del traslado, puede comentarse que juzgan y aprecian la situación bajo parámetros técnicos. En definitiva, no bastaría que declararan la existencia de daño o molestias, más bien habrían de pormenorizarlas y, bajo esa formalidad, otorgar audiencia a la industria para efectos de su defensa e, incentivar la reparación y eliminación de la conducta nociva.

Por último, es evidente que la norma en comento es desproporcionada, en tanto que el bien jurídico que cautela puede lograrse adoptando medidas de otra índole, siendo definitivamente el traslado la más intensa del abanico de soluciones posibles.

Sería óptima una audiencia para el afectado, con objeto de que presente dentro de plazo razonable un plan de contingencia, contemplando además la facultad de suspender las actividades en caso de ser necesario.

Tomando en consideración el test contenido en el Anexo 9-C del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, es fácil observar que; el impacto económico en el regulado es altísimo, la confianza legítima en la regulación juega en contra del afectado (toda vez que su terreno se encontraba con permisos congelados), el carácter de la acción gubernamental es el de una sanción, como se explicó recién- y, el fin público es la protección de la salud y el medio ambiente del vecindario.

En relación a los test aplicados por el Tribunal Constitucional, podemos constatar que; existe una privación fuerte al derecho de propiedad en relación al terreno afectado por el PRC, la norma no supone una carga pública en tanto no afecta especialmente a un propietario con una carga real

(todos debemos no dañar ni molestar al vecindario, hasta cierto punto) pero sí es una medida desproporcionada, como se explicó párrafos atrás, que viene en privar sin indemnización alguna un derecho de propiedad como el que se dice “congelado” en atención al inciso primero del artículo 62 LGUC, esto es, construir y desarrollar actividades según el PRC vigente en su oportunidad.

Mismas consideraciones jurídicas pueden realizarse para el caso contenido en el artículo 160 LGUC que dispone;

*“En el caso de establecimientos industriales o locales de almacenamiento, expuestos a peligro de explosión o de incendio, y los que produjeran emanaciones dañinas o desagradables, ruidos, trepidaciones u otras molestias al vecindario, la Municipalidad fijará, previo informe de la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo y del Servicio Nacional de Salud, el plazo dentro del cual deberán retirarse del sector en que estuvieren establecidos. Dicho plazo no podrá ser inferior a un año, contado desde la fecha de la notificación de la resolución respectiva.”*

Finalmente, el último tipo de congelamiento urbanístico se encuentra en el artículo 117 de la LGUC. Este es el último “congelamiento” dentro de la normativa urbanística nacional. Fernandois Vöhringer opina;

*“El fundamento original de estas postergaciones o congelamientos es evitar las especulaciones inmobiliarias sobre sectores de una comuna cuyas normas urbanísticas serán afectadas por una inminente modificación al Plan Regulador Comunal. El legislador ha querido evitar que, ante tal inminente modificación, se obtengan permisos de última hora que resten armonía a las modificaciones urbanísticas a aplicarse.”<sup>123</sup>*

Lo anterior se logra congelando el permiso hasta por un plazo de tres meses, cuando el sector de ubicación del terreno esté afectado por estudios sobre modificaciones del PRC, previo informe favorable de la Secretaría regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Una segunda prórroga, hasta por doce meses y mediante decreto supremo desde el ejecutivo, en caso

---

<sup>123</sup> Fernandois Vöhringer, Artu

ro. Derecho de Propiedad y Postergaciones de Permisos Urbanísticos. *Revista chilena de derecho*, 34(2), 319-343, op. cit.

necesario. En este sentido se pronunció el Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo de un recurso de ilegalidad;

*“De la norma infrascrita, en relación con los cuestionamientos de que trata el reclamo, se colige que por una parte, la procedencia de la postergación de permisos supone que en la comuna respectiva exista un Plan Regulador Intercomunal o Comunal y, por otra parte, que el sector de ubicación del terreno respectivo esté afectado por estudios sobre modificaciones de ese plan regulador, aprobados por Resolución del Alcalde”.*<sup>124</sup>

Además, se estima que esta prórroga debe solicitarse por el Alcalde, dentro del plazo original y, en coherencia territorial, es decir estrictamente las zonas territoriales en que el plan regulador será modificado y, sin posibilidad de ampliar los plazos mediante superposiciones de áreas<sup>125</sup>.

