

6.

Derecho administrativo

DECLARACIÓN DE UTILIDAD PÚBLICA Y PLANES
REGULADORES.

UN PROBLEMA SOBRE EL CONTENIDO Y LAS FACULTADES
DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL SUELO

[Declaration of Public Domain and Urban Planning Regulations. A Problem
Regarding the Content and Authority of the Law on Land Property]

Eduardo CORDERO QUINZACARA*
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

RESUMEN

EL trabajo analiza el régimen de los terrenos afectos a utilidad pública por la normativa urbanística y los problemas que él plantea respecto del contenido de la propiedad inmueble. Se explica la forma cómo se establece la declaración de utilidad pública, las limitaciones que ésta impone a los propietarios y los desaciertos en que se han incurrido al momento de introducir fórmulas de solución que se inclinan hacia el interés público o

ABSTRACT

This work analyzes the regime applicable to lands subject to public domain by urban planning regulations and the problems posed regarding what is in that real state. It explains the way in which the declaration of public domain is established, the limitations on the owners and the mistakes incurred when including formulae for solutions biased in favor of public or private interests without establishing suitable mechanisms to equi-

RECIBIDO el 11 de marzo y ACEPTADO el 6 de abril de 2015

* Doctor en derecho, profesor de derecho administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Casilla 4059, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: eduardo.cordero@ucv.cl Este trabajo es parte de una investigación financiada por FONDECYT referida al proyecto “La revisión de las bases dogmáticas del Derecho urbanístico chileno. Propiedad, urbanismo y regulación de las actividades económicas” N° 1130956.

privado, sin establecer mecanismos idóneos para distribuir equitativamente los beneficios y cargas que surgen de la ordenación urbanística.

PALABRAS CLAVE

Derecho urbanístico – Planificación urbana – Propiedad urbana.

tably distribute the benefits and burdens arising from urban planning regulations.

KEYWORDS

Urban planning law – Urban planning – Urban property.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La declaración de utilidad pública de terrenos privados a través de los planes reguladores ha dado lugar en Chile a serios dolores de cabeza y a un problema que, en principio, parece no tener solución. En efecto, los instrumentos de planificación territorial no sólo tienen como función definir el régimen jurídico de la propiedad sobre el suelo, sino también determinar y proyectar los espacios públicos y elementos urbanos que son necesarios para que exista una ciudad: calles, plazas, avenidas, parques, etc. Esto es lo que Andrés Bello denominó bienes nacionales de uso público, es decir, aquellos bienes cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación¹.

La definición de estos espacios constituye un elemento esencial de la legislación urbana, como da muestra el Derecho histórico desde la fundación de las primeras ciudades de Latinoamérica, incluida la ciudad de Santiago del Nuevo Extremo, en donde se hizo estricta aplicación de la Real Cédula de 1523 del emperador Carlos V, recogida posteriormente en las *Ordenanzas de descubrimiento, nuevas poblaciones y pacificaciones*, dadas por Felipe II el 13 de julio de 1573, en la cual se prescribía la existencia de amplias avenidas, una plaza mayor y los espacios destinados a edificios públicos². Por lo tanto, no es de extrañar que los planes de ordenación

¹ Artículo 589 CC. Sobre la materia véase: CORDERO, Eduardo, *Los bienes públicos y su naturaleza a la luz de la legislación chilena*, en *Revista de Derecho Administrativo*, 4 (2010), pp. 1-18; y VERGARA BLANCO, Alejandro, *Naturaleza jurídica de los bienes nacionales de uso público*, en *Ius Publicum*, 3 (1999), pp. 73-83.

² Este cuerpo normativo fue incorporado en la *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias* en su libro IV, título 7º, Ley 1ª, que trata *De la población de ciudades y villas*, en donde se indicaba minuciosamente las condiciones que deben concurrir para escoger el territorio a poblar y la forma que se ha de proceder a la urbanización del sitio: “[...] cuando hagan la planta del Lugar, repártanlo por sus plazas, calles, y solares á cordel y regla, comenzando desde la plaza mayor, y sacando desde ellas las calles á las puertas y caminos principales, y dexando tanto compás abierto, que aunque la población vaya en gran crecimiento, se pueda siempre proseguir y dilatar en la misma

urbana siempre consideren la existencia de estos espacios para crear y recrear la ciudad, con cierta idea de racionalidad en el uso del espacio y armonía.

Sin embargo, esta planificación futura necesariamente va a afectar bienes de propiedad privada, los cuales deberán ser destinados para espacio público, cambiando drásticamente su régimen jurídico y privándolos de cualquier uso edificable. Además, el planificador muchas veces tiende a incurrir en un entusiasmo extremo y proyecta grandes avenidas, plazas y caminos en terrenos ubicados al interior de las ciudades o en el suelo rural, los que deberán esperar un largo tiempo para poder ser desarrollados. A lo anterior se agrega el hecho de que no siempre existen los recursos para expropiar dichos inmuebles y llevar adelante las obras de urbanización. Por lo demás, tampoco la previsión de tales espacios implica necesariamente su ejecución inmediata, ya que éstos pueden constituir reservas de suelo para el crecimiento de la ciudad en el mediano o largo plazo. En este escenario, sólo quedan dos posibilidades: que los propietarios desarrollen los proyectos inmobiliarios y hagan la cesión de estos espacios asumiendo los costos de urbanización, en la medida que el ciclo de este proceso les permita financiarlo; o que, en un remoto futuro la autoridad decida desarrollar dichos espacios y disponga de los fondos para expropiar los terrenos. Mientras aquello no ocurra, los propietarios de los terrenos afectados no podrán ejercer uno de los derechos que se consideran inherentes al dominio sobre el suelo: el *ius aedificandi*, ya que no será posible obtener una autorización o permiso de edificación en un terreno cuyo destino no es la construcción, sino la existencia de calles, plazas, parques o avenidas.

En este trabajo vamos a analizar la forma como nuestra legislación ha enfrentado el problema de la generación de espacio público para las ciudades (II), para centrarnos posteriormente en la figura de la expropiación como instrumento de ejecución del planteamiento y la declaratoria de utilidad pública contenida en los instrumentos de planificación (III), dando cuenta de los problemas que han planteado en nuestro ordenamiento ante la ausencia de mecanismos que permitan una justa distribución de los beneficios

forma. Procuren tener el agua cerca, y que se pueda conducir al Pueblo y heredados, derivándola si fuere posible, para mejor aprovecharse de ella, y los materiales necesarios para edificios, tierras de labor, cultura y pastos, con que excusarán el mucho trabajo y costas que se siguen de la distancia. No elijan sitios para poblar en lugares muy altos, por la molestia de los vientos y la dificultad del servicio y acarreto, ni en los lugares muy bajos, porque suelen ser enfermos: fúndense en los medianamente levantados, que gocen descubiertos los vientos del Norte y Mediodía [...]”. Es interesante revisar sobre esta materia el desarrollo que se ha dado en Latinoamérica. Véase BREWER-CARIAS, Allan, *La ciudad ordenada* (Madrid, Aranzadi, 2014), que da cuenta del orden que se tuvo en el descubrimiento y poblamiento de la América colonial, y del trazado regular de la ciudad hispanoamericana.

y cargas de la acción urbana (IV), dando lugar a la desafortunada figura de la caducidad de las declaraciones de utilidad pública (V) y el retorno a la fórmula original prevista en nuestra legislación urbanística, pero sobre la base de reconocer un contenido mínimo del derecho de propiedad sobre el suelo (VI). Al final, cerraremos con unas conclusiones que darán cuenta del problema central y los desafíos que se plantean para nuestra legislación urbanística en esta materia (VII).

II. ACCIÓN URBANA Y ESPACIO PÚBLICO: LA OTRA DIMENSIÓN DEL URBANISMO

Tradicionalmente el estudio del urbanismo desde la perspectiva jurídica se ha centrado en las limitaciones que impone al derecho de propiedad y la forma como se configuran distintos estatutos del mismo, a partir de la función social que se le asigna mediante los instrumentos de planificación territorial³. Sin embargo, muchas veces no se considera que la acción urbanística tiene una finalidad mucho más amplia y compleja, como es proyectar el desarrollo y crecimiento de las ciudades sobre la base de determinados valores básicos que permitan garantizar el bien común y la cohesión social en una perspectiva espacial. Así las cosas, no sólo la propiedad del suelo es centro de preocupación por parte de quienes desarrollan esta función, sino también la creación de espacios públicos que permitan el transporte, esparcimiento y den una respuesta adecuada a las necesidades colectivas que demanda la vida en comunidad. Por lo tanto, es desde aquella dimensión que se debe comprender la función del urbanismo, esto es, como la tarea de proyectar un determinado modelo de organización del espacio, para luego configurar las diversas formas de propiedad que respondan a ese modelo, así como los bienes y espacios públicos para cumplir dicha función.

