

“EL IUS AEDIFICANDI. SU RELACIÓN CON LA INSTITUCIÓN DOMINICAL Y URBANÍSTICA”

“THE IUS AEDIFICANDI. ITS RELATIONSHIP WITH THE DOMINICAL AND URBAN INSTITUTION”

VÍCTOR HUGO MORENO TOLEDO*

RESUMEN: El presente artículo pretende exponer, desarrollar y proponer una mirada doctrinaria respecto de un tema poco familiar, pero de gran trascendencia práctica, cual es, el vínculo entre la facultad de edificar o *ius aedificandi* y el derecho de propiedad. Todo volcado al ámbito de la propiedad urbana, es decir, la que recae sobre el suelo de la ciudad.

PALABRAS CLAVE: Derecho a edificar, *ius aedificandi*, derecho de propiedad, derecho urbano o urbanístico, propiedad urbana.

ABSTRACT: *The present article seeks to expose, develop and propose a doctrinal view regarding a topic unfamiliar, but of great practical importance, that is, the link between the faculty to build the right aedificandi and the right of ownership. Every volcano in the realm of urban property, that is to say, that falls on the floor of the city.*

KEYWORDS: *Right to build, ius aedificandi, property rights, urban or urban rights, urban property.*

*Abogado, Candidato a Magister de la Universidad de Concepción. Correo Postal: Calle Vicente Méndez N° 595, Chillán. Correo electrónico: vmoreno@udec.cl. Profesor de Derecho Económico de la Universidad de Concepción. Chillán - Chile.

INTRODUCCIÓN

La facultad de construir constituye hasta hace poco, una potestad carente de atención jurídica, ya que lo natural ha sido concebirla como derivada del dominio, y por ende accesoria a él, volcándose todo el tratamiento doctrinario a este derecho principal.

El Derecho dominical pensado en un primer momento en términos absolutos, ha visto socavado este dogma por la denominada función social de la propiedad. En nombre de esta última se ha limitado el Derecho de propiedad de forma impensada en épocas pretéritas.

Consecuencia de lo anterior es que en las últimas décadas ha emergido con fuerza una discutible nueva rama del Derecho, conocida como Derecho Urbanístico, el cual haciendo uso de dicha función social ha perturbado con cada vez mayor intensidad a la institución dominical.

El Derecho urbano surge precisamente por la incapacidad que presenta la regulación dominical para dar solución a los problemas que se fueron suscitando en el diario vivir de las grandes urbes actuales, donde las múltiples interacciones que en ellas se producen, reflejan que no es intrascendente lo que se haga o no en el suelo urbano.

De esta forma la misión primaria de este nuevo orden es regular el uso racional del suelo, y siendo el uso natural o de mayor probabilidad el constructivo, la regulación urbana gira en torno a la afectación de dicha potestad.

El punto es que en este cometido se ha ido menoscabando dicha prerrogativa con fuertes restricciones e incluso eventuales privaciones, por ende, es lícito cuestionarse ¿hasta dónde se puede afectar esta potestad? o ¿cuál es el límite de dichas regulaciones?

Sin duda, para responder aquellas interrogantes será fundamental la postura que se adopte en relación a la divergencia doctrinaria existente al respecto que se sintetiza en la pregunta ¿forma parte el derecho a edificar del contenido del derecho de propiedad?

Justamente esta obra tiene como pretensión dar respuesta a aquella interrogante, dilucidar el estado actual de las cosas, en lo referente a la facultad que tiene el titular de la propiedad urbana de edificar en ella. Facultad conocida con la expresión latina “*ius aedificandi*”.

I. EL CONCEPTO DE PROPIEDAD Y EL DERECHO URBANÍSTICO

La mayoría de la doctrina prefiere adoptar una concepción sintética a la hora de definir la propiedad, frente a una analítica, basada en la enumeración de caracteres. Justamente, se define el dominio como el poder más amplio que se puede tener sobre una cosa; frente a la noción analítica que lo entiende como la suma de tres facultades, uso, goce y disposición.

Sin embargo, se puede inferir de ambas nociones, que ninguna de ellas considera al dominio como un derecho vacío de contenido.

