

Voces: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHO DE PROPIEDAD - EXPROPIACIÓN - INDEMNIZACIÓN POR EXPROPIACIÓN - DOMINIO

Título: Indemnizabilidad de las limitaciones a la propiedad: Cuatro teorías constitucionales - Fernandois Vöhringer, Arturo

Autor: Fernandois Vöhringer, Arturo

Fecha: 11-mar-2009

Cita: MJCH_MJD330 | MJD330

Producto: MJ

Sumario: Introducción I. La teoría del contenido esencial. II. La teoría de la expropiación regulatoria. III. La teoría del sacrificio especial o teoría de la igualdad ante las cargas públicas. IV. La teoría de la confianza legítima. V. Bibliografía. VI. Notas y referencias bibliográficas.

* Publicado en Boletín Microjuris-Cedap N°3, Año 1, Enero - Febrero 2009

Arturo Fernandois Vöhringer (*)

INTRODUCCIÓN

Un problema recurrente en la vida legislativa es aquel del tratamiento a las limitaciones o restricciones al derecho de propiedad. Suelen discutirse y aprobarse proyectos de ley que reducen con diversa intensidad las facultades esenciales del dominio, las comprimen y también las desfiguran por completo.

¿Qué parámetros otorga la Constitución a este fenómeno? ¿Deben indemnizarse estas limitaciones o, por el contrario, su titular debe soportarlas gratuitamente en nombre de la función social, como podría sugerir el inciso segundo del N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental?

El tema es sencillo, pero a la vez vasto y complejo, propio de un tratado. (1) Este trabajo sólo propone una breve síntesis del pensamiento constitucional en la materia, intentando anunciar las principales ideas que han identificado soluciones para el asunto.

Haciendo un esfuerzo de sistematización, puede decirse que hay aproximadamente cuatro grupos de teorías o escuelas que intentan responder las inquietudes anteriores:

- I. La teoría del contenido esencial;
- II. La teoría de la expropiación regulatoria;
- III. La teoría del sacrificio especial o teoría de la igualdad ante las cargas públicas; y
- IV. La teoría de la confianza legítima.

Revisemos brevemente estas escuelas dogmáticas, asentadas en autores y fallos judiciales.

I. TEORÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL

Esta es la escuela más clásica en el Derecho Constitucional, y propone que sólo deben indemnizarse las limitaciones al dominio que alteren su contenido esencial o priven de sus atributos o facultades esenciales. Por regla general, una limitación no causará indemnización alguna y el propietario deberá aceptar el sacrificio en razón del elástico concepto de función social de la propiedad. Esta escuela plantea un método exclusivamente formal y abstracto de análisis, difícil de predecir y alejado de las consideraciones factuales, las que considera impropias de un juicio constitucional.(2)

La CENC operó sobre la base de este criterio al redactar el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental; de ello no hay duda alguna. Ha servido de inspiración a algunos de los fallos más famosos del Tribunal Constitucional Chileno, como los casos Publicidad Caminera I (1992) (3), Publicidad Caminera II (1993) (4), Playas (1996) (5) y Rentas Vitalicias (2001) (6).

El gran defecto de esta teoría es que no provee de elementos concretos ni métodos realistas para resolver, en una situación concreta, si está comprometida la esencia de la propiedad. En la compleja vida jurídica actual normalmente la esencia no es una figuración abstracta: dependerá de consideraciones concretas de la cantidad sacrificada en relación al todo, de temporalidad (cambio regulatorio previsible o imprevisible), de intensidad, de expectativas legítimas, de tamaño, etc. Una regulación legal sobreviniente sobre el precio de un contrato podrá ser aceptable como limitación si es cuantitativamente menor y no hace insostenible su pago, considerando las facultades concretas del afectado; pero si, atendidos los créditos comprometidos, por ejemplo, impide su servicio en atención a la utilidad del contrato, vulnerará la esencia de ese contrato. Un conflicto como éste se ventiló en los casos Transelec con Panguipulli y Pilmaiquén con Panguipulli, roles números 505 y 506 del Tribunal Constitucional, de marzo de 2007. En fin, un tributo será expropiatorio si, atendida la situación en que queda concretamente un contribuyente, le impide ejercer del todo una actividad, que otro contribuyente de mayor patrimonio podría aún acometer.

