

José Fernández Richard*

Contraloría y Urbanismo**

*The General Comptroller of the
Republic and town planning*

Resumen

El presente artículo señala que las normas urbanísticas constituyen limitaciones al dominio, que al respecto se aplica el principio de reserva legal. Se agrega que la Contraloría General de la República es la garante de la aplicación del principio de la legalidad en materia urbanística, a través de la Toma de Razón, de sus dictámenes y funciones inspectivas.

Palabras clave

Contraloría General de la República, legalidad urbanística, fiscalización

Abstract

The present article indicates that the urban development norms, they constitute limitations to the control, that on the matter applies the principle of legal reserve. It is added that the General Finance Office of the Republic is the guarantor of the application of the principle of the legality in urban development matter, through it Takes of Reason, of its reports and functions inspectivas.

* *Profesor Derecho Administrativo, Derecho Municipal y Derecho Urbanístico, Universidad de Chile.*
Correo electrónico:
jofernandezrichard@gmail.com.

Keywords

General Finance Office of the Republic, legality town planner, fiscalization

***Artículo recibido el 24 de abril de 2013 y aceptado para su publicación el 6 de junio de 2013.*

I. Generalidades. Concepto del derecho urbanístico. Función social de la propiedad. Normas urbanísticas constituyen limitaciones al dominio. Principio de reserva legal.

1. Generalidades – Concepto Derecho Urbanístico

Las sociedades modernas se rigen por un sinnúmero de normas jurídicas. Estos preceptos no están yuxtapuestos anárquicamente, sino que están coordinados y jerarquizados de manera tal que conforman un todo unitario y ordenado, esto es, un sistema. A tal sistema legal le denominamos ordenamiento jurídico, base de un Estado de Derecho, que debe regir en una República democrática.

Dentro del ordenamiento jurídico podemos advertir dos vertientes: las normas que constituyen el Derecho Público y las que corresponden al Derecho Privado.

A su vez, inserto en el Derecho Público se encuentran el Derecho Urbanístico, que lo podemos definir como la rama del Derecho que estudia el conjunto de principios y normas que regulan tanto la planificación de las ciudades como el diseño de sus construcciones.

Ahora bien, no hay duda de que el Derecho Urbanístico está en la órbita del Derecho Público, ya que como muy bien señala el tratadista Luciano Parejo Alfonso, “la ordenación urbanística ha llegado a convertirse en una función pública¹, lo que reitera Jesús González Salinas, al manifestar que “urbanizar... ha dejado de ser un contenido de la propiedad para convertirse en una verdadera acción pública”.

2. Función social de la propiedad. Limitaciones al dominio derivado de lo anterior. Normas urbanísticas. Principio de reserva legal

La propiedad, y especialmente la urbana, tiene asignada por el constituyente una función social, la que aparece de manifiesto en el texto del numeral 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

A su vez, sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella. También solo le compete al legislador establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.

Comentando el alcance de la función social de la propiedad, el profesor José Luis Cea Egaña expresa²: “Queda reservado exclusivamente al legislador, entonces, dictar las normas sobre estas cuatro materias... Sería contraria al ordenamiento constitucional la ley que, pretextando la consecución del mandato constitucional, impusiera exigencias,

¹ PAREJO ALFONSO (1986), p. 86.

² CEA EGANA (1988), p. 190.

procedimientos o restricciones caprichosas para adquirir bienes, usarlos, gozarlos y disponer de ellos por acto entre vivos o por causa de muerte... Si la prohibición recae sobre el legislador, con mayor razón afecta a la autoridad administrativa encargada de llevar a cabo el mandato de aquél”.

La intención del constituyente es robustecer y proteger el derecho de propiedad de manera que sólo la ley pueda determinar el uso, goce y disposición de la propiedad. Esto quiere decir que la Constitución acepta que la ley regule estos aspectos. Incluso puede limitarlos y establecer obligaciones, pero con una importante condición: que no afecten su “esencia”, y que las limitaciones y obligaciones deriven de su función social, la cual está definida taxativamente y comprende: “cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.³

Es así como la función social de la propiedad se nos presenta como un medio para compatibilizar el bien común con el bien individual.