El Derecho urbanístico por su parte viene a regular el uso racional que se le debe dar al suelo, a través del plan de urbanismo. Para lo cual lo primero que hace el orden urbano es fijar su campo de aplicación, por medio del límite urbano, dando nacimiento a la propiedad urbana, y por exclusión a la rural.

Cabe destacar que la rama urbanística tiene como objeto último buscar un equilibrio entre

el interés individual del propietario y el general de la comunidad. Equilibrio que ningún caso debe obtenerse o se logra, a costa de desnaturalizar el derecho individual.

II. LA PROPIEDAD URBANA

Como ya anticipábamos, la mezcla elemental del Derecho urbanístico con el derecho propiedad, se denomina propiedad urbana. Ya que el estatuto urbanístico opera como fuente de la doctrina de la pluralidad de propiedades.

Precisamente, dependiendo del estatuto aplicable al objeto sobre el cual recae la propiedad, esta se clasificará en minera, urbana, rural, intelectual, industrial, agrícola, etc.

De esta manera, resulta imprescindible contar con una noción de propiedad urbana, pudiendo mencionar preliminarmente que la propiedad urbana se concibe como aquella donde el dominio recae sobre inmuebles situados dentro de los límites urbanos de las ciudades, a diferencia del inmueble o predio rural que es aquel ubicado fuera de dicho radio.

No obstante, el concepto debiese ser más amplio, por lo ya señalado respecto al actual entendimiento del problema del urbanismo. Por lo cual se propone entender la propiedad urbana referida al derecho de propiedad que recae sobre bienes inmuebles por naturaleza y adherencia, ubicados en las ciudades y sus alrededores¹. De esta manera parece ser determinante el concepto de límite urbano.

Como punto de intercepción entre el derecho de propiedad y el derecho urbanístico, está la propiedad urbana, y más precisamente, el suelo de las ciudades. Para determinar que se puede hacer o no hacer en el suelo de la ciudad, no basta examinar el solo estatuto de la propiedad, sino que es imprescindible, el análisis de la legislación urbanística, y más precisamente, el de los planes reguladores.

De este modo, el concepto previo que se tenga sobre el derecho de propiedad va a resultar fundamental.

III. EL CONTENIDO MÍNIMO DE LA PROPIEDAD URBANA

Ahora bien, la pregunta es si ¿tiene o no un contenido el derecho de propiedad? Respuesta que afectará por vía consecencial a la propiedad urbana, es decir, si el derecho de propiedad carece de contenido, menos aún lo tendrá la propiedad urbana, producto de la relación de género a especie que existe entre ambas.

El punto de inflexión entre el Derecho dominical y el Derecho urbanístico, estará constituido por la respuesta que dé a la pregunta ¿Qué puedo hacer sobre el predio urbano?

Si las respuestas coincidieran, no habría ningún problema. El problema es justamente que estas no suelen coincidir, ya que en principio el dominio me otorga amplias facultades, que el Derecho urbanístico tiende a limitar, y ¿por qué pasa eso?, por algo simplemente fáctico, el Derecho urbanístico surge precisamente por la ineficiencia del derecho de propiedad para dar solución al problema de la racionalización del suelo. De hecho, es justamente la propiedad entendida en términos absolutos y arbitrarios la que da origen al problema, el cual como veremos se pretende solu-

¹ HOLMES, FELIPE (2010): *Propiedad Urbana, Régimen Jurídico*. Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, pág. 72.

cionar muchas veces con otras decisiones arbitrarias, como desnaturalizar la propiedad, al negarle todo contenido.

En consecuencia, la solución a lo anterior dependerá de la existencia de un equilibrio entre ambos regímenes.

Ya el derecho de propiedad no es el mismo, está fuertemente limitado, entre otras cosas, por la legislación territorial. Pero dicha legislación parece no tener una contrapartida, un límite definido. Y es en la búsqueda de tales límites que el reconocimiento de un contenido mínimo de la propiedad, intangible, emerge como un punto de encuentro.

Es en virtud de lo anterior, que la distinción de propiedades no ha estado exenta de polémicas, postulando algunos, que en virtud de esta pluralidad de propiedades ha desaparecido el concepto unitario de dominio de nuestra legislación.