II. TEORÍA DE LA EXPROPIACIÓN REGULATORIA. SU LLEGADA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

Ante los problemas prácticos de la teoría clásica sobre el contenido esencial de la propiedad, el derecho constitucional comparado desarrolló el concepto de regulatory taking o expropiación regulatoria. Esta tesis busca proveer de un método concreto para medir la intensidad de una regulación. Veremos que este fenómeno fue finalmente recogido por el Tribunal Constitucional chileno en 2007, en medio de escasa doctrina nacional y nula jurisprudencia previa. (7)

Este concepto apunta al fenómeno que tiene lugar cuando una regulación, limitación o restricción a la propiedad, adquiere tal intensidad que produce los mismos efectos que la privación misma del derecho. Su diferencia con la teoría anterior es, primeramente, que reconoce que una simple limitación al dominio tiene la potencia para expropiar. Esto es normalmente resistido por la anterior doctrina. Y enseguida, esta tesis hace una valoración esencialmente económica del sacrificio del propietario, midiendo incluso las expectativas de su inversión, lo que la teoría clásica suele rechazar.

Para medir la intensidad de una limitación, las cortes norteamericanas han deducido una serie de elementos prácticos que deben ser ponderados flexiblemente, caso a caso. Son elementos importantes las expectativas del retorno de la inversión por parte del dueño, y el sacrificio de todos los usos económicamente beneficiosos de la propiedad objeto de la restricción.

La privación de la propiedad mediante regulaciones es un fenómeno abordado desde 1922 por la Corte Suprema norteamericana, en el fallo *Pennsylvania Coal v. Mahon*. Puede afirmarse que la doctrina de la expropiación regulatoria nació con este fallo en el mundo, bajo el nombre de *regulatory taking*, y se desprende de los dos preceptos que garantizan el derecho de propiedad en la Constitución de Estados Unidos. Resultan muy ilustrativos los criterios usados por estas doctrinas, que de alguna forma iluminan el complejo balance entre regulación y expropiación.

El primero es el texto de la V enmienda de la Constitución norteamericana, aprobado en 1791, que en medio de derechos de naturaleza procesal-criminal, dispone en la parte pertinente:

"No person.; nor shall private property be taken for public use without just compensation. (8)

El segundo precepto es la XIV enmienda, aprobada muchas décadas después y fuente del derecho al debido proceso. Dispone en la parte pertinente:

".nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law;." (y ningún Estado despojará a ninguna persona de su vida, libertad o propiedad sin un debido proceso).

Un tercer precepto clave para la defensa del derecho de propiedad incorporal en Estados Unidos es la prohibición al Congreso de dictar leyes que resulten en un "impairment of contracts", o anulación de los contratos. De aquí se ha derivado la doctrina de la intangibilidad de los contratos.

Toda la doctrina constitucional norteamericana está de acuerdo en que la Corte Suprema ha tenido dos períodos bien marcados en su interpretación sobre regulaciones económicas. La era del caso *Lochner v. New York* y la era post-*Lochner*. (9) El primer período data desde 1905 hasta los tiempos post gran depresión de la década de 1930. El segundo período comienza en esta década de intervenciones, crisis, estado social y el *New Deal* promovido por el presidente Franklin Roosevelt, hasta nuestros días. (10)

El primer período correspondería a aquel en que la Corte miró con suspicacia las regulaciones económicas provenientes de la legislación de los estados. En ese marco, inició su doctrina declarando inconstitucional la ley del Estado de Nueva York que establecía límites horarios a la jornada de trabajo de los empleados de panaderías, rescatando por el contrario el valor de los contratos celebrados por ellos con sus empleadores (*Lochner*). Estos contratos contenían

jornadas superiores a las permitidas por la ley. En el segundo período, la Corte entra a una etapa permisiva y deferente con las regulaciones económicas, resultando más escasas las sentencias en que, sobre base constitucional, anulan legislación estatal o federal.

