

LA PRETENSIÓN DE INAPLICABILIDAD
DE CURTIDOS BAS S.A.,
EL FALLO QUE DECLARÓ INCONSTITUCIONAL
EL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 62 DEL DFL 458/1976

Donde no se respeta el derecho de propiedad
fatalmente aparece la tiranía.

*Eduardo Soto Kloss**

El rol 2.684 del Tribunal Constitucional con sentencia de 10 de agosto de 2015 ha acogido la pretensión de inaplicabilidad de *Curtidos Bas S.A.*, respecto del inciso 2° del artículo 62 del DFL/Minvu N° 458/1976, Ley General de Urbanismo y Construcciones, en un proceso que oponía a la requirente con la Municipalidad de San Joaquín (Región Metropolitana) ante la Corte Suprema (rol 16.593-2014), en cuanto a la decisión de la institución edilicia que le ordena trasladar la industria a otro lugar, ya que instalada desde 1952 en una zona industrial, por modificación del Plano Regulador Comunal dicha zona pasó a ser de calificación residencial y áreas verdes.

Este asunto incide de lleno en un tema de nuestro régimen jurídico público, aquí urbanístico, creo que no ha sabido o más bien querido abordar de modo justo, pretendiéndose, en un estatismo de décadas, que la autoridad municipal decida prohibir después lo que ha autorizado antes, afectando los derechos de las personas, propietarios y trabajadores de una industria, sin que se indemnice ni mínimamente por el daño producido y, obviamente, desconociéndose sin ningún rubor la propia Constitución Política de la República.

Este caso decidido por el TC viene a poner en su justa solución el tema debatido.

Curtidos Bas S.A. estaba instalada en un sitio de su propiedad, iniciando legalmente sus actividades en 1952, en una zona industrial pero por modificaciones del Plan Regulador Comunal de San Joaquín (2005) quedó en un sector ahora calificado como residencial.

La norma impugnada de inconstitucional establece que las industrias legalmente instaladas que a posteriori – por cambios en el Plan Regulador–

* Doctor en Derecho, Universidad de París/Panthéon-Sorbonne. Profesor titular de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: sotokloss@gmail.com

quedan incluidas dentro de una zona residencial, pueden ser erradicadas por una “orden de traslado” cuando a juicio del alcalde causan molestias o daños al vecindario, traslado que deberá efectuarse en un plazo que fije dicha autoridad no inferior a un año.

Yendo a la médula del tema, debe señalarse que el fallo incide en si se aviene la potestad administrativa en la forma otorgada por el citado DFL 458/76 con la Constitución; así de simple, puesto que esa es la pretensión de inaplicabilidad requerida.

La orden municipal de traslado emitida por decreto alcaldicio, propiamente viene a ser una “*sanción*”, ya que se la dicta en razón de expeler dicha industria “malos olores, nauseabundos o de putrefacción”, lo que afecta el derecho de los vecinos a vivir en un ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8 CP). Pero además de ser una *sanción* –tema que podrá ser tratado por otros comentaristas– me interesa aquí recalcar algo que aquellos de visión estatista gustan de oscurecer al invocar que sería esta afectación del derecho de propiedad solamente en cuanto se trataría de una “limitación” de él, que la Constitución permite en cuanto tenga su fundamento en su “función social” (art. 19 N° 24 inciso 2°). Este es el tema que me interesa ahora tratar.

1. Ya en el rol 185 del TC (cuyo fallo me tocara redactar) de fecha 28 de febrero de 1994, que se pronunciaba sobre el proyecto de ley de bases generales de medio ambiente (luego Ley 19.300/9.3.1994), se planteaba la inconstitucionalidad (art. 49) de medidas administrativas que afectaban el derecho de propiedad de industrias e incluso el derecho a ejercer actividad económica lícita (art. 19 N° 24 y N° 20 CP, respectivamente).

Precisamente el punto incidía en la noción de “*limitación*”, lo mismo que ahora se presenta en *Curtidos Bas S.A.* y es que bajo el disfraz de decir “limitación” el legislador o su intérprete establece no tal mecanismo jurídico, sino directamente *un cercenamiento de un derecho*, su ablación, su privación, su desconocimiento puro y simple. Me lleva a este tema el considerando 25 del fallo comentado, el cual alude a ello, para comprobar que en el caso en cuestión hay derechamente una *privación de facultades y atributos esenciales del derecho de propiedad* del requirente, reconocido, garantizado y amparado por el propio texto de la Constitución.