Frente a esta postura, parte de la doctrina, basándose en el respeto por el contenido esencial, sostiene lo contrario. Para ellos existe un común denominador a todas las propiedades, constituido por dicho contenido esencial. De esta manera se ha señalado que se ha creado un fantasma con la idea de que no hay propiedad, sino propiedades, para de esta manera, reducir al máximo la protección constitucional de la propiedad y conceder un cheque en blanco al legislador².

Ante aquello, se puede argumentar que el concepto de propiedad es uno solo, y las clasificaciones que se han hecho han atendido principalmente a la naturaleza del objeto sobre el cual recae. La propiedad que recae sobre el suelo es una sola, con facultades y atributos a fines a la naturaleza del objeto.

Dicho de otra forma, el contenido mínimo de la propiedad está estrictamente vinculado al aprovechamiento natural del objeto sobre el cual recae; así el propietario de un automóvil no dudaría de que en virtud de su uso pueda circular por las calles, como tampoco el propietario de un inmueble urbano dudaría de que puede construir en él.

Es así, como este contenido esencial emerge como un límite a las limitaciones. Como un límite a la función social de la propiedad, como un límite al orden urbanístico.

De esta manera, *a priori*, afirmo que la propiedad urbana si tiene un contenido mínimo, el punto será precisar quién determina dicho contenido, lo que abordaremos en seguida.

IV. ¿CUÁL ES EL CONTENIDO MÍNIMO DE LA PROPIEDAD URBANA? *IUS AEDIFICANDI*

El problema del contenido mínimo parece circunscribirse principalmente al *ius aedificandi* o derecho a edificar, ya que es este uso del suelo urbano, el centro de preocupación del orden urbanístico, y sin duda, el aprovechamiento más rentable del suelo de la ciudad.

Al preguntarnos si la propiedad tiene un contenido mínimo, en realidad nos referimos a si la propiedad comprende o no el *ius aedificandi*, por ser este el objeto de nuestra preocupación y el centro de la discordia.

El *ius aedificandi* o derecho a edificar no se encuentra definido legalmente, por lo cual se

² HOLMES, FELIPE. Ob. cit. nota n° 1, pág. 68.

debe recurrir como referente obligatorio al diccionario de la real academia española, el cual define edificar como “Fabricar, hacer un edificio o mandarlo construir”³.

Es así como edificar, obviamente, gira en torno a edificio, es hacer un edificio. Y edificio conforme a la OGUC es “toda edificación compuesta por uno o más recintos, cualquiera sea su destino”. Pero estimamos más apropiado entenderlo para fines doctrinarios, conforme al aludido diccionario, esto es, como toda “construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos”⁴.

En consecuencia, si bien se puede estimar que edificación es un término más amplio que construcción, comprendiendo a esta última inclusive, no cabe duda de que el vínculo entre el *ius aedificandi* y la construcción sea casi congénito. De tal forma que este puede ser entendido en sentido estricto como el derecho a realizar un edificio, el cual no es otra cosa que una construcción.

Sentado lo anterior, cabe enfatizar, que la doctrina extranjera ha definido el *ius aedificandi* como “el derecho a materializar físicamente el adquirido o consolidado Derecho al aprovechamiento urbanístico, mediante obras de edificación”⁵. Dicho de otra manera, aparece como una de las facultades típicas del dominio cuyo contenido consiste en poder levantar una edificación sobre un solar del que se dispone, disfrutando así del valor económico del área o parcela susceptible de edificación⁶.

Retornando al problema principal, corresponde preguntarse nuevamente ¿quién determina dicho contenido mínimo?, o más bien, ¿Quién determina si el *ius aedificandi* forma parte o no del derecho de propiedad?, ¿Será el derecho de propiedad o el derecho urbanístico?, ¿Es el derecho de propiedad quien detenta un contenido innato a él mismo o bien el derecho de propiedad carece de todo contenido, siendo este determinado casuísticamente por el Derecho urbanístico, más precisamente por los planes?

Acto seguido, cabe cuestionarse, ¿Cuál es la importancia de esto?

Dependerá de la solución dada, es decir, si el derecho a edificar forma parte del contenido del derecho de propiedad, cualquier afectación al primero repercutirá en el segundo, la cual a su vez deberá ser legitimada por el Derecho, y más precisamente por la normativa reguladora del derecho de propiedad. De esta forma si afecto al *ius aedificandi* estaré afectando al dominio. De lo contrario, o sea, si se estima que el *ius aedificandi* no forma parte del contenido del derecho de dominio, cualquier afectación a este pasará desapercibida, al menos jurídicamente.

