

N° 206
AÑO LXVII
JULIO-DICIEMBRE 1999
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

REVISTA
DE
DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

EL DERECHO A EDIFICAR EN LA LEGISLACION URBANISTICA

MARIO MARTIN PUCHEU MUÑOZ
Profesor de Derecho Económico
Universidad de Concepción

El estudio del régimen urbanístico nos plantea un interesante debate en torno a si el concepto tradicional del dominio incluye, dentro de sus atributos, el derecho a edificar, problema clave a la hora de decidir acerca de la constitucionalidad de ciertas instituciones de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), como lo son el congelamiento de terrenos afectados por futura expropiación y las áreas no edificables o de edificación restringida. Si concluimos que el propietario de un terreno tiene, por el solo hecho de ser dueño, la facultad de edificar o construir sobre el suelo que le pertenece, entonces, el legislador sólo podría limitar mas no prohibir la construcción, salvo que se indemnizara previamente a los afectados, por no permitirles hacer uso de uno de los atributos esenciales del dominio, tal como lo ordena nuestra Carta Fundamental. En el evento contrario, si llegamos al convencimiento de que no existe, *a priori*, tal derecho, no habría inconveniente en restringirlo e incluso, prohibirlo. Dicho de otro modo, la inclinación por una u otra alternativa nos permitirá resolver si puede coartarse o eliminarse este derecho por exigirlo así el interés de la colectividad¹.

Desde luego, no es posible sistematizar en algunas líneas las distintas interpretaciones que pueden hacerse de esta interrogante, sino sólo esbozar las indispensables y principales ideas que nos permitan resolver nuestras inquietudes urbanísticas. Con todo, habrá que prevenir que la doctrina nacional no ha tratado con detenimiento este punto, y que el autor de este artículo está lejos de ser un experto en este tema más bien inserto dentro de la cátedra de derecho civil.

Nos basta con precisar que de una concepción en la cual se atribuía a la propiedad privada un poder absoluto, exclusivo y perpetuo del dueño sobre la cosa, en la actualidad se ha puesto el énfasis sobre la función social que está llamado a cumplir².

¹ En otras palabras, de seguir el primer criterio, la ley sólo podría limitar la construcción pero en ningún caso podría prohibirla en términos absolutos, porque ello significaría afectar en la esencia el derecho de dominio. En cambio, si aceptamos que dentro del derecho dominical no existe *a priori* un derecho a edificar sino que éste depende del contenido de la planificación, sería perfectamente válido que el plan regulador prohibiera absolutamente la edificación en un terreno, o impusiera fuertes restricciones a las construcciones que en él pudiera realizarse.

² Si logramos desligar de la noción de propiedad privada su origen divino, no queda sino explicarla como un medio destinado a permitir la utilización eficiente de los recursos escasos. Desde este punto de vista, la legislación protege la propiedad no por ser un derecho inherente a la especie humana sino una condición necesaria para aumentar la riqueza o, lo que es lo mismo, el bienestar de la población.

Han contribuido a este cambio el notable aumento de la población y de los centros urbanos, con la consiguiente escasez progresiva del suelo edificable. Ha contribuido también la presión ejercida por la misma población, que reclama por vivir en un ambiente lo menos saturado posible³. Sea como sea, es una verdad irrefutable que en nuestros días la regulación de la ciudad afecta de forma más o menos intensa el derecho de propiedad de los habitantes de la urbe; de otra forma, no sería posible resolver los múltiples problemas que la dinámica urbana genera diariamente⁴.

En el Derecho Romano se pudo observar una amplia libertad de edificación, sin que se cuestionara que esta facultad formaba parte integrante de las prerrogativas atribuidas al *dominus*; el propietario podía levantar dentro de su terreno las construcciones que le parecieran convenientes, cuando quisiese y tan altas como fuera necesario para satisfacer su interés⁵. El dominio abarcaba el espacio aéreo y el subsuelo (*qui dominus est soli, dominus est usque ad coelum est usque ad inferos*). Con el paso del tiempo, el mencionado principio fue admitiendo variadas excepciones a medida que las ciudades fueron creciendo, previéndose un sistema de reglas de vecindad basado en criterios de distancias legales, complementado por reglas sobre la altura y la colocación de las construcciones cuyo cumplimiento estaba sujeto al control de la administración pública y que se conocieron bajo la denominación genérica de servidumbres legales de utilidad pública o de servidumbres administrativas, pese a que la opinión mayoritaria de los autores no les atribuía el sentido técnico de servidumbres sino de limitaciones al dominio. Más adelante y conforme se consolida la división entre el Derecho Privado y el Derecho Público, las dificultades que se presentan para englobar las restricciones a la libertad de edificar en la categoría clásica de las servidumbres se acentúan y llevan a los autores, bien a buscar una diferenciación conceptual entre servidumbres públicas o legales y limitaciones de dominio, bien a buscar un concepto de las primeras que permita incorporar todas las restricciones que se imponen al poder edificatorio del propietario por motivos de interés público o social, coincidiendo en la necesidad de remitir al Derecho Administrativo el estudio pormenorizado de las mismas, esto es, admitiendo la existencia de una disciplina pública del *ius aedificandi* completamente al margen del derecho civil⁶.

