

CURTIDOS BAS Y EXPROPIACIÓN REGULATORIA: ELEVANDO EL ESTÁNDAR CONSTITUCIONAL PARA CARGAS GRAVOSAS A LA PROPIEDAD

ARTURO FERNANDOIS VÖHRINGER¹

RESUMEN: El comentario trata la sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2684-14, sobre el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Curtidos Bas S.A. respecto del artículo 62 inciso segundo, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. En esta decisión, el Tribunal, por mayoría de votos, alteró decididamente su jurisprudencia en materia de derecho de propiedad y elevó los estándares para limitaciones y privaciones del mencionado derecho, que había sido históricamente más deferente con el legislador. Se proponen también nuevos elementos para identificar una expropiación regulatoria, a la luz de la doctrina norteamericana posterior al año dos mil.

SUMARIO: 1. Introducción, 2. La sentencia, 2.1 La impugnación, 2.2 Los argumentos de la sentencia 2.3 Continuación del proceso después de la sentencia del TC3. Nuevos parámetros para identificar una expropiación regulatoria: justificación, previsibilidad y sorpresividad. 3.1 La expropiación regulatoria, elementos clásicos 3.2 La *previsibilidad* y la *sorpresividad* como elementos de la expropiación regulatoria 3.3 El caso *Curtidos Bas* ante los criterios de la expropiación regulatoria 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace casi 15 años que la doctrina esperaba noticias alentadoras desde el Tribunal Constitucional en derecho de propiedad, que matizaran una jurisprudencia altamente deferente hacia el legislador. Hubo de transcurrir una década y media de una interpretación audazmente tolerante —llegando a puntos inconsistentes ante el derecho comparado para casos análogos—² con toda clase de obligaciones y cargas legales recaídas sobre el dominio, provenien-

¹ Agradezco al profesor Cristóbal Zepeda Torey su valiosa colaboración para este comentario.

² En Alemania se declaró inconstitucional algunos preceptos legales análogos a nuestra Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales. Tribunal Constitucional Federal de Alemania (*Bundesverfassungsgericht*), sentencia Rol 1 Bvl 7/91, de 2 de marzo de 1999.

tes normalmente de leyes datadas desde antes de la Carta de 1980. Podemos situar en 2001, fecha del fallo en el caso *Rentas Vitalicias*³, recaído en un control preventivo de ley, la época del último caso relevante en que el TC emergió con decisión a invalidar preceptos que se estimaron vulneratorios de la esencia de las facultades del dominio.

En la Corte Suprema, una situación análoga se observó por 12 años desde la notable sentencia de inaplicabilidad en 2004, caso *Maullín con Fisco*⁴, que objetó dos preceptos de la Ley de Monumentos Nacionales, N° 17.288, de enero de 1970⁵. Como sabemos, esos mismos preceptos fueron considerados perfectamente constitucionales por el TC en sentencias de divididas posteriores. Por paradójico que resulte, en el caso conocido como *Palacio Pereira*⁶, la mayoría estimó adecuadas al concepto *función social* del artículo 19 N°24 CPR la prohibición, impuesta por el artículo 12 de la ley, que tiene el propietario de un inmueble que se declara sobrevinientemente monumento nacional de modificarlo sin consentimiento del Consejo de Monumentos Nacionales. Y ajustado a él también la multa que le impone el Fisco a quien no conserve debidamente ese monumento, cuyo uso sin embargo le queda de tal forma reducido. Igual cosa sucedió en la sentencia TC *Inmobiliaria Santa Beatriz*⁷, comentada en *Sentencias Destacadas 2014*⁸, que tolera otros preceptos distin-

³ STC Rol N° 334, de 21 de agosto de 2001, caratulado “Requerimiento presentado por un grupo de Senadores 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.”

⁴ Sentencia de la Corte Suprema Rol 4.309-2002, de 18 de junio de 2004, caratulado “Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco de Chile”.

⁵ En la Corte Suprema la falta de sentencias de fondo en propiedad se explica también por el traslado del recurso de inaplicabilidad al TC, por obra de la ley N° 20.050, de reforma constitucional de 2005.

⁶ STC 1.485, de 8 de marzo de 2011, caratulado “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Comunidad Condominio Paseo Huérfanos, respecto del artículo 12 de la Ley N° 17.288 de la Ley de Monumentos Nacionales, en rol 4.307 – 2009 de la Corte Suprema.”

⁷ STC Rol N° 2.299, de 29 de enero de 2014, caratulado “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Constructora Santa Beatriz S.A. respecto de los artículos 29 y 30 de la Ley N° 17.288, en los autos sobre recurso de protección, caratulados “Constructora Santa Beatriz S.A. con Ministerio de Educación y otro”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 25.159-2012.”

⁸ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2015), pp. 237-253.

tos⁹ de la polémica Ley N° 17.288, redactada bajo el influjo de la filosofía comunitarista de la década de los años 60. Aquella vez se salvaguardó la constitucionalidad de artículos que facultan para la declaración de zona típica a barrios e inmuebles, afectando administrativamente las facultades del *ius aedificandi*.

¿Son tan perfectas las leyes chilenas? ¿Ha legislado con tanta prolijidad el Congreso que ya han desaparecido del ordenamiento los cuerpos legales que desconocen la esencia del derecho del propietario? ¿Se han perfeccionado de tal forma las leyes de los años 30, 50 y 60 que todas las obligaciones, tributos y cargas legales que recaen sobre la propiedad resisten el moderno *test* constitucional de la expropiación regulatoria?

Nada de eso. Subsisten numerosos preceptos legales vigentes que no son armónicos con el entendimiento actual del balance entre propietario y función social limitativa. No podemos interpretar de la misma forma dos momentos históricos distintos ante la Constitución. Un Estado cuyo presupuesto público es de 60 mil millones de dólares (2014) es distinto a un Estado diez veces menos solvente, macroeconómicamente débil, con severas trabas presupuestarias para compensaciones justas al propietario alcanzado por una carga, como fue el caso en algunos pasajes del siglo XX.

Como sea, a 2015, la situación jurisprudencial era desalentadora, no necesariamente por el resultado de las sentencias en casos de propiedad, sino porque el intenso desarrollo dogmático del derecho comparado en expropiación regulatoria permanecía poco citado. El fenómeno fue reconocido en el TC solo a contar de *Panguipulli con Transelec*(2007)¹⁰, y, por cierto, para rechazar en votación dividida la inaplicabilidad¹¹. Si bien el TC siempre ha hecho un esfuerzo sólido de fundamentación en sentencias de propiedad –como en los

⁹ Los artículos 29 y 30.

¹⁰ STC Roles N°s 505 y 506, de 6 de marzo de 2007, caratulado el primero de ellos “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. respecto del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940, en la causa 11786-04 de la Corte de Apelaciones de Santiago.”

¹¹ ROMERO (2008), pp. 19-60. También FERNANDOIS (2014), pp. 318-320.

casos *Playas II* (2009)¹², *Traslado de Redes* (2012)¹³ y *TV Digital-Franja Gratuita* (2013)¹⁴ el eje del debate apunta normalmente a problemáticas menos actuales que las que interesan.

En efecto, los votos de mayoría en el TC hasta ahora parecen destinar la mayor fundamentación de sus sentencias a justificar el derecho del legislador a imponer cargas sobre dominio. Subyace a ello una supuesta tensión axiológica entre el individuo y el bien común; entre el interés meramente individual y el interés social. En el tono y retórica jurídica de las sentencias se observa ese objetivo justificante para el legislador interventor del dominio, que se opondría al del propietario recurrente, que supuestamente niega ese derecho legislativo y aspiraría la absoluta intangibilidad de su derecho.