En tal sentido, al urbanismo le corresponde la función de proyectar el desarrollo de las actividades en el espacio a partir de un determinado modelo territorial, considerando una pluralidad de factores (económicos,

³ Esto explica que su estudio desde la perspectiva del derecho civil esté centrado en el concepto de limitación a la propiedad, que ha seguido muy de cerca la doctrina constitucional más tradicional. Así, se habla de restricciones de utilidad pública centrada en la policía de construcción. Véase por todos, ALESSANDRI R., Arturo - SOMARRIVA U. Manuel - VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de los derechos reales. Bienes* (6^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), I, p. 87. Sobre la concepción de la propiedad y las limitaciones que se puede ver: CORDERO, Eduardo, *De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 31 (2008), pp. 493 - 525.

sociales, culturales, etc.); dar forma normativa a dicho modelo asignando uso y edificabilidad, para posteriormente materializar dicho programa normativo para que la realidad territorial pueda coincidir con este modelo⁴. Como bien señala Parejo y García de Enterría, el primer momento básico de la ordenación urbanística es el de la fijación normativa, pero éste no tiene por objeto tan sólo la regulación del proceso urbanístico, desentendiéndose del cómo, cuándo y por quién ha de producirse este desarrollo en vista del modelo territorial diseñado. Así, el segundo momento en que se articula la ordenación urbanística es el de la ejecución del planeamiento para la efectiva consecución del modelo territorial diseñado⁵. Ahora bien, para tal efecto, en algunos casos será necesario transformar el suelo creando una infraestructura y red de servicios que permita a las personas habitar y vivir bajo determinadas condiciones básicas o, en otros casos, velar porque se respete esta nueva legalidad urbanística en los procesos de urbanización y edificación.

En este punto, es bueno tener presente que la realidad nos demuestra que la acción urbana se puede presentar en una doble dimensión: en primer término, puede implicar una reforma de la ciudad existente conforme a un nuevo modelo o, en segundo lugar, mediante el ensanche o crecimiento de la ciudad. Ahora bien, en uno y otro caso será necesario transformar la realidad territorial presente, con el objeto de que responda al nuevo modelo contenido en la normativa urbanística. Este proceso implica, en primer término, la localización de la infraestructura básica para su funcionamiento (servicios públicos, espacios urbanos, comercio, etc.), para luego implementar toda la trama urbana (calles, avenidas, ductos de agua potable, alcantarillado, electricidad, telecomunicaciones), generando unidades de suelo que sean aptas para la edificación y para el ejercicio del derecho de propiedad sobre cada una de ellas. De esta forma, se puede comprender que el urbanismo constituye una función pública que adopta un conjunto de decisiones sobre la base del interés público, implementa dichas determinaciones y genera el espacio residual dentro del cual se puede ejercer el derecho de propiedad como expresión del interés particular⁶.

⁴ CORDERO, Eduardo, *El derecho urbanístico chileno y la garantía constitucional de la propiedad*, en *Nomos*, 2 (2008), p. 95.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de derecho urbanístico* (2ª edición, Madrid, Civitas, 1981), pp. 491-492.

⁶ Esto es consecuencia de la concepción que se tenga del derecho de propiedad, ya que como bien describe PAREJO ALFONSO, Luciano, *Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia constitucional*, en LÓPEZ GUERRA, Luis (coordinador), *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2001), pp. 75-118, existen a lo

Ahora bien, todo este proceso implica no sólo un cambio en la realidad material existente, sino también en el régimen jurídico del suelo y de los derechos o situaciones jurídicas existentes en el mismo. Así, deberán surgir nuevos bienes públicos (calles, plazas, avenidas), otros deberán transformarse en cuanto a su uso o destino y, por último, algunos tendrán que desaparecer. A su vez, los propietarios verán como sus facultades sobre el suelo se pueden mantener, modificar o extinguir.

Para cumplir esta función existen diversas herramientas que el ordenamiento jurídico entrega a la autoridad. Esto se enmarca –como hemos dicho– dentro de lo que se denomina la ejecución del planteamiento o gestión urbanística, y dice relación con los diversos mecanismos con los cuales se cuenta para cumplir efectivamente con la normativa urbanística y se ejecuten las previsiones contenidas en los instrumentos de planificación territorial. No hay que olvidar que los instrumentos de planificación tienen un doble carácter: por una parte son un cuerpo normativo que regula las actividades de uso y edificación, mientras que por otra contienen un plan de obras que implica una transformación de la realidad territorial existente⁷.

Estos mecanismos de ejecución o gestión urbanística pueden ser clasificados en dos categorías⁸. En primer término, el más básico consiste en la ejecución del planteamiento a partir de actuaciones aislada por parte de

menos dos perspectivas. La primera que se sitúa en la esfera del titular del derecho de goce y disposición para, desde la misma, afirmar el principio de libertad dominical de uso y provecho con las solas limitaciones (externas) que el interés le imponga. Por su parte, la segunda se coloca, por el contrario, justamente en el lugar de los intereses colectivos o comunitarios para, sin desconocer los del titular del derecho, sostener la primacía de los mismos y reducir la libertad del propietario al espacio residual resultante (conforme, en todo caso, al interés general). En esta última es en donde reside la idea de que el urbanismo es una función pública. Véase

⁷ PAREJO ALFONSO - GARCIA DE ENTERRIA, cit. (n. 8), p. 491.

⁸ En esta materia seguimos al Derecho español, en el cual es posible encontrar un amplio abanico de sistemas de actuación o ejecución del planeamiento. A este respecto, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *Introducción al Derecho urbanístico* (4^a ed., Madrid, Marcial Pons, 2013), p. 182, entrega un concepto bastante simple, al señalar que la gestión urbanística sistemática hace referencia al conjunto de actuaciones que han de llevarse a cabo para urbanizar (de nuevo o mediante regeneración o renovación) varias parcelas incluidas en un mismo ámbito territorial; lo que se opone a las actuaciones aisladas (o asistemáticas), que se limitan a realizar alguna obra de urbanización en el suelo. Si bien se puede pensar que esta distinción responde sólo a la realidad del modelo español, lo cierto es que se puede proyectar como un concepto general que permite comprender los sistemas de mayor intervención pública, como el caso de Holanda, y los menos interventores, como sucede en los Estados Unidos. Es interesante también ver como algunos de estos modelos también van cambiando en algunos países desde un extremo al otro, como en parte también ha ocurrido con

los propietarios o de la autoridad pública. En este caso, tanto una como otra cumplen con el plan en la medida que constituye una norma jurídica y ejecutan sus previsiones sujetas al control de la autoridad (permisos, inspecciones, recepción de obras) o porque constituye su deber en cuanto órgano público (expropiación, obras públicas, urbanización). Esto es lo que se denomina también ejecución asistemática o aislada, ya que la aplicación del plan se realiza respecto de actuaciones acotadas o concretas, sin considerar otras obras que puedan estar vinculadas con la misma o que permitan compensar sus costos o beneficios. Así, por ejemplo, el propietario que obtiene su permiso de edificación y debe asumir la obligación de ceder parte del suelo para calle y respetar cierto distanciamiento respecto de la línea oficial, debe realizar una ejecución concreta o asistemática del plan. En el mismo sentido, lo realiza un servicio público que expropia algún terreno para construir una avenida o ampliar una calle existente.

Por su parte, lo que se puede denominar ejecución integrada o sistemática, dice relación con aquellos mecanismos que tienen por objeto la ejecución de un planeamiento considerando una actuación más amplia en la producción de espacio público y suelo edificable, con la finalidad de compensar los beneficios y las cargas que ésta conlleva. Así, por ejemplo, en la ejecución de un barrio, la mayor edificabilidad que otorga el plan permitiría financiar las obras de urbanización y los espacios públicos. En este caso, corresponde a la autoridad asumir un rol relevante mediante la producción de espacios urbanos o suelo edificable. Sin embargo, también es posible encontrar mecanismos en donde sean los particulares lo que asuman esta función bajo un modelo de administración delegada, como sucede con las juntas de compensación desarrolladas en el Derecho español, o mediante una actuación público-privada o mixta, en la medida que exista una intervención de la autoridad pública, pero también participan actores privados.

En todos estos casos, la expropiación siempre aparece como una herramienta fundamental, tanto en las actuaciones asistemáticas como en las actuaciones sistemáticas, constituyendo también un sistema de ejecución en sí mismo que permite publicar el suelo, para que posteriormente la misma autoridad realice las obras de urbanización y produzca suelo edificable, pudiendo llegar incluso a la edificación⁹.

Esto demuestra como el Derecho urbanístico ha estado estrechamente unida no sólo a la propiedad, sino también a su némesis, esto es, a la ex-

Holanda. Véase MUÑOZ GIELEN, Demetrio, *Países Bajos. Líneas básicas del urbanismo neerlandés*, en *Ciudad y Territorio*, 144 (2005), pp. 459-515.

