



**CARCAMO&GUZMAN**

Abogados Asociados

**Publicaciones**

- Publicado en la Obra Colectiva, “Derecho de Propiedad. Enfoques de Derecho Público”, Universidad Alberto Hurtado, Ediciones DER, Año 2.018, Primera Edición, Págs. 123-147.

## ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA CONFERIDA A LAS MUNICIPALIDADES EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 62 DE LA LEY GENERAL DE URBANISMO Y CONSTRUCCIONES.

Alejandro Cárcamo Righetti<sup>1</sup>.

RESUMEN: En este trabajo se efectúa un breve análisis, que incorpora consideraciones doctrinarias como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en lo relativo a la constitucionalidad de la potestad administrativa conferida a las Municipalidades en el inciso segundo del artículo 62 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 458 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de fecha 13 de Abril de 1976 –en adelante, LGUC-, revisando con especial énfasis, los aspectos que –a juicio del autor- quedan entregados al mero arbitrio de los organismos administrativos por la disposición legal en comento, en un nivel no tolerado por la Carta Fundamental. Así, el objetivo central es revisar si dicha norma legal constituye un legítimo límite al ejercicio de derechos fundamentales o si, por el contrario, nos encontraríamos ante una regulación legal expropiatoria contraria a la Constitución Política de la República.

SUMARIO: 1. Introducción, 2. Revisión de la constitucionalidad de la potestad administrativa otorgada a las Municipalidades en el inciso segundo del artículo 62 de la LGUC, 3. Conclusión.

### 1. INTRODUCCIÓN<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Talca; Abogado; Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca; profesor de derecho administrativo de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Universidad Diego Portales y Pontificia Universidad Católica de Chile; ejercicio libre de la profesión en “Cárcamo & Guzmán Abogados Asociados”. Contacto:



CARCAMO & GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

El artículo 62 de la LGUC prescribe:

“Los terrenos cuyo uso no se conformare con los instrumentos de planificación territorial correspondientes, se entenderán congelados. En consecuencia, no podrá aumentarse en ellos el volumen de construcción existente para dicho uso de suelo. Sin embargo, los aumentos que tengan por objeto preciso mitigar los impactos ambientales adversos que provocare su actividad productiva no estarán afectos a dicho congelamiento, como, asimismo, las obras destinadas a mejorar la calidad de su arquitectura, de sus estructuras y de sus instalaciones, incluidas aquéllas que tengan un sentido estético que contribuya a mejorar su aspecto.

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”.

Como es posible desprender de la simple lectura del inciso primero del precepto legal antes transcrito, “se entienden congelados los terrenos cuyo uso no se conformare con los instrumentos de planificación territorial correspondientes, congelamiento que tiene como consecuencia que no podrá aumentarse el volumen de construcción para dicho uso de suelo”<sup>3</sup>.

No obstante lo anterior, a través de la Ley N° 19.744, de fecha 10 de Agosto de 2001, se reformó la disposición en comento con la finalidad de flexibilizar las consecuencias o efectos jurídicos derivados del congelamiento de los terrenos, con lo cual se permiten los aumentos de volumen de construcción en la medida que tengan por objeto preciso mitigar los impactos ambientales adversos que provocare su actividad productiva y/o la realización de obras destinadas a mejorar la calidad de la arquitectura, de las estructuras y de las instalaciones, incluidas aquéllas que tengan un

---

<sup>2</sup> Trabajo presentado en la Jornada Anual del Departamento de Derecho Público de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, realizada el día 22 de Diciembre de 2016, sobre la temática “*Problemas y perspectivas del derecho de propiedad*”.

El desarrollo de este artículo monográfico se hizo sobre la base de Informe en Derecho “*Sobre la constitucionalidad en concreto del artículo 62 inciso segundo de la Ley General de Urbanismo y Construcciones –contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 458 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de fecha 13 de Abril de 1.976-, requerido de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en los autos rol n° 2684-2014-INA, actualmente sometido a conocimiento y decisión del Excelentísimo Tribunal Constitucional*”, elaborado por el autor de este trabajo.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

sentido puramente estético contribuyendo a mejorar su aspecto. Estos casos, en definitiva, vienen a constituir excepciones a la regla del congelamiento de los terrenos.

La Corte Suprema determinando el sentido y alcance del inciso primero del artículo 62 de la LGUC, ha sentenciado que “...tratándose de terrenos respecto a los cuales el uso no se conformase con el plan regulador –...por haberse modificado con posterioridad al permiso el plan regulador-, los entiende congelados en el sentido que: a) No podrá aumentarse el volumen de construcción; b) No podrán rehacerse las instalaciones existentes y c) No podrá otorgarse patentes a nuevos propietarios o arrendatarios”<sup>4</sup>.

Adicionalmente, conforme lo consignan Figueroa Velasco y Figueroa Valdés, “en cuanto al efecto de la congelación relativa al no otorgamiento de patentes a un nuevo propietario o arrendatario, la Corte Suprema acogió un recurso de ilegalidad interpuesto en causa “*Shell Chile S.A. contra Director de Rentas Municipalidad de Viña del Mar*”, resolviendo: “Que la congelación de un terreno no es obstáculo para que el propietario de la estación de servicio, por él construida, pueda continuar con la actividad que el distribuidor y arrendatario dejó de ejercer, puesto que lo que tal congelación prohíbe es dar patente a un nuevo propietario o arrendatario”<sup>5</sup> (Rol N° 22.367-1993)<sup>6</sup>.

Lo cierto, es que ni la jurisprudencia ni la doctrina han efectuado cuestionamientos acerca de la constitucionalidad del inciso primero del artículo 62 de la LGUC, bajo el entendimiento de que nos encontramos frente a una legítima limitación al derecho de propiedad, establecida por ley y justificada en su función social, todo lo cual se encuentra plenamente autorizado en el inciso segundo del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental.

Distinto es el escenario que nos presenta el inciso segundo del artículo 62 de la LGUC<sup>7</sup>, norma que reconoce como una potestad administrativa de la Municipalidad, el ordenar el traslado de las industrias mal ubicadas, cuando éstas causen molestias o daños al vecindario, exigiéndose previo informe del Departamento de Higiene

<sup>4</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol N° 3173-1999, de 17 de noviembre de 1999.

<sup>5</sup> FIGUEROA y FIGUEROA (2006), p. 70.

<sup>6</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol N° 22.367-1993, de 13 de enero de 1994.

<sup>7</sup> Norma legal respecto de la cual nuestro Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamiento con resultados disímiles. Ver: Tribunal Constitucional, Rol N° 2643-2014-INA, de 27 de Enero de 2015; Tribunal Constitucional, Rol N° 2644-2014-INA, de 27 de Enero de 2015; Tribunal Constitucional, Rol N° 2684-2014-INA, de 10 de Enero de 2015.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

Ambiental del Servicio Nacional de Salud y de la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. El plazo en el cual debe materializarse el traslado de la industria mal emplazada lo determina la Municipalidad discrecionalmente, agregando el precepto que no puede ser inferior a un año.