En el tópico de la expropiación regulatoria, los dos casos centrales reflejan estas etapas interpretativas de la Corte. Curiosamente similares en nombre, las sentencias básicas son la citada *Pennsylvania Coal Co. V. Mahon*, de 1922, (11) y *Penn Central Transportation Company v. New York City*, de 1978.(12)

En *Penn Coal*, la Corte inició la doctrina de la regulación expropiatoria, con la famosa frase redactada por Joseph Holmes, Presidente de la Corte:

"La regla general al menos es que, mientras la propiedad puede ser regulada hasta cierto punto, si la regulación va demasiado lejos será reconocida como una expropiación". (13)

En Chile, el Tribunal Constitucional permaneció ajeno a la doctrina de la expropiación regulatoria, hasta la dictación de los fallos roles 505 y 506, de marzo de 2007, ya citados.

Aquí, el Tribunal Constitucional señaló:

"Que la distinción entre "privar" de propiedad, por una parte y "regular" o "limitar" la propiedad, por otra, es una de las que mayor debate han suscitado en la doctrina. A su respecto han debido pronunciarse las jurisdicciones constitucionales más influyentes del mundo. En general, puede decirse que conceptualmente ambas figuras pueden distinguirse, pues un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa. Así, habrá casos claros de privación (como cuando se le quita a una persona todo el bien sobre el que recae el dominio) y otros casos claros de regulación (como aquellos en que los actos propios del dominio que se limitan son irrelevantes). Sin embargo, si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo "regulaciones expropiatorias". (14)

Sin avanzar mucho, el Tribunal Constitucional reconoce que una regulación puede transformarse en una expropiación, cuando su magnitud es significativa. Agrega, por ejemplo:

"Que la magnitud de la regulación no resulta entonces indiferente. Por una parte porque toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. (15)

III. TEORÍA DEL SACRIFICIO ESPECIAL O IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS

Bajo esta teoría, lo relevante no es la intensidad de la regulación o restricción de la propiedad, sino el plano de igualdad o discriminación en que queda el afectado como consecuencia de la limitación.

Como dice Tonya Draeger, este test se usa en Alemania bajo el nombre de *Sonderopfertheorie*. Caracteriza la expropiación como "un quiebre del principio de igualdad

porque fuerza al titular de la propiedad a hacer un sacrificio especial". (16) Para el profesor José Joaquín Ugarte, "la doctrina de la indemnización de las meras restricciones en razón del sacrificio especial o desproporcionado es generalmente admitida por los autores", citando a Bielsa y al alemán Otto Mayer. (17)

Lo interesante de esta teoría consiste en que las limitaciones a la propiedad no sólo deben indemnizarse cuando su intensidad es tal que priva al propietario de facultades relevantes, o de la esencia de su derecho o del contenido económico del bien afectado, sino cuando se infringe la garantía de la igualdad ante las cargas públicas. Dice Ugarte que las restricciones deben indemnizarse cuando "causen un daño especial en virtud del principio de igual repartición de las cargas públicas". Para Draeger, en Estados Unidos esto ocurre "cada vez que un individuo sacrifica su derecho específico o ventajas en nombre del bien común". (18)

En Chile esta teoría ha venido siendo cada vez más recogida por el Tribunal Constitucional. Su fundamento es el texto del artículo 19 N° 20 de la Carta Fundamental:

"La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas".

En efecto, la doctrina del sacrificio especial responde una pregunta fundamental: si el derecho de propiedad puede limitarse sin indemnización por razón de su función social, ¿cómo se le respeta entonces el plano de igualdad al propietario que es llamado a sacrificarse especialmente por ese bien social? ¿Cómo se compatibilizan ambas garantías? Si es la comunidad en general la que se beneficia de esa limitación, ¿por qué hacer pagar sólo a ciertos y determinados individuos?

De todas las teorías que explican la indemnizabilidad de las restricciones al dominio, ésta es a la que debe ponerse mayor atención.

En efecto, el Tribunal Constitucional chileno ha venido fallando con más intensidad bajo el principio y garantía de la igualdad. Así lo hizo en la sentencia de 2008 denominada "Turno de Abogados", en que se declaró inconstitucional la carga gratuita impuesta por el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales.