Así, el debate central en los fallos se traba entre dos tesis completamente superadas. En efecto, por cierto que la ley puede imponer obligaciones y limitaciones al dominio, y por cierto que el dueño está obligado a soportarlas, dependiendo de la modalidad con que se impongan. Las preguntas constitucionales que hoy interesan en 2016 es en qué condiciones debe imponerlas, con qué plazos, mediante qué transiciones normativas, con qué compensaciones patrimoniales; y, desde luego, a qué sujetos selecciona y exime de este gravamen, de forma tal de no quebrar el principio de la igualdad ante las cargas públicas, como resolvió el mismo TC en el caso *Turno de Abogados*¹⁵.

¹² STC Rol N° 1.141, de 17 de marzo 2009, caratulado “Requerimiento de inaplicabilidad de Agrícola del Lago S.A. respecto del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, en juicio sumario sobre reclamo deducido contra resolución administrativa, Rol N° 1665-08, caratulado “Agrícola del Lago S.A. con Intendencia Regional de la Araucanía”, del Primer Juzgado Civil de Temuco.”

¹³ STC Rol N° 1.863, de 24 de julio de 2012, caratulado “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A. respecto del artículo 41, inciso final, del DFL N° 850 de 1997, del Ministerio de Obras Públicas en los autos Rol N° 4617-2009 sobre cobro de pesos en juicio de hacienda sustanciados ante el Tercer Juzgado de Letras de La Serena.”

¹⁴ STC Rol N° 2.541, de 18 de noviembre de 2013, caratulado “Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados que representan la cuarta parte de los miembros en ejercicio respecto de los preceptos que indican del proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre, contenido en el Boletín N° 6190-19”.

¹⁵ STC Rol N° 755, de 31 de marzo de 2008, caratulado “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sergio Toloza Rodríguez y el Presidente del Colegio de Abogados de Chile respecto del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, en los autos sobre apelación de protección, caratulados “Sergio Toloza Ro-

Aquí está entonces el corazón de la problemática constitucional de la expropiación regulatoria. Los elementos críticos son la proporcionalidad fina de la carga —el TC suele abordar el punto, pero sin detalles—, el elemento cronológico de previsibilidad —crítico en las legítimas expectativas del dueño que enfrenta una limitación sobreviviente—, la entidad del remanente de retorno económico de la inversión que sobrevive luego de la restricción legal, la compensación estatal cuando otros propietarios análogos no sufren similar carga, y otros tantos más¹⁶.

La sentencia del TC en nuestro caso a comentar, *Curtidos Bas* de septiembre de 2015, entonces, representa un quiebre en la tendencia conformista del TC ante las cargas legales sobre la propiedad. Revela lo que podríamos llamar como un agotamiento de la función social como elástico compresor del dominio, ante el criterio de la mayoría de los ministros titulares del TC.

Mediante votación de mayoría de seis de los ministros, el fallo diverge en todos los frentes de las sentencias anteriores. Primero, en su resultado, acogiendo el requerimiento y declarando inaplicable el inciso segundo del artículo 62, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (en adelante LGUC). Esto representa un dramático zarpe desde la sentencia del mismo TC en el caso *Molinera del Norte*, que había resuelto solo medio año antes en contra de la inaplicabilidad del mismo inciso del artículo 62 de la LGUC¹⁷. Segundo,

dríguez con Juez de Familia de Osorno”, de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N° 6626-2006.”. STC 1254, de 29 de julio de 2009, caratulado “Requerimiento de inconstitucionalidad del Presidente del Colegio de Abogados de Chile A.G., señor Enrique Barros Bourie, en representación de dicha entidad respecto del texto íntegro del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales. En subsidio de lo anterior, solicita se declare la inconstitucionalidad del inciso primero del mismo artículo y, en subsidio de esto último, se declare inconstitucional la expresión “gratuitamente”, contenida en la misma norma legal.” El autor de este comentario representó al Colegio de Abogados de Chile en esta causa ante el TC.

¹⁶ CHOPER (2001), pp. 286-324. DOREMUS (2003). DELAVEAU SWETT (2006).

¹⁷ STC Rol N° 2.644, de 27 de enero de 2015, caratulado “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Molinera del Norte S.A. respecto de los artículos 62, inciso segundo y 160 del Decreto con Fuerza de Ley N° 458, que aprueba la nueva Ley General de Urbanismo y Construcción, en los autos sobre recurso de casación en la forma y en el fondo, caratulados “Molinera del Norte S.A. con Karen Rojo Venegas Alcaldesa I. Municipalidad de Antofagasta”, de que conoce la Corte Suprema bajo el Rol N° 16.888-2013”. En esta sentencia, la mayoría del TC (que incluyó el voto de dos ministros suplentes) había considerado que: “... los artículos 62, inciso segundo, y 160, inciso primero, de la LGUC forman parte de la regulación

en la fundamentación: ingresa al detalle de la proporcionalidad de la norma, concluyendo que la orden del Alcalde que dispone el traslado de una industria que causa molestia al vecindario, para que esta se ejecute dentro de un año, carece de los mínimos detalles y parámetros regulatorios necesarios para entenderse proporcional. Y finalmente, un elemento teleológico llamativo, el que invierte respecto de sus precedentes jurisprudenciales: traslada el *onus probandi* de los vacíos al Estado. Para el TC, si la norma legal fuente del gravamen carece de detalles suficientes, esto se interpreta en contra de la autoridad pasiva en su deber inconcluso. Los conceptos jurídicos indeterminados no están para llenarse interpretativamente en contra del derecho del propietario, sino para maximizar los derechos de las personas; jamás –dice el TC– cabe atribuir detalles a conceptos normativos genéricos (como “molestias” en el artículo 62 de la LGUC), como técnica de aumento de las obligaciones de los afectados.

2. LA SENTENCIA

2.1 La impugnación

Según los antecedentes, Curtidos Bas es una empresa que desde 1952 desarrolla su actividad industrial en la comuna de San Joaquín. El año 2005 se modificó el plan regulador comunal de dicho municipio, en virtud de lo cual la zona industrial en la que se ubicaba la empresa devino en zona residencial y área verde. Esto causó que la industria quedara “mal ubicada”, sin perjuicio que en virtud del inciso primero del artículo 62 de la LGUC el uso del terreno quedó congelado. Un elemento crítico para nuestra opinión será evaluar si al instalarse la empresa y realizar sus inversiones a través del tiempo, podrían sus dueños haber previsto razonablemente que en el futuro quedarían en el ilícito urbanístico. Parece claro que, al menos en 1952, ello era casi imposible.

Sin embargo, la municipalidad de San Joaquín, haciendo uso del inciso segundo del artículo 62 de la LGUC, dispuso a través del

legal prevista por el inciso primero del numeral 21° del artículo 19 de la Constitución y su aplicación se somete a un conjunto de normas provenientes del Derecho Urbanístico, Derecho Municipal y regulación sectorial, conformando un régimen jurídico que tutela el ejercicio del derecho constitucional invocado y, en el caso de autos, no produce un efecto contrario a la Constitución.” (considerando trigésimo noveno).

decreto N° 1.263, de 11 de junio de 2013, que la empresa debía trasladar sus instalaciones fuera de la comuna en el plazo de un año. Dicha norma legal preceptúa en su inciso segundo:

“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.”

Según la Municipalidad, la empresa incurriría en esta situación por ser una industria mal ubicada y por los malos olores que expiden sus actividades, lo que estaría confirmado por los informes evacuados por los Secretarios Regionales Metropolitanos de Salud y de Vivienda.

En contra de este decreto, Curtidos Bas dedujo un reclamo de ilegalidad municipal ante la Corte de Apelaciones de San Miguel¹⁸, el cual fue rechazado. El reclamante recurrió de casación en el fondo contra este fallo, interponiendo posteriormente el recurso de inaplicabilidad que nos convoca.