Nuestro Código Civil, a diferencia del francés, no contempla un reconocimiento expreso del derecho a edificar⁷. Sin embargo, no es posible concluir por ello que no existe un derecho en este sentido. Claro Solar⁸ señala al respecto que la

³Basta con leer la prensa para darse cuenta cómo los grupos organizados reclaman, muchas veces en los Tribunales de Justicia, por los proyectos urbanos que van a saturar sus áreas ya de por sí congestionadas; otros, por el contrario, simplemente reclaman para mantener la exclusividad de sus residencias.

⁴Para un estudio acabado de este tema puede consultarse la interesante obra de J. Miguel Lobato Gómez. *Propiedad Privada del Suelo y Derecho a Edificar*. Editorial Montecorvo S.A. Madrid, 1989.

⁵Lobato Gómez, J. Miguel. *Propiedad Privada del Suelo*. . Ob. cit. pág. 383.

⁶*Ibidem* pág. 391.

⁷El art. 552 del Código Civil de 1804 señala que "La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos sauf les exceptions établies au titre des Servitudes ou Services fonciers. Le propriétaire peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant de lois et réglaments relatifs aux mines, et des lois et réglament de police".

⁸Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*.

propiedad del suelo comprende la propiedad del espacio atmosférico superior y la del espacio subterráneo, contenidos dentro de los planos verticales de sus límites en cuanto el propietario puede servirse del uno y del otro para los fines económicos a que su propiedad está destinada y cita varias disposiciones que la dan por establecida, como consecuencia natural del dominio del suelo (arts. 931, 878, 945, 591). Concluye que el propietario del suelo puede, por consiguiente, levantar en el suelo todas las construcciones que le sean necesarias o crea convenientes, ocupando parte del subsuelo y construirlos a la altura que quiera, salvo que la ley haya establecido limitaciones especiales, lo que ocurre, generalmente, para los edificios levantados en las calles de una población, con fines de seguridad y salubridad. De este modo, agrega, dentro de los límites del suelo que le pertenece, el propietario puede edificar y plantar, aunque con sus edificios y plantaciones quite al vecino la luz y la vista que antes tenía en su propiedad, pues hace uso de un derecho perfecto.

Desde luego, cuando Claro Solar escribió su notable tratado, no existía el art. 57 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, disposición que señala que el uso del suelo urbano en las áreas urbanas se regirá por lo dispuesto en los planes reguladores, y las construcciones que se levanten en los terrenos serán concordantes con dicho propósito.

Con la aparición de la legislación urbanística en nuestro ordenamiento, se produce una modificación muy sustancial del régimen jurídico de la propiedad del suelo que indefectiblemente tiene que afectar al *ius aedificandi*. En efecto, con la nueva óptica que entrega el art. 57 de la LGUC, la simple aptitud física de un terreno urbano no determina su edificabilidad. Es preciso que se produzca una decisión formal que habilite para que, a su utilidad natural, se pueda llegar a sumar la urbanística, creada por la comunidad y contenida en los instrumentos de planificación territorial⁹. Es ésta la que habilita al propietario para construir así como determina la forma en que se permitirá la edificación.

Con estos nuevos antecedentes surgen a lo menos dos posiciones encontradas. Por una parte, podría sostenerse que el derecho a edificar, como contenido esencial del derecho de propiedad, subsiste preexistiendo a la planificación, pues es anterior a cualquier ordenación urbanística. Por la otra, sería también razonable pensar que la posibilidad de edificar deriva de los instrumentos de ordenación territorial, esto es, de los planes reguladores intercomunales o comunales, los cuales, por tanto, otorgan o no tal derecho. Se trata, en definitiva, como dice Lobato Gómez¹⁰ de decidir si el derecho a edificar es una facultad inherente al dominio, necesitando a lo sumo un acto declarativo del poder público para poder ser ejercitado, o si, por el contrario, se trata de una forma de aprovechamiento del suelo de la cual el propietario está privado, y que adquiere de la colectividad a través de un acto constitutivo de carácter administrativo.

Esta aparente contradicción entre las facultades clásicas del dominio recogidas por nuestro Código Civil (que incluiría el *ius aedificandi*) y la legislación urbanística que entregaría a la planificación el uso del suelo urbano, debemos solucio-

⁹Planes reguladores comunales e intercomunales

¹⁰J. Miguel Lobato Gómez, *Propiedad Privada...* Ob. cit. pág. 547.

narla a la luz de tres principios básicos. El primero, que la Constitución, por una parte reconoce y garantiza la propiedad privada, y por la otra, entrega a la ley la determinación del contenido del derecho, los bienes que pueden ser objetos del mismo y los modos de adquirir y ejercitarlos. El segundo, que la misma Carta Fundamental permite que la ley puede establecer limitaciones al dominio que derivan de su función social, pero, en ningún caso, éstas pueden llegar a afectar alguno de sus atributos esenciales. El tercero, que nadie puede ser privado de su propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, sin ley que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional y previo pago de la indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado.