Pero es importante dejar de manifiesto que la “función social” de la propiedad no es un concepto vago o abstracto. Está definida taxativamente por la propia Constitución ya que de esta forma se estimó, en la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, que era una manera de proteger el derecho de propiedad contra los llamados “resquicios legales”.

También, el Tribunal Constitucional en su fallo Rol 226 profundizó sobre este tema:⁴

“46) Que, también este precepto vulnera el artículo 19, N° 24, inciso segundo, de la Constitución, en cuanto si bien este inciso dispone la posibilidad de limitaciones al derecho de propiedad, lo permite solamente en la medida que deriven de su función social, función que comprende, por expresa disposición constitucional, cuanto exijan las circunstancias que allí se indican, las cuales, según este Tribunal, no se configuran en el caso de autos. Cabe agregar, además, que tales limitaciones jamás pueden afectar el contenido esencial del derecho, esto es, no pueden consistir en “privación” del derecho, como ocurre con la disposición del proyecto en análisis, privación para la cual, en conformidad con la Constitución, no tiene competencia el legislador, situación que conlleva de suyo la vulneración de los artículos 6° y 7° de la Constitución”.

“47) Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que toda pretendida limitación o restricción a un derecho constitucionalmente asegurado puede establecerse únicamente en los casos o circunstancias que en forma precisa y restrictiva indica la Carta Fundamental; y que, además, tales limitaciones deben ser señaladas con absoluta precisión,

³ Artículo 19, N° 24, inciso segundo. Constitución Política de la República.

⁴ Tribunal Constitucional, Rol 226, del año 1995.

a fin de que no sea factible una incorrecta o contradictoria interpretación. Asimismo, esa exigida precisión debe permitir la aplicación de las restricciones impuestas de una manera igual para todos los afectados, con parámetros incuestionables y con una indubitable determinación del momento en que aquellas limitaciones nacen o cesan”.

Habiéndose dejado en claro los alcances de la función social de la propiedad, conviene profundizar en cada uno de sus aspectos para averiguar en dónde encuentran su legitimación las limitaciones al dominio provenientes del Derecho Urbanístico:

La Seguridad nacional dice relación con la defensa del país, por ejemplo, con las limitaciones impuestas a la propiedad de los inmuebles fronterizos.

Respecto de la conservación del patrimonio ambiental cabe recordar que fue introducida por el Consejo de Estado, ya que la Comisión para el Estudio de la Nueva Constitución no la contemplaba. Esta tiene directa relación con la garantía constitucional del artículo 19 N° 8. Las dos disposiciones concuerdan en que solo la ley puede limitar la propiedad en virtud de la defensa del medio ambiente.

Los intereses generales de la Nación “expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la Nación toda, entera, y jamás por importante que sea, con un sector de ella”.⁵

La utilidad pública “significa colectivo –referido especialmente al orden interior de la República–, no tiene significación patrimonial, ni protege intereses de personas o grupos, según se dejó constancia en las actas” (Informe de la Subcomisión de Derecho de Propiedad, Sesión 27 de junio de 1975, pág. 68).⁶

La salubridad pública, como su nombre lo indica (bueno para la salud, saludable), es una limitación básica que se relaciona con la higiene que debe tener una propiedad, por razones de salud pública.

Por tanto, por regla general las limitaciones del dominio provenientes del Derecho Urbanístico se legitimarán de acuerdo a la utilidad pública, ya que implican un beneficio colectivo referido al orden interior de la República. Por excepción, algunas limitaciones provendrán de otras causas, como puede ser la salubridad pública o la conservación del patrimonio ambiental.

Comentando el alcance de los límites que puedan imponerse en consideración a la función social de la propiedad, el profesor José Luis Cea Egaña expresa:⁷

“Pero limitar u obligar en ningún caso equivale a privar –total o parcialmente– del dominio legalmente adquirido. Esto es, el supuesto obvio de las limitaciones u obligaciones impuestas es que con ellas no es posible –directamente o indirectamente, retroactivamente, o para el

⁵ VERDUGO MARINKOVIC et al. (1994), p. 305.