La Corte Suprema ha determinado que el decreto que dicta el acto administrativo por el cual se dispone el inicio de los estudios de la modificación de la planificación urbanística, crea la situación jurídica

---

<sup>124</sup> Recurso de protección, rol 472-2012, Corte de Apelaciones de Valparaíso.

<sup>125</sup> Fernandois Vörhinger, op. cit.

objetiva que habilita el ejercicio de la potestad a que se refiere el precepto legal.<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> Casación en el fondo, rol 1484-2013.

## Conclusiones.

La institución de la regulación expropiatoria o expropiación indirecta ha devenido en un tema de vital importancia en tanto, al final de cuentas, viene a determinar el costo económico de implementar una política pública determinada.

En los primeros capítulos de esta tesis, vimos como el concepto de dominio eminente viene ya hace mucho funcionando como fundamento jurídico para la expropiación, justificado en la soberanía estatal sobre el territorio.

Luego, a través del estudio de distintas formas de actividad administrativa, la expropiación, la regulación y el poder de policía, verificamos que actualmente las regulaciones expropiatorias no miran tanto la justificación legal<sup>127</sup> como el grado de afectación que implica la propia regulación en el intervenido.

Esta situación supone un detrimento del elemento antijurídico del análisis, llevando a la institución de las regulaciones expropiatorias a concentrarse en los efectos materiales que debe soportar el administrado.

---

<sup>127</sup> A pesar de que es común alegar vicios de colaboración reglamentaria, dentro de la denominada teoría del contenido esencial.



En caso de que nos encontremos frente a una situación tal que un número reducido de particulares se encuentran en una posición jurídica tal que obstaculizan la concreción de un interés social, la regulación no podría afectar dichos derechos sin pasar derechamente a expropiarlos, pues en los hechos vía la regulación ese sería el resultado para el intervenido. Vimos además que, este resultado puede producirse desde una sola regulación o bien resultar de una pluralidad de ellas.

Se revisaron también aquellas situaciones en las cuales el particular no se encuentra en una posición propietaria que impida la concreción de un interés social, sino que más bien debe sobrellevarla en razón de una actividad económica. En esos casos la regulación no puede quebrantar la igualdad de cargas públicas y por lo tanto debe repararse al intervenido como corresponda.

Si dicha carga se debe sobrellevar en razón de externalidades negativas el asunto se complejiza pues existirían ciertos límites a las cargas que deben soportar otros propietarios en razón de una rentabilidad privada, como es el caso del inciso segundo del artículo 62 LGCU.

Que dichas consideraciones, aplicadas al caso de las potestades municipales en materias de derecho urbanístico, hacen llamar la atención sobre los artículos 62 inciso segundo y 160 LGUC.

Las hipótesis factuales de ambos artículos suponen la existencia de una industria operativa desde antes de la entrada en vigencia del plan regulador comunal, atendido a que mantiene sus derechos adquiridos con el plan regulados antiguo gracias al congelamiento del inciso primero del artículo 62 LGUC<sup>128</sup>. De esta manera, no puede imputársele un reproche jurídico en dicho sentido.

El cambio en el plan regulador sin embargo supone una amenaza para la industria en tanto es previsible la construcción de viviendas habitacionales, los cuales naturalmente se verían en la situación de soportar las “externalidades negativas” que provoca el funcionamiento de dicha industria.

En definitiva, existe un plazo prudente pero factual en la cual el industrial debe asumir costos derivados de los cambios en el PRC. El vencimiento de

---

<sup>128</sup> El cual de todas maneras implica una intervención en el ius edificandi del propietario.

este plazo se verifica una vez evacuados dos informes administrativos emanados del Servicio Nacional de Salud y de la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo

Se afirmó que este actuar municipal corresponde a la concreción de una sanción orientada a reparar el daño que la industria mal ubicada hace soportar a los vecinos. Esto se refuerza si se considera la ausencia de una conducta antijurídica del industrial que, jamás se ha puesto contra la normativa urbanística, antes ha sido ésta la que debido a su dinámica lo ha marginado en función de un interés social. Lo cierto es que desde que ocurre el hecho fundado en el interés social – el cambio en el PRC- hasta que se aplique fundadamente el artículo 62 inciso segundo, transcurre tal cantidad de tiempo que hace compleja la operación de relacionar causalmente ambas en la función social, de forma tal que permita al industrial exigir una indemnización.