En efecto, la Constitución, con sus ya más de doscientas reformas, ha sido muy cuidadosa en cuanto a que la autoridad estatal (cualquiera que sea su función) debe actuar en el ejercicio de sus atribuciones con “*pleno respeto de los derechos de las personas*” (art. 1° inciso 4°) en su misión de servicio a la persona humana promoviendo el bien común (que conceptualiza el citado inciso 4°). Incluso se ha preocupado de precisar claramente que el poder estatal tiene como “límite” (adviértase el término que ella

usa) “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (art. 5° inciso 2°). De allí que se ha ocupado, asimismo, de que el ejercicio de los derechos reconocidos y asegurados por la Constitución sea regulado, en la medida que sea necesario, *sólo por la ley*, es decir, sea materia de reserva legal, e incluso esa ley de manera alguna puede afectar el *contenido esencial de ese derecho* (art. 19 N° 26 CP), impidiendo tal ejercicio, es decir haciéndolo imposible o de tal modo entrabado que signifique su privación.

Si tal es el planteamiento de la Constitución, se ve clarísimo (1°) que regular el ejercicio de un derecho fundamental es materia del legislador, esto es de *reserva legal*, y (2°) la ley que lo haga “jamás” podrá afectar su “contenido esencial”, condiciones ambas que son requisitos ineludibles para la pretendida validez o conformidad de tal ley con la Constitución.

2. Cuando se habla de “limitar” se está refiriendo a la idea de “ceñir”, de “poner cercos o vallas” que “acotan” v. gr. un terreno o un territorio; también indica la idea de “acotar” (poner o colocar cotos o hitos) e incluso “reducir”, “deslindar” (poner linderos), términos todos que significan que algo que es “limitado” es algo que es “reducido”, se reduce, está reducido, “*se restringe en su extensión*” o simplemente indica que tiene “confines”, términos que no pueden sobrepasarse.

“Limitación” viene a ser, pues, sinónimo de “restricción”, de “reducción”, de algo que existe entre ciertos deslindes que no cabe sobrepasar, ni ir más allá.

Pero si bien se advierte, esa “restricción” *no impide* –tratándose de un derecho– *que se ejerza y en toda su extensión, si bien ésta limitada, eso sí.*

La “limitación”, pues, no es un “cercenamiento de un derecho, ni una “suspensión” de su ejercicio, como puede ocurrir en un estado llamando de excepción constitucional (v. gr. estado de asamblea, o de sitio/ art. 43 del texto actualizado de la CP); es simplemente una “reducción” del ejercicio de un derecho, pero *jamás* (art. 19 N° 26 CP) podrá afectar su contenido esencial, o sea, aquellas facultades y características que le son “esenciales”, que hacen la *esencia* del derecho mismo.

3. Ahora bien, el art. 62 inciso 2° del DFL/Minvu N° 448/76, no trata de una “limitación” al derecho de propiedad del requirente. Basta para ello leer sin prejuicio su propio texto:

“Las industrias mal ubicadas, que causen molestias o daños al vecindario deberán trasladarse dentro del plazo que le señale la Municipalidad... este plazo no será inferior a un año”. (cursivas nuestras).

Se señala que “deberán trasladarse”, lo que significa que ese traslado ha de ser ordenado por acto administrativo del alcalde, el cual determi-

na, previo informe de otras autoridades administrativas (v. gr. Ministerio de Salud y de Vivienda y Urbanismo), si esa industria causa “molestia o daños” al vecindario.

No hay que ser “iluminado” o un “genio jurídico” para entender que el texto citado significa lisa y llanamente una clara y directa “*prohibición*” de desarrollar esa actividad industrial y, curiosamente –como aparece del expediente– sin que hayan mediado sanciones previas por el mal funcionamiento de ella o violaciones a la regulación legal ambiental.

Y es una “*prohibición*” –y de manera alguna una “limitación”– desde que tal orden significa simplemente que su actividad ya no está permitida según la autoridad alcaldicia, porque habrían “molestias o daños” para el vecindario.

Llama la atención que el voto disidente se extienda en sus considerandos 34 a 37 a entender que se trata de una “limitación” cuando en su propio considerando 10° expresa derechamente que la orden municipal de “traslado” es una “*prohibición* para seguir operando en el lugar original” (cursivas nuestras).