Replanteando el problema, en palabras del profesor Manuel Medina de Lemus, se debe determinar si el *ius aedificandi* es una facultad propia del derecho de propiedad, necesitada, a lo sumo, de un acto administrativo de carácter puramente declarativo para poder ser ejercitada, o si, por el contrario, se trata de una forma de aprovechamiento del terreno de la que esta naturalmente privado el propietario, y que adquiere en virtud de un acto constitutivo de tipo administrativo⁷.

Es justamente, en la respuesta a estas interrogantes donde se divide profundamente la doctrina, comparada principalmente, como la incipiente escuela nacional. Distinguiéndose dos posiciones claras, que denominaré tesis formal o publicista y tesis material o privatista respectivamente, que sintetizaré a continuación:

³ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?TIPO_HTML=2&TIPO_BUS=3&LEMA=edificar

⁴ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?TIPO_HTML=2&TIPO_BUS=3&LEMA=edificio

⁵ MEDINA DE LEMUS, MANUEL (1997): La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico. Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de Madrid, España, pág. 262.

⁶ MEDINA DE LEMUS, MANUEL (1997), Ob. Cit. nota n°5, pág.133.

⁷ MEDINA DE LEMUS, MANUEL(1997), Ob. Cit. nota n°5, pág. 263.

- a) Tesis formal: según la cual la propiedad urbana carece de contenido propio, siendo el planificador quien le otorga su contenido real. Dicha tesis le atribuye a la planificación un poder constitutivo, ya que esta configuraría el derecho de propiedad, y no se limitaría solo a regularlo. Claramente esta postura facilita las cosas para el planificador, ya que, si este dictamina que en un determinado lugar no se podrá construir, su decisión no se podrá objetar por la vía de afectar el derecho de propiedad, ya que justamente será este quien defina que se entiende por propiedad en ese caso, y por lo mismo, tendrá que concluirse que no se puede afectar aquello que no se posee.
- b) Tesis material: para la cual la propiedad urbana si posee un contenido propio determinado por el orden constitucional, la cual, si bien puede ser limitada por su función social, posee una configuración constitucional previa y vinculante para el legislador. Aquí resulta fundamental lo que entendamos por contenido esencial de la propiedad, ya que es este el elemento unificador de todos los tipos de propiedad⁸. Esta posición apunta hacia el respeto de un contenido esencial de los derechos subjetivos, anterior al reglamento, y provenientes del orden constitucional.

Cabe subrayar, como puntualiza Felipe Holmes, que definir cuál es la tesis imperante, depende del sistema jurídico analizado. Así en Francia parece imperar la segunda postura, mientras que en Italia, España y Alemania la primera. Aunque en todas aquellas se da la misma discusión, que hoy de la mano de una mayor preocupación por los problemas urbanísticos, parece tomar mayor interés en Chile.

La posición que se adopte es clave a la hora de examinar las limitantes al derecho de propiedad, ya que cualquier afectación que se haga al derecho de construir, afecta mi derecho de propiedad o no, según participe de la primera o segunda tesis ya ilustradas.

Los párrafos siguientes estarán dedicados al análisis y desarrollo de ambas posiciones doctrinales, así como al estudio de sus fundamentos principales.

1. TESIS FORMAL, PUBLICISTA O DE LA PROPIEDAD SIN CONTENIDO.

La tesis partidaria de que la facultad de edificar es una concesión del plan tiene sus cimientos sobre todo en el campo de los administrativistas, debiendo reconocerse una clara influencia italiana. El profesor español Eduardo García de Enterría es considerado su máximo exponente, postulando la disociación del *ius aedificandi* de la titularidad dominical, concibiéndolo como una atribución pública de la ordenación del suelo⁹.

De este modo dicho autor ha sostenido que: “*el paso fundamental dado por la Ley consiste en privar a la propiedad de todas las expectativas urbanísticas y considerar éstas como derivadas directamente del Plan público, en lugar de entender que el plan debía reducirse a limitar las expectativas urbanísticas que sustancialmente emanasen de la propiedad misma. Según este planteamiento, se ha disociado el ius aedificandi de la titularidad dominical, en el sentido de que aquel derecho no dimana de esta titularidad, sino de una atribución pública de ordenación del suelo, atribución que determina, además la medida concreta en que ese derecho queda reconocido*”¹⁰.