En sede constitucional, el recurrente impugnó el mencionado inciso segundo del artículo 62 de la LGUC por adolecer en su opinión, en este caso específico, de tres vicios de inconstitucionalidad (combinados con la vulneración de los derechos en su esencia):

- i) Infracción al derecho de desarrollar actividades económicas (art. 19 número 21, en conjunto con el N° 26 CPR).
- ii) Infracción al derecho de propiedad (art. 19 N° 24, en conjunto con el N° 26).
- iii) Infracción a la limitación de las cargas públicas (art. 19 N° 20).

2.2 Los argumentos de la sentencia

La mayoría¹⁹ de los ministros del Tribunal votaron a favor de acoger el requerimiento, declarando inaplicable la norma impugnada, por lesionar las garantías al derecho de propiedad del artículo 19,

¹⁸ Rol N° 88-2013 (queja-hechos-ilegal).

¹⁹ Los ministros Peña, Bertelsen, Vodanovic, Aróstica, Romero y Brahm.

numerales 21 y 26, de la Constitución. Redactó la sentencia el ministro don Iván Aróstica M.

2) Elemento cronológico: causal sobreviniente de caducidad

Un primer elemento que el TC tiene en consideración es la raíz de buena parte del conflicto constitucional, aquí y en derecho comparado, y es de carácter cronológico: el ejercicio del derecho de propiedad del afectado queda condicionado a una causal de caducidad establecida con posterioridad. Explica el Tribunal:

“CUARTO: Que, en la especie, se trata de un derecho nacido pura y simplemente, pero que por una circunstancia posterior ajena a su titular –la expansión de la población– a contar del año 2005 su ejercicio quedó condicionado a una causal sobreviniente de caducidad: la propiedad sobre las instalaciones y el predio soportante pudo seguir sirviendo al desarrollo de una industria preexistente, a condición de no provocar indefinidos “daños o molestias” para la colectividad y bajo apercibimiento de “traslado”.

Todos pueden hacer en lo suyo lo que quisieren, naturalmente “no siendo contra la ley o contra derecho ajeno” (artículo 582 del Código Civil chileno). Pero una vez aceptada esta proscripción de ir “contra derecho ajeno”, la cuestión es que aquel cambio de reglas implicó para la requirente ser injerida por un régimen incierto, carente de patrones objetivos y previamente conocidos de medición, que permitan dar por establecidas dichas causales con razonable seguridad y más allá de estimaciones sensoriales o de índole puramente discrecional”²⁰.

La magistratura identifica entonces el factor cronológico, que suele ser el núcleo de toda expropiación regulatoria. Anticipemos que en nuestra opinión la incerteza, la sorpresividad y la falta de previsibilidad son elementos que empeoran el juicio de constitucionalidad de un cambio regulatorio. Más adelante se proponen ideas al respecto.

a) Elemento discrecional desproporcionado: causales amplias e indeterminadas que carecen de parámetros objetivos rigiendo la actuación de la autoridad

El precepto impugnado, ya transcrito, indica que las causales para ordenar el “traslado” de industrias que sobrevinientemente pasan a

²⁰ Considerando cuarto, énfasis agregado.

estar “mal ubicadas”, consisten en que dichas fábricas “causen molestias o daños al vecindario”. Pero, acompañemos al TC en la siguiente pregunta: ¿qué tipo de “molestias o daños” son aquellos con entidad suficiente para provocar tamaña reacción por parte de la Administración? La falta de precisión por parte de la ley al responder esta pregunta es la que detona el reproche del TC:

“QUINTO: Que las facultades de uso y goce del dominio ejercidas respecto de una tal industria, quedaron así supeditadas a la ulterior apreciación subjetiva de algunas autoridades de la Administración, ya que la imprecisa formulación de ambas causales de retiro (causar “molestias o daños”) abre amplios espacios de interpretación, lo que no condice con la certeza jurídica que, al ejercicio de los derechos, brinda el texto constitucional.

Es que el cuestionado artículo 62, inciso segundo, emplea al efecto dos conceptos o expresiones que en el lenguaje común carecen de límites precisos. Mientras “molestia”, en la acepción pertinente, implica “desazón originada de leve daño físico o falta de salud”, en el mismo léxico la voz “dañar” equivale a “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”.

Tampoco estos conceptos pueden ser mayormente precisados a la luz de la reglamentación vigente²¹.

El TC se detiene en la falta de certeza jurídica. Aquí pasa revista también a diversas normas de rango reglamentario que podrían aplicarse para determinar lo que sean las “molestias o daños”, como el Decreto Supremo (Salud) N° 144 de 1961²² o el artículo 4.14.2 del Decreto Supremo N° 47 de 1992, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (en adelante OGUC). Sin embargo, estos preceptos reglamentarios, fuera que no se refieren precisamente al traslado de industrias, no tienen la precisión objetiva suficiente que impidan morigerar las ponderaciones subjetivas de la Administración. De este modo, si bien el referido artículo de la OGUC clasifica los establecimientos industriales en “peligrosos”, “insalubre o contaminante”, “molesto” e “inofensivo”²³,

²¹ Considerando quinto, énfasis agregado.

²² Considerando decimoprimerro.

²³ Ver considerando sexto.

“...lo cierto es que más allá de los casos evidentes y extremos de industrias “peligrosas” e “inofensivas”, frente a los cuales nadie dudaría en aplicar y excluir las causales en juego, todas las demás industrias cuyas externalidades no calzan exactamente en esos pocos eventos con significado claro, quedan en la incertidumbre, desde que pueden ser catalogadas como molestas o dañinas dependiendo de la sola ponderación subjetiva e irrestricta que hagan, en cualquier momento, los órganos administrativos de ejecución”²⁴.

A propósito de la invocación del artículo 19 N° 8 de la Constitución, que asegura a todas las personas el “*derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*”, el TC sustenta y confirma su propia jurisprudencia, conforme a la cual:

“DÉCIMO: Que “jurídicamente contaminación no es cualquier impacto o alteración ambiental sino la situación que supera los parámetros ambientales establecidos”, ha prevenido este Tribunal en sentencia Rol N° 577-2006 (considerando 13°).

En este mismo sentido, en dicha ocasión, razonó que “mientras no se aprueben las normas de calidad ambiental respectivas que determinen objetivamente los parámetros dentro de los cuales es admisible en el ambiente una sustancia o elemento, no corresponde hablar de contaminación, a menos que se acredite inequívocamente la presencia en el ambiente de un contaminante, en términos tales que constituya un riesgo cierto a la vida, a la salud de la población, a la conservación del ambiente o la preservación de la naturaleza, o bien que exista una situación de pública e indiscutida notoriedad de la presencia gravemente nociva en el ambiente de un contaminante” (considerando 13° citado).

Lo cual asume importancia, al advertir que en el tema que aquí interesa no existen normas de calidad ambiental”²⁵.

En otras palabras, razona el TC, a una primera indeterminación en las normas de los conceptos de “*molestias o daños*”, se suma una segunda indeterminación consistente en la ausencia de parámetros objetivos preestablecidos.

²⁴ Considerando séptimo, énfasis agregado.

²⁵ Considerando décimo, énfasis agregado.

Esta inexistencia de normas de calidad ambiental precisas, que delimiten aquello que sea molesto o dañino, provoca que tanto la municipalidad como los servicios públicos llamados a informar según el artículo 62 LGUC, carezcan de los “medios idóneos de diagnóstico que, en la materia, tiendan a asegurar lo razonable e imparcial de sus decisiones”²⁶. El Tribunal invoca en este punto el mandato general de imparcialidad que el ordenamiento jurídico le exige a la Administración de Estado en el artículo 53 de la ley N° 18.575 de bases generales de la administración del Estado.