Que es una *prohibición* lo entiende muy claramente el fallo cuando en su considerando 22 establece que “Se trata de una orden de retiro que para el afectado implica –en realidad– una ablación, esto es, la *pérdida del derecho* a permanecer en el inmueble de su propiedad para seguir desarrollando las mismas actividades a que él lícitamente las destinó”. Y ello –agrega–

“en la especie toma forma de una supresión virtual de las prerrogativas inherentes al dominio, en circunstancias que la Constitución (artículo 19 N° 24, inciso tercero), a los efectos de exigir que medie una expropiación, entiende que la privación del dominio no sólo acontece cuando se quita o despoja al dueño de lo suyo en su totalidad, sino también cuando al titular –aun conservando nominalmente tal carácter– se le desposee parcialmente de algunos de los atributos o facultades esenciales que caracterizan la propiedad, según ha señalado este Tribunal (Rol 384, considerando 19°);”.

Aquí no cabe duda alguna que por decreto alcaldicio impugnado se ha pretendido *privar* al requirente afectado de sus “facultades de uso y goce” sobre el inmueble de su propiedad impidiéndosele –por acto administrativo– el ejercicio de aquellas facultades en cuanto dedicarlo a la actividad industrial y sin que medie acto administrativo alguno de expropiación (y ley previa que declare su utilidad pública e interés nacional) y, por ende, la ineludible e indispensable indemnización de perjuicios que la legitime.

4. Hay algo más en este punto, si bien el TC no se pronunció ya que estimó suficiente acoger la inaplicabilidad planteada por la violación del

referido derecho de propiedad. Me refiero a que además el decreto alcaldicio vulneraba el artículo 19 N° 21 inciso 1° de la Constitución, como lo fundamentaba el requirente, por cuanto no había posibilidad alguna de comprobar la vulneración de la regulación legal sobre índices de malos olores, desde que tal regulación no existe. Lo cual transforma la invocación de ellos por la autoridad en algo *meramente subjetivo y entregado a la más extensa discrecionalidad administrativa, carente de todo límite*, lo cual excede abiertamente toda racionalidad y, por desgracia, inducción a la más descarada corrupción administrativa, entregando ello al más libre arbitrio posible de imaginar. Viene a cuentas aquí lo que la Corte Suprema dijera muy sabiamente en *Rosas Díaz con Director de la Policía de Investigaciones*, protección acogida frente a un llamado presidencial a retiro ilegal y arbitrio de personal de dicho Servicio (Corte Suprema 16.5.1991, en *RDJ* t. 88/1991, 2.5, 123134, con comentario nuestro en 131134):

“Que a falta de motivación que sostenga la decisión administrativa, su único apoyo radicaría exclusivamente en la sola voluntad del funcionario que adopta dicha decisión, apoyo que, como es obvio, resulta insuficiente en un Estado de Derecho en el que no hay margen –por principio– para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario” (redacción abogado integrante don Fernando Fueyo Laneri).

5. Aun cuando la requirente no planteó el tema y, en consecuencia, el TC ni lo menciona si bien lo hace la requerida por “vía presidencial” (sic!), el asunto incide en lo que la CGR en jurisprudencia ya vetusta definía como *revocación* en el Dictamen 89.271, de 22.11.1966; es decir, “dejar sin efecto mediante la emisión de un acto administrativo posterior de contrario imperio (resolución o decreto que los derogue) “por ser contrario al interés público, en general, o específicamente de la autoridad emisora del acto”¹.

De acuerdo con ello, la “revocación” sería, según la CGR, dejar sin efecto un acto administrativo anterior, nacido conforme a Derecho pero devenido contrario a éste por circunstancias posteriores (cualquiera sea el tiempo transcurrido hasta la aparición de éstas). Y ello se diferencia de la “invalidación” en cuanto ésta supone un acto administrativo anterior nacido de la vulneración al derecho. Por ciento, a CGR no se le pasó por la mente –al menos que se sepa a mi conocimiento por documentación consultable– la exigencia elemental de la obligación de reparar el daño que significa a alguien privarlo hacia el futuro y por acto administrativo

¹ Sobre el origen de este dictamen contralor vid. nuestro “La invalidación del acto administrativo en el derecho chileno”, en *RDJ* t. 85/1988, pp. 158-159; más amplio en *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Vol. II, pp. 196-198.

de los efectos jurídicos (“bienes incorporales”: art. 19 N° 24 inciso 1° de la Constitución) que ha producido válidamente el acto administrativo revocado y que “se extinguirían” por decidir la propia Administración que sería “contrario al interés público, en general, o específicamente de la entidad emisora del acto” (Dictamen 89.271).