⁶ *Ibíd.*, p. 306.

⁷ CEA EGAÑA (1988), pp. 193 – 194.

futuro— privar al titular de su propiedad, del bien sobre que recae, o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio. Es en razón de ello que las limitaciones u obligaciones no dan derecho a indemnización. Porque, en los eventos de privación, el legislador debería hacer uso del mecanismo expropiatorio previsto en el art. 19 N° 24 inc. 3° de la Constitución, pagando la correspondiente indemnización.

Toda disminución sustancial del derecho de propiedad —imposible de cuantificar a priori con pretensión general— aplicada a través del expediente de las limitaciones, restricciones u obligaciones, en suma, lesionaría su esencia al dejarlo insubsistente, íntegra o parcialmente. Si tal ocurriera por disposición de la ley, esta adolecería de inconstitucionalidad; y si lo fuera por aplicación que de ella hace la autoridad administrativa, el vicio sería de ilegalidad. He aquí un segundo límite a las limitaciones”.

Además es importante destacar que sólo la ley puede establecer limitaciones al dominio. Este criterio ha sido sustentado en innumerables fallos del Tribunal Constitucional, por ejemplo en fallo Rol 146.⁸

“16. Que el segundo punto concreto sometido al conocimiento de este Tribunal dice relación con la limitación que se habría impuesto a los dueños de las fajas adyacentes a los caminos para usar y gozar de ellos, pues el ejercicio de su derecho de propiedad sobre estos terrenos estaría sujeto a limitaciones y obligaciones establecidas por la norma administrativa y no por la ley. Habría desaparecido el derecho de dichos propietarios para usar estos espacios o arrendarlos para propaganda comercial o publicidad caminera;

17. Que del texto expreso de la disposición del artículo 19, N° 24, de la Carta Fundamental, se desprende con toda claridad que solamente el legislador puede determinar el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.

El resumen, el Derecho Urbanístico contiene limitaciones al dominio en razón de la función social del mismo, específicamente por causa de utilidad pública, ya que significa un beneficio colectivo, referido especialmente al orden interior de la República. Así mismo, las limitaciones al dominio deben provenir de la ley y no pueden afectar la esencia del derecho.

A su vez, las limitaciones deben estar previamente definidas en la ley. Dicho criterio ha sido sustentado con claridad en la Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle.⁹

“Además de la generalidad, la limitación exige ser establecida con precisión, entendiéndose por esto, que no exista duda alguna acerca de la

⁸ Tribunal Constitucional, Rol 146, del año 1992.

⁹ Frei Ruiz-Tagle (1997), p. 30.

obligación de dar, hacer, o no hacer en que consista. Adicionalmente, debe establecerse en términos que permita su igualitaria aplicación a todos los afectados”.

En suma, no cabe la menor duda que en nuestro ordenamiento jurídico, está firmemente asentado el principio de la función social de la propiedad, especialmente la urbana, y que en tal sentido todas las normas urbanísticas vienen en constituir limitaciones al derecho de propiedad, limitaciones que están afectas al principio de reserva legal, esto es, deben provenir de ley, en forma precisa.

De otra parte los funcionarios que aplican las disposiciones del derecho urbanístico, deben ceñirse al principio de la legalidad, establecido en los arts. 6 y 7 de la Carta Fundamental, y es aquí donde la Contraloría General de la República juega un rol fundamental, como veremos más adelante.

II. La Contraloría General de la República garante de la aplicación del principio de la legalidad en el quehacer administrativo y urbanístico.