Como lo sostienen Fernández Richard y Holmes Salvo, en el caso de las industrias, "...el legislador es más severo, ya que las industrias mal ubicadas deberán trasladarse si se cumple con alguna de las siguientes condiciones: a) que causen molestia al vecindario, b) que causen daño al vecindario.

Dicho artículo 62 regula la hipótesis de que el Plan Regulador cambie el uso de suelo y por dicha causa se encuentren mal emplazadas, ya que si simplemente la industria se encontrara en disconformidad con los usos de suelo del Plan Regulador no podría obtener el permiso respectivo. Es más, en el hipotético caso de que, aunque no cumpliera con los usos de suelo, haya obtenido el respectivo permiso por medios fraudulentos, en ese caso el permiso debe ser declarado nulo y el procedimiento y las sanciones son otros"<sup>8</sup>.

Compartimos el criterio de Figueroa Velasco y Figueroa Valdés<sup>9</sup>, en orden a que la norma precitada vulnera la garantía constitucional del derecho de propiedad, ya que se establece en ella una seria limitación al dominio, que en la práctica se transforma en una privación de los atributos esenciales del mismo, a saber, uso, goce y disposición.

"En cuanto al traslado de industrias mal ubicadas, la Corte de Apelaciones de Santiago -*causa Sociedad Industrial de Productos SIDEPLA con Ilustre Municipalidad de Macul y su Alcalde*, rol N° 1176-1996-, en fallo confirmado por la Excma. Corte Suprema, ha acogido un recurso de protección y ampliado el plazo de 60 días otorgado por la municipalidad, a un año, expresando que: "De acuerdo al claro tenor del artículo 62 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, la Ilustre Municipalidad de Macul no ha podido conferir a la empresa recurrente un plazo inferior a un año para trasladarse, como tampoco ha podido disponer el no otorgamiento de la patente municipal correspondiente a su giro o actividad comercial o industrial. Mientras penda el plazo para su traslado, la empresa puede legítimamente desarrollar las

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ y HOLMES (2009), p. 269.



**CARCAMO&GUZMAN**

Abogados Asociados

**Publicaciones**

actividades industriales que le son propias, sin que pueda privársele de la correlativa patente habilitante para ello”<sup>10</sup>.

Finalmente, es pertinente agregar que las atribuciones de las Municipalidades en la materia no se agotan con lo señalado precedentemente. En efecto, de conformidad con el artículo 159 de la LGUC, los propietarios de los establecimientos industriales, comerciales o de edificios de cualquiera índole que no ofrecieren las debidas garantías de salubridad, higiene o seguridad, estarán obligados a efectuar en dichos establecimientos o edificios, dentro del plazo que señale la Municipalidad, todas aquellas mejoras o reparaciones que determine la Dirección de Obras Municipales, de acuerdo con la Ordenanza General o Local. Esta norma, nos parece constituye una legítima limitación al dominio establecida de conformidad con el inciso segundo del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, siempre que la potestad allí otorgada, sea aplicada con razonabilidad, ya en cuanto a las medidas de mejoramiento impuestas, ya en cuanto al plazo otorgado al propietario para su implementación.

Coherente con la facultad otorgada a la Municipalidad en el artículo precedentemente revisado de la LGUC, el artículo 160 del mismo cuerpo legal, contempla otra potestad conferida a los Municipios, frente a casos de industrias o locales de almacenamiento que, si bien cumplen con el uso de suelo del respectivo plan regulador, se encuentren expuestos a peligro de explosión o de incendio, y los que produjeran emanaciones dañinas o desagradables, ruidos, trepidaciones u otras molestias al vecindario, ya que éstas pueden fijar discrecionalmente, previo informe de la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo y del Servicio Nacional de Salud, el plazo dentro del cual deberán retirarse del sector en que estuvieren establecidos. Dicho plazo no podrá ser inferior a un año, contado desde la fecha de la notificación de la resolución respectiva.

Consideramos que algunos aspectos de la norma legal contenida en el artículo 160 de la LGUC, podrían ser objeto de severos cuestionamientos de constitucionalidad, tal como lo ha sido el inciso segundo del artículo 62 del mismo cuerpo normativo. No obstante lo anterior, a continuación nos centraremos en el análisis de esta última disposición legal, cuyo es el objetivo de este trabajo.



CARCAMO & GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

## 2. REVISIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA OTORGADA A LAS MUNICIPALIDADES EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 62 DE LA LGUC.

Como fue revisado en el acápite precedente, el inciso segundo del artículo 62 de la LGUC constituye una norma de atribución competencial, en cuanto otorga a las Municipalidades la potestad administrativa que les permite disponer u ordenar el traslado o reubicación de las industrias mal emplazadas, que causen molestias o daños al vecindario, previo informe del Departamento de Higiene Ambiental del Servicio Nacional de Salud y de la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, debiendo fijarles un plazo al efecto, el que no puede, en caso alguno, ser inferior a un año.

En una primera lectura de la norma, alguien podría sustentar que nos encontramos frente a una potestad administrativa que participa como tal, de la categoría de las potestades regladas, toda vez que el legislador predeterminaría en la norma en análisis las condiciones de ejercicio de la misma, como lo es:

- a) La existencia de un establecimiento industrial mal ubicado –debiendo entenderse por tal a nuestro juicio, de conformidad al inciso primero del artículo 62 de la LGUC, aquél ubicado en un terreno o lugar que se encuentre congelado por una sobreviniente modificación a la normativa de planificación territorial-;
- b) Que con su actividad se causen molestias o daños al vecindario;
- c) Que exista previo informe de la Secretaría Regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y del Departamento de Higiene Ambiental del Servicio Nacional de Salud;
- y,
- d) Que se otorgue un plazo, no inferior a un año, para materializar el traslado.

No obstante la aproximación inicial anteriormente esbozada, lo cierto es que una lectura más detenida nos lleva a concluir que en la norma legal en examen existen importantes condiciones de ejercicio de la potestad que se encuentran entregadas a la mera discrecionalidad del órgano administrativo, lo que, en definitiva, nos llevaría a sustentar que nos encontramos frente a una potestad administrativa de carácter



**CARCAMO & GUZMAN**

Abogados Asociados

Publicaciones

discrecional o no reglada, ya que prevalecerían en el precepto los elementos discrecionales por sobre los reglados.

Ahora bien, para determinar si efectivamente nos encontramos frente a una potestad no reglada, cabe efectuar algunas precisiones.

La discrecionalidad administrativa es plenamente ajustada a derecho, siendo en muchos casos inherente a la función de administrar. En efecto, el que el legislador otorgue –en determinados casos- a los organismos de la Administración del Estado un amplio margen de apreciación en el ejercicio de potestades públicas, es indispensable para conseguir la finalidad de satisfacer las necesidades colectivas de manera permanente, regular y continua, superponiendo el interés general a los intereses particulares.

No obstante lo anterior, la discrecionalidad no puede ser concebida como sinónimo de arbitrariedad o libre albedrío del administrador, radicando allí precisamente el cuestionamiento de constitucionalidad del inciso segundo del artículo 62 de la LGUC.