⁹ *Ibíd.*

propiación como instrumento de gestión urbanística desde las primeras normas que se han dado en nuestro país. A su vez, esto se asocia necesariamente a otras figuras que están vinculadas también con aquella, como es el régimen de valorización del suelo y la forma en que se hace la declaratoria de utilidad pública, que constituye un presupuesto necesario o *condicio sine qua non* de la expropiación.

III. LA EXPROPIACIÓN COMO INSTRUMENTO DE EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO Y LA DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA

Como ha quedado demostrado, la expropiación constituye y ha constituido una de las principales instituciones del Derecho urbanístico, al ser, sin lugar a dudas, la principal herramienta para ejecución de los instrumentos de planificación territorial. Esto supone, a su vez, que la acción urbanística responde a criterios o elementos que justifican el ejercicio de las potestades más intensas que pueden ejercer los órganos públicos, al producir una privación total o parcial de derechos de contenido patrimonial en la esfera jurídica de los particulares. Por lo demás, esto no puede ser de otra forma, considerando que la expropiación sólo se justifica en razón del interés general que debe satisfacer y que se expresa a nivel constitucional en dos conceptos centrales: la utilidad pública y el interés nacional.

Así, la acción urbana que se materializa en urbanización del suelo y la producción de unidades edificables, constituyen en sí misma una obra pública que tradicionalmente ha estado comprendido bajo el concepto de actuaciones fundadas en la utilidad pública. Sin embargo, y tal como se ha dicho, esto puede llegar aún más lejos y comprender la tarea de edificar o construir tanto servicios básicos como viviendas.

De todo lo anterior da cuenta nuestra legislación histórica, especialmente aquella dictada en la segunda mitad del siglo XIX. En ella es posible encontrar sendas declaratorias de utilidad pública para abrir las puertas a la expropiación y limitar al mismo tiempo las facultades edificatorias de los propietarios.

Ahora bien, debemos tener presente que nuestra legislación urbanística tiene su origen en el Derecho municipal, así como en las facultades generales de policía que se atribuían a las entidades locales, especialmente en los aspectos sanitarios y de seguridad de las poblaciones¹⁰. Sin embargo, en

¹⁰ La policía urbana fue el título que por antonomasia justificaba las intervenciones de los Ayuntamientos durante el Antiguo Régimen que, sobre los cometidos que tenían una relación directa con la seguridad, salubridad, comodidad y ornato de las poblaciones, permitía encauzar las cuestiones de esta naturaleza que suscitaban los asentamientos de las poblaciones preindustriales. Ahora bien, en esta materia se

paralelo a la legislación municipal se comenzó a desarrollar una abundante legislación que contenía regulaciones expresas y muy concretas respecto de determinadas ciudades, como sucede con Santiago (1874 y 1909), Curicó (1875), Valparaíso (1876), de Limache (1907), Talca (1909), Valdivia (1910) y Concepción (1912).

Las primeras leyes se caracterizan por ser muy específicas, ya que el propio legislador se encarga de definir las obras que se deberán realizar e indica con precisión los lugares que se declaran de utilidad pública para su expropiación. Así, por ejemplo, el artículo 2 de la *Lei sobre apertura i prolongación de calles i paseos públicos en la ciudad de Santiago*, del 25 de junio de 1874, dispuso: “Se declaran de utilidad pública los terrenos que se necesitan para las obras siguientes: 1.º El Camino de cintura, conforme al trazado que indica el plano depositado en la Municipalidad de Santiago; 2.º La canalización del Mapocho, conforme al trazado que indica el plano depositado en la Municipalidad de Santiago; 3.º La avenida del Cementerio, entre la calle de Salas i la Dávila; 4.º Para la apertura de las siguientes calles tapadas: [...]”. En el mismo sentido lo hace la *Lei sobre la transformación de la ciudad de Curicó*, de 23 de junio de 1875¹¹. Sin embargo, esto es posteriormente sustituido por una declaración general, como sucede en la Ley N° 4.804 de 6 de diciembre de 1876, *Sobre la transformación de la ciudad de Valparaíso*, que en su artículo 6 declara de utilidad pública “[...] todos los terrenos que sean necesarios para dar cumplimiento a esta ley”.

Un primer avance aparece en la Ley N° 2.004 de 10 de diciembre de 1907, que *Declara de utilidad pública los terrenos necesarios para la apertura, ensanches i rectificación de las calles de Limache*, en la cual se omite toda mención a calles y avenidas concretas y se “*declaran de utilidad pública los terrenos necesarios para la apertura, ensanches i rectificación de las calles de Limache, en conformidad a los planos que apruebe el Presidente de la República*”¹². Es decir, ya no es la ley la que determina los trazados e inmuebles a expropiar, sino que es un plano aprobado por la máxima autoridad del Gobierno la que los establecerá. Esto queda más claro aún en la Ley N° 2.203 de 16 de setiembre de 1909, que *Fija las disposiciones a que deberá sujetarse la construcción de edificios, apertura, ensanche, unión, prolongación o rectificación de calles de la ciudad de Santiago*”, por la cual se “*declaran de utilidad pública todos los terrenos necesarios para llevar a*

deben tener presente las *Leyes sobre organización y atribuciones de las municipalidades* de 8 de noviembre de 1854 y de 12 de setiembre de 1887, reforzadas posteriormente por la *Ley de Municipalidades* de 1891, conocida como “Ley de la Comuna Autónoma”.

¹¹ Artículo 2.

¹² Artículo 1.

*efecto la transformación de Santiago, en conformidad a las prescripciones de la presente ley*¹³, mientras que “*el trazado de las calles, plazas i avenidas se sujetarán a las líneas fijadas en el plano aprobado por la Municipalidad, rectificadas en conformidad a esta ley*”¹⁴. En los mismos términos se regulará esta materia en la Ley N° 2.297 de 9 de marzo de 1910, sobre *Transformación i reconstrucción de la ciudad de Valdivia*¹⁵ y la Ley N° 2.658 de 13 de junio de 1912, sobre *La construcción de edificios i la apertura, ensanche, unión, prolongación o rectificación de calles, avenidas i plazas en la ciudad de Concepción*¹⁶.

Si bien la “Ley de Municipalidades” de 1915 recogió buena parte de estas normas, en ella no se contiene disposición alguna relativa a la expropiación y la declaratoria de utilidad pública. No será hasta 1929, a través de la Ley N° 4.563, de 14 de febrero de 1929, sobre construcciones antisísmicas, donde se dará un impulso a una normativa más íntegra y sistemática en materia urbanística, contemplándose una disposición expresa respecto de la situación de los inmuebles afectos a una declaratoria de utilidad pública, que en términos sustanciales se mantiene hasta nuestros días¹⁷.

En primer lugar, este cuerpo legal declara de utilidad pública las propiedades particulares que se necesiten para la apertura de nuevas calles o para la transformación de las existentes, de acuerdo con los planos que apruebe el presidente de la República¹⁸, señalándose posteriormente lo siguiente: “*No se podrá efectuar nuevas construcciones ni obras de reparación o consolidación de las existentes, en los terrenos necesarios para el ensanche de las calles, que consultan los planos aprobados por el Presidente de la República*”¹⁹. En esta disposición se encuentra el origen del régimen de los terrenos

¹³ Artículo 12.

¹⁴ Artículo 2.

¹⁵ Artículos 2 y 12.

¹⁶ Artículos 2 y 8 inciso 2°.

¹⁷ Este cuerpo legal fue promovido por el ministro de Fomento Luis Schmidt Quezada, y su principal redactor fue el arquitecto Luis Muñoz Maluschka. Véase AGUIRRE, Beatriz - CASTILLO, Simón, *El espacio público moderno. Sueños y realidades de Karl Brunner en Santiago de Chile, 1929-1934*, en *Diseño Urbano y Paisaje*, 3 (2005), p. 10; SCHMIDT, Luis, *Legislación y reglamentación de construcciones y urbanización* (Santiago, 1935); y ARRIETA, Benjamín, *Estudio sobre la Ley de construcciones y urbanización* (Memoria de Prueba para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1954).

¹⁸ Artículo 8. Estos planos debían ser elaborados por las municipalidades y aprobados por el Presidente de la República en los casos de las ciudades con más de 20.000 habitantes. Excepcionalmente el Presidente podía establecer esta obligación respecto de ciudades con una población inferior (artículo 5 inciso 2°).