La Contraloría General de la República, Órgano Constitucional, regido por los arts. 98, 99 y 100 de la Carta Fundamental, y por su Ley Orgánica N° 10.336¹⁰, tiene a su cargo a través de la Toma de Razón y de otras facultades dictaminantes, inspectivas y fiscalizadoras, el velar por la aplicación del principio de la legalidad del quehacer administrativo y por ende del municipal, atendido lo dispuesto en el art. 52 de la Ley 18.695. En la actividad edilicia se encuentra comprendido todo lo relativo a la aplicación de las normas del DFL 458 –Ley General de Urbanismo y Construcciones– y de su Ordenanza General, que efectúa el propio municipio, a través de la aprobación de los planes reguladores comunales, planes y planos seccionales, y en lo tocante a la aplicación directa de las normas urbanísticas, que realiza el ente edilicio a través de las Direcciones de Obras Municipales, mediante resoluciones y permisos, y las Alcaldías a través de Decretos Alcaldicios.

La Contraloría General de la República puede instruir sumarios, a requerimiento del Seremi del MINVU y de la Dirección de Desarrollo Urbano de ese mismo Ministerio, cuando se le denuncie que se han cometido infracciones a las normas urbanísticas, por parte de funcionarios públicos y municipales, según lo previene el art. 15 del DFL 458.

No hay que olvidarse que las normas urbanísticas constituyen preceptos integrados a la esfera del Derecho Público, y su cumplimiento se efectúa a través de resoluciones dictadas por las autoridades administrativas, las que deben ceñirse a los preceptos de

¹⁰ Texto sistematizado y refundido fue fijado por Decreto de Hacienda N° 2421 de 1964, publicado en el Diario Oficial de 10/7/1964.

la Ley General de Bases de la Administración del Estado –Ley 18.575– y a la Ley de Procedimientos Administrativos, ley 19.880.¹¹⁻¹²

De todo lo anterior se colige, que la Contraloría General de la República realiza una labor principal en hacer cumplir y respetar el principio de la legalidad en el quehacer administrativo, municipal y urbanístico, a través de la acción preventiva, mediante la emisión de dictámenes, en algunos casos mediante la Toma de Razón, y en otros a través de la instrucción de sumarios. Mas adelante veremos la importantísima labor que ha desempeñado el máximo Órgano Contralor en todo lo relativo a los Planes Reguladores.

III. La Contraloría General de la República en relación al urbanismo

1. Generalidades

La Contraloría General de la República cumple un rol fundamental en la aplicación e interpretación del derecho urbanístico nacional, tanto mediante el ejercicio de sus funciones constitucionales de toma de razón como de sus funciones dictaminantes.

A través de su función de toma de razón, a la Contraloría General de la República le toca tomar razón de la aprobación y modificación de los planes reguladores metropolitanos o intercomunales y de los planes reguladores comunales, en aquellas comunas que no se encuentran reguladas por un plan regulador metropolitano o intercomunal.

En el ejercicio de dicha atribución, la Contraloría General de la República ha desempeñado una labor fructífera y extraordinaria para propender que los instrumentos de planificación se enmarquen dentro de la legalidad vigente, lo cual es extremadamente importante, ya que en los casos que no le toca intervenir, existe el riesgo de que dichos cuerpos reglamentarios regulen materias que no les corresponde o lo hagan de manera que no se ajusta a derecho.

Es por ello que el examen preventivo de constitucionalidad y legalidad que realiza la Contraloría General de la República, debiese extenderse, en el futuro (a través de una modificación legal), a todas las aprobaciones y modificaciones de planes reguladores, sin excepción alguna.

Por su parte, a través de su función dictaminante, la Contraloría General de la República, a diario, se pronuncia sobre actos de la administración urbanística, aclarando si se han ajustado o no a derecho, lo cual contribuye enormemente a la defensa de

¹¹ La Ley 18.575 ha sido objeto de diversas modificaciones. Ley 18.959; Ley 19.001; Ley 19.269; Ley 19.280 y Ley 19.354.

¹² Arts. 1º y 2º Ley 19.880.

los derechos fundamentales de las personas. Entre estos actos podemos mencionar los permisos de edificaciones, las subdivisiones prediales, la aprobación de loteos, etc.

2. *Dictámenes importantes en materia urbanística*

La enumeración que efectuaremos no es exhaustiva, sino meramente ejemplar, y pretende señalar la importancia de la Contraloría General de la República en materia de urbanismo.