A partir de la publicación de la Ley 19.880 (29.5.2003), sobre procedimientos administrativos (si bien supletoria), ha previsto la figura de la “revocación” en su artículo 61, el cual establece que de oficio la Administración puede revocar los actos administrativos que hubiere dictado sin ni siquiera indicar plazo alguno ni audiencia de los afectados (lo que al menos se indica para la invalidación, en su artículo 53 inciso 1°). Aquí no se plantea como recurso que pudiera interponer un tercero o el propio destinatario del acto administrativo que devendría contrario a Derecho (como ocurre en la invalidación del art. citado).

Pues bien, en el caso de *Curtidos Bas S.A.* se daría precisamente –en principio– una situación como la descrita al menos “tácticamente”. En efecto hay *un acto perfectamente adecuado al derecho* emitido en 1952, que autoriza la instalación de dicha industria en un sector de la comuna que hoy se denomina San Joaquín. Con la modificación del Plan Regulador Comunal en 2005 ese sector pasa a ser “residencial” y de áreas verdes. Es decir, se ha producido un “cambio de circunstancias” en la situación jurídica de las industrias allí instaladas, incluso como la requirente, desde hace más de 50 años.²

Elemental resulta que dicho acto administrativo, válidamente emitido, ha producido sus efectos en cuanto a los derechos que de él emanan, derechos que se incorporan válidamente a su patrimonio, configurando ellos “bienes incorporales”, constitutivos de su derecho de propiedad (art. 19 N° 24 inciso 1° de la Constitución), que no pueden ser cercenados sino por los medios jurídicos que la propia Constitución prevé, como es la “expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador” y mediando *siempre* la correspondiente indemnización por el daño patrimonialmente causado.

Ante esta situación se presenta el artículo 62 inciso 2° del DFL/Minvu 458/1976 impugnado.

Cuando una actividad que se realiza en un inmueble dentro de la comuna, por cambios en el Plan Regulador Comunal, queda en un sector

² Sobre el llamado “cambio de circunstancias” –tema poco o nada tratado en nuestra literatura iuspublicista, a mi conocimiento– puede ser útil nuestro “El cambio de circunstancias como causal de modificación o extinción del acto administrativo en el derecho francés”, pp. 53-105.

distinto del cual se encontraba antes y por el cual debería trasladarse, se la califica como “mal ubicada” y “se congela”, de tal modo que si enajena el inmueble no procede ya que en éste se desarrolle o se instale una actividad incompatible con la calificación sectorial. Ese “congelamiento” permite, pues, que continúe la actividad que lícitamente se desarrollaba por la parte afectada.

Ahora bien, si se advierte, hay en este un cierto equilibrio entre los derechos insoslayables del afectado, que se reconocen, y el llamado “interés público”, que se supone dicho Plan ha recogido en la modificación sectorial que se ha aprobado. No se revoca el acto administrativo originario, desde que hay indiscutidos “derechos adquiridos” que ha originado dicho acto administrativo (y que la propia Constitución reconoce, garantiza y ampara) y se deja seguir desarrollándose esa actividad.

Sin embargo, el DFL referido en la indicada disposición contiene una norma que, sin duda, va mucho más allá, pero en condiciones muy diversas por el solo hecho de estar una industria mal ubicada.

Es que plantea una situación distinta, como es aquella en que esas industrias calificadas de “mal ubicadas” “causen molestias o daños al vecindario”, como suele ocurrir con actividades productoras de ruidos (talleres de reparación de vehículos, o plantas de revisión técnica de ellos), o de contaminación atmosférica (reciclaje de baterías que producen emanaciones de plomo) o incluso al máximo como es un vertedero de basura (desechos domiciliario sólidos, que producen gases).

Lo de “molestias o daños al vecindario” –como podrá advertirse– incide ya en otro tema, ya que incluso se da en industrias que están “bien ubicadas”, en sector propiamente industrial, y ello también puede llevar a sanciones, pero por *incumplimiento* a disposiciones ambientales, debidamente comprobadas en un debido procedimiento racional y justo y con la última palabra del tribunal correspondiente (art. 19 N° 3 inciso 6° y art. 73/76 de la Constitución, en su texto actualizado).