En la misma dirección encontramos a otro profesor español, Tomás-Ramón Fernández¹¹, quien grafica lo anterior señalando que: “*el derecho de propiedad del suelo no es ya un derecho*

⁸ HOLMES, FELIPE (2010), Ob. Cit. nota n° 1, págs. 5-6.

⁹ PAREJO, PIEDAD MARÍA (1991): El contenido esencial de la propiedad urbana. Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, España, pág. 406.

¹⁰ CALVO, MARÍA JOSÉ (2000): La Función Social de la Propiedad y su Proyección en el Sistema De Compensación Urbanística. Ediciones Universidad de Salamanca, España, pág. 169.

¹¹ FERNÁNDEZ, TOMÁS - Ramón (2008): Manual de Derecho Urbanístico. Editorial Wolters Kluwer, Madrid, España, pág. 119.

potencialmente ilimitado, sino, más bien, un derecho encerrado en límites precisos que empieza por definir la propia ley, y que terminan de perfilar los planes de ordenación. La ley y los planes no recortan, por lo tanto, un derecho que inicialmente tenga una extensión mayor, sino que definen cual es en cada caso la extensión misma de ese derecho al precisar sus fronteras normales en función del concreto destino de los terrenos”.

Por eso, precisamente, porque se trata de definir los límites o fronteras y no de recortar algo previamente definido, es por lo que el artículo 3 inciso 1° de su ley urbanística, conocida como Ley del Suelo, no confiere derecho a indemnización producto de la ordenación urbanística, ya que este derecho se contempla solo frente a privaciones, y no ante meras restricciones¹². Esto se puede asimilar a nuestra Constitución, donde el Derecho urbanístico, en virtud de la función social puede imponer limitaciones al derecho de propiedad, las cuales en caso de que se transformen en privaciones, obligan a indemnizar.

Siguiendo esta tendencia el profesor Antonio Carceller Fernández ha señalado que las facultades del derecho de propiedad tienen el contenido establecido en la referida Ley del Suelo española, o, en virtud de la misma, por los planes de ordenación. La ordenación del uso de los terrenos y construcciones define el contenido normal de la propiedad¹³.

En Chile, hay quienes en la misma dirección sostiene, que el *ius aedificandi* no formaría parte del contenido del derecho de propiedad, sino que sería conferido por el poder público a través del ordenamiento urbanístico, argumentando a favor de ello, que en la legislación chilena la regla general, en base al artículo 55 de la LGUC, sería el suelo rural, en el cual por naturaleza la construcción no tiene cabida o está fuertemente limitada¹⁴.

Por otra parte, se ha sostenido que hasta el derecho de propiedad va adquirir, en el ámbito urbano, la fisonomía y el contenido patrimonial que el plan decida otorgarle¹⁵.

Como cimientos en pro de esta tesis es posible enumerar los siguientes:

- a) El primer argumento sostiene la *publicatio* del suelo, manifestación de clara influencia española. La ley española de 1956 estatizó la potestad urbanística, detentando la administración su monopolio. Por lo cual el Estado sin la injerencia de nadie determina que es lo que se puede hacer o no en el territorio. Sobre esto Felipe Holmes señala que: “*la teoría formalista parte de la base de que la ley de urbanística de 1956 implicó establecer una publicatio del suelo español. De esta forma, se ha señalado que la aludida norma legal supuso una publicatio de la actividad urbanística en su totalidad, pasando a ser la ordenación urbanística una función pública: la nacionalización o estatización del urbanismo, y la consideración de la ordenación urbanística como ordenación integral del territorio*”.

En suma, es la ordenación urbanística que –como resultado de dicha *publicatio*– define el contenido normal del derecho de propiedad.

- b) El segundo argumento se basa en sustentar que la regla general es el suelo rural, siendo el plan quien da vida al suelo urbano. En consecuencia, la regla general es que el uso agrícola forme parte del contenido del dominio, no así el urbano como sinónimo de edificación, que es más bien una concesión del plan, ya que este uso no deriva de la naturaleza del suelo. En

¹² FERNÁNDEZ, TOMÁS- RAMÓN (2008), Ob. Cit. nota n° 11, pág. 119.