Además, esta ausencia de “normas claras de olfatometría” impide a la industria afectada “probar que su actividad, como cualquier otro que hacer humano, no causa al menos alguna forma de “molestia o daño” al entorno vecinal”²⁷.

Por esto, el vacío normativo para calificar objetiva e imparcialmente alguna clase de contaminación ambiental produciría un efecto probatorio: “no corresponde hablar de contaminación, a menos que se acredite inequívocamente la presencia en el ambiente de un contaminante”. Para esto, ciertamente, no basta la apreciación subjetiva, sea de la municipalidad, sea de un órgano administrativo sectorial.

En síntesis, el TC constata que el artículo 62 LGUC, inciso segundo, adolece de una “intrínseca vaguedad de las hipótesis que hacen procedente la imposición de una orden municipal de traslado, salvo en los casos extremos de industrias palmariamente “peligrosas”...”²⁸

Todos estos razonamientos van cambiando el tono del escrutinio del TC a la norma legal. Ya no se trata de mirar con simpatía estas facultades potencialmente gravosas para al propietario; ahora el estándar se eleva, acorde con los tiempos y las exigencias dogmáticas actuales.

a) Carácter restrictivo de la afectación de los derechos: conceptos jurídicos indeterminados no operan en contra, sino a favor del ciudadano

El Tribunal es nítido al reiterar la regla general del goce de derechos constitucionales:

²⁶ Considerando decimosegundo.

²⁷ Considerando octavo.

²⁸ Considerando decimosegundo.

“DECIMOCUARTO: Que, en un Estado de Derecho, la regla general consiste en el pleno goce de los derechos por quienes son sus legítimos titulares, de modo que cualquier afectación al ejercicio de los mismos –en los casos autorizados por la Constitución– debe trazarse expresamente en la forma de una inequívoca excepción.

Ello, especialmente cuando su aplicación se encarga a órganos de la Administración, con el objeto de que esta excepción no pueda regir más allá de su estricta consagración normativa, aplicándose con criterio restrictivo y en el sentido más favorable a la esencia y eficacia de los derechos esenciales”²⁹.

Por esta razón, en estados de normalidad constitucional, el uso conceptos jurídicos indeterminados debe morigerarse “*cuando sirven de motivo para coartar o restringir derechos fundamentales*”, por esto la ley debe acotar estas fórmulas genéricas “*al menos en sus elementos esenciales*”³⁰.

Este elemento es muy lúcido y novedoso en expropiación regulatoria. Saliendo al paso de la muy usada técnica judicial de recurrir a alguno de los cinco elásticos conceptos de la función social en el inciso segundo del artículo 19 número 24 de la Carta (utilidad pública, intereses generales de la nación y seguridad nacional, entre los favoritos), ahora el TC se traslada a la técnica contraria. Si bien los conceptos jurídicos indeterminados son usuales y aceptados, solo cabe interpretarlos expansivamente cuando el Estado confiere beneficios. En cambio, su entendimiento debe ser restrictivo cuando limita derechos. Es interesante este lúcido elemento de análisis, aunque toda medida tiene dos efectos: limitativos y beneficiosos, punto este último que la que la sentencia (voto de mayoría) no aborda.

El fundamento de esta necesidad de determinación se muestra especialmente en los casos de medidas administrativas que afectan derechos:

“DECIMOSÉPTIMO: *Que es esta delimitación legal lo que asegura, efectivamente, que la autoridad administrativa realice una concreción adecuada y razonable de las referidas condiciones habilitantes. En tanto que, por contraste, al hacer depender una medida coactiva de excepción de*

²⁹ Considerando decimocuarto, énfasis agregado.

³⁰ Considerando decimosexto.

términos ambiguos o conceptos difusos, abiertos a la apreciación subjetiva y evanescente del operador, erosiona severamente esa “seguridad” dada por la Carta Fundamental.

La falta de una adecuada connotación de los conceptos empleados por el legislador, impide prever razonablemente en qué casos se aplica o no la regla coactiva de excepción. Al paso de que puede provocar indefensión, por carecer los tribunales –convocados a su revisión– de elementos de juicio predeterminados a partir de los cuales juzgar la procedencia y proporcionalidad de la medida aplicada³¹.

De esta forma, y citando sus propios precedentes jurisprudenciales³², el TC no trepida en afirmar:

“La ley es inconstitucional –ha recalcado– cuando amaga o desampara aquellos derechos pasibles de restricciones a consecuencia de habilitaciones inespecíficas conferidas a la autoridad, sin trazar esa ley las pautas o parámetros objetivos y controlables que garanticen que el órgano gubernamental se ha circunscrito a ellos”³³.

a) Calificación constitucional de la orden de “traslado”: un retiro constitutivo de afectación de la esencia de las facultades del dominio

Un elemento ineludible es sin duda el efecto inconstitucional de la medida de “traslado” del artículo 62 LGUC. La Magistratura desentraña el efecto concreto del llamado “traslado”. Afirma que esta medida alcaldicia no es una simple “regulación” de la actividad industrial del afectado, sino que constituye una verdadera “expulsión” o “desalojo” que “priva al titular de aquellas facultades esenciales del dominio”³⁴:

“VIGÉSIMO SEGUNDO: Que el susodicho “traslado” no implica que el establecimiento comprometido tenga que desplazarse, desde el lugar en que se encuentra radicado, a algún determinado barrio industrial. Se trata de una orden de retiro que para el afectado implica –en realidad– una ablación, esto es, la pérdida del derecho a permanecer en el inmueble de su propiedad, para seguir desarrollando las mismas actividades a que él lícitamente las destinó. Privación que se produce aunque formalmente conserve el título de propietario, habida cuenta de que en los asuntos ju-

³¹ Considerando decimoséptimo, énfasis agregado.

³² Sentencias Roles N°s 198, 370, 389 y 433.

³³ Considerando decimooctavo, énfasis agregado.

³⁴ Considerando vigésimo sexto.

rídicos ha de estarse a la esencia de las cosas, independientemente de su denominación.

Así, en la especie toma forma una supresión virtual de las prerrogativas inherentes al dominio, en circunstancias que la Constitución (artículo 19, N° 24°, inciso tercero), a los efectos de exigir que medie una expropiación, entiende que la privación del dominio no solo acontece cuando se quita o despoja al dueño de lo suyo, en su totalidad, sino también cuando al titular –aun conservando nominativamente tal carácter– se le desposee, parcialmente, de alguno de los atributos o facultades esenciales que caracterizan la propiedad, según ha señalado este Tribunal (Rol N° 334, considerando 19°)³⁵.