¹⁹ Artículo 5 inciso final.

sometidos a declaración de utilidad y la restricción de las facultades de los propietarios para ejercer el derecho a edificar. En este caso la norma opera en un doble ámbito. En primer término, existe una declaración de utilidad pública que se gatilla a partir de los planos que elabore la municipalidad y los apruebe el presidente de la República, permitiendo su posterior expropiación con el objeto que en la misma norma se indica: apertura de nuevas calles o transformación de las existentes. En segundo lugar, esta disposición expresamente dispone que los propietarios no puedan efectuar nuevas construcciones ni obras de reparación o consolidación en dichos terrenos. El fundamento de esta norma puede encontrarse en el interés de evitar el mayor costo que puede significar la expropiación de dichos terrenos producto de las nuevas obras que se edifiquen en el mismo. De hecho, la normativa posterior dará cuenta de esta interpretación al permitir que se realicen estas construcciones, renunciando de forma anticipada a su indemnización, conocida como *renuncia de mejoras*. Pero por otra parte, también se debe reconocer que a partir de la legislación urbanística el derecho a edificar es atribuido a través de dichos planes, al punto que no es posible construir, reconstruir ni efectuar reparaciones o transformaciones sin permiso de la autoridad comunal²⁰. Esto permite sostener que los propietarios de terrenos sujetos a declaración de utilidad pública no tienen el derecho a edificar, ya que los planos aprobados por la autoridad no le otorgan esta facultad. Por tal razón, tampoco es posible otorgar algún permiso, licencia o autorización para tal efecto. En todo caso, ya sea que exista un interés fiscal o la cuestión diga relación con uno de los aspectos centrales de la discusión respecto del *ius aedificandi*, lo cierto es que esta norma es el origen del actual artículo 59 LGUC. y de la discusión que se ha planteado en torno a la misma.

Esta regulación aparece mucho más afinada y completa en los artículos 39 y 40 de la *Ley general sobre construcciones y urbanización* aprobadas en virtud del Decreto con fuerza de ley N° 345, de 30 de mayo de 1931²¹. Estas normas declaran de utilidad pública “[...] *las propiedades particulares que, en conformidad con el respectivo plano oficial de urbanización, quedaren comprendidas dentro de los trazados obligatorios de las nuevas vías y espacios*

²⁰ Artículo 2.

²¹ Si bien originalmente la Ley N° 4.563 contenía delegación legislativa para dictar este cuerpo legal, se recurrió a otra norma habilitante y más amplia, como fue la Ley N° 4.945, de 6 de febrero de 1931. Sin embargo, esta ley fue publicada sin dar cuenta de su contenido y haciendo una mera referencia a la “Ley y Ordenanza General sobre Construcciones y Urbanización” como documentos adjuntos. Por tal razón el Gobierno no los puso en aplicación, hasta que se publicó su texto íntegro en el *Diario Oficial* de 6 de febrero de 1936.

*públicos que figuren en dicho plano, como también aquellas que, según el mismo plano y la Ordenanza General de la presente Ley, fueren necesarias para el ensanche, la prolongación o la transformación de las vías y espacios públicos existentes*²², para señalar acto seguido que en estos terrenos “[...] no podrán efectuarse nuevas construcciones, y, si estuvieren edificadas, no será permitido reconstruir los edificios”²³. Sin embargo, excepcionalmente se permite la reconstrucción parcial u otras alteraciones en los edificios, siempre que tuviera lugar la renuncia de mejoras, esto es, que el propietario del inmueble renunciara, por escritura pública, a toda indemnización o pago por dichas mejoras u obras, en el caso de haber expropiación. Esta norma se mantiene en los artículos 14 y 15 la *Ley general de construcciones y urbanización* de 1953²⁴.

Toda esta evolución legislativa culmina con el texto original del artículo 59 de la actual *Ley general de urbanismo y construcciones*, aprobada por el Decreto con fuerza de ley N° 458, de 13 de abril de 1976, el cual dispuso lo siguiente en su artículo 59: “*Decláranse de utilidad pública todos los terrenos consultados en el Plan Regulador Comunal, destinados a calles, plazas, parques u otros espacios de tránsito público, incluso sus ensanches, y aquellos destinados para el equipamiento comunitario, tales como escuelas, hospitales, jardines infantiles, retenes de Carabineros y oficinas o instalaciones fiscales y municipales. En los terrenos afectos a la declaración de utilidad pública, y mientras se procede a su expropiación o adquisición, no podrá aumentar el volumen de las construcciones existentes a la fecha de aprobación del Plan Regulador*”.

²² Artículo 39.

²³ Artículo 40. Este régimen no difiere sustancialmente del que podemos encontrar en los sistemas comparados. Así, en España la *Ley del Suelo* de 1956 creó el régimen de fuera de ordenación en su artículo 48, al disponer que aquellos edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación del planeamiento urbanístico y que resultaran disconformes con el mismo serían calificados como fuera de ordenación. A partir de esta calificación, a tales bienes se les aplicaba un régimen restrictivo que impedía que la propiedad acometiera obras de consolidación, aumento de volumen, modernización y, en general, las que supusieran un incremento de su valor de expropiación; permitiendo, por el contrario, la ejecución de aquellas reparaciones que exigiera la higiene, el ornato y la conservación del inmueble, tolerando su uso en tanto en cuanto no desapareciese físicamente la construcción o instalación. Véase, entre otros: LÓPEZ PÉREZ, Fernando, *Una visión crítica del régimen fuera de ordenación*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 36 (2010), pp. 359-394.

²⁴ Este cuerpo legal en realidad es una modificación introducida por el Decreto con fuerza de ley N° 224, de 5 de agosto de 1953, al Decreto con fuerza de ley N° 345, de 20 de mayo de 1931, fijando, al mismo tiempo, el nuevo texto de la *Ley general de construcciones y urbanización*.

IV. DECLARACIÓN DE UTILIDAD PÚBLICA Y LOS PROBLEMAS DEL “IUS AEDIFICANDI”

Las declaratorias de utilidad pública producto de la aprobación de planes reguladores producen un doble efecto en los inmuebles afectados. En primer término, dichos terrenos quedan sujetos al régimen de congelamiento previsto en el artículo 62 LGUC., razón por la cual no pueden aumentar el volumen de construcción existente, salvo que se trata de obras que mitiguen los impactos ambientales adversos que producen o impliquen un mejoramiento de la calidad de su arquitectura. En segundo lugar, pueden ser objeto de expropiación por parte de la autoridad competente, aunque ésta no tiene el deber de realizarla, como tampoco se le impone un plazo para llevarla a cabo.

Este doble efecto puede también ser examinado desde una doble perspectiva. En primer lugar, el cambio del régimen jurídico del suelo es una potestad que le corresponde al planificador en relación al diseño y proyección de un determinado modelo de ordenación territorial. Por lo tanto, el cambio del uso del suelo, las alturas de las edificaciones, su emplazamiento y tipología, trazados de calles y avenidas, etc., es determinado por la autoridad a través de los instrumentos de planificación territorial, aunque debe sujetarse a criterios de razonabilidad que fundamenten su decisión (no puede ser arbitraria) y debe respetar los derechos adquiridos. En este caso, dichos derechos se traducen en el ejercicio de las facultades que otorgaba el régimen jurídico anterior y que han permitido edificar conforme a estas normas. Así, aun cuando dicha construcción no sea compatible con el nuevo plan, ésta debe ser respetada en virtud de los principios de seguridad jurídica y de garantía patrimonial, salvo que la autoridad decida expropiar. En este caso su actuación estará legitimada en virtud de la declaratoria de utilidad pública que afecta al inmueble, siempre respetando el derecho del propietario a ser indemnizado por el perjuicio patrimonial que efectivamente se le cause. Por otra parte, no es posible ejercer el derecho a edificar en un inmueble que se encuentra fuera de los términos y condiciones previsto en el plan, ya sea por su altura, emplazamiento, uso, tipología de edificación, etc., salvo que su titular decida someterse voluntariamente a las nuevas normas. Sin embargo, en este caso la sujeción al nuevo régimen no deja ningún margen de acción posible, ya que se trata de un inmueble que será destinado a bien nacional de uso público (calle, plaza, parques, etc.), razón por la cual la única posibilidad es que la autoridad expropie o, en su caso, pueda hacer alguna tipo de cesión del mismo para desarrollar otros terrenos de uso lucrativo. En definitiva, la explicación jurídica de este caso parece ser sólida, aunque

no menos preocupante: la edificabilidad y uso del suelo es determinado por los instrumentos de planificación, los cuales deben respetar las edificaciones existentes construidas conforme a las normas previas, salvo que la autoridad decida expropiar aquellas construcciones. En uno y otro caso, la autoridad determina discrecionalmente el contenido material del derecho de propiedad sobre los inmuebles y la procedencia de su expropiación, la cual no tiene plazo. Así, es posible que un inmueble carezca de todo contenido económico producto de las determinaciones del plan, al estar afecto a utilidad pública, pero que la autoridad nunca lo expropie. En ese caso el inmueble queda en “manos muertas”, ya que no es posible edificar ni hacer ciudad mediante calles, plazas, parques u otros bienes nacionales que determine el plan.

Desde otra perspectiva, esta situación es considerada como un atentado al derecho de propiedad garantizado constitucionalmente, especialmente respecto de las facultades esenciales que emanan del dominio (artículo 19 N° 24). En efecto, alguna doctrina y jurisprudencia entiende que es inherente al derecho de propiedad sobre el suelo un contenido mínimo de edificabilidad, que el legislador y el planificador no puede desconocer, y menos aún entregar a la discrecionalidad de la Administración. De esta forma, se considera que las declaratorias de utilidad pública que emanan de los instrumentos de planificación territorial conforme al artículo 59 LGUC., constituyen auténticas privaciones al derecho de propiedad, siendo contrarias a la Carta fundamental, más aún cuando no dan derecho a indemnización o ésta queda entregada a la libre decisión de la autoridad²⁵.