Son aspectos entregados al libre arbitrio de los organismos administrativos por la disposición legal en comento, los siguientes:

- a) La apreciación, calificación y determinación de las condiciones que una actividad industrial debe reunir, para quedar incluida dentro de aquellas que causan “molestias” o “daños” al vecindario;
- b) El procedimiento administrativo y los parámetros mínimos que deben utilizar los órganos competentes para emitir los informes previos a que alude el precepto;
- c) El contenido de los informes que se exigen por el legislador para el ejercicio de la potestad administrativa otorgada a la Municipalidad –los que debemos entender como no vinculantes para el Municipio, ya que la norma no les reconoce dicho efecto, siendo aplicable entonces lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado-;
- d) Finalmente, el plazo en que puede disponerse el traslado de la industria respectiva<sup>11</sup>, toda vez que el legislador sólo contempla como límite el que éste no puede ordenarse antes de que transcurra un plazo mínimo de un año contado



CARCAMO & GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

desde la notificación del acto administrativo que impone dicha obligación, sin fijar pautas, criterios o parámetros objetivos que permitan graduar el otorgamiento de un plazo mayor.

De este modo, atendidos los numerosos aspectos relativos al ejercicio de la potestad que quedan entregados a la libre determinación de los órganos administrativos competentes, resulta tremendamente dificultoso, sino imposible, pretender controlar la legalidad del ejercicio de la atribución y la consiguiente decisión administrativa, lo anterior, ya sea en cuanto a la calificación de la actividad industrial como dañina o molesta; en cuanto al procedimiento empleado al emitir los informes, a los parámetros utilizados en ellos y al contenido de los mismos; así como en cuanto al plazo definitivamente otorgado por la Municipalidad, el que en la práctica, suele ser el mínimo previsto en la norma legal, es decir, un año.

Es en dicha dimensión donde debe situarse precisamente el examen o juicio de constitucionalidad de la norma del inciso segundo del artículo 62 de la LGUC, para determinar la existencia de un eventual exceso regulatorio discrecional del legislador, sin justificación suficiente, el cual podría traducirse con su aplicación, en una vulneración o afectación de los derechos fundamentales y garantías aseguradas por la Carta Fundamental, más allá de los límites en que la misma Constitución Política de la República lo permite.

Nótese que el legislador impone esta severa carga al titular del derecho de dominio sobre un establecimiento industrial, que por un motivo totalmente ajeno a su voluntad –modificación sobreviniente de los instrumentos de planificación territorial- y en la mayoría de los casos imprevisible<sup>12</sup> al momento de iniciar su actividad económica, se ve en la obligación de trasladar su industria –asumiendo los costos de ello y sin derecho a indemnización- tras la calificación que la Municipalidad realiza y en el plazo que ésta unilateralmente determine.

En nuestra opinión, la norma en examen podría estimarse perfectamente contraria a las garantías constitucionales de los numerales 20 –igual repartición de las cargas públicas-; 24 –derecho de propiedad-; ambas en relación con el numeral 26 –contenido esencial de los derechos-, reconocidas en el artículo 19 de la Carta





**CARCAMO&GUZMAN**

Abogados Asociados

**Publicaciones**

Fundamental, siendo todas ellas, normas estructurales de nuestro orden público económico constitucional<sup>13</sup>.

En efecto, en la forma en que está concebido el precepto legal y, por ende, atribuida la potestad, éste no resiste un test de proporcionalidad ni respeta un principio de razonabilidad ni el contenido esencial de los derechos, constituyéndose en definitiva como una regulación expropiatoria<sup>14</sup>.

En principio, la norma del inciso segundo del artículo 62 de la LGUC podría considerarse que tiende a proteger diversos bienes jurídicos constitucionales como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación –artículo 19 N° 8-; la planificación urbanística –inciso cuarto del artículo 1° e inciso segundo, numeral 24 del artículo 19-; la salubridad pública –inciso segundo, numeral 24 del artículo 19-; todo inspirado, en el bien común –inciso tercero artículo 1°-.

No obstante lo anterior, por otra parte, resulta indudable que dicha disposición legal tensiona o pone en contradicción, los bienes jurídicos constitucionales señalados precedentemente con los derechos y garantías constitucionales del titular de la industria, como lo son el derecho de propiedad –artículo 19 N° 24-; el derecho a la igual repartición de las cargas públicas –artículo 19 N° 20-; eventualmente, el derecho al libre ejercicio de actividad económica –inciso primero artículo 19 N° 21-; y la garantía de no afectación del núcleo esencial de los derechos –artículo 19 N° 26-.

Así, para dilucidar la efectividad de la eventual contraposición que existiría entre los valores, principios y derechos constitucionales señalados, derivado de la eventual aplicación del inciso segundo del artículo 62 de la LGUC, cabe recurrir al principio de razonabilidad y de no afectación del contenido esencial de los derechos.

Aplicando el principio de razonabilidad, en nuestra opinión, la potestad administrativa que el legislador otorga a las Municipalidades para ordenar el traslado de las instalaciones industriales de ciertos establecimientos bajo las condiciones antedichas en este estudio y la regulación que de la misma se realiza, genera efectos o consecuencias que no se ajustan al ordenamiento constitucional.

Así, conforme a un juicio de razonabilidad –que impone adecuación y proporcionalidad-, se concluye que la inexistencia de precisión normativa en torno al

<sup>13</sup> Véase. FERNANDOIS (2006), p. 20 – 226.

<sup>14</sup> FERNANDOIS (2006), p. 226.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

concepto de actividad dañina<sup>15</sup> o molesta<sup>16</sup>, los que claramente responden a la categoría de conceptos jurídicos indeterminados, conceden en la especie al órgano administrativo –Municipalidad, Ministerio de Salud y/o Ministerio de Vivienda y Urbanismo- la facultad de apreciar y aplicar discrecionalmente los mismos, más allá de lo razonable, ya que nos encontramos frente a nociones ambiguas y de contornos difusos<sup>17</sup>. Dicha ausencia de límites o contornos definidos por la norma legal en análisis, para colmar de un contenido mínimo a dichos conceptos –infracción de la reserva legal-, podría conducir a la afectación, no permitida por la Constitución, de los derechos y garantías fundamentales de las personas.

De la regulación legal en análisis, se constata la inexistencia de un criterio mínimo de moderación y/o estándar técnico de medición de aquello que debe entenderse por dañino o molesto, ausencia de exigencias legales para que la autoridad administrativa pondere la concurrencia de las causales y/o emita el informe que se pronuncie favorable o desfavorablemente sobre la actividad industrial, más allá del mero subjetivismo.

Tampoco se observa en el precepto legal la previsión de un procedimiento administrativo que deba ser observado de manera previa al evacuar el o los informes respectivos, de tal modo que el organismo administrativo no actúa en la forma prescrita por la ley –inciso primero del artículo 7° de la Constitución-, ya que frente a la insuficiencia de cause formal previsto por el legislador, se permite el obrar a su mero arbitrio –salvo, que se entienda aplicable la Ley N° 19.880-. Lo anterior constituye una vulneración de lo previsto en el inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental, en cuanto se prescribe que los fundamentos y los procedimientos que utilicen los órganos del Estado deben ser públicos por regla generalísima, vale decir, se debe permitir su conocimiento.