Y así puede comprobarse que en el caso de *Curtidos Bas S.A.* no se dan estas circunstancias. La propia Municipalidad de San Joaquín ha reconocido a esta empresa como una “empresa ejemplar”, no existe ningún procedimiento sanitario en el cual se comprobara una contaminación v. gr. acústica (por ruidos superiores a los admitidos por la reglamentación respectiva), o una contaminación atmosférica/“aromática” (desde que no existe normativa alguna, ni legal ni reglamentaria, en materia de calidad de olores). Si no existe, además, sanción alguna ni de la autoridad sanitaria, ambiental o municipal, que hubieran ellas aplicado a la requirente por violación a tales regulaciones, es preciso *concluir necesariamente* que el decreto alcaldicio que ordena su “traslado” no obedece a hechos concretos

que puedan ser justificados objetivamente y con hechos debidamente comprobados en un debido procedimiento, como por lo demás lo exige la propia Constitución (artículos citados). Es decir, carece de *fundamentación* objetiva, como se exige en la propia Ley 19.880, art. 41 inciso 4°.

Valga señalar en este punto que el inciso 2° del art. 62 del DFL citado no indica parámetro alguno, objetivo, ni criterio alguno específico que precise lo que significa “molestia” o “daños” al vecindario, tomando dichos términos en algo entregado al solo arbitrio de quien ejerza el cargo de alcalde, cargo que, además, es “político” por esencia... Vuelvo a *Rosas Díaz*: la sola voluntad del funcionario es enteramente insuficiente en un Estado de Derecho, en el cual, como principio ineludible e intransable, no hay margen para el poder puramente personal.

Valga señalar que ni siquiera aquí resulta procedente la “revocación” para extinguir el acto administrativo lícitamente emitido, puesto que la Ley 19.880, en su artículo 61 inciso 2° establece expresamente que no procede ella “cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente (letra a). Y ¡vaya que el acto administrativo originario de 1952 ha sido “*creador de derechos*” “*adquiridos legítimamente*” y nunca antes desconocidos.³

6. Para otra ocasión será –Dios mediante– abordar el tema de estos conceptos o términos tan vagos (como “molestias o daños al vecindario”) que las leyes utilizan a veces creyendo que es fácil llenarlos de un contenido, en circunstancias que son simplemente “conceptos de goma”, tipo “regla de Lesbos”, y que los alemanes describieran hace más de medio siglo como *Unbestimmen Begriff* términos traducidos al castellano como “conceptos jurídicos indeterminados”⁴, lo cual desde ya llama la atención su terminología: si es un concepto ha de ser *determinado*, si no lo es, simplemente no es un concepto;⁵ como suele decirse en términos del TC, los vocablos han de tener una “densidad” normativa que permita precisar específicamente su contenido, especialmente cuando se trata de sancionar hechos que la ley pretende ilícitos y cuando se trata de la afectación de los derechos fundamentales (como en este caso de *Curtidos Bas S.A.*), única manera de poner coto a la arbitrariedad de la Administración y proteger los derechos de la persona frente a la discreción del jerarca de turno.

³ Lo reconoce el propio Decreto Alcaldicio N° 1.263 de 2013.

⁴ Valga señalar sobre el tema F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, específicamente Capítulos: II pp. 67-77, VII pp. 191-221 y VIII pp. 223-302.

⁵ Sobre la noción de “concepto” vid., entre muchos, J. FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía abreviado*, pp. 68-70, para la concepción clásica/aristotélica 69 col. 2; también R. VERNEAUX, *Introducción general y lógica, Curso de filosofía tomista*, pp. 89-103.

Bibliografía

- FERRATER MORA, J., *Diccionario de filosofía abreviado*, 9ª Ed., Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1979.
- SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.
- SOTO-KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, vol. II.
- SOTO KLOSS, Eduardo, "El cambio de circunstancias como causal de modificación o extinción del acto administrativo en el derecho francés", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, N° 61, 1971, pp. 53-105, traducido al portugués en *Revista de Direito Publico*, Sao Paulo, 1980, pp. 8-36.
- VERNEAUX, R., *Introducción general y lógica, Curso de filosofía tomista*, Barcelona, Herder, 1972, Vol. I.