Lo anterior encuentra fundamento además en la propia negligencia de la industria mal ubicada, quien cuenta con plazo suficiente para tomar las medidas que mejor le convengan para hacer frente a un escenario urbanístico complejo.

Desde el punto de vista de la verificación del menoscabo al vecindario, vimos que aquello quedaba a cargo de organismos administrativos. En este acápite, concluimos que existen problemas para determinar que daños deben ser aceptados y cuáles no por los vecinos. Hacemos nuestra la opinión del voto disidente en la sentencia del caso “Molinera del Norte”<sup>129</sup>, ya citada, que señala:

*“Por otro lado, el marco normativo aplicable no especifica cuál debe ser el estándar de tolerabilidad de las molestias que, yendo más allá de aquellas situaciones connaturales a la convivencia en una misma zona de una industria con un vecindario residencial, permita la adopción de una medida tan altamente gravosa. Incluso más, el marco legal y reglamentario aplicable no indica el procedimiento administrativo ni los criterios técnicos mínimos que deben utilizar los órganos administrativos competentes para emitir el informe al que aluden los preceptos impugnados.”*

---

<sup>129</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2644-2014.

Esta incerteza jurídica es tal, que permite por ejemplo que la misma conducta bajo un PRC antiguo devenga en antijurídica con el vigente. Si la industria antes contaminaba X y ahora, bajo el nuevo PRC contamina X-5 nada impediría considerar legítima la aplicación del artículo 62 inciso segundo LGUC.

Es por ello, que hacemos nuestro el voto disidente en la sentencia recién citada, que en su considerando trigésimo señala;

*Que existirá una privación o expropiación si, como resultado de la acción de quien detenta el poder público (en este caso, el legislador y la municipalidad), el valor económico derivado del uso y goce de la propiedad disminuye de manera significativa. En otras palabras, si la aplicación de la nueva regulación legal de carácter urbanístico imposibilita que la empresa requirente pueda seguir extrayendo de su inmueble la rentabilidad económica que su actual uso le proporciona, no existiendo, comparativamente, un uso alternativo de la propiedad que sea razonablemente viable desde el punto de vista económico, se estaría en presencia de una regulación expropiatoria o*

*expropiación regulatoria. El valor económico del uso alternativo del inmueble en donde está emplazada Molinera del Norte es inmensamente menor que el valor que actualmente representa para la empresa propietaria el funcionamiento de su negocio en dicho inmueble;*

En definitiva, de existir una mayor precisión en los criterios técnicos para determinar la existencia de algún menoscabo en el vecindario, como también un mejor procedimiento administrativo, la normativa en comento podría pasar el test constitucional de las regulaciones expropiatorias.

Tal cual configurada sin embargo, somete al particular a una eventual privación de su derecho de propiedad, gravándolo intensamente, configurándose de esta manera en los hechos una expropiación, lo que constituye el caso típico de regulación expropiatoria.

## **Bibliografía.**

- Mohor Abuauad, Salvador (1989): "Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. XVI: pp. 283-308.
- Aldunate Lizana, Eduardo. (2006). Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad. *Revista chilena de derecho*,33(2), 285-303. Recuperado en 05 de diciembre de 2014, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372006000200005&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000200005&lng=es&tlng=es). 10.4067/S0718-34372006000200005.
- Aldunate Lizana, Eduardo, y Fuentes Olmos, Jessica. "El concepto del Derecho de Propiedad en la Jurisprudencia Constitucional Chilena y la Teoría de las Garantías de Instituto", en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XVIII: pp. 195 – 221. 1997.

- Barraguire, J. y Fuentes, X. Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatorias y contractuales. Disponible en [http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/3/40483/P40483.xml&xsl=/drni/tpl/p9f.xsl&base=/celade/tpl/top-bottom\_nta.xslt] al 15 de Diciembre de 2014.
- Bello, Andrés, Derecho Internacional, en: “Obras Completas de -“, T. X, Caracas, Ediciones del Ministerio de Educación, 1954, pág. 82.
- Bermúdez Soto, Jorge. Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (40), 421-447. [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0718-68512013000100013&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-68512013000100013.] al 22 de septiembre de 2014.
- \_\_\_\_\_ . El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad



invalidatoria. *Revista de derecho (Valdivia)*, 18(2), 83-105. Recuperado en 23 de diciembre de 2014, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502005000200004&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004&lng=es&tlng=es). 10.4067/S0718-09502005000200004. 2005.