<sup>15</sup> El Diccionario de la Real Academia Española define dañino como “dicho comúnmente de algunos animales: Que dañan o hacen perjuicio”; y dañar, como “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”, “maltratar o echar a perder algo”. [www.rae.es](http://www.rae.es) consultada el 21 de Octubre de 2016.

<sup>16</sup> El Diccionario de la Real Academia Española define molesto como “que causa molestia”, “que siente molestia”; y molestia, como “fatiga, perturbación, extorsión”, “enfado, fastidio, desazón o inquietud del ánimo”, “desazón originada de leve daño físico o falta de salud”. [www.rae.es](http://www.rae.es) consultada el 21 de Octubre de 2016.

<sup>17</sup> Véase. FERNANDOIS (2016), p. 271.



**CARCAMO&GUZMAN**

Abogados Asociados

**Publicaciones**

Sea como sea, de modo alguno el legislador precisa el contenido de los informes exigidos y los efectos que estos producen en la decisión administrativa que, con posterioridad, debe adoptar la Municipalidad.

Finalmente, el precepto legal no contempla parámetros o pautas objetivas que permitan ponderar el plazo concedido a la industria para ejecutar el traslado – más allá de contemplar un término mínimo de un año-, dejando entregado al mero arbitrio de la Municipalidad el fijar el respectivo plazo, sin que se exija atender a la realidad, cualidades, tamaño de las instalaciones, en definitiva, a la envergadura de la industria y de su actividad. Si la norma legal faculta para disponer el traslado o reubicación de la industria, la misma debe contener los elementos que permitan efectivamente permitir el desplazamiento, teniendo en especial consideración las cualidades y circunstancias del establecimiento, ya que resulta lógico pensar, que no toda industria es igual a las demás, lo que justifica un trato diferenciado para dar pleno cumplimiento y vigencia al principio de igualdad jurídica, como ha sido sentenciado por nuestra Magistratura Constitucional<sup>18</sup>.

La Constitución de 1980 tras reconocer y asegurar un catálogo de derechos y garantías constitucionales a las personas en su artículo 19, en determinados casos, autoriza al legislador para que, en virtud del ejercicio de su potestad legislativa, regule, complemente o limite los mismos, pero siempre, sin afectarlos en su esencia, ni imponiendo condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio –artículo 19 N° 26-.

El mero establecimiento de requisitos o regulaciones legislativas para ejercer un derecho consagrado en la Constitución Política, no implica por sí mismo afectar la esencia del derecho y, por tanto, no conlleva necesariamente la inconstitucionalidad de la norma que así lo disponga. Tampoco indicará necesariamente que nos encontramos frente a una exigencia que lo hace irrealizable, que lo entraba más allá de lo necesario o que se le priva de tutela jurídica. Pero en el caso de la norma legal analizada, teniendo en vista la imposibilidad de cuestionar el mérito de la regulación legislativa, lo que es propio de los órganos colegisladores, entendemos que la sola referencia a los conceptos “dañina o molesta”; la ausencia de procedimiento

<sup>18</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 28-1985, de 8 de Abril de 1985; Tribunal Constitucional, Rol N° 53-1988, de 5 de Abril de 1988. Fijó el precedente el Tribunal Constitucional, Rol N° 200-1984, de 6 de Diciembre de 1984.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

administrativo y de parámetros que permitan determinar los elementos a considerar y el contenido de los informes requeridos; así como la fijación de un plazo mínimo de un año para materializar el traslado de una industria, sin fijar a la autoridad administrativa elementos objetivos que permitan controlar su discrecionalidad al respecto, excede con creces la debida autonomía que la ley debe tener para establecer las regulaciones, ya que ellas deben ser prudentes, sensatas y dentro de latitudes razonables, como lo ha sentenciado el mismísimo Tribunal Constitucional<sup>19</sup>.

En cuanto al derecho de propiedad reconocido y ampliamente robustecido por el Constituyente de 1.980 en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, lo cierto es que se autoriza al legislador no sólo para imponer obligaciones, limitaciones o restricciones al ejercicio del mismo en virtud de la función social de la propiedad<sup>20</sup> – las que siempre deben respetar el contenido esencial del derecho de conformidad con el artículo 19 N° 26-, sino que también, se autoriza para, en su caso, privar del derecho de propiedad, del bien sobre el que recae o de sus atributos esenciales al titular, por medio de la expropiación y previa ley general o especial que autorice la misma por causa de utilidad pública o interés nacional. En este último caso eso sí, siempre es obligatorio indemnizar al expropiado.

Nuestra Magistratura Constitucional ha distinguido adecuadamente entre privación y limitación al dominio. En efecto, ha sentenciado que “...El sustento de la privación es el interés nacional y la utilidad pública, en cambio el fundamento de las limitaciones al dominio lo constituye la función social que debe cumplir la propiedad. Además, privación supone, según su sentido natural y obvio “despojar a uno de una cosa que se poseía” (Diccionario de la Lengua Española, 1.992, tomo II, pág. 1.969). En igual sentido se ha fallado que privar a alguien de un derecho consiste en “apartar a uno de algo o despojarlo de una cosa que poseía” (Corte Suprema, 27.03.1983, R.D.J., T. 80, Sección 5°, pág. 244).

Limitar, en cambio, importa “acordar, cerrar, restringir” (Diccionario de la Lengua Española, 1.992, tomo II, pág. 1.258).

<sup>19</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 200-1994, de 14 de Noviembre de 1994.

<sup>20</sup> La que comprende, según lo establece el artículo 19 N° 24 de la Constitución, los intereses generales de la nación,



CARCAMO & GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

De esta manera las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales<sup>21</sup>.

Así entonces, es posible que en determinados casos resulte dificultoso dilucidar si la intervención legislativa constituye una mera limitación al derecho o una verdadera privación del mismo. Por de pronto, nuestro Excelentísimo Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto sentenciado que "...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<sup>22</sup>; así también se ha sentenciado que "...no sólo se produce privación del dominio cuando se le despoja a su dueño totalmente de él o de uno de sus atributos o facultades esenciales, sino, también, cuando ello se hace parcialmente o mediante el empleo de regulaciones que le impidan libremente ejercer su derecho o uno de sus atributos mencionados<sup>23</sup>.

Como se desprende de lo anterior, la Magistratura Constitucional reconoce como criterio para distinguir entre una mera regulación o limitación al derecho de propiedad de una privación del mismo, la lógica de la magnitud, severidad o intensidad de la restricción. Es decir, a través de una regulación, del establecimiento de limitaciones y/o de la imposición de obligaciones, todas fundadas en la función social de la propiedad, no podría afectarse de manera significativa, de una forma considerable, las facultades o atributos esenciales del propietario, ya que nos encontraríamos en dicho caso ante una regulación expropiatoria, la que estaría en la práctica despojando de los atributos esenciales del dominio a su titular, sin indemnización compensatoria, la cual resultaría inconstitucional por atentar contra lo dispuesto en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental.