1. Dictamen N° 10.010 del año 2004, que expresa: “El sistema en los planes reguladores comunales respecto, en este caso, a ciertas condiciones de edificación relativas al régimen establecido por el DFL 2, con construcción simultánea, sólo puede cumplirse con la aplicación de las normas pertinentes de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su ordenanza general que estén vigentes, sin desmedro que, frente a la existencia de dos textos normativos que establecen requisitos distintos para una misma situación, debe recurrirse a las normas de hermenéutica, correspondiendo aplicar aquella según la cual la norma superior prevalece por sobre la inferior...”¹³
2. Dictamen N° 045251 del año 2002, que reitera el principio de reserva legal, al expresar: “Devuelve decreto de vivienda que crea en dicho Ministerio (MINVU), como comisión asesora, la dirección de planificación y control de gestión, a lo que le corresponde, entre otras funciones, coordinar el desarrollo de la planificación sectorial...”

“Esto, porque no procede que una comisión asesora creada en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, ejerza tareas ejecutivas como la reseñada”.

3. Dictámenes Nos. 030558 de 1996; 00897 de 1996 y 045251 del 2002, que reafirman el principio de la legalidad en las actuaciones administrativas, conforme a lo dispuesto en los arts. 6 y 7 de la Constitución Política.¹⁴
4. Dictámenes sobre construcciones y urbanizaciones en el área rural: dictamen 18.447 del año 2004; N° 40.194 año 2004; 45.704 del 2003; 44.412 del 2003; 17.018 del 2003; 39.228 del 2003; 9312 del 2004; 52.120 del 2002; 14.871 del 2002; 12.595 del 2001; 25.117 del 2004; 36027 del 2004; 29.462 del 2004 entre otros.¹⁵

¹³ Dictamen que reitera la aplicación de las normas según su orden jerárquico.

¹⁴ En el mismo sentido dictámenes 000316 de 1980; 018086 de 1980; 037339 de 1995; 016302 de 1995; 005487 de 1995; 038767 de 1994; 003391 de 1993; 026308 de 1993; 013950 de 1993; 02736 de 1190; 035231 de 1988; 010392 de 1985, entre otros.

¹⁵ En igual sentido Dictámenes 23.519 de 1991; 21.289 de 1996; 39.068 de 1995; 33.813 de 1998; 25.972 de 1997; 24.461 de 1989; 18.561 de 1989; 571 de 1984; 10.698 de 1987; 5155 de 1987, etc.

5. Dictamen N° 32.019 del año 2006, en donde se aclara que para prohibir un uso de suelo o destino, debe el Plan Regulador hacerlo específicamente, sin que valgan las prohibiciones genéricas.
6. Dictamen 4420 del 2002, sobre improcedencia de cobro de derechos municipales, respecto de obras ejecutadas en caminos públicos administrados por Dirección de Vialidad.¹⁶
7. Dictamen 18.518 año 1997 sobre alcances del Permiso de Edificación en relación a obras que no necesitan permiso de edificación, por parte de la Dirección de Obras Municipales¹⁷, por no estar comprendidas dentro del concepto de construcción.
8. Dictamen 41.275 año 2011 sobre Planes Reguladores. Aplicación Ley 20.417
9. Dictamen 6475 año 2011 sobre modificación del Plan Regulador Metropolitano de Santiago.

3. Contribución de la Contraloría General de la República al Derecho Urbanístico al divulgar la información y conocimiento que posee sobre la materia

Recientemente este año, la Contraloría General de la República, con ocasión de cumplir 85 años de vida institucional, ha editado un Manual Práctico de Jurisprudencia administrativa sobre planes reguladores comunales, intercomunales y metropolitanos, de extraordinario valor, y que servirá de guía y orientación a las diversas autoridades que intervienen en el estudio y aprobación de los instrumentos de planificación territorial.