- Bocksang, Gabriel. De la Constitucionalidad de la aplicación del artículo 62 LGUC en la causa rol 2684-2014-INA. Informe en derecho.
- Carmona Santander, Carlos. Derecho Administrativo. Las intervenciones públicas al dominio, Apuntes de Clases. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, Santiago, 2002.
- Collins Von Hausen, C. y Sabaj Véliz, J.. Derecho de propiedad, limitaciones y expropiación. 2008 Disponible en <http://tesis.uchile.cl/handle/2250/106856>
- Cordero Quinzacara, Eduardo. La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno. *Revista de derecho (Valdivia)*, 19(1), 125-148. Recuperado en 20 de noviembre de 2014, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-)

09502006000100006&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-

09502006000100006. 2006.

\_\_\_\_\_. Sanciones administrativas y mercados regulados. *Revista de derecho (Valdivia)*, 26(1), 119-144.

Recuperado en 11 de diciembre de 2014, de

[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-)

09502013000100006&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-

09502013000100006. 2013

- Delaveau Swett, Rodrigo. La Regulación Expropiatoria en la Experiencia Norteamericana. *Revista chilena de derecho*, 33(3), 411-438. [[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372006000300001&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000300001&lng=es&tlng=es). 10.4067/S0718-34372006000300001.
- Díez-picazo, Luis: Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución, en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, vol. II (Civitas, Madrid, 1991), p. 1263.

- Dodds Berger, Daniel .Concentración de medios y libertad de comunicación : un análisis jurídico-constitucional. Disponible en <http://www.tesis.uchile.cl/handle/2250/111866>. 2011.
- Evans de la Cuadra, Enrique. Los derechos constitucionales, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1986.
- Fernandois, Arturo. Indemnizabilidad de las limitaciones a la propiedad: cuatro teorías constitucionales. Disponible al 20 de noviembre de 2014 en [[http://www.fernandois.cl/publicaciones/arturo-fernandois/derecho-constitucional-economico/2008\\_%20Indemnizabilidad%20de%20las%20Limitaciones%20a%20la%20Propiedad.pdf](http://www.fernandois.cl/publicaciones/arturo-fernandois/derecho-constitucional-economico/2008_%20Indemnizabilidad%20de%20las%20Limitaciones%20a%20la%20Propiedad.pdf)]  
 \_\_\_\_\_. Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inaplicabilidad de la expropiación regulatoria en Chile. En Sentencias Destacadas, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, mayo 2005  
 \_\_\_\_\_. Derecho de Propiedad y Postergaciones de Permisos Urbanísticos. *Revista chilena de derecho*, 34(2), 319-343. Recuperado en 26 de diciembre de 2014, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-)

34372007000200006&lng=es&tlng=es.

10.4067/S0718-

34372007000200006. 2007

\_\_\_\_\_. Derecho Constitucional Económico. Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001.

- García Machmar, W. Ayudas públicas: la subvención en el derecho administrativo. Disponible en <http://tesis.uchile.cl/handle/2250/111387>. 2011.
- Gelerstein Waisben, A. y Portales Undurraga, C. Estándar de protección de la inversión extranjera : tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial de las cláusulas de expropiación y trato justo y equitativo. Disponible en <http://www.tesis.uchile.cl/handle/2250/112836>, 2012.
- Kommers, Donald: The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 2nd. ed., Duke University Press, Durham, 1997. Disponible en Google Books al 20 de Noviembre de 2014.