¹³ CARCELLER, ANTONIO (1989): Instituciones de Derecho Urbanístico. Editorial Montecorvo, Madrid, España, pág. 106.

¹⁴ CORDERO, EDUARDO. “El derecho urbanístico chileno y la garantía constitucional de la propiedad”. Revista Nomos, Universidad de Viña Del Mar, Número 2, págs. 91-112, 2008, pág. 104.

¹⁵ FIGUEROA, PATRICIO Y FIGUEROA, JUAN (2006): Urbanismo y Construcción. Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, pág. 78

este sentido Carceller Fernández¹⁶ ha sostenido que en el sistema de definición del derecho de propiedad se parte del contenido del suelo no urbanizable (rural), cuyo aprovechamiento es exclusivamente agrícola, ganadero o forestal, en cambio en el suelo urbano y urbanizable (de extensión urbana) se incorpora al derecho de propiedad contenidos urbanísticos “artificiales” que no están en la naturaleza y que son producto de la ordenación urbanística.

Es así, como la segunda base dogmática de esta teoría (la primera es la *publicatio* del suelo), para la doctrina española, es la creencia de que el uso natural del suelo es el agrícola, independientemente de que se aluda al suelo urbano o rural.

De ese contenido inicial, la ley no quita nada, y como esto no ocurre, tampoco precisa indemnización, la cual solo se contempla para los casos de efectivo arrebato o privación¹⁷.

Siguiendo a este autor, la ley tampoco añade nada a este contenido natural del derecho de propiedad en este caso. Si lo hace en cambio, cuando la ordenación prevé o permite su paso a la situación de suelo urbanizable o de extensión urbana para nosotros, y cuando se encuentra ya en esta situación, o sea cuando ya es urbano.

Termina señalando que en ambos casos al contenido original del derecho de propiedad se adicionan otros contenidos artificiales, que no están en su naturaleza y que dependen de una voluntad exterior y ajena a la del propietario, la del legislador primero y luego la del planificador, ambos representantes de la comunidad.

2. TESIS MATERIAL, PRIVATISTA O DE LA PROPIEDAD CON CONTENIDO.

Es conveniente –desde ya– destacar que en favor de esta tesis la jurisprudencia italiana ha otorgado un decisivo criterio para determinar cuál es este contenido, sosteniendo que el contenido de la propiedad urbana debe buscarse también en la naturaleza del terreno de que se trata¹⁸. Es así que tanto la doctrina comparada como nacional, en base a ese criterio, ha construido sus postulados.

El planteamiento anteriormente expuesto resulta fundamental, ya que al afirmar que la propiedad en Chile tiene una sustancia, se debe determinar aquella atendiendo a la naturaleza del objeto. Por ende, no basta que se reconozca a la propiedad urbana un determinado contenido, sino que aquel, debe ser acorde a su naturaleza. Dicho de otra manera, el plan no podría asignar a mi propiedad solo un uso agrícola, siendo que aquella está ubicada en el centro mismo de la ciudad, por lo cual su naturaleza se opone definitivamente a lo rural, siendo su uso natural, el urbano en sentido estricto.

Como se ha señalado, es la doctrina española la más nutrida en la materia, con fundamentos en ambos sentidos de la discusión. Justamente, en apoyo de esta tesis se pueden citar a los autores Martín Blanco, Chico Ortiz, Torres Lana, Sustaeta, entre otros¹⁹.

Sobre esto, Barnés Vázquez ha señalado –refiriéndose al sentido o finalidad de la propiedad privada, que aquel no es otro que el de la productividad o aprovechamiento que se deriva de la utilización de los bienes sobre los que recaiga la propiedad constitucional, concluyendo que la potestad de goce –en la que se entiende incluida la de uso– se identifica con la finalidad del derecho:

¹⁶ CARCELLER, ANTONIO (1989), Ob. Cit. nota n° 13, pág. 281.

¹⁷ FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón (2008), Ob. Cit. nota n° 11, pág. 119-120.

¹⁸ HOLMES, Felipe (2010), Ob. Cit. nota n° 1, pág. 76, citando a Cartei, Gian Franco.