Acerca de esta obra, el Sr. Ministro de Vivienda y Urbanismo se ha expresado en los siguientes términos laudatorios:

“Por ello, resalta esta contribución de la Contraloría General de la República al transmitir, facilitar y compartir la información y el conocimiento que se ha ido construyendo a través de los años, dejando en evidencia los aspectos que requieren ser readecuados a los estándares de convivencia que actualmente demanda la sociedad. El Ministerio de Vivienda y Urbanismo, por su parte, ha asumido este desafío, preparando las propuestas legales que nos permitirán avanzar hacia ciudades modernas y con mayor calidad de vida para todas y todos.”

El autor del presente trabajo, comparte plenamente los conceptos del Sr. Ministro de la Vivienda y Urbanismo, acerca del referido Manual, ya que como bien dice el Contralor General: “Un manual de esta naturaleza está dirigido a públicos diversos, desde el especializado formado por técnicos de la administración en sus distintos niveles y que tienen competencia sobre planificación territorial; los profesionales que

¹⁶ En el mismo sentido Dictamen 8.360 del 2000; 1009 de 1987.

¹⁷ En el mismo sentido Dictamen 17.434 de 1979; 11.986 de 1985; 32.795 de 1996; 24.873 de 1993.

prestan labores de apoyo en los diversos estudios que consideran estos Planes, hasta los académicos y ciudadanos interesados en formular las observaciones que estimen convenientes, de acuerdo a lo dispuesto por la ley”.

De este modo la Contraloría General de la República efectúa un substancial aporte a la divulgación del Derecho Urbanístico, y disipa dudas e incertidumbres, que en diversos ámbitos despierta la aplicación de las normas urbanísticas.

IV. Conclusiones

1° La Contraloría General de la República desempeña un rol muy importante en la aplicación e interpretación del Derecho Urbanístico, tanto en sus funciones constitucionales de Toma de Razón, como en su función dictaminante, orientando así a los municipios, a sus Direcciones de Obras, al Ministerio de Vivienda y Urbanismo y a los Gobiernos Regionales, en la recta aplicación de las normas urbanísticas.

Es así que el Órgano Contralor a través de la toma de Razón interviene en la aprobación y modificación de los planes reguladores metropolitanos e intercomunales, y respecto de los comunales, interviene cuando no existieren planes reguladores intercomunales y metropolitanos.

Al respecto la Contraloría ha desempeñado una labor extraordinaria, para propender a que los instrumentos de planificación territorial se ajusten a la legalidad, lo que se traduce en una garantía para responder a los intereses generales de la comunidad.

2° Además la Contraloría General de la República a través de sus dictámenes, se pronuncia a diario sobre actos de administración en materia urbanística, ejerciendo una labor formativa y educativa respecto de los funcionarios intervinientes en tales actos, lo que constituye una enseñanza del más alto valor para ellos.

3° La labor de la Contraloría ha sido aún más loable, si se toma en cuenta que en nuestro país no existe una Institución de Nivel Superior, que capacite técnicamente a los funcionarios municipales en materia urbanística.

4° Por último la Contraloría, en una labor de divulgación que excede a su desempeño normal, ha editado un valioso manual, diseñado a divulgar la jurisprudencia administrativa, en los tópicos urbanísticos, lo que propenderá en el futuro a la mejor aplicación de los preceptos contenidos en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza General, y normas complementarias.

V. Referencias Bibliográficas

- AYLWIN AZÓCAR, Patricio (1959): *Derecho Administrativo*. Edit. Universitaria, Santiago.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2012): *Compendio Normas Urbanísticas*, Legal Publishing Chile, Santiago.
- FERNÁNDEZ RICHARD José y HOLMES Felipe (2009): *Derecho Urbanístico chileno*, Editorial Jurídica, Santiago.
- FERNÁNDEZ RICHARD, José (2007): *Derecho Municipal Chileno*, Edit. Jurídica, Santiago.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2012): *Manual Práctico de Jurisprudencia Administrativa Contraloría General de la República*, Santiago.
- SILVA CIMMA, Enrique (2007): *Derecho Administrativo chileno*, Edit. Jurídica, Santiago.