Ahora bien, no toda regulación, limitación u obligación impuesta al titular del derecho de propiedad puede ser calificada *per se* inconstitucional, ya que si la misma respeta los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, sin afectar con carácter manifiestamente significativo o intenso el derecho o sus atributos o facultades

<sup>21</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 245-1996, de 02 de Diciembre de 1996; Tribunal Constitucional, Rol N° 246-1996, de 02 de Diciembre de 1996.

<sup>22</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 1141-2008, de 17 de Marzo de 2009.

<sup>23</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 224-2001, de 21 de Agosto de 2001.



**CARCAMO&GUZMAN**

Abogados Asociados

Publicaciones

esenciales, deberá ser soportado por el propietario, en virtud de la función social de la propiedad.

Dicho lo anterior, el análisis se debe centrar en determinar el sentido y alcance que tiene el inciso segundo del artículo 62 de la LGUC en contraste con la Carta Fundamental, ponderando si el mismo importa privar o, a lo menos, restringir con una intensidad o magnitud considerable, las facultades de uso, goce y disposición que al propietario de una industria corresponde, respecto de su inmueble y de las instalaciones del mismo.

La ausencia de una densidad normativa legal que permita hacer efectivo el traslado de la industria en términos de razonabilidad, como lo hemos venido sustentando precedentemente, implica un incumplimiento de la obligación impuesta por el Constituyente al legislador –reserva legal- en orden a establecer el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad. Aún más, la obligación impuesta al propietario de un establecimiento industrial, deriva precisamente de una norma legal urbanística que no cumple con los estándares que la Constitución Política exige, ya que nos encontramos frente a una disposición cuya generalidad, debe ser calificada de insuficiente a la luz de la preceptiva constitucional<sup>24</sup>, no otorgando certeza jurídica, al no precisar cómo la actividad industrial puede ser calificada de molesta o dañina; cómo y con qué parámetros deben evacuarse los informes por parte de los órganos competentes y cuál es el plazo que la Municipalidad debe otorgar a la industria para que, equilibrada y razonablemente, pueda cumplir con la orden de reubicación. Todo lo anterior, puede conllevar a una anulación de la posibilidad del propietario de ejercer los atributos esenciales del dominio de su inmueble y de sus instalaciones industriales.

En la actualidad, resulta natural y tremendamente necesario que las diversas actividades económicas que se desarrollan en el mercado sean debidamente reguladas por el Estado. Lo anterior, con el objeto de brindar protección a una serie de valores y principios constitucionales que quedarían a la deriva al dejar entregadas íntegramente dichas actividades al libre albedrío de los particulares. No obstante ello, la respectiva regulación, debe garantizar a las personas y agentes económicos que participan en dichos mercados regulados, por imperativo constitucional –artículo 19



**CARCAMO&GUZMAN**

Abogados Asociados

**Publicaciones**

Nº 26-, un mínimo de certeza jurídica, de tal modo que no pueda un órgano del Estado atribuirse otra autoridad, derecho o prerrogativa que aquellas que expresamente le han sido conferidas por el ordenamiento jurídico constitucional o legal, potestad que, adicionalmente, debe ejercerse en la forma que prescriba el legislador –artículo 7º-.

En el caso en análisis, se podrían llegar a generar efectos no tolerados por la Constitución Política, en cuanto eventualmente se aplicaría una norma que establece una restricción en términos imprecisos, limitándose a fijar un plazo mínimo sin considerar la entidad y efectos de la medida, en relación a la industria a la cual le está siendo aplicada, dejándolo entregado al arbitrio de la Municipalidad. Por de pronto, es natural pensar que no toda industria y actividad industrial tiene la misma envergadura, tamaño, cualidades, características, realidades, etc. Es precisamente por ello, que la ausencia de criterios normativos nítidos, se podría fácilmente traducir en la imposibilidad material de usar, gozar y disponer del derecho de propiedad del titular de la industria respectiva, sobre su inmueble e instalaciones.

En definitiva, si en la realidad, el propietario de una industria se ve impedido de seguir usando, gozando y disponiendo de su inmueble y de sus instalaciones, en un exiguo plazo y por la imposición de una obligación materializada en un acto administrativo cuyo fundamento es una norma legal imprecisa en su contenido, ya que otorga una habilidad irrestricta, dejando abandonados los derechos constitucionales del mismo a la absoluta discrecionalidad de la Municipalidad –y de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo y de Salud-, la que puede apreciar libre y subjetivamente la concurrencia de los supuestos, se estaría afectando la esencia de su derecho de propiedad, imponiéndosele condiciones o requisitos –el traslado en un brevísimo plazo- que impiden su libre ejercicio.

La potestad administrativa discrecional –como fue señalado anteriormente en este trabajo- es plenamente ajustada a nuestro ordenamiento jurídico, siendo aquella en la que se regula por el legislador sólo los aspectos básicos o esenciales para el ejercicio de la misma, dejando en consecuencia a la Administración del Estado un amplio campo o margen de apreciación.

No obstante lo anterior, cabe destacar que no existen potestades regladas o discrecionales puras, es decir, el predominio de uno de estos elementos –elementos reglados o elementos discrecionales- es lo que determina la clasificación.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

Así, pese a encontrarnos frente a una potestad administrativa discrecional, lo cierto es que siempre deben existir elementos reglados en ella. En efecto, la competencia, el procedimiento y fin de la potestad, son aspectos siempre reglados. Además de los elementos mencionados, existen otros que son potencialmente reglados, como la forma de ejercicio de la potestad, el tiempo de ejercicio de la misma y el fondo del ejercicio de la atribución.

De este modo, para catalogar la facultad conferida al órgano administrativo por el inciso segundo del artículo 62 de la LGUC, como una potestad discrecional –y no arbitraria-, todos los elementos señalados precedentemente deberían encontrarse debidamente reglamentados por el legislador, cuestión que consideramos, no se presenta en la norma legal en examen.

Por su parte, haciendo aplicación del principio de proporcionalidad<sup>25</sup>, también denominado en sentido amplio como principio de prohibición de exceso<sup>26</sup>, en cuanto al control de constitucionalidad del precepto legal en examen, nos exige apreciar la debida adecuación de la ley a los fines explícitos o implícitos de la Carta Fundamental, estableciendo un principio jurídico material de justa medida<sup>27</sup>.

Siguiendo a Nogueira Alcalá, este principio de proporcionalidad instituye una relación de fin a medio, posibilitando un control del exceso, protegiendo a las personas respecto de los abusos o arbitrariedad del poder estatal. “El principio de proporcionalidad constituye una técnica aplicable especialmente a la intervención del Estado legislador en el ámbito de los derechos fundamentales. Constituye un parámetro de control cada vez que con el objeto de optimizar un bien colectivo, el legislador limita o restringe un derecho fundamental”<sup>28</sup>. En efecto, lo relatado por el autor citado es precisamente lo que acontece en la especie, es decir, existe intervención del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales del titular de una industria, ya que su intervención, tiene por objeto optimizar un bien jurídico constitucional colectivo como lo podría ser el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la planificación urbana o la salubridad pública.