Permítasenos respaldar esta calificación que hace el voto de mayoría del TC. Y agregaremos argumentos. En una lectura constitucionalmente rigurosa, el impugnado artículo 62 inciso 2° de la LGUC no faculta en la realidad para lo que literalmente parece expresar. En efecto, la supuesta orden de traslado de una industria que causa molestia al vecindario no es constitucionalmente un traslado: es una orden de retiro, esto es de desalojo físico de sus ocupantes y sus enseres de trabajo, sin compensación, constitutivo por ello de afectación de la esencia de las facultades del dominio. Un traslado, para ser tal, esto es, un simple desplazamiento territorial tolerable como limitación y no privación de la propiedad, significaría que la autoridad debiese asumir todos los elementos jurídicos y administrativos autorizatorios de la traslación meramente física de la industria molesta: posiblemente un nuevo emplazamiento, un permiso municipal de operación, autorizaciones ambientales nuevas, posibles detrimentos patrimoniales graves de la nueva instalación, etc. Como nada de eso se prevé por la ley, no se trata en rigor de un traslado, sino de un simple cierre de industria, de un retiro. En este contexto, el plazo normativo de un año para ejecutarlo es accidental al problema constitucional del precepto; aunque como se verá, un mayor plazo siempre será bienvenido a la hora de evaluar cuán comprometida está la esencia del derecho.

a) Agotamiento de la función social como elástico compresor del dominio

El Tribunal se hace cargo del argumento contrario, esto es, que la regla del inciso segundo del artículo 62 LGUC constituiría una simple limi-

³⁵ Considerando vigésimo segundo, énfasis agregado.

tación a la propiedad, instituida en razón de la función social que le reconoce la Constitución en el artículo 19 N° 24. Al respecto, y en consecuencia con las consideraciones recién expuestas, excluye el argumento pues el “traslado” suprime facultades inherentes al dominio, afectándolo en su esencia:

“En concepto de este Tribunal, sin embargo, mientras el inciso primero del examinado artículo 62 podría identificarse con una limitación al dominio, el inciso segundo cuestionado contempla una regulación atinente al uso y goce de él, pero que al imponerle las condiciones anotadas, en su aplicación en este caso, ha terminado por afectar en su esencia el derecho de propiedad, cuyo respeto se pide en autos”³⁶.

Pero además, el TC aprovecha de reiterar los requisitos que deben cumplir las limitaciones a los derechos, para poder ser consideradas conforme con la Carta, las que constata que no se presentan en el caso *sub lite*:

“VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en todo caso, aun de admitirse que en la especie se trataría de una mera restricción al dominio, es lo cierto que la jurisprudencia de esta Magistratura ha advertido que todas las limitaciones al ejercicio de los derechos deben poseer determinación y especificidad; no pueden afectar la esencia del derecho asegurado y, además, han de respetar el principio de igualdad, especialmente en cuanto deben estar establecidas con parámetros incuestionables. Esto es, que deben ser razonables y justificadas, de donde se sigue que han de ser medidas, necesarias y proporcionadas (roles N°s 226, 280, 293, 325 y 1.365).

Empero, la norma en examen no satisface este género de exigencias, pues omite algunos elementos que contribuirían a mitigar los efectos intensamente gravosos que conlleva la ejecución de tal medida de “traslado”. Tales como la previsión de un procedimiento reglado, donde se dé traslado al afectado de los informes sectoriales que obran en su contra, así como la posibilidad de aportar otros antecedentes con el objeto de que sean debidamente ponderados por la autoridad, incluido el Concejo Municipal. Amén de contemplar una instancia superior donde se sopesen las repercusiones que para los trabajadores de la empresa y otros terceros podría acarrear la adopción de una medida de tal carácter, de suerte que, en el extremo de que no sea posible conciliar todos los inte-

³⁶ Considerando vigésimo tercero, énfasis agregado.

*reses involucrados, en aras al desarrollo económico y social de la comuna, se contemple –incluso– el pago de las indemnizaciones de rigor*³⁷.

El TC hace aquí una contribución notable, porque coloca el foco en la mitigación del gravamen y no en su improcedencia. Es decir, sugiere que si este gravamen proviniese de un procedimiento contradictorio, sujeto al principio administrativo de la impugnabilidad –de los informes que respaldan el traslado, por ejemplo– la lesiva medida pudo haber mejorado sus credenciales constitucionales.

Pero no lo hizo.

2.3 Continuación del proceso después de la sentencia del TC

Con posterioridad a la dictación de la sentencia del TC, de 10 de septiembre de 2015, y antes de la vista del recurso de casación interpuesto para ante la Corte Suprema, las partes del litigio arribaron a una transacción, presentada el 21 de diciembre de 2015, y aprobada definitivamente por la Corte de Apelaciones de San Miguel el 14 de enero de 2016.

Conforme a esta transacción, por un lado Curtidos Bas se desistió del recurso de casación deducido, mientras que en contrapartida la Municipalidad de San Joaquín modificó el Decreto Alcaldicio N° 1.263 (que ordenó el traslado de la industria) estableciendo como nueva fecha para materializar la orden la medianoche del día 1 de septiembre de 2017. Este plazo podría ser ampliado en caso de caso fortuito o fuerza mayor. Por último, ambas partes declararon no tener nada que reclamarse entre ellas a raíz del mencionado Decreto Alcaldicio.

3. Nuevos parámetros para identificar una expropiación regulatoria: justificación, previsibilidad y sorpresividad

En el presente caso, el primer elemento del conflicto de constitucionalidad consiste precisamente en el cambio regulatorio sobreviniente que sufre el propietario de una industria. Así, el cambio en el plan regulador provoca que su empresa manufacturera quede expuesta a una nueva causal de caducidad (que sea considerada molesta o dañina para los nuevos vecinos), la que no existía al momento en que dicha industria verificó su inversión y se instaló. Por

³⁷ Considerando vigésimo séptimo, énfasis agregado.

esto, nuevamente surge el problema de los criterios para evaluar la constitucionalidad de los cambios regulatorios.

3.1 La expropiación regulatoria, elementos clásicos

Como hemos propuesto anteriormente³⁸, los criterios de la llamada doctrina de la expropiación regulatoria pueden ser relevantes para ponderar si las nuevas regulaciones sobrevinientes afectan o no la esencia de derechos constitucionales, en un examen que idealmente debiera realizarse durante la discusión legislativa. Por expropiación regulatoria podemos entender la privación de la propiedad mediante regulaciones legales o administrativas, siendo particularmente interesantes los criterios usados por esta doctrina, que de alguna forma iluminan el complejo balance entre regulación y expropiación.

Como es ampliamente conocido, el origen de la doctrina de la expropiación regulatoria (*regulatory takings*) es la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sin perjuicio de la existencia de jurisprudencia nacional que la reconoce o corre en la misma línea³⁹. Por ella podemos entender la privación de la propiedad mediante regulaciones. Lo que nos interesa especialmente son los criterios usados por esta doctrina, que de alguna forma iluminan el complejo balance entre regulación y expropiación.

Si bien esta institución no es completamente pacífica y los fallos de la Corte Suprema norteamericana usualmente contienen relevantes votos de minoría, una revisión de las sentencias más relevantes⁴⁰ y de la doctrina⁴¹ aplicable nos han permitido hace algún tiempo ya identificar los elementos clásicos⁴² que, apreciados combinadamente, ayudan a identificar una expropiación regulatoria:

- la privación de todos los usos económicos viables del bien afectado;
- la afectación de las expectativas de retorno de la inversión del bien afectado;

³⁸ FERMANDOIS (2014), pp. 317-339.

³⁹ Como los ya citados fallos *Panguipulli con Transelec* y *Maullín con Fisco*.

⁴⁰ *Pennsylvania Coal vs. Mahon* (1922), *Penn Central Transportation Co. vs. New York City* (1978), *Loretto vs. Teleprompter Manhattan CATV Corp.* (1982), *Lucas vs. South Carolina Coastal Council* (1992), *Palazzolo* (2001), *Tahoe-Sierra Preservation Council* (2002) y *Brown vs. Legal Foundations of Washington* (2003).

⁴¹ DELAVEAU SWETT (2006).

⁴² FERMANDOIS (2014), pp. 323-329.

- la afectación de la igualdad ante las cargas públicas por medio de la regulación, que, produciendo bienes sociales, impone el peso de ello a uno o a unos pocos;
- la inmunidad ante las regulaciones posteriores subyacentes de la propiedad.
- la invasión física, aún parcial, de la propiedad.

Junto con esto, sostenemos que la constitucionalidad de una nueva regulación sobreviniente debe también ser juzgada especialmente ante otro elemento, subyacente a los anteriores, y es el del factor cronológico, el de la previsibilidad del cambio regulatorio.