En un comienzo, nuestra jurisprudencia enfrentó la situación de manera

²⁵ Véase FIGUEROA VELASCO, Patricio - FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, *Urbanismo y construcción* (Santiago, LexisNexis, 2006), p. 100; y FERNÁNDEZ RICHARD, Jorge, *Importante modificación que corrige una severa limitación al dominio que se producía a raíz de las modificaciones al plan regulador. Ley N° 19.939*, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 13 (2005), pp. 115-121. Esta cuestión también planteó un debate en la prensa a comienzos del dos mil. Así, algunos llamaban a esta situación expropiación silenciosa, gratuita o virtual, explicándola en los siguientes términos: “Resulta que los urbanistas de la municipalidad tomaron el plano [...] y se dedicaron a imaginar el trazado de todas las calles que podrían atravesarlo en los próximos 100 años. La mayor parte de estas vías no tendrían factibilidad de trazarse hasta al menos el año 2100. [...]. Pero el drama no lo sufre la municipalidad ni menos sus funcionarios. El drama es de los propietarios a quienes les cayó encima el lápiz de los planificadores y que ahora ven sus activos disminuidos en elevadas proporciones. No es que mañana construyan la calle y valore lo que queda del bien raíz, pagándoles la expropiación. No. La expropiación es virtual, así como la indemnización. No se puede construir sobre el lote en cuestión, y no se puede vender sin que el comprador sepa que el terreno está de antemano condenado” (*El Mercurio* de Santiago, 28 de enero del 2002). En el mismo sentido se pueden consultar notas

diversa. La Corte Suprema sostuvo en su oportunidad que no existía norma legal alguna que permitiera fijar un plazo para ordenar la expropiación de un bien declarado de utilidad²⁶. Sin embargo, en otro caso la Corte de Apelaciones de Santiago ha reconocido a los propietarios “*el legítimo derecho a ser expropiado*”²⁷, para posteriormente apereibir a una Municipalidad para iniciar el procedimiento expropiatorio en plazo de 30 días, ya que en caso contrario el suelo dejaría de estar afecto a expropiación²⁸.

Resulta curioso darse cuenta que este problema sólo constituye un síntoma de una patología más profunda vinculada con la formas de ejecución del planeamiento y la falta de mecanismos apropiados para distribuir con equidad los beneficios y cargas que nacen de la ordenación urbana. En efecto, en este caso los terrenos afectados con las declaratorias de utilidad pública están destinados a salir del régimen de la propiedad y transformarse en bienes nacionales de uso público. Por tal razón, desde la perspectiva de la normativa urbanística carecen de todo contenido patrimonial o de la posibilidad de ejercer respecto de ellos el derecho a edificar. Por lo tanto, el problema no es la declaratoria de utilidad pública que los afecta, sino que el contenido y destino que el plan regulador les asigna a estos terrenos. Así, por ejemplo, el hecho de suprimir esta declaratoria no significa que el propietario recobre las facultades inherentes al dominio y que se traslade a él la decisión respecto del uso que se dará al suelo, la edificabilidad y las tipologías de construcción. En este caso, la supresión de esta declaración no elimina el régimen aplicable al suelo: este sigue siendo bien nacional de uso público. La única posibilidad es la modificación del plan regulador y un cambio del régimen aplicable a dicho suelo.

Ahora bien, resulta que las determinaciones del plan responden a una lógica global respecto de la forma de proyectar la ciudad en el futuro. Sin embargo, para los propietarios esto puede constituir una verdadera lotería, ya que para algunos el alea estará a su favor y tendrán la posibilidad de obtener la mayor edificabilidad que permite su terrenos, mientras que para otros será una fatalidad al darse cuenta que en la asignación de usos, el planificador ha decidido que su terreno constituya calle, camino, avenida,

similares en las ediciones de los días 28 de diciembre de 2000; 30 de diciembre de 2000; 6 de enero de 2001 y 2 de febrero de 2002.

²⁶ Sentencia rol N° 4.603, de 4 de marzo de 1997, por la cual se confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 184-96, de 3 de diciembre de 1996.

²⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 3.578-96, de 3 abril de 1997, en *Gaceta Jurídica*, 202 (abril de 1997).

²⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 20 de marzo de 2001, recurso de protección 6192-2001.

plaza o jardín, es decir, un espacio vacío de todo contenido lucrativo. Si analizamos todas las posibilidades que se pueden presentar, la expresión gráfica de esta situación sería una línea recta que debiera contener todas las variantes posibles. En ambos extremos de esta línea vamos a encontrar a los propietarios que tienen mayor edificabilidad, por una parte, y aquellos que simplemente no tienen nada, por la otra. En un punto equidistante estará el propietario que puede compensar la edificabilidad que le otorga el plan con las cargas que el mismo le impone. La pregunta en estos casos surge de inmediato: ¿Qué hacer en ambos extremos para garantizar la igualdad de los propietarios? En nuestro sistema la solución es muy simple: el propietario que tiene mayor edificabilidad la puede patrimonializar íntegramente, sin asumir carga alguna o mínima. En cambio, el propietario que está en el otro extremo deberá conservar su edificación, si es que existe, y esperar que la autoridad adopte la decisión de expropiar. No existe la posibilidad de compensar entre unos y otros las cargas y los beneficios que el nuevo plan impone y, por lo tanto, se genera una evidente desigualdad de los propietarios.

Sin embargo, al parecer no se hizo el mejor diagnóstico de la situación, y se trató de enfrentar el síntoma antes que la patología efectiva de la cual adolece nuestro sistema. Así, se consideró que la mejor solución era establecer plazos de caducidad de las declaratorias de utilidad pública, para fijar un umbral de tiempo para la expropiación y permitir que los propietarios puedan ser indemnizados o recuperar el derecho a edificar, como efectivamente ocurrió mediante la Ley N° 19.939, de 13 de febrero de 2004, bajo la idea que la causa directa del problema era la desidia de las municipalidades para expropiar o, en su caso, la falta de un estudio adecuado que determine las reales necesidades de la ciudad.

V. LA CADUCIDAD DE LAS DECLARACIONES DE UTILIDAD PÚBLICA:
DE LA PROTECCIÓN DE LOS PROPIETARIOS A LA PÉRDIDA
DE LOS ESPACIOS PÚBLICOS

Como hemos señalado, la reacción frente a las declaratorias de utilidad pública que se mantenían indefinidas en el tiempo, fue la de establecer un plazo de caducidad respecto de las misma. El proyecto que dio inicio a la tramitación de la Ley N° 19.939 da una breve explicación de este problema y derechamente propone el establecimiento de plazos de caducidad de las declaratorias de utilidad pública de 10 años (vías expresas) y 5 años (parques y otras vías)²⁹. Esto significaba que dichos terrenos ya no podrían

²⁹ El mensaje N° 007-349, de 22 de mayo de 2003 señalaba que en la práctica

ser expropiados y necesariamente se les debían asignar normas urbanísticas en un plazo de 6 meses por parte de la autoridad. Es decir, donde el plan consideraba una plaza o área verde, ahora pasaba a ser una zona edificable, asimilándose a las normas de los predios aldeaños. En buenas cuentas, de plano de la ciudad comienzan a desaparecer los espacios públicos.

Ahora bien, no era responsabilidad del propietario que la Administración no expropiara, pero tampoco parecía razonable que se pudiera hacer ciudad sin que existieran los elementos esenciales para la urbe, como son las vías y parques. Por tal razón, la Ley N° 19.939 se transformó en una verdadera bomba de tiempo. Sólo había que esperar que operara la caducidad, para que del plano urbano comenzaran a desaparecer los trazados viales y las áreas verdes, como efectivamente ocurrió³⁰. Una primera solución fue prorrogar el problema. Para el efecto, el Gobierno presentó un nuevo proyecto de ley para renovar la vigencia de las declaratorias de utilidad pública, el cual se aprobó mediante la Ley N° 20.331, de 12 de febrero de 2001³¹. Sin embargo, los plazos seguían corriendo y era inminente y casi irreversible la caducidad buena parte de las declaraciones de utilidad pública y la supresión en los planes reguladores de diversos espacios públicos.

Aquello hizo necesario la presentación de una nueva iniciativa legal que tuviera por objeto enfrentar el problema de las caducidades, además de establecer un régimen con carácter general que estableciera cierto equilibrio entre el interés general de la comunidad ante la existencia de

“[...] muchas veces las obras necesarias para materializar el Plan Regulador no se ejecutaban en un período prudente, ni se expropian los terrenos. Ello perjudica gravemente a los propietarios de estos inmuebles, que no pueden aumentar el volumen de construcciones existentes ni recibir una indemnización a cambio mientras no se concrete la debida expropiación del área afecta. [...] Con el objeto de evitar dichas situaciones, el proyecto fija un plazo máximo de 10 años para la expropiación de terrenos afectos a la declaratoria de utilidad pública establecida en los planes reguladores. En el evento que ella no se materialice en dicho plazo, caduca la declaratoria y sus efectos. Esta nueva regulación incidirá en un mejor estudio de las futuras decisiones de planificación que se adopten a través de los planes reguladores, por cuanto definirá un horizonte de tiempo en el cual ellas deberán materializarse”.