<sup>25</sup> Véase. PRIETO (2010), pp. 103-151.

<sup>26</sup> Véase. NOGUEIRA (2010), p. 355.

<sup>27</sup> NOGUEIRA (2010), p. 355.

<sup>28</sup> NOGUEIRA (2010), p. 355.





CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

Así las cosas, corresponde efectuar el juicio de constitucionalidad aplicando el principio de proporcionalidad y los subprincipios que lo componen, a saber, el principio de adecuación o idoneidad de los medios -examen de adecuación o conformidad de los medios a los fines-; el principio de necesidad -examen de necesidad o de intervención mínima-; y el principio de proporcionalidad en sentido estricto<sup>29</sup>, los que deben operar copulativamente, vale decir, de no concurrir uno de ellos en la especie, el precepto normativo deviene inconstitucional<sup>30</sup>.

En cuanto al principio de adecuación o idoneidad de los medios, en relación a los fines perseguidos por la norma examinada -inciso segundo del artículo 62 de la LGUC-, entendemos que los principales bienes constitucionalmente protegidos pueden ser los señalados precedentemente, siendo dicha finalidad de relevancia constitucional, lo que permitiría, en principio, la intervención y limitación de los derechos constitucionales del titular de un establecimiento industrial.

De este modo, si bien la norma legislativa en principio pudiese resultar idónea a la finalidad constitucional que se busca satisfacer, a través de un análisis detallado -al no establecer e imponer criterios objetivos para el ejercicio de la misma-, se priva al afectado de la posibilidad de defenderse controlando la decisión de la entidad municipal, en términos no razonables y, por tanto, inconstitucionales.

Lo anterior, no es una cuestión de interpretación legal como podría desprenderse a priori -lo que queda entregado al análisis y decisión del juez del fondo-, sino que es una cuestión de control de constitucionalidad de la norma legal en examen, máxime, si resultaría de dudosa constitucionalidad, el sustentar que el tribunal llamado a resolver la aplicación, sentido y alcance de la norma legal en estudio, pueda controlar el ámbito relativo a la discrecionalidad técnica de la Administración del Estado, ya que ello podría constituir una infracción del principio de separación de poderes -artículo 7° de la Constitución Política-. De ahí, la real importancia de que el legislador precise, a nivel legal, los aspectos mínimos del ejercicio de la potestad administrativa que permitan desplegar un control jurisdiccional del ejercicio de la misma y del consiguiente acto administrativo que surja de ello.

<sup>29</sup> Véase. ALEXY (2010), pp. 17 - 27.



CARCAMO & GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

En la norma en estudio el legislador deja entregado al arbitrio del Órgano Administrativo el ejercicio de la potestad, en todos los aspectos antes señalados en este trabajo y, en especial, en lo que dice relación con la determinación del plazo mayor o menor en que debe materializarse el traslado de la industria respectiva, lo que implica abrir un importante y desmedido espacio de discrecionalidad que permite a la Municipalidad, con infracción de la Constitución, afectar el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, en lo que a su contenido esencial se refiere.

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha sentenciado que "...si bien a la justicia constitucional le está vedado calificar el mérito de la decisión legislativa, el examen de constitucionalidad que le incumbe le exige determinar la existencia de reglas suficientemente precisas y específicas en el precepto que limita el respectivo derecho constitucional, para evitar excesiva discrecionalidad en su aplicación... La regulación legal debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos..."<sup>31</sup>.

En cuanto al subprincipio de necesidad o de intervención mínima, corresponde analizar, como bien es resumido por Nogueira Alcalá, "...si la norma restrictiva del derecho es una medida indispensable, no existiendo otra medida alternativa a la considerada que sea igualmente efectiva para lograr la finalidad constitucionalmente legítima y sea menos restrictiva de o de los derechos fundamentales afectados"<sup>32</sup>.

Señala el autor precedentemente citado que "en este ámbito se establecen estándares más rigurosos para su operatividad práctica, ellos son:

- i) Una necesidad material, el medio debe ser el que afecte menos los derechos fundamentales;
- ii) La exigibilidad espacial, el medio debe ser aquel que establezca el menor ámbito de limitación de los derechos;
- iii) La exigibilidad temporal, supone la delimitación más rigurosa del tiempo de aplicación de la medida que afecta los derechos;

<sup>31</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 541-2006, 26 de Diciembre de 2006.

<sup>32</sup> NOGUEIRA ALCALÁ (2012), p. 275.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

iv) La exigibilidad personal, debe limitarse en la medida de lo posible las personas que sean afectadas en sus derechos”<sup>33</sup>.

El perjuicio que se podría ocasionar a los derechos constitucionales del titular de una industria con la aplicación de la norma legal en examen de la LGUC, puede considerarse como no justificado en el principio de intervención mínima, ya que uno de los estándares para su operatividad práctica, dice relación precisamente con la necesidad material y con la exigibilidad temporal, los cuales imponen una rigurosa elección de la medida y una delimitación a la aplicación de la misma que afecta los derechos, en el caso, la facultad de ordenar el traslado, estándar no satisfecho por el legislador en el inciso segundo del artículo 62 de la LGUC.

Así, la previsión normativa, la cual no atiende a criterios que permitan determinar que se entiende por “molesto” o “dañino” o que permitan apreciar la envergadura de un establecimiento industrial para fijar el plazo de traslado, no parece ser el medio que menos afecta los derechos fundamentales, así como tampoco es el medio que establece el menor ámbito temporal de limitación de los mismos.

De este modo, la pregunta que cabría formularse es si la medida legislativa –inciso 2º del artículo 62 LGUC- es necesaria, es decir, si no existiría un medio menos gravoso, en términos del sacrificio de otros principios o derechos constitucionales, para alcanzar la finalidad de proteger el medio ambiente, la planificación territorial, la salubridad pública y/o el bien común del vecindario en que se sitúa la industria.

En cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, no parece debidamente equilibrada la limitación o restricción que la aplicación de la norma produce a los derechos fundamentales, en relación a la utilidad o bien común que la misma genera. La medida legal aparece como desproporcionada en la afectación de las garantías en relación con los fines que se persiguen, en cuanto es posible presuponer la existencia de una afectación menos intensa que cumpla idéntica finalidad, sin generar la pesada o grave intervención que supone el traslado de una industria del lugar en que se encuentre emplazada en el plazo de un año –que es el que por regla generalísima se establece-.

Ahora bien, corresponde determinar la decisión de prevalencia y, desde dicha perspectiva, si bien la protección del medio ambiente, la salubridad pública y la



CARCAMO & GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

planificación territorial es un mandato impuesto por el Constituyente a los poderes constituidos, también lo es, el respetar los derechos y garantías individuales de las personas –inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política-, debiendo compatibilizarse ambos imperativos constitucionales, de lo cual resulta que, la medida legislativa en comento parece desproporcionada, dado los difusos contornos de las condiciones exigidas para la misma y el exiguo plazo previsto en la norma.