3.2 La *previsibilidad* y la *sorpresividad* como elementos de la expropiación regulatoria

Nos permitiremos traer en este comentario una propuesta para debatir en el medio nacional. En efecto, en su excelente trabajo “*Takings and Transitions*” (expropiaciones y transiciones), la profesora Holly Doremus propone tres elementos especiales para identificar o descartar la expropiación regulatoria⁴³: i) justificación para el cambio; ii) Previsibilidad (*foreseeability*) y la posibilidad de adaptarse al cambio; iii) sorpresividad (*abruptness*).

a) Justificación para el cambio

Este elemento es crucial en toda la doctrina comparada de la expropiación regulatoria. El legislador debe tener poderosas razones para promover un cambio regulatorio, y debe explicarlas. “*Los tribunales pueden y deben exigir una explicación racional para el alejamiento de la ley antigua*”, dice la autora, que también advierte “*si el Estado no puede proveer una razón para el cambio distinta del deseo de redistribuir riqueza, o si el Estado acepta que con el cambio está corrigiendo un problema de su responsabilidad, entonces corresponderá generalmente una indemnización*”⁴⁴.

⁴³ DOREMUS (2003). Traducciones del autor.

⁴⁴ DOREMUS (2003), p. 32.

b) Previsibilidad y capacidad de adaptarse al cambio

La doctrina norteamericana coloca aquí el corazón jurídico de una expropiación regulatoria. Se trata de proteger las expectativas legítimas y razonables del afectado por el cambio regulatorio. Por una parte, para los autores no son razonables las expectativas de retorno de inversión cuando el titular confía en la inmutabilidad absoluta de las leyes, o cuando su actividad la desarrolla en un área normativa especialmente inestable. Esta última es la lección en el caso Lucas, de la Corte Suprema norteamericana (1992), en que al afectado por una prohibición de construcción en la costa de Carolina del Sur le fue negada una indemnización por el supremo tribunal. Pero será perfectamente legítima su expectativa cuando ciertos marcos centrales de la regulación que lo afecta, están dotados de cierta estabilidad, sea por la norma misma y su rango, por los usos y costumbres, porque existen actos de autoridad que la confirman.

La pregunta concreta en *Curtidos Bas* es entonces, sobre la zonificación territorial industrial, ¿la debemos suponer inestable? ¿Debe preverse su cambio con cierta frecuencia? ¿Debemos asumir que las fábricas se instalan para luego trasladarse por el cambio de zonificación?

No nos parece. Por el contrario, precisamente porque las industrias exigen inversiones cuantiosas, es la menos inestable de las zonificaciones. Luego, mis expectativas legítimas –si fuese industrial– son que el uso de suelo permanecerá establemente.

El elemento de la previsibilidad puede parecer excesivamente subjetivo, pero es crítico a la hora de pesar la justicia o injusticia de una regulación, y por tanto, si vulnera la esencia del derecho constitucionalmente protegido.

Por ejemplo, la previsibilidad o imprevisibilidad juega en ambos sentidos: si, por el contrario, el legislador contraría criterios previos que contribuyó a crear, generando expectativas, entonces debe hacerse cargo de la respectiva compensación por el daño causado por la nueva regulación. Doremus comenta: “...*las nuevas regulaciones que revierten autorizaciones o actividades previas y explícitas, deben ser controladas con mucho mayor estrictez que aquellas que simplemente llenan vacíos en la regulación actual*”⁴⁵.

⁴⁵ DOREMUS (2003), p. 34.

Este último problema lo resuelve en nuestra doctrina el principio de la confianza legítima, que precisamente apunta a responsabilizar al Estado –especialmente la Administración– por cambios radicales y sorprendidos de criterio, que revocan derechos previamente concedidos.

Como sabemos, el principio de confianza legítima surge como reacción a la inestabilidad jurídica proveniente de los cambios en los parlamentos europeos, como alternativa a la insuficiencia de la teoría de los derechos adquiridos para proteger derechos frente al cambio normativo⁴⁶. Aunque su ámbito más propio es la actividad de la Administración, según la doctrina anglosajona este principio protege incluso frente a cambios legislativos quebrantadores de la confianza irradiada por el Estado⁴⁷.

Ponce de León Solís⁴⁸ recuerda que así ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional Federal alemán, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Tribunal Constitucional español, solo por mencionar algunos. Como expresa Cortés Campos⁴⁹ este principio puede llegar al punto de limitar el poder del legislador, ya sea por acción u omisión, si el perjuicio que va a sufrir el interesado prima sobre el objetivo que persigue la norma o preceptos jurídicos concretos⁵⁰.

Por tanto, podríamos aludir a la definición de Colman, quien señala que el principio de confianza es un *“sistema de defensa en manos de los ciudadanos ante las actuaciones súbitas, impredecibles o sin cautelas suficientes de los distintos Poderes Públicos (administrativo, legislativo y judicial) con el objeto de proteger, en los casos que así lo merezca, la confianza depositada por aquellos en la estabilidad de la conducta de éstos, aun cuando la actuación generadora de dicha confianza fuera irregular”*⁵¹.

⁴⁶ La doctrina europea coincide en que este principio es un buen instrumento para salvaguardar la justicia y la certeza jurídica sin bloquear la saludable mutación del ordenamiento jurídico

⁴⁷ CARTWRIGHT (2006).

⁴⁸ PONCE DE LEÓN SOLÍS (2014), pp. 429-471, p. 430.

⁴⁹ CORTÉS CAMPOS (2008), p. 20.

⁵⁰ En contra de esta idea ver PONCE DE LEÓN SOLÍS (2014).

⁵¹ COLMAN (2011), p. 99.

a) Sorpresividad del cambio

El último elemento adecuado de atender es el llamado por la doctrina como “sorpresividad”, o en término de Doremus, *abruptness*. Se trata de medir cuán abrupto, cuán precipitado es el cambio regulatorio. Es también un elemento cronológico trascendental para mensurar la intensidad de la restricción sobre el dominio.

En palabras de la autora, “*mientras más tiempo transcurre entre la dictación de una nueva regulación y el intento de incursionar en la conducta prohibida (por aquella), las entidades reguladas tendrán mayores oportunidades de ajustar sus expectativas y planes en orden a responder al nuevo régimen regulatorio*”⁵².

Este es un elemento de indiscutible justicia para el propietario: otorgarle la opción de ajustarse a las nuevas regulaciones, concediéndole tiempo suficiente para que se prepare y acometa lo que en ellas se ordena, antes de sufrir sus consecuencias patrimonialmente adversas.

Es por ello que hemos dicho que los regímenes de transición son vitales en un cambio legislativo.

En el mismo sentido Ponce de León Solís⁵³, citando a Sanz Rubiales señala que en el ámbito legislativo, este principio “*tutela las expectativas que los particulares se han formado a partir de determinados marcos regulatorios que, claramente, han fomentado ciertos cursos de acción e inducido a confiar en su estabilidad*”.

De esta manera, la modificación de dichos marcos regulatorios impone al legislador la previsión de un régimen transitorio o de medidas compensatorias, que permitan a sus destinatarios adaptar su conducta y ajustar sus expectativas a la nueva normativa”. Luego, citando a García Luengo, sostiene que “el alcance del principio de confianza legítima es estrictamente temporal y su objetivo es restringir las consecuencias económicas negativas de la sucesión de normas legales en el tiempo”.

De este modo, tratándose de proyectos de ley o también de cambios en la regulación administrativa, una vigencia diferida, un articulado transitorio que encarne este principio y configure una opción de

⁵² DOREMUS (2003), p. 36.