³⁰ Uno de los problemas más graves se presentó con las vías expresas, las que no fueron consideradas en la prórroga de la Ley N° 20.331. Por tal razón, todas las declaraciones de utilidad pública referente a ellas caducaron el 12 de febrero de 2014.

³¹ Esta ley contenía un artículo único, que simplemente señalaba: *“Renúevanse las vigencias de las declaratorias de utilidad pública a que se refiere el inciso primero del artículo transitorio de la ley N° 19.939, por el plazo de un año, contado desde la fecha de publicación de esta ley. Las declaratorias de utilidad pública que renueven su vigencia conforme a las disposiciones del inciso primero de este artículo podrán prorrogarse, conforme a las disposiciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 59 del decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones”.*

estos espacios y los derechos de los particulares afectados. Por su parte, durante la discusión de esta iniciativa ha llamado la atención el hecho de que los parlamentarios no eran conscientes del problema de fondo que se había generado con el tema de las declaraciones de utilidad pública y la caducidad, y sólo a partir de ese momento pudieron tomar conciencia del negativo efecto que estaban produciendo las medidas legislativa adoptadas diez años antes³².

VI. EL RETORNO A UNA SOLUCIÓN DE MÍNIMOS: LA LEY N° 20.791

Como se ha indicado, con fecha 11 de marzo de 2013 se presenta por el Gobierno un proyecto de ley cuyo objetivo principal fue eliminar la caducidad de las declaratorias de utilidad pública y establecer un sistema de compensaciones para determinar el perjuicio efectivo de los propietarios relacionando el valor del terreno antes y después de la modificación de las normas urbanísticas³³. Para tal efecto el proyecto buscaba establecer un sistema destinado a reparar el perjuicio efectivo a partir de la plusvalía obtenida por todo el terreno, frente al menor valor de la parte afecta.

³² En la discusión de la Ley N° 20.791, el senador Juan Pablo Letelier dio cuenta de lo que hemos dicho, al expresar en su intervención que: “[...] *debatimos hace diez años sobre la que posteriormente fue ley y abrigamos muy serias dudas en la materia, y uno tiende hoy a formarse la convicción de que lo entonces propuesto fue malo y constituyó una pésima solución. Porque, en el fondo, lo que ha ocurrido, en el sentido más obvio, es un conflicto de los intereses colectivos de una comuna, de una ciudad, y los de un particular. No es que ello no sea legítimo. Ese no es el problema. La cuestión radica en que hace diez años se echó atrás una situación que resultaba favorable para lo colectivo y se estableció un mecanismo que ha llevado a que tengamos que discutir el proyecto como lo estamos haciendo*” (Historia de la Ley N° 20.791, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 195).

³³ Véase el “Mensaje” N° 003-361, de 11 de marzo de 2013. En su intervención en la Comisión de Vivienda de la Cámara de Diputados, el ministro de Vivienda, Sr. Rodrigo Pérez Mackenna, sostuvo que “[...] *la ley que se dictó en 2004 sobre la materia suponía que la declaración de afectación era siempre perjudicial para el propietario del terreno de que se tratara y, por ende, debía establecerse un plazo para el ejercicio de dicha facultad. Ese plazo se encuentra vencido en la actualidad, provocando una debacle, ya que 6.500 hectáreas en aperturas de calles y avenidas, y 2.900 hectáreas en ensanches, han caducado, con la consiguiente carga para el Estado. El proyecto vuelve a afectar de manera indefinida las aperturas de avenidas, los ensanches, los parques, plazas, etc., considerando, por una parte, la pérdida de la porción de terreno para el propietario producto de la declaración de utilidad pública; y, por el otro, y como contrapartida, el beneficio que le reporta tal declaración. Sólo en el evento de que el balance de esos dos factores sea negativo para el propietario, este puede reclamar una indemnización, para lo cual existen cuatro mecanismos*” (Historia de la Ley N° 20.791, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 32).

Sin embargo, el cambio de Gobierno el 11 de marzo de 2014 tuvo incidencia en esta iniciativa, especialmente respecto de los reparos que existían en relación con la compensación como mecanismo idóneo para resolver el problema de la afectación de los terrenos. En efecto, para la nueva ministro de Vivienda y Urbanismo no era posible aceptar el deber de compensar en los términos considerados en el proyecto original, ya que implicaba una peligrosa señal al resto de las personas que se sientan perjudicadas por un cambio en un instrumento de planificación, que podrían exigir un trato análogo. Por lo demás, estos cambios podrían generar expectativas no materializadas que encarecerían el precio de los terrenos en perjuicio de quienes desean adquirir o arrendar vivienda, además de dar lugar a una paradoja en relación al pago de dichas compensaciones sin que la municipalidad adquiriera los terrenos, sobre todo si se considera que una eventual modificación del plan podría nuevamente aumentar su valor³⁴.

En tal sentido, la nueva propuesta del Gobierno fue en un sentido distinto: reconocer un aprovechamiento urbanístico mínimo, es decir, la posibilidad de disponer de cierta edificabilidad y uso durante el período en que el terreno se encuentra sujeto a la declaratoria de utilidad pública. Para estos efectos, la Ley N° 20.791 hace una distinción entre terrenos construidos a la fecha de la declaración de utilidad pública y terrenos en los cuales no existieren construcciones. A lo anterior se agrega la posibilidad de edificar renunciando expresamente a toda indemnización por expropiación. Por último, todo lo anterior se agrega la supresión definitiva de la caducidad de estas declaratorias. Analicemos cada uno de estos puntos.

1. *El congelamiento de los terrenos.*

En primer término, la actual *Ley general de urbanismo y construcción* mantiene el sistema que busca proteger a los propietarios de las modificaciones a los instrumentos de planificación territorial mediante el congelamiento. Si bien esta figura tiene un alcance más amplio, en el caso de las declaratorias de utilidad pública resultan plenamente aplicables. Así, mientras no se proceda a la expropiación, estos terrenos se entenderán congelados y no podrá aumentarse en ellos el volumen de construcción existente para dicho uso de suelo, salvo en dos casos: *i*) cuando los aumentos tengan por objeto preciso mitigar los impactos ambientales adversos que provocare su actividad productiva; y *ii*) las obras destinadas a mejorar la calidad de su arquitectura, de sus estructuras y de sus instalaciones, in-

³⁴ Intervención del ministro de Vivienda y Urbanismo, Sra. María Paulina Saball (*Historia de la Ley N° 20.791*, Biblioteca del Congreso Nacional, pp. 129-130).

cluidas aquéllas que tengan un sentido estético que contribuya a mejorar su aspecto (artículo 62 inciso 1º).

Sin embargo, el congelamiento no es aplicable a las industrias mal ubicadas, que causen molestias o daños al vecindario, las cuales deben trasladarse a requerimiento de la Municipalidad y previa consulta al Servicio de Salud y la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo (artículo 61 inciso 2º)³⁵. Ahora bien, en este caso se ha entendido que no procede indemnización alguna y así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en una reciente sentencia³⁶, a pesar de que existe una evidente vulneración de los derechos adquiridos conforme a la planificación urbana previa y que se trata de un problema de regulación de una actividad, más que de una cuestión estrictamente urbana.

2. Derecho adquiridos, “ius aedificandi” y declaración de utilidad pública.

El nuevo artículo 59 bis viene a establecer una regla interesante respecto del derecho a edificar que se reconoce a los propietarios de los terrenos, ya sea que cuenten con construcciones o no. En efecto, en este caso no estamos frente al régimen de congelamiento previsto en el artículo 62 LGUC., ya que esta disposición opera sobre la base de supuestos distintos.

En primer término, el artículo 59 bis gira en torno a una regla mínima de edificabilidad: se reconoce a los propietarios el derecho a construir “*una vivienda de hasta dos pisos de altura en los lotes recepcionados a la fecha de la declaratoria, conforme a las reglas que establezca la Ordenanza General*”. De esta forma, dicha disposición establece un contenido mínimo de edificabilidad que necesariamente debe ser complementado por la ordenanza, ya que

³⁵ En el mismo sentido el artículo 160 LGUC 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*”.