Los beneficios perseguidos por la norma legal, pueden ser igualmente alcanzados, con una mejor realización de los derechos constitucionales del titular de una industria, a través de un mecanismo legal que en su aplicación resulte menos gravoso. Como lo señala Nogueira Alcalá, se debe establecer “...una adecuada proporcionalidad entre beneficio y daño. Si existen otras medidas alternativas que permitan alcanzar el mismo objetivo con menor intensidad de restricción de derechos, en tal caso la medida será inconstitucional”<sup>34</sup>.

Carece de fundamento el enunciado normativo, en orden a otorgar al mero arbitrio del Alcalde –y de los demás organismos competentes-, la determinación de los elementos en virtud de los cuales debe materializarse el traslado de una industria, en condiciones que en diversos casos, puede resultar indispensable, por ejemplo, el otorgamiento de un término mayor, sin que la potestad del Alcalde pueda ser controlada, por falta de parámetro normativo<sup>35</sup>.

Finalmente, estimamos que la norma en estudio afecta la igualdad ante las cargas públicas, garantía constitucional reconocida en el artículo 19 N° 20 de la Carta Fundamental, ya que se impone al titular el deber de reubicar sus instalaciones industriales fuera de los límites de la comuna –obligación de hacer-, debiendo soportar los costos y perjuicios que ello le genera, resultando manifiestamente desproporcionado o injusto. En efecto, la norma no parece buscar adecuadamente un equilibrio entre la menor restricción de las garantías y derechos constitucionales del afectado y la mejor obtención de la finalidad pública.

En los hechos la intensidad del gravamen o carga impuesta puede llegar a aniquilar el ejercicio de los derechos individuales, imponiendo una obligación desmesurada, la cual debe ser cumplida en un breve plazo, generándose un daño y, transformándose,

<sup>34</sup> NOGUEIRA (2010), p. 357.

<sup>35</sup> Véase. Tribunal Constitucional, Rol N° 790-2007, de 11 de Diciembre de 2007; Tribunal Constitucional, Rol N°



CARCAMO & GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

dadas las condiciones de una industria, en una privación de su derecho al libre ejercicio de actividad económica y de su derecho de propiedad<sup>36</sup>, lo que ratificaría la manifiesta desproporción de la medida legislativa, pudiendo ser calificada de injustificable o exagerada, como lo ha sentenciado nuestra Magistratura Constitucional<sup>37</sup>, máxime si con ella, se afectaría el contenido esencial de los derechos constitucionales señalados anteriormente –artículo 19 N° 26 de la Constitución-, volviéndose irreconocibles.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, en lo que dice relación con la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 62 de la LGUC, ha tenido criterios disímiles<sup>38</sup>, lo que contribuye a la confusión y ausencia de certeza jurídica.

No obstante lo anterior, en el último requerimiento de inaplicabilidad conocido y resuelto por éste<sup>39</sup>, “...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... 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 LGUC. Segundo, 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

<sup>36</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2478-2013, de 21 de Junio de 2013.

<sup>37</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 280-1998, de 20 de Octubre de 1998.

<sup>38</sup> Véase. Tribunal Constitucional, Rol N° 2643-2014-INA, de 27 de Enero de 2015; Tribunal Constitucional, Rol N° 2644-2014-INA, de 27 de Enero de 2015; Tribunal Constitucional, Rol N° 2684-2014-INA, de 10 de Septiembre de 2015.

<sup>39</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2684-2014-INA, de 10 de Septiembre de 2015.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

interpretativamente en contra del derecho del propietario, sino para maximizar los derechos de las personas..."<sup>40</sup>.

Finalmente, valga señalar que sin perjuicio de que hay quienes celebran el más reciente pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en la materia<sup>41</sup> –dentro de los cuales nos encontramos-, las reacciones en contrario no tardaron en llegar<sup>42</sup>.

### 3. CONCLUSIÓN.

El inciso segundo del artículo 62 de la LGUC es una norma legal de atribución competencial que confiere a la Municipalidad una potestad administrativa de carácter discrecional, cuya insuficiencia normativa en la determinación de aspectos básicos del ejercicio de la misma, produce que en su aplicación –por la forma en que se encuentra redactado el precepto-, se generen efectos o consecuencias contrarias a la Constitución Política de la República, en específico, a las garantías constitucionales y derechos fundamentales del titular de una industria situada en la hipótesis normativa.

Los aspectos que se encuentran entregados al mero arbitrio de los organismos administrativos por la disposición legal en análisis, a nuestro juicio, en un nivel no tolerado por la Carta Fundamental, son los siguientes: a) La apreciación, calificación y determinación de las condiciones que una actividad industrial debe reunir, para quedar incluida dentro de aquellas que causan “molestias” o “daños” al vecindario, conceptos indeterminados en su contenido; b) El procedimiento administrativo y los parámetros mínimos que deben utilizar los órganos competentes para emitir los informes previos a que alude el precepto; c) El contenido de los informes que se exigen por el legislador para el ejercicio de la potestad administrativa otorgada a la Municipalidad; d) El plazo en que puede disponerse el traslado de la industria respectiva, toda vez que el legislador sólo contempla como límite, el que éste no puede ordenarse antes de que transcurra un plazo mínimo de un año contado desde la notificación del acto administrativo que impone dicha obligación, sin fijar pautas, criterios o parámetros objetivos que permitan graduar el otorgamiento de un plazo mayor.

<sup>40</sup> FERNANDOIS (2016), pp. 267-268.

<sup>41</sup> Véase. FERNANDOIS (2016), pp. 263-291.



CARCAMO & GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

De este modo, dado que la regulación legal en examen no permite adecuar el ejercicio de la potestad administrativa al tamaño, las cualidades y las circunstancias que cada industria en particular pueda tener, así como tampoco posibilita controlar debidamente la decisión administrativa, aparece la norma en examen como un precepto insuficiente, vago e impreciso, que no respeta la reserva legal, no resiste el test de proporcionalidad, ni la observancia del principio de razonabilidad, afectando el contenido esencial de los derechos que la Constitución garantiza a las personas.

Finalmente, cabe resaltar que sin perjuicio de que nuestro Tribunal Constitucional ya ha emitido pronunciamientos al respecto, efectuando un juicio de constitucionalidad en concreto de la norma<sup>43</sup>, lo resuelto ha sido contradictorio –y creemos con alguna debilidad argumentativa–, lo que deja abierto el escenario para futuros cuestionamientos de constitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo 62 de la LGUC.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA.

ALEXY, Robert (2010): “La Fórmula del Peso”, en *El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación Jurídica* (Santiago, Librotecnia).

CÁRCAMO RIGHETTI, Alejandro (2014): *Informe en Derecho “Sobre la constitucionalidad en concreto del artículo 62 inciso segundo de la Ley General de Urbanismo y Construcciones –contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 458 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de fecha 13 de Abril de 1.976-, requerido de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en los autos rol n° 2.684-2.014-INA, actualmente sometido a conocimiento y decisión del Excelentísimo Tribunal Constitucional”*. <http://www.tribunalconstitucional.cl/informes-de-derecho>

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2006): *Derecho Constitucional Económico, Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I* (Santiago, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile).