⁵³ PONCE DE LEÓN (2014), p. 433.

ajuste al titular del derecho afectado, será fundamental para alejar la objeción constitucional de la expropiación regulatoria. Si el titular se enfrenta a una abrupta imposibilidad material de cumplir la ley y el sacrificio del derecho se hace fácticamente inevitable (caducidad en este caso), la regulación falla al test y se hace inconstitucional.

3.3 El caso *Curtidos Bas* ante los criterios de la expropiación regulatoria

La presente causa de inaplicabilidad presenta claras objeciones de constitucionalidad conforme a los criterios recién reseñados.

En primer lugar, la falta de criterios y parámetros objetivos para determinar las eventuales molestias y daños a los vecinos, provocan que la industria afectada no pueda acomodar su conducta a la nueva situación.

Hemos concluido también que en este caso el traslado no es previsible, porque si bien la norma fuente de la orden alcaldía existe hace muchos años en la LGUC, también es cierto que el propietario tiene derecho a asumir que la zonificación industrial –como uso de suelo– permanecerá estable en el futuro. Si así no fuere, no efectuaría inversiones. En este sentido, la actividad es intrínsecamente “molesta”, y en eso consiste la zonificación industrial: permitir tales actividades como uso de suelo en determinado lugar.

Por otro lado, que el plazo mínimo para el “traslado” sea de apenas un año (que fue, además, lo ordenado por la Municipalidad en este caso), provoca una verdadera sorpresa y falla al elemento de ausencia de sorpresividad. Considerando los múltiples permisos y aprobaciones necesarios para emplazar una nueva industria, amén de las dificultades intrínsecas de su reinstalación, el presunto “traslado” se torna en verdadera prohibición, en un desalojo.

Es relevante considerar que estos elementos cronológicos, si bien no fueron los elementos más desarrollados en el fallo del TC, sí fueron los puntos que resolvieron finalmente el conflicto jurídico. Como ya se explicó, el litigio entre Curtidos Bas y la Municipalidad de San Joaquín terminó finalmente en una transacción que consistió, básicamente, en otorgar un nuevo y más amplio plazo para que la empresa afectada verdaderamente pudiera trasladarse a otra comuna. Plazo, por lo demás, que podría aumentarse en eventos de fuerza mayor.

4. CONCLUSIONES

- i) La sentencia del TC en el caso *Curtidos Bas* representa un quiebre positivo en la línea jurisprudencial del TC en materia de derecho de propiedad. Ello por cuanto el balance entre función social y esencia del dominio del propietario no aparece en el artículo 62 inciso segundo de la LGUC bien logrado, ante ninguno de los estándares doctrinariamente aceptados de la expropiación regulatoria. La sentencia exige, por un lado, criterios objetivos y previsibles a las regulaciones sobrevinientes que se impongan a un propietario y que limiten sus derechos, y por otro protege el contenido esencial del dominio incluso cuando sin desconocer al propietario como tal, se le extirpan las facultades inherentes de dicho derecho. Por estas razones, el TC declaró inaplicable el precepto legal, que permite al Alcalde ordenar el traslado –más bien el desalojo– de industrias que sobrevinientemente quedan mal ubicadas según el plan regulador, previendo para ello la poca precisas causal de causar “*molestias o daños al vecindario*”.
- ii) La sentencia innova fundamentando sobre la base de dos elementos nuevos que configuran el déficit de constitucionalidad del artículo 62, inciso segundo, de la LGUC ante la esencia del derecho de propiedad: i) el elemento que llamaremos *cronológico*, al identificar una causal sobreviniente de caducidad que no fue conocida por el afectado al tiempo que instaló regularmente su industria, dado que el Plan Regulador fue modificado posteriormente; ii) el elemento que llamamos *discrecional* de la desproporción: los verbos rectores de la causal legal de traslado (molestar, dañar) son amplios y carecen de significado preciso, haciéndose inaceptables ante el fin garantista del derecho constitucional. A su vez, carecen de parámetros técnicos mínimos que rijan la actuación de la autoridad municipal al decretar el traslado; esto lo hace desproporcionado, y ello debe interpretarse contra ella y no contra el propietario;
- iii) La sentencia se construye íntegramente sobre un eje central, que es la falta de certeza normativa del artículo 62 LGUC impugnado, que repugna a una función social le-

galmente delimitada de la propiedad, que es la autorizada por el artículo 19 número 24 inciso segundo de la Carta Fundamental. Así, añade un elemento interesante, que podríamos llamar “del efecto probatorio del vacío normativo”. Aquí el fallo perfila este vacío como de efectos contrarios a la autoridad regulatoria y respecto del propietario afectado. Al faltar normas precisas y científicas de medición de olores molestos en leyes y reglamentos, esa ausencia opera contra la autoridad, no contra la industria sujeta a traslado, quedándole vedado a la autoridad aprovecharse de ese vacío para aplicar criterios subjetivos. Eso se combina con el significado de “libre de contaminación” en el N° 8 del art 19, que no significa “libre de toda contaminación”, según ya lo estableció previamente el TC. Para el voto de minoría, por el contrario, esa certeza existe adecuadamente en la norma, afirmación que no resulta muy persuasiva, al recurrir a nuevos conceptos genéricos que no refieren –al menos en el fallo– a guarismos ambientales o técnicos precisos⁵⁴.

- iv) En una lectura constitucionalmente rigurosa, el impugnado artículo 62 inciso 2° de la LGUC no faculta en la realidad para lo que literalmente parece expresar. En efecto, la supuesta orden de *traslado* de una industria que causa molestia al vecindario no es constitucionalmente un traslado: es una orden de *retiro*, esto es de desalojo físico de sus ocupantes y sus enseres de trabajo, sin compensación, constitutivo por ello de afectación de la esencia de las facultades del dominio. Un traslado, para ser tal, significaría que la autoridad debiese asumir todos los elementos jurídicos y administrativos autorizatorios de la traslación meramente física de la industria molesta: posiblemente un nuevo emplazamiento, un permiso municipal de ope-

⁵⁴ Afirman los disidentes: “... El término “molestias” es amplio, pero el ordenamiento jurídico entrega herramientas para su interpretación... (...) Luego, constituirá una molestia, al menos, aquello que comprometa un derecho o interés reconocido y protegido por la Constitución (STC 2643/2015, 2644/2015)... En consecuencia, la calificación de molesta podría generarse por dos vías. En primer lugar, por el contraste de las consecuencias externas del desarrollo de la actividad productiva y la normativa legal y reglamentaria que fija parámetros reguladores del grado de la afectación que el ser humano puede o debe tolerar.

ración, autorizaciones ambientales nuevas, posibles detrimentos patrimoniales graves de la nueva instalación, etc. Como nada de eso se prevé por la ley, no se trata en rigor de un traslado, sino de un simple cierre de industria, de un retiro. En este contexto, el plazo normativo de un año para ejecutarlo es accidental al problema constitucional del precepto; aunque como se verá, un mayor plazo siempre será bienvenido a la hora de evaluar cuán comprometida está la esencia del derecho.