³⁶ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional, roles Nos. 2643 y 2644, de 29 de enero de 2015. En este caso el Tribunal sostuvo que el artículo 62 LGUC protege al propietario ante el cambio de la regulación urbana, en tanto dicho propietario ajuste su actividad a las reglas de la zona regulada. La protección del derecho de propiedad no podría amparar una actividad productiva sin consideración de su emplazamiento en la ciudad y la dinámica del cambio urbano. La protección del ejercicio de la actividad productiva sin restricciones podría atentar contra el necesario crecimiento de la ciudad como lugar de residencia de seres humanos.

sólo se contiene dos reglas básicas que son claramente insuficientes. Una sobre uso (vivienda) y otra sobre altura (dos pisos), quedando pendiente por definir criterios como la superficie, distanciamientos y tipología. En nuestra opinión, hay que tener muy presente lo establecido en el artículo 55 LGUC. respecto del uso y edificabilidad mínima que se reconoce en el suelo rural, ya que a la sazón es la regla general que rige en nuestro sistema. Esto permitirá establecer un criterio que sea coherente respecto de contenido mínimo de la propiedad en suelo urbano y rural³⁷.

Ahora bien, vamos a analizar esta norma partiendo desde la regla que otorga este contenido mínimo, para comprender de mejor forma la manera en que opera la afectación de la declaración de utilidad pública y su congelamiento.

En primer término, y tal como hemos señalado, la ley reconoce una edificabilidad mínima a los propietarios de los terrenos afectados con estas declaraciones, ya sea que tengan construcciones o no.

En el primer supuesto, esto es, en el caso de que el terreno afectado no disponga de construcciones, la regla debiera ser su congelamiento en los términos del artículo 62 LGUC. Sin embargo, en este caso el artículo 59 bis permite un mínimo de edificabilidad que se corresponde con la mentada vivienda de dos pisos, la cual puede ser construida y reconstruida por el propietario.

En el segundo caso, vale decir, cuando el terreno disponga de una construcción, se debe distinguir: *i*) Si la construcción es superior a la vivienda de dos pisos, no puede aumentarse su edificación salvo en los supuestos del artículo 62 (mitigación de impactos ambientales y mejoramiento de arquitectura y diseño). En principio, tampoco se puede reconstruir, salvo en caso fortuito o fuerza mayor cuando las construcciones existentes experimentasen daños que las dejen inutilizables. Sin embargo, pensamos que aun en este caso se sigue aplicando la regla del contenido mínimo, prevista en el inciso final de la letra a) del artículo 59 bis: es posible reconstruir hasta la vivienda de dos pisos; y *ii*) Si la construcción es inferior a la vivienda de dos pisos, se acepta en este caso aumentar el volumen de la edificación hasta los dos pisos o reconstruirla.

Tal como se ha señalado, la regla de la edificabilidad mínima, que se reconoce a todo propietario de terrenos sujetos a declaratorias de utilidad pública, cambia el punto de referencia respecto del contenido mínimo que se reconoce al derecho de propiedad sobre el suelo y establece una norma que constituye una innovación importante en materia del derecho a

³⁷ CORDERO, Eduardo, *Derecho urbanístico chileno y la garantía constitucional de la propiedad*, en *Nomos*, 2 (2008), p. 104.

edificar en nuestro ordenamiento. Así, se ha buscado un justo medio para atribuir un mínimo de edificabilidad, asegurando a sus propietarios una indemnización íntegra al momento de hacerse efectiva la expropiación en relación con dicho mínimo..

3. Edificabilidad y renuncia del derecho a ser indemnizado.

Se mantiene la norma que faculta de forma excepcional a las Direcciones de Obras para permitir, previa autorización municipal, nuevas construcciones en los terrenos afectados por una declaratoria de utilidad pública, siempre que el propietario del inmueble renuncie por escritura pública a toda indemnización o pago por dichas mejoras u obras, cuando posteriormente se lleve a cabo la expropiación, conocida comúnmente como renuncia de mejoras (artículo 121).

En este caso, estamos sobre la regla de la edificabilidad mínima, que opera como el contenido esencial de la propiedad urbana. Por lo tanto, la autoridad puede permitir estas nuevas construcciones, pero los propietarios asumen de forma anticipada que no podrán ser indemnizados en caso de expropiación.

Ahora bien, no obstante lo anterior, aquello no significa que no estemos ante un derecho de contenido patrimonial que debe ser respetado. En efecto, la autorización que permite estas nuevas construcciones da lugar a un derecho que ingresa al patrimonio de su solicitante. Así, éste goza de la protección constitucional de la propiedad respecto de cualquier órgano público y terceros, aunque respecto de la expropiación no podrá ser objeto de indemnización en relación con la declaración de utilidad pública concreta que establece el plan. Así, por ejemplo, en caso de ser perturbado por terceros en su ejercicio, es posible ejercer una acción judicial en su defensa, como la acción de protección. También opera en el caso de que se forma arbitraria no se le otorgue la recepción municipal de las obras o en el evento que otra entidad pública, por otra causa de utilidad pública distinta a la urbanística, proceda a su expropiación.

4. La compensación con plusvalías.

Uno de los temas que son de recurrente discusión en materia urbanística dice relación con la posibilidad de compensar las cargas que se imponen a los propietarios con las plusvalías que obtienen de la acción urbanística y de las obras públicas. El proyecto original consideraba esta posibilidad bajo la forma de compensaciones respecto de la parte de los terrenos no afectados por la declaración de utilidad pública y que se ven beneficiados con una mayor edificabilidad.

Desde su primer texto de 1976, la *Ley general de urbanismo y cons-*

trucción contiene una norma en tal sentido respecto de la expropiación, sin embargo, ésta no fue objeto de aplicación por dos razones. En primer lugar, la Contraloría había sostenido que para tal efecto era necesario la dictación una norma reglamentaria³⁸. Por otra parte, también se han planteado serios reparos respecto de la constitucionalidad de una norma de estas características, ya que la Constitución dispone que en caso de expropiación y a falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado (artículo 19 N° 24 inc. 4°)³⁹.

Ahora bien, el actual artículo 88 LGUC., introducido por la Ley N° 20.791, dispone lo siguiente: “*Tratándose de expropiaciones parciales se deducirá o imputará del monto de la indemnización el cambio de valor que adquiera la parte no expropiada como consecuencia de las inversiones que realice el Estado vinculadas con dicha expropiación, o del plan o instrumento de planificación que declaró la utilidad pública*”.

En primer término, esta disposición se asemeja bastante a la fórmula de las compensaciones que tenía el proyecto original⁴⁰, así como el texto anterior de la *Ley general urbanismo y construcción*⁴¹. Sin embargo, plantea varias dudas respecto de su alcance. En efecto, la norma parte de varios supuesto: *i*) debemos estar ante una expropiación parcial, es decir, que comprende parte de los terrenos afectados; *ii*) la parte no expropiada debe haber experimentado un mayor valor; y *iii*) ese mayor valor debe ser producto de inversiones que realice el Estado vinculadas con dicha expropiación, o del plan o instrumento de planificación que declaró la utilidad pública. En la medida que concurren todos estos supuestos, se

³⁸ Dictamen N° 49.515, de 1978.

³⁹ Sobre la materia véase: PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La expropiación ante el derecho civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), pp. 84-88. El autor cita tres fallos de la Corte Suprema. Uno que acoge la tesis de la inconstitucionalidad y dos anteriores que la rechazan.

⁴⁰ En dicho proyecto se propondría un nuevo artículo 59, cuyo inciso final establecía lo siguiente: “*Cuando se trate de predios en que no es posible desarrollar un proyecto de densificación y se compruebe que el plan regulador, al fijar la afectación, produjo una disminución en el valor del predio, deberá compensarse al propietario en la medida de dicho perjuicio, considerando al efecto todas las normas urbanísticas aplicables al predio en la situación actual, en comparación a la situación del mismo predio con las normas anteriores a la afectación, conforme a las reglas que establecerá la Ordenanza General*”.

⁴¹ Artículo 88, que establecía lo siguiente: “*Siempre que una propiedad adquiera mayor valor a consecuencia de una expropiación parcial de ella, se deducirá del monto de la indemnización el mayor valor que adquiera la parte no expropiada, con motivo del destino que se dé a la parte expropiada./ Si este mayor valor fuere superior al monto que se fije para la expropiación, se considerará, en este caso, compensado totalmente el precio de la expropiación con el referido mayor valor. La Ordenanza determinará las normas para calcular los mayores valores y deducciones a que se refiere el inciso primero*”.

establece como consecuencia la deducción o imputación del monto de la indemnización de dicho cambio de valor.

En este caso debemos tener presente que estamos frente a problema de valoración de suelo, en el cual convergen diversos elementos para determinar el precio que tiene un terreno en un lugar y momento determinado, con todas las circunstancias que inciden en el mismo. Ahora bien, en este caso este cambio de valor sólo puede tener dos causas: *i*) las inversiones que realice el Estado vinculadas con dicha expropiación, como la construcción de una calle o avenida, su ensanche o alguna obra pública⁴², o *ii*) que sea efecto directo de las modificaciones en los usos y edificabilidad previstas en el plan. Son estos los criterios que se deberán tener en cuenta al momento de valorar los terrenos no expropiados y su mayor valor.