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2016): “Curtidos Bas y Expropiación Regulatoria: Elevando el estándar constitucional para cargas gravosas a la propiedad”, en: *Sentencias Destacadas 2015* (Santiago, Ediciones LYD) pp. 263-291.

<sup>43</sup> Véase. Tribunal Constitucional, Rol N° 2643-2014-INA, de 27 de Enero de 2015; Tribunal Constitucional, Rol N° 2644-2014-INA, de 27 de Enero de 2015; Tribunal Constitucional, Rol N° 2684-2014-INA, de 10 de Septiembre de 2015.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

FERNÁNDEZ RICHARD, José; HOLMES SALVO, Felipe (2009): *Derecho Urbanístico Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

FIGUEROA VELASCO, Patricio; FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo (2006): *Urbanismo y Construcciones* (Santiago, Legal Publishing).

GUILOFF TITIUN, Matías (2016): “Elija cuál derecho de propiedad privada se protege: La precisión de las normas legales que establecen limitaciones a la propiedad privada, a propósito de los fallos Molinera del Norte y Curtidos Bas”, en: *Anuario de Derecho Público 2016 Universidad Diego Portales* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), pp. 152-167.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto (2010): “El Principio de Proporcionalidad y su Aplicación en Sudamérica por la Jurisdicción Constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional Chileno”, en *El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación Jurídica* (Santiago, Librotecnia).

PRIETO SANCHÍS, Luis (2010): “El Juicio de Ponderación Constitucional”, en *El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación Jurídica* (Santiago, Librotecnia).

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española (Espasa), 2.001.  
<http://www.rae.es>

#### NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Decreto con Fuerza de Ley N° 458, Aprueba Nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones. Diario Oficial, 13 de abril de 1976.

Ley N° 19.744, Flexibiliza Congelamiento de Terrenos. Diario Oficial, 10 de agosto de 2001.

Ley N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial, 29 de Mayo de 2003.

Decreto N° 100, Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005.

#### JURISPRUDENCIA CITADA





**CARCAMO&GUZMAN**

Abogados Asociados

**Publicaciones**

Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que establece normas para las entidades financieras en liquidación (1985): Tribunal Constitucional 8 Abril 1985, rol N° 28-1985, en: Revista Derecho y Jurisprudencia, T. 82. Sec. 6°, p. 49.

Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios (1988): Tribunal Constitucional 5 Abril 1988, rol N° 53-1988, en: Revista Derecho y Jurisprudencia, T. 85. Sec. 6°, p. 4.

Requerimiento de un grupo de Diputados respecto del inciso primero del artículo 36 del proyecto de ley sobre Juntas de Vecinos y Organizaciones Comunitarias Funcionales (1994): Tribunal Constitucional 14 Noviembre 1.994, rol N° 200-1994, en: Revista Derecho y Jurisprudencia, T. 91, Sec. 6°, p. 137.

Requerimiento de un grupo de Senadores respecto del artículo 2°, N° 10, letra a) del proyecto que modifica el Decreto Ley N° 3.063, de 1979, sobre rentas municipales y la Ley N° 17.235, sobre impuesto territorial, introduce al artículo 24, inciso segundo, del mencionado Decreto Ley (1994): Tribunal Constitucional 6 Diciembre 1994, rol N° 203-1994, en: Revista Derecho y Jurisprudencia, T. 91. Sec. 6°, p. 143.

Requerimiento de un grupo de Diputados y Senadores respecto del Decreto Supremo N° 1°, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial de 6 de agosto del mismo año (1996): Tribunal Constitucional 02 Diciembre 1996, rol N° 245-1996, en Revista Derecho y Jurisprudencia, T. 93, Sec. 6°, p. 138.

Requerimiento de un grupo de Diputados y Senadores respecto del Decreto Supremo N° 1°, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial de 6 de agosto del mismo año (1996): Tribunal Constitucional 02 Diciembre 1996, rol N° 246-1996, en Revista Derecho y Jurisprudencia, T. 93, Sec. 6°, p. 138.

Requerimiento de un grupo de Diputados acerca del proyecto de ley que rebaja la tasa de los aranceles a las importaciones e introduce modificaciones a otras normas tributarias y económicas (1998): Tribunal Constitucional 20 Octubre 1998, rol N° 280-1998.

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



**CARCAMO&GUZMAN**

Abogados Asociados

**Publicaciones**

otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias (2001): Tribunal Constitucional 21 Agosto 2001, rol N° 334-2001.

Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores respecto del Decreto Supremo N° 1, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 1° de febrero de 2003 (2003): Tribunal Constitucional 09 Abril 2003, rol N° 370-2003.

Requerimiento de inaplicabilidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del inciso primero del artículo 42 del DFL N° 164, de 1991 (Ley de Concesiones), en relación a la causa caratulada Autopista Central S.A. con Servicio de Mecánica Mantención Track S.A., rol N° 2097-2006, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2006): Tribunal Constitucional 26 Diciembre 2.006, rol N° 541-2006.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Fernando Coloma Reyes y otros respecto del artículo 4° de la Ley N° 18.549 y del artículo 29 de la Ley N° 18.669 en la causa caratulada Lagos, Hipólito y otros con INP, Rol N° 18.828-06, seguida ante el 7° Juzgado Civil de Santiago (2007): Tribunal Constitucional 11 Diciembre 2007, rol N° 790-2007.

Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Aarón David Vásquez Muñoz, respecto del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en causa RUC N° 0600764824-1, del 8° Juzgado de Garantía de Santiago (2008): Tribunal Constitucional 30 Enero 2.008, rol N° 986-2007.

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 (2009): Tribunal Constitucional 17 Marzo 2.009, rol N° 1141-2008.

Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por Arturo Martínez Molina y otros respecto del inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo (2013): Tribunal Constitucional 21 Junio 2013, rol N° 2478-2013.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Molinera del Norte S.A. respecto de 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



**CARCAMO&GUZMAN**

Abogados Asociados

**Publicaciones**

---

autos sobre recurso de casación en el fondo, caratulados “Molinera del Norte con I. Municipalidad de Antofagasta”, de que conoce la Corte Suprema bajo el Rol N° 16.814-2013 (2015): Tribunal Constitucional 27 enero 2015, rol N° 2643-2014-INA.

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 (2015): Tribunal Constitucional 27 enero 2015, rol N° 2.644-2.014-INA.

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; o en subsidio, respecto de la oración “Este plazo no será inferior a un año”, contenida en la parte final del mencionado inciso segundo, en los autos sobre recurso de casación en el fondo, de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N° 16.593-2014 (2015): Tribunal Constitucional 10 septiembre 2015, rol N° 2.684-2.014-INA.

*Shell Chile S.A. con Director de Rentas Municipalidad de Viña del Mar (1994): Corte Suprema 13 enero 1994, rol N° 22.367-1993.*

*Inversiones Baiona Limitada con Camilo Ruiz, Director de Obras Municipalidad de Pudahuel y con el Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo (1999): Corte Suprema 17 noviembre 1999, rol N° 3173-1999.*