- Leal Vásquez, Brigitte. La potestad de inspección de la administración del Estado. Disponible en <http://tesis.uchile.cl/handle/2250/115495>, 2014.
- Marquez, Expropriation and Regulation: Foreign Investment, Treaties and Police Powers (June 1, 2007). International Law (Indexada), No. 10, 2008. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1300652>
- Marmolejo, Crispulo (2003): El Problema de las Regulaciones Expropiatorias (Regulatory Takings) y su Implicancia en los Sistemas de Inversión Extranjera (Memoria de Grado de Magíster, Universidad de Chile). Resumen en: Revista Realidad, N° 78.
- Montero Pascual, Juan Jose, La Actividad Administrativa De Regulación: Definición Y Régimen Jurídico (Regulatory Administrative Action: Definition and Legal Framework) (December 16, 2014). Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 12, January-June 2014. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2539273>

- Morales Godoy, Misael. Royalty minero e inversión extranjera. Aspectos tributarios. Disponible en [<http://tesis.uchile.cl/handle/2250/114664>] al 22 de septiembre de 2014.
- Moya Marchi, Francisca. El Principio de Precaución. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2012.
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos, Bordalí Salamanca, Andrés y Cazor Aliste, Kamel: El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo.. *Rev. derecho (Valdivia)*, jul. 2003, vol.14, p.67-81. ISSN 0718-0950.
- Fuentes Olmos, Jessica. (2013). Análisis comparado de los regímenes de las concesiones marítimas y de acuicultura. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (41), 411-456. Recuperado en 03 de noviembre de 2014, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-)

68512013000200013&lng=es&tlng=es.

10.4067/S0718-

68512013000200013.

- Figueroa Velasco, Patricio y Velasco Valdés, Juan Eduardo. Urbanismo y Construcción, Lexis Nexis, 2006
- Guzmán, Alejandro: El Dominio de las cosas Corporales y la especie de Propiedad sobre las cosas Incorporales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.
- Oelckers Camus, O. Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 11 (1987).
- Orrego Acuña, Juan. Derechos Reales Limitados. Apuntes de clase. Disponibles en [<http://www.juanandresorrego.cl>] al 20 de Noviembre de 2014.
- Olivares Gallardo, Alberto. Libre mercado y regulación: La experiencia en el sector eléctrico español. *Revista chilena de derecho*, 41(1), 205-228. Recuperado en 11 de diciembre de 2014, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-)

- Peñailillo Arévalo, Daniel. Los Bienes, La propiedad y otros derechos reales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- Quezada Rodríguez, Flavio. El derecho de propiedad privada en la constitución chilena : un intento de sistematización. Disponible en <http://www.tesis.uchile.cl/handle/2250/111623>, 2011.
- Quintanilla López, A. “Corte Suprema Caso Lolco: no hay responsabilidad estatal por actos lícitos. El ocaso de la doctrina Galletué”, en Revista de derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 12, 2004
- Romero Guzmán, Juan José. Cambio en la regulación eléctrica y estabilidad de los contratos: ¿cuándo una limitación se transforma en privación? ¿cuándo compensar?", en Fermandois, Arturo (ed.): *Sentencias destacadas 2007: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Santiago, Libertad y Desarrollo), pp. 19-60. 2007.



- Rogers, Henry Wade, "Compensation as an Incident of the Right of Eminent Domain" (1879). Faculty Scholarship Series. Paper 4046. [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/4046](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4046) Visitado el 20 de Noviembre de 2014.
- Ruiz-Tagle, Pablo. Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del Bicentenario, Andrés Bordalí Salamanca (coordinador), Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006,
- Ruiz-Tagle Panatt, N. e Ihl Rodríguez, M. (2014). La estructura del derecho administrativo sancionador chileno en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Disponible en <http://tesis.uchile.cl/handle/2250/115610>  
 \_\_\_\_\_ Principios Constitucionales del Estado Empresario, Revista de Derecho Público, N° 62: pp. 48-65.
- Rose, Carol. La Propiedad como Narración: Perspectivas desde la Teoría de los Juegos, la Teoría Narrativa y la Teoría Feminista. Yale Journal of Law and the Humanities. Vol. 2(1): 37-57p. 1994.

- Schürmann, M. (2006). Orden público económico, principio de subsidiaridad, argumentos para una crítica. *Derecho y Humanidades*, 0(12). doi:10.5354/0719-2517.2006.16209.
- Soto Kloss, Eduardo: “Propietarización de los derechos: no una ‘herejía’ sino la ‘esencia’ de lo que es Derecho”, en *Informe Constitucional* 329, 1992, pp. 2-4.
- Villacorta Mancebo, Luis. Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales: aspectos a destacar en el contexto de la discusión española. *Ius et Praxis*, 17(1), 81-118. Recuperado en 26 de noviembre de 2014, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0718-00122011000100005&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-00122011000100005].2011.
- Villar Ezcurra, José. Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y Actividad de los Particulares. Madrid, Editorial Civitas, 1999.
- Vergara Blanco, Alejandro, El dominio eminente y su aplicación en materia de minas. *Revista chilena de derecho*, ISSN 0716-0747, Vol.