No obstante lo anterior, pensamos que esta norma no supera los serios reparos de constitucionalidad que se planteaba con el texto anterior, ya que el monto de la deducción no dice relación con el terreno efectivamente expropiado, además de ser contrario a la disposición constitucional que exige el pago previo y al contado de la indemnización ante la falta de acuerdo con el expropiado.

5. La supresión de la caducidad de las declaratorias de utilidad pública.

La Ley N° 20.791 suprime definitivamente la figura de la caducidad de las declaratorias de utilidad pública, la que alcanzó a tener en nuestro ordenamiento jurídico una vigencia de casi once años⁴³. Con esta medida las declaraciones contenidas en los planes reguladores se mantienen vigentes de forma indefinida. Sin embargo, el problema se planteaba respecto de aquellas declaraciones que a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.791 ya habían caducado y, por lo tanto, había nacido el derecho de los propietarios para exigir la asignación de normas similares a la zona predominante de las adyacentes al terreno.

La solución en este caso fue la de establecer una norma transitoria que declara de utilidad pública “*los terrenos que hubieren sido destinados por un plan regulador o seccional a circulaciones, plazas y parques, incluidos sus ensanches, con anterioridad a las disposiciones de las leyes N°s 19.939 y 20.331*”. Con esta disposición se restablecen las declaratorias contenidas en los planes reguladores que ya habían caducado a la fecha de entrada en vigencia de la ley. Sin embargo, esta medida no podía afectar los derechos

⁴² La limitación a sólo el Estado puede plantear algunas dificultades cuando la obra diga relación con entidades que no son parte del Estado, como los Servicios de Vivienda y Urbanismo y las Municipalidades.

⁴³ La Ley N° 19.939 entró en vigencia el 12 de febrero de 2004, mientras que la Ley N° 20.791 se publicó el 29 de octubre de 2014.

ya adquiridos como consecuencia de aquellas caducidades que dieron lugar a la dictación de normas para los terrenos afectados y se hubiese obtenido algún acto administrativo que suponga la patrimonialización de los usos y la edificabilidad previsto en dichas disposiciones. En tal sentido, se dispuso: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en este inciso, respecto de los terrenos cuyas declaratorias hubieren caducado en virtud de las citadas leyes, deberá respetarse la aplicación de lo establecido en el artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, cuyo texto fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 458, de 1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en lo referido a los anteproyectos aprobados y los permisos otorgados por la Dirección de Obras Municipales, los que no se verán afectados por la declaratoria de utilidad pública*”. De esta forma, en la medida que existan terrenos con un anteproyecto aprobado o un permiso otorgado conforme a dichas normas, se debe entender que no se verán afectados por dicha declaración. Por lo tanto, respecto de aquellos debemos entender que se mantendrán vigentes las normas asignadas mientras no sean objeto de modificación por la autoridad competente.

Sin perjuicio de la anterior excepción, también se facultó a las Secretarías Regionales Ministeriales de Vivienda y Urbanismo y a las Municipalidades para dejar sin efecto dichas declaratorias mediante un acto administrativo, en un plazo de seis meses a contar de la publicación de la ley⁴⁴. Esta medida ha tenido por objeto de que estas entidades determinen si resulta necesario o conveniente mantener dicha afectación, atendiendo a las condiciones y circunstancias de cada región o comuna. En el evento de que decidan dejarla sin efecto, las municipalidades tienen un plazo de tres meses para dictar las nuevas normas urbanísticas aplicables a dichos terrenos, las que también deben asimilarse a las de la zona predominante de las adyacentes al terreno, previo informe de la Secretaría Regional Ministerial. A su vez, en el evento que la municipalidad no cumpla con dicho plazo, es posible recurrir a la misma Secretaría que, en subsidio del municipio, fije dichas normas dentro del mismo plazo y siguiendo los mismos criterios⁴⁵.

⁴⁴ Este plazo vencía el 29 de marzo de 2015.

⁴⁵ Sobre esta materia, la Dirección de Desarrollo Urbano ha emitido dos circulares, en virtud de las facultades interpretativas que le atribuye el artículo 4 LGUC. La primera es la Circular Ord. N° 0575, de 29 de octubre de 2014, que aporta algunos aspectos de interés respecto de la forma de extender los “certificados de informaciones previas”. Luego se dictó la Circular Ord. N° 0654, de 18 de diciembre de 2014, en la cual se precisa el concepto de circulaciones; se establece un criterio muy discutible respecto de la vigencia de las declaratorias de utilidad pública, especialmente en aquellos casos en que la norma legal de forma expresa dispone que no resulta

VII. CONCLUSIONES

En los dos últimos lustros hemos asistido en nuestro país a la forma como se enfrenta un problema de política pública, como es el diseño, proyección y ejecución de un modelo de ciudad, buscando equilibrar los intereses generales con los derechos que tienen los ciudadanos en el ámbito urbano. Sin embargo, y como ha quedado demostrado, la solución encontrada no fue la mejor, tanto en sus resultados como en la manera en que el tema ha sido asumido por los juristas, quienes simplemente han tomado palco respecto de una situación que demandaba un análisis más acabado de la cuestión.

En efecto, en este caso se trató de enfrentar la cuestión a partir de una visión claramente errada, pensando en resolver la injusta situación de los propietarios de los terrenos afectos a declaración de utilidad pública, pero soslayando la dimensión global que tiene el urbanismo al momento de proyectar un determinado modelo territorial. En efecto, estas declaratorias y la materialización efectiva de la expropiación no constituyen un problema que sólo pueda ser entendido desde la visión parcial y acotada del propietario. No se trata de una cuestión relativa a la desidia de los servicios públicos para llevarlas adelante o a la falta de recursos para materializar la expropiación, sino a la proyección futura y de largo plazo respecto de los espacios públicos con los que debe contar la ciudad. En dicha perspectiva, los afectados por estas declaraciones sólo tenían el espejismo de que su situación habría sido resuelta, olvidando que las nuevas edificaciones también requieren de una ciudad con espacios públicos, calles y parques.

Se ha tardado poco más diez años en reconocer este error y la reparación ha sido volver sobre el régimen anterior, pero garantizando una edificabilidad mínima que permite dar sustento y respecto al principio de igualdad y al resguardo de los derechos adquiridos. Sin embargo, todavía queda mucho por avanzar en esta materia, más aún si todavía persiste la falta de instrumentos y sistemas idóneos de gestión urbanística, que permitan distribuir con equidad los beneficios y cargas de la acción pública urbanística, evitando en buena medida que la decisión del planificador siga beneficiando o perjudicando a unos y otros, sin que se reparta equitativamente.

aplicable cuando existe un anteproyecto aprobado y permisos otorgados (apartados 4.1, 4.2 y 4.3), y se regula el procedimiento de desafectación.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE, Beatriz - CASTILLO, Simón, *El espacio público moderno. Sueños y realidades de Karl Brunner en Santiago de Chile, 1929-1934*, en *Diseño Urbano y Paisaje*, 3 (2005).
- ALESSANDRI R., Arturo - SOMARRIVA U. Manuel - VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de los derechos reales. Bienes* (6ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009).
- ARRIETA, Benjamín, *Estudio sobre la Ley de construcciones y urbanización* (Memoria de Prueba para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1954).
- BREWER-CARIAS, Allan, *La ciudad ordenada* (Madrid, Aranzadi, 2014).
- CORDERO, Eduardo, *De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 31 (2008).
- CORDERO, Eduardo, *Derecho urbanístico chileno y la garantía constitucional de la propiedad*, en *Nomos*, 2 (2008).
- CORDERO, Eduardo, *Los bienes públicos y su naturaleza a la luz de la legislación chilena*, en *Revista de Derecho Administrativo*, 4 (2010).
- FERNÁNDEZ RICHARD, Jorge, *Importante modificación que corrige una severa limitación al dominio que se producía a raíz de las modificaciones al plan regulador. Ley N° 19.939*, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 13 (2005).
- FIGUEROA VELASCO, Patricio - FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, *Urbanismo y construcción* (Santiago, LexisNexis, 2006).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de derecho urbanístico* (2ª edición, Madrid, Civitas, 1981).
- Historia de la Ley N° 20.791* (Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional, 2014).
- LÓPEZ PÉREZ, Fernando, *Una visión crítica del régimen fuera de ordenación*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 36 (2010).
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *Introducción al derecho urbanístico* (4ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2013).
- MUÑOZ GIELEN, Demetrio, *Países Bajos. Líneas básicas del urbanismo neerlandés*, en *Ciudad y territorio*, 144 (2005).
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia constitucional*, en LÓPEZ GUERRA, Luis (coordinador), *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2001).
- PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel, *La expropiación ante el derecho civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).
- SCHMIDT, Luis, *Legislación y reglamentación de construcciones y urbanización* (Santiago, 1935).
- VERGARA BLANCO, Alejandro, *Naturaleza jurídica de los bienes nacionales de uso público*, en *Ius Publicum*, 3 (1999).