Dijo el Tribunal:

"Que la imposición del deber de atender gratuitamente en los términos que establece el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, puede transformarse en una carga contraria a la Constitución, en consideración a los criterios que se ha sostenido respecto de la igualdad ante la ley, aplicables en la especie;

"Que, en efecto, la licitud de los fines perseguidos por el legislador no puede permitir el empleo de medios gravosos y que impongan una afectación al patrimonio de los abogados convocados al turno, todos los cuales tienen ciertamente el derecho a una justa retribución por su servicio profesional;" (19)

La sentencia "Turno de Abogados" demuestra que, bajo la igualdad ante las cargas públicas, lo que ayer fue constitucionalmente tolerado, hoy ya no lo es.

IV. TEORÍA DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

Se trata de un principio de origen jurisprudencial europeo que busca resolver situaciones que afectan el ejercicio del derecho de propiedad en el tiempo. Su propósito es ponderar los conflictos y ofrecer una salida respetuosa de los derechos fundamentales frente a bruscos cambios regulatorios.

A partir de la década de 1950, el Tribunal Constitucional de Alemania esbozó este principio, que tutela la estabilidad de las políticas regulatorias por parte del legislador. El postulado pasó a ser aplicado posteriormente por otras jurisdicciones constitucionales -como la española- y hoy es aceptado como uno de los principios rectores de la política económico-legislativa de la Unión Europea. "El legislador puede reestructurar situaciones jurídicas individuales mediante normas de transición adecuadas y razonables, cuando existen motivos de bienestar general en las cuales prevalece la confianza legítimamente asegurada -mediante la garantía de la estabilidad- de mantener un derecho adquirido legítimamente" . (20)

Asimismo, "no le está prohibido al legislador imponer (.) medidas restrictivas de la propiedad que considere necesarias para el interés público cuando evite mediante medidas compensatorias las cargas desproporcionadas o violatorias del principio de igualdad y tenga en cuenta la confianza digna de ser protegida" . (21)

La jurisprudencia nacional, ante un cambio regulatorio sorpresivo y radical en el ejercicio de una actividad -económica o no-, solía situar la discusión en el ámbito del derecho de propiedad y la intangibilidad de su esencia (artículo 19 N° 26 de la Constitución). En la jurisprudencia constitucional europea, como se anota en diversos pasajes de este libro, una alteración regulatoria injusta suele abordarse desde el principio más sofisticado y moderno de la confianza legítima.

Así, desde el derecho de propiedad resolvió la Corte Suprema en su sentencia de 10 de septiembre de 2003, (22) en que rechazó la invalidación de un acto administrativo cuando afectaba "los derechos adquiridos" de terceros.

Aquí resultan asociados dos conceptos: la confianza legítima como principio constitucional universal y el derecho de propiedad como la garantía constitucional específica que ampararía los derechos del titular.

Esta teoría exige entonces indemnización a los afectados en su propiedad cuando un cambio en las reglas del juego les produce daño. La situación que se altera debe ser fruto de un cuadro de confianza, creado por actos estatales regulares y conformes a derecho mediante los que se convocó a los particulares a determinadas tareas o funciones. En estas tareas, los particulares comprometieron su patrimonio, y el cambio regulatorio sobreviniente les produce perjuicio.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. CHOPER, JESSE H. ET ALT., Constitutional Law, Section 2, "The Lochner Era, the Road to Lochner", American Casebook Series, 2006

2. DELAVEAU SWETT, RODRIGO, La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana, en: Revista Chilena de Derecho, Vol. 33, N° 3 (sept./dic. 2006), pp. 411-438.

3. DRAEGER, TONYA R., Property as a Fundamental Right in the United States and Germany: A Comparison of Takings Jurisprudence, 14 Transnational Lawyer, 2001

4. FERNANDOIS VÖHRINGER, ARTURO, Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile, en FERNANDOIS, ARTURO (editor), Sentencias Destacadas 2004, Libertad y Desarrollo, 2005, pp. 19-53

5. MARMOLEJO GONZÁLEZ, CRÍSPULO, El problema de las expropiaciones regulatorias (Regulatory Takings) y sus implicancias en los sistemas de inversión extranjera, en Gaceta jurídica, N° 282 (dic. 2003), pp. 7-12.