Si la facultad de edificar es un atributo esencial del dominio, debería concluirse que la ley podría impedir la construcción, sólo previo pago de la correspondiente indemnización, por los perjuicios causados al propietario del terreno afectado por la prohibición.

De manera que, al ser la ley la que determina la forma de usar, gozar y disponer de la propiedad, nada impediría que ésta haga nacer un derecho con determinadas cargas, sin que ello implique imponer una reducción exterior al contenido del derecho. En otras palabras, no se trata de una limitación, que por definición es impuesta con posterioridad a la configuración del derecho sino de un derecho circunscrito, desde un principio, por determinados deberes u obligaciones, que le son inherentes o consustanciales¹¹. En palabras simples, no existiría derecho a edificar si el plan regulador no lo concediera, de tal suerte que antes del planeamiento ni siquiera se posee esa aptitud inicial para edificar; es la ordenación territorial expresada en los planes reguladores la que hace nacer otros derechos más allá de los ligados al mero rendimiento natural de los predios.

Este razonamiento validaría diversas instituciones contenidas en la LGUC, como lo son el congelamiento de terrenos, la zonificación de la ciudad, la cesión forzada de terrenos urbanizados, la limitación de la construcción en altura, las áreas de protección, etc., toda vez que no serían limitaciones al derecho de propiedad consagrado en el Código Civil, derivadas de la función social que éste está llamado a cumplir, sino simplemente la delimitación legal del contenido de la propiedad urbana reglamentado en la LGUC. A nuestro juicio, dicha interpretación es la que mejor armoniza con la legislación urbanística, pues no debe olvidarse que la definición legal de dominio permite gozar y disponer arbitrariamente del bien, siempre y cuando no sea contrario a la ley o al derecho ajeno (art. 582 del Código Civil).

Sin perjuicio de lo dicho, podría pensarse que, de seguir esta teoría, podría llegarse al extremo de reducir el derecho de propiedad a un derecho inerte, totalmente sometido a cuantas prohibiciones y limitaciones tengan a bien adoptar las distintas autoridades administrativas. Dicho de otra forma, esta interpretación parte del postulado de que la Constitución se limita a reconocer la existencia del derecho de propiedad cuyo contenido depende esencialmente de la ley. Pero, sin un

¹¹Observaciones del Pdte. de la República al requerimiento de inconstitucionalidad al D.S. 171, de 1996, del MINVU, presentado ante el Tribunal Constitucional por doce senadores. Tribunal Constitucional, rol 253, 15.4.97.

contenido mínimo o esencial no podemos hablar de un derecho de propiedad, dado que no podría saberse cuáles son sus facultades esenciales, pues todas dependerían de lo que la ley dispusiera al respecto.

Lo cierto es que, cualquiera sea la posición que en definitiva se adopte, no puede desconocerse que una adecuada ordenación territorial exige, en ciertos casos, impedir la construcción en determinados terrenos. En este sentido, en la actualidad cobra vital importancia la norma del art. 60 de la LGUC en cuanto, de alguna forma, garantiza a la ciudadanía el respeto a un mínimo esencial del *ius aedificandi*. En efecto, este artículo autoriza que en los planes reguladores se contemplen determinadas zonas no edificables, siempre que su especial naturaleza y ubicación así lo requieran; así, la edificabilidad o no edificabilidad de un terreno no depende de los autores del plan sino de las aptitudes naturales del mismo. Sólo en forma excepcional (la ley utiliza la expresión “especial”) y por causas determinadas (naturaleza y ubicación) puede llegar a eliminarse esta facultad¹².

¹²Conforme al art. 2.1.5 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, en los Planes Reguladores Intercomunales y Comunales, se establecerán, cuando proceda y previo estudio fundado de riesgos elaborado por profesionales especialistas, zonas no edificables o de edificación restringida, por constituir un peligro potencial para los asentamientos humanos, tales como:

1. Zonas de mala calidad del subsuelo, debido entre otros factores a inestabilidad o debilidad estructural del subsuelo o a rellenos artificiales.
2. Zonas inundables o potencialmente inundables, debido entre otras causas a proximidad a lagos, ríos, esteros, quebradas naturales, canales y acequias de regadío, vertientes y napas subterráneas de poca profundidad, pantanos, acción del mar y aguas lluvias.
3. Zonas próximas a pendientes elevadas de terrenos o en pendientes peligrosas, tales como, terrenos propensos a avalanchas, rodados, aluviones, aludes o erosiones acentuadas.
4. Zonas de actividad volcánica, avalanchas, ríos de lava volcánica, fallas geológicas y acción sísmica.
5. Zonas próximas a obras de infraestructura, tales como embalses, acueductos, oleoductos, gasoductos, estanques de almacenamiento, vías elevadas y cortes de terrenos sin protección, aeropuertos y torres de alta tensión.
6. Zonas próximas a áreas de alto riesgo de incendio y contaminación, como ser bosques, cementerios, vertederos de basuras, radiactividad, almacenamiento de explosivos y productos inflamables, químicos tóxicos u otros agentes contaminantes, descarga de emisarios de aguas servidas y residuos industriales o mineros.