- v) El voto de minoría de cuatro ministros, siempre prolijo en su redacción, no resulta persuasivo porque no apunta al centro del problema constitucional de las obligaciones sobre la propiedad. No se trata hoy de resolver si el legislador dispone ante la Constitución de la potestad de imponer una carga como el traslado de una industria, una vez desencadenado un escenario regulatorio o fáctico determinado. Por cierto que puede disponerlo. Puede incluso autorizar una expropiación. La pregunta es cómo y en qué tiempo; cuándo puede disponerlo, con qué transiciones, en qué plazos, con qué compensaciones patrimoniales al afectado y mediante qué facilidades regulatorias que, de faltar uno o más de estos elementos, el precepto deviene inconstitucional por constituir una expropiación regulatoria, interdicta ante los incisos 1° y 3° del N° 24 del artículo 19 de la Carta Máxima.
- vi) Los votos de mayoría en el TC en sentencias sobre el dominio hasta antes de *Curtidos Bas* parecían destinar la mayor fundamentación a justificar el derecho del legislador a imponer cargas sobre dominio, sugiriendo una supuesta tensión entre el individuo y el bien común; entre el interés meramente individual y el interés social. En el tono y retórica jurídica de las sentencias se observaba ese objetivo, que se opondría al del propietario recurrente, que supuestamente negaría ese derecho legislativo y reclamaría la absoluta intangibilidad de su derecho. Concluimos que nuestra sentencia ahora comentada es un paso adelante en dejar atrás ese debate, trabado históricamente entre dos tesis que entendemos superadas. Aquí está entonces el corazón de la problemática constitucional de la expropia-

ción regulatoria. La proporcionalidad fina de la carga –el TC suele abordar el punto, pero sin detalles–, el elemento cronológico –crítico en las legítimas expectativas del dueño que enfrenta una limitación sobreviniente–, el retorno económico de la inversión, igualdad ante las cargas públicas y la debida compensación estatal cuando otros propietarios análogos no sufren similar carga, etc.

- vii) Proponemos depurar la discusión de la expropiación regulatoria de sus elementos histórico-ideológicos que la han acompañado hasta hoy, avanzando hacia un modelo de *test* más objetivo de constitucionalidad. En esta prueba proponemos nuevos elementos copulativos, que, siguiendo a Doremus, harán constitucionalmente tolerable la limitación. Estos son la *justificación*, esto es, la explicación racional y poderosa del cambio regulatorio; la *previsibilidad* (que las nuevas regulaciones sean concordantes, y por tanto previsibles desde un comienzo, con la actuación previa del regulador; y la *ausencia de sorpresividad*. Este último elemento consiste en otorgar al afectado la opción de ajustarse a las nuevas regulaciones, concediéndole tiempo suficiente para que se prepare y acometa lo que en ellas se ordena, antes de sufrir sus consecuencias patrimonialmente adversas.

BIBLIOGRAFÍA

- CARTWRIGHT, John (2006): “Protecting Legitimate Expectation and Stoppel in English Law”, *Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law*.
- Choper, Jesse *et al.* (2001): *Constitutional Law* (St. Paul, Minn., West Group).
- CORTÉS CAMPOS, Josefina (2008): “Cambio regulatorio y seguridad jurídica, breves notas sobre el principio de confianza legítima”, en *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, Berkeley Program in Law & Economics.
- COLMAN, Edward (2011): *La Protección de la Confianza Legítima en el Derecho Español y Venezolano: rasgos generales y aplicación a*

- dos supuestos de la actividad administrativa* (Caracas, Funeda), citado por BARBOZA RUSSIAN, Hernando (2013): “La Confianza Legítima y la Interpretación del Artículo 231 por la Sala Constitucional”. *Cuestiones jurídicas. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, Vol. VII, N° 1.
- DELAVEAU SWETT, Rodrigo (2006): “La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33 N° 3.
- DOREMUS, Holly (2003): “Takings and Transitions”, *Journal of Land Use*, Vol 19:1.
- FERRANDOIS, Arturo (2014): Derecho Constitucional Económico, Tomo II (Santiago, Ediciones UC).
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2015): “Mayor respeto de los derechos fundamentales: avanzar hacia las limitaciones indemnizables”, en Ferrandois, Arturo y José Francisco García (editores): *Sentencias Destacadas 2014* (Libertad y Desarrollo).
- PONCE DE LEÓN SOLÍS, Viviana (2014): “La problemática invocación a la confianza legítima como límite a la potestad legislativa”, *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1.
- ROMERO GUZMÁN, Juan José (2008): “Cambio en la regulación eléctrica y estabilidad de los contratos: ¿cuándo una limitación se transforma en privación? ¿Cuándo compensar?”, en Ferrandois, Arturo y José Francisco García (editores): *Sentencias Destacadas 2007* (Libertad y Desarrollo).

JURISPRUDENCIA

- Tribunal Constitucional Federal de Alemania (Bundesverfassungsgericht), sentencia Rol 1 Bvl 7/91, de 2 de marzo de 1999.
- STC Rol N° 334, de 21 de agosto de 2001, caratulado “Requerimiento presentado por un grupo de Senadores 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.”

Sentencia de la Corte Suprema Rol 4.309-2002, de 18 de junio de 2004, caratulado “Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco de Chile”.

STC 1.485, de 8 de marzo de 2011, caratulado “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Comunidad Condominio Paseo Huérfanos, respecto del artículo 12 de la Ley N° 17.288 de la Ley de Monumentos Nacionales, en rol 4.307 - 2009 de la Corte Suprema”.

STC Rol N° 2.299, de 29 de enero de 2014, caratulado “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Constructora Santa Beatriz S.A. respecto de los artículos 29 y 30 de la Ley N° 17.288, en los autos sobre recurso de protección, caratulados “Constructora Santa Beatriz S.A. con Ministerio de Educación y otro”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 25.159-2012”.

STC Roles N°s 505 y 506, de 6 de marzo de 2007, caratulado el primero de ellos “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. respecto del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940, en la causa 11786-04 de la Corte de Apelaciones de Santiago”.

STC Rol N° 1.141, de 17 de marzo 2009, caratulado “Requerimiento de inaplicabilidad de Agrícola del Lago S.A. respecto del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, en juicio sumario sobre reclamo deducido contra resolución administrativa, Rol N° 1665-08, caratulado “Agrícola del Lago S.A. con Intendencia Regional de la Araucanía”, del Primer Juzgado Civil de Temuco”.

STC Rol N° 1.863, de 24 de julio de 2012, caratulado “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A. respecto del artículo 41, inciso final, del DFL N° 850 de 1997, del Ministerio de Obras Públicas en los autos Rol N° 4617-2009 sobre cobro de pesos en juicio de hacienda sustanciados ante el Tercer Juzgado de Letras de La Serena”.

STC Rol N° 2.541, de 18 de noviembre de 2013, caratulado “Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo

de Diputados que representan la cuarta parte de los miembros en ejercicio respecto de los preceptos que indican del proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre, contenido en el Boletín N° 6190-19”.

STC Rol N° 755, de 31 de marzo de 2008, caratulado “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sergio Toloza Rodríguez y el Presidente del Colegio de Abogados de Chile respecto del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, en los autos sobre apelación de protección, caratulados “Sergio Toloza Rodríguez con Juez de Familia de Osorno”, de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N° 6626-2006”.

STC 1254, de 29 de julio de 2009, caratulado “Requerimiento de inconstitucionalidad del Presidente del Colegio de Abogados de Chile A.G., señor Enrique Barros Bourie, en representación de dicha entidad respecto del texto íntegro del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales. En subsidio de lo anterior, solicita se declare la inconstitucionalidad del inciso primero del mismo artículo y, en subsidio de esto último, se declare inconstitucional la expresión “gratuitamente”, contenida en la misma norma legal”.

STC Rol N° 2.644, de 27 de enero de 2015, caratulado “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Molinera del Norte S.A. respecto de los artículos 62, inciso segundo y 160 del Decreto con Fuerza de Ley N° 458, que aprueba la nueva Ley General de Urbanismo y Construcción, en los autos sobre recurso de casación en la forma y en el fondo, caratulados “Molinera del Norte S.A. con Karen Rojo Venegas Alcaldesa I. Municipalidad de Antofagasta”, de que conoce la Corte Suprema bajo el Rol N° 16.888-2013”.