6. UGARTE GODOY, JOSÉ JOAQUÍN, Limitaciones al Dominio. De las meras restricciones y de cuándo dan lugar a indemnización, en Revista Chilena de derecho, Vol. N° 28 N°2, pp. 425-448 (2001).

VI. NOTAS Y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(*) Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Master en Políticas Públicas, Universidad de Harvard.

(1) Alguna parte de esta complejidad la tratamos en FERNANDOIS VÖHRINGER, ARTURO, Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile, en FERNANDOIS, ARTURO (editor), Sentencias Destacadas 2004, Libertad y Desarrollo, 2005, p. 37

(2) Como ejemplo de este criterio considérese el voto de minoría del ministro Raúl Bertelsen R. en la sentencia "Transelec con Panguipulli", rol 505 , de 6 de marzo de 2007. Allí afirmó, en conjunto con los ministros Vodanovic y Venegas. "Que, como se sabe, tales atributos aluden a los caracteres de generalidad, perpetuidad y exclusividad del derecho; en tanto que las facultades esenciales se refieren al pleno uso, goce, administración y disposición del bien. La privación de la propiedad puede ser total (sobre todo el bien) o parcial (sobre alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio)". Y luego, "Que la naturaleza de la privación no se determina por la cuantía (hay expropiación si se despoja de mucho; no la hay si de poco), sino que por la supresión de cualquiera de los atributos o facultades esenciales del dominio".

(3) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 146 , 21 de abril de 1992

(4) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 167 , 6 de abril de 1993

(5) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 245 (246) , 2 de diciembre de 1996

(6) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 334 , 21 de agosto de 2001

(7) Algunos de los trabajos publicados en la materia son los siguientes:

- DELAVEAU SWETT, RODRIGO, La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana, en: Revista Chilena de Derecho, Vol. 33, N° 3 (sept./dic. 2006), pp. 411-438.

- MARMOLEJO GONZÁLEZ, CRÍSPULO, E l problema de las expropiaciones regulatorias

(Regulatory Takings) y sus implicancias en los sistemas de inversión extranjera, en Gaceta jurídica, N° 282 (dic. 2003), pp. 7-12.

- FERNANDOIS VÖHRINGER, ARTURO, Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile, op. cit., p. 37.

(8) Frase que puede traducirse como "nadie será privado de su propiedad para uso público sin una justa compensación".

(9) *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45, 25 S.Ct. 539, 49 L. Ed. 937 (1905).

(10) CHOPER, JESSE H. ET ALT., Constitutional Law, Section 2, "The Lochner Era, the Road to Lochner", American Casebook Series, 2006

(11) 260 U.S. 393, 43 S. Ct. 158, 67 L. Ed. 322 (1922).

(12) 438 U.S. 104, 98 S.Ct. 2646, 57 L. Ed. 2d 631 (1978).

(13) *Penn Coal*, voto de mayoría redactado por J. Holmes.

(14) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 505 , de 6 de marzo de 2007, considerando N° 22. Subrayado nuestro.

(15) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 505 , considerando N° 23.

(16) DRAEGER, TONYA R., Property as a Fundamental Right in the United States and Germany: A Comparison of Takings Jurisprudence, 14 Transnational Lawyer, 2001, p. 363.

(17) UGARTE GODOY, JOSÉ JOAQUÍN, Limitaciones al Dominio. De las meras restricciones y de cuándo dan lugar a indemnización, en Revista Chilena de derecho, Vol. N° 28 N° 2, p. 428.

(18) DRAGER, op. cit., p. 398. Su trabajo recuerda que el principio del sacrificio especial, según Carl-Heinz David, fue codificado en la Ley General Prusiana de Urbanismo de 1794.

(19) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 755 , "Toloza, Sergio con Juez de Familia de Osorno", 31 de marzo de 2008, considerandos 52 y 53.

(20) Sentencia de la Primera Sala de 15 de junio de 1981, 1 BvL 77/78, en Ídem., p. 311.

(21) Sentencia de la Primera Sala de 2 de marzo de 1999, 1 BvL 7/91, en Ídem., p. 319.

(22) CORTE SUPREMA, sentencia rol N° 3125, 2003, primera sala, apelación protección, 10-9-2003