15, N° 1, 1988, págs. Disponible en  
[<http://repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/123456789/1199/310683.pdf?sequence=1>]

— Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras, en *Revista Chilena de Derecho*, 1989.

— “Régimen jurídico de la energía eléctrica. Aspectos generales y problemas actuales”, en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, I, N° 1, pp. 141-159. Disponible en  
[<http://www.vergarablanca.cl>]

## Jurisprudencia

- Tribunal constitucional; <sup>130</sup>
  - STC Rol N° 80-89-CPT, de 22 de septiembre de 1989. Caso “Ley sobre cuestiones de competencia entre autoridades administrativas”.
  - STC Rol N° 146-92-CDS, de 21 de abril de 1992. Caso “Publicidad Caminera 1”.
  - STC Rol N° 167-93-CDS, de 6 de abril de 1993. Caso “Publicidad Caminera 2”.
  - STC Rol N° 185-94-CPR, de 28 de febrero de 1994. Caso “Ley de Bases del Medio Ambiente”.
  - STC Rol N° 207-95-CPT, de 10 de febrero de 1995. Caso “Deuda Subordinada”.
  - STC Rol N° 219-95-CPT, de 31 de julio de 1995. Caso “Reajuste Pensiones”.
  - STC Rol N° 245 (246) de fecha 2 de diciembre de 1996, Caso “Playas”.

---

<sup>130</sup> La lista así presentada fue extraída del trabajo de López Magnasco (ver nota al pie N° 19) pues constituye, a nuestro entender, la mejor compilación de sentencias relevantes sobre el tema. Los otros autores prácticamente se refieren a los mismos fallos, aunque el trabajo de López Magnasco es todavía más amplio.

- STC Rol N° 280-98-CPT, de 20 de octubre de 1998. Caso “Impuestos tabaco y gasolina”.
- STC Rol N° 325-2001, de 26 de Junio de 2001.
- STC Rol N° 479-06-INA, de 8 de agosto de 2006. Caso “Multas Eléctricas”.
- STC Rol N° N°505 y 506, ambas 2007, Caso “Transelec”.
- STC Rol N° 546-06-INA, de 17 de noviembre de 2006. Caso “Solve et Repete”
- STC Rol N° 552-2006-INA, de 11 de Marzo de 2008 Caso “Cornejo Bravo”
- STC Roles Nos 694-06-INA y 695-06-INA (acumuladas), de 5 de julio de 2007. Caso “Compañía Nacional de Telecomunicaciones”.
- STC Rol N° 790-07-INA, de 11 de diciembre de 2007. Caso “Reajuste Pensiones”.
- STC Rol N° 1281-2009, de 15 de Agosto de 2009. Caso “Aguas Subterráneas”.
- 40. STC Rol N° 2299-2012-INA, de 29 de enero de 2014, caso “Santa Beatriz”.

41. STC Rol N° 2644-2014-INA de 27 de enero de 2015. Caso “Molinera del Norte”.

- Cortes de apelaciones

1. Sentencia reclamo de ilegalidad rol 778-2014, Corte de Apelaciones de Rancagua.

2. <sup>1</sup> Reclamo de protección, rol 472-2012, Corte de Apelaciones de Valparaíso.

- Corte Suprema

1. Casación en el fondo, rol 1484-2013, “Sociedad Inmobiliaria Montemar S.A. con Ilustre Municipalidad de Concón”.

- Tribunales internacionales

1. Tradex Hellas SA v Republic of Albani. Párrafo 191. Disponible en [<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0871.pdf>].

2. Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica, Award, ICSID Case No. ARB/96/1 Disponible en [<http://www.italaw.com/other-investment-cases>]

3. Metalclad v. México, considerando 103, disponible en  
[[http://www.italaw.com/sites/default/files/case-  
documents/ita0511.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf)] al 20 de Noviembre de 2014.

4. Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S. 1003, 1992.  
Disponible en  
[<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/1003/case.html>]