¹⁹ LOBATO, J. MIGUEL (1989): La propiedad privada del suelo y derecho a edificar. Editorial Montecorvo S.A., Madrid, España, págs. 548-549.

ius aedificandi en la propiedad urbana o facultad de explotación de cultivos, en la agraria²⁰.

Conviene agregar a Torregrossa²¹ quien, criticando la tesis formal, señala que: “*no es correcto atribuir los desórdenes urbanísticos al principio de inherencia del ius aedificandi a la propiedad privada, como tampoco es necesario para solucionarlos articular la separación de ambos, pues puede decirse que tales desórdenes han sido consecuencia de un comportamiento ciertamente ilícito, constituido por la convergencia de la inoperancia de los poderes públicos y una acción especulativa casi institucionalizada que cuenta con una impunidad sin precedentes*”.

En el mismo sentido De Los Mozos²² ha sostenido, luego de criticar la tesis formal, que el plan lo que hace es definir las limitaciones de la propiedad que son conformes con la función social, pero nada más. Ajustándose a la regulación constitucional y legal. De esta manera en los planes no está el origen de las facultades, sino el condicionamiento de su ejercicio.

Nuestra doctrina también se ha interesado en la discusión, y ha sostenido²³ que el ordenamiento jurídico nacional, al igual que el alemán, ha optado por que el derecho a edificar no sea concedido por el plan, sino preexistente al mismo, y solo limitado por él.

En nuestro medio, el autor Felipe Holmes²⁴ es uno de los que con mayor profundidad ha tratado el tema en su obra “propiedad urbana”, en la que ha señalado como criterio vital para determinar la inherencia o no del *ius aedificandi* al derecho de propiedad, el de la naturaleza de las cosas. En este caso la cosa es el suelo, y para determinar su naturaleza, atiende a la ubicación, distinguiendo conforme a nuestro legislador entre las áreas urbanas, de extensión urbana, y rural. En el área rural el uso natural que debe respetar el legislador es el agrario. En el suelo de extensión urbana para determinar su uso natural, realiza dos precisiones; primero si estos no están siendo urbanizados por una decisión discrecional pública legítima; segundo si no han sido urbanizados porque el desarrollo de la ciudad aún no ha llegado de manera espontánea. En el primero el uso será urbano y en el segundo rural, ya que no tendrán naturalmente características urbanas.

En tercer lugar, si la propiedad está en la ciudad, en suelo urbano, su uso natural será la edificación, rechazando las teorías que postulan que el uso natural es el agrario, ya que ello no es efectivo en la ciudad.

Si bien entre este autor y Rajevic existe consenso en la unión del *ius aedificandi* al derecho de propiedad, Holmes difiere de este último; ya que para Rajevic la esencia debe buscarse en la aptitud natural del terreno, es decir, caso a caso; en cambio, para Holmes el derecho a edificar es inherente a la propiedad urbana, al suelo urbano, por el solo hecho de ser tal. De esta manera para este último autor, si el propietario no puede edificar en un terreno pese a los avances tecnológicos, ello será una situación de hecho, mas no de derecho. Es por ello que el *ius aedificandi* no solo es el uso más rentable en las ciudades, sino que es su uso natural, ya que desde que el hombre se hizo sedentario y se formaron las primeras civilizaciones, el uso del suelo ha sido eminentemente el constructivo.

Acto seguido, Holmes enfatiza –y esto es lo más importante– que el hecho de que el *ius aedificandi* forme parte del contenido de la propiedad urbana, no implica que sea un derecho absoluto, lo cual es lógico dado que este es accesorio a la propiedad, por lo cual no siendo esta absoluta, menos lo será el derecho a edificar. De esta manera, esta facultad puede ser limitada, pero dichas limitaciones no pueden llegar a convertirse en privaciones encubiertas o derechamente no puede

²⁰ HOLMES, FELIPE (2010), Ob. Cit. nota n° 1, pág. 79, citando a Barnés Vázquez.

²¹ MEDINA DE LEMUS, MANUEL (1997), Ob. Cit. nota n° 5, pág. 127, citando a Torregrossa.

²² *Ibid.*, pág. 129. Citando a De Los Mozos.

²³ FIGUEROA, PATRICIO & FIGUEROA, JUAN (2006), Ob. Cit. nota n°15, pág. 74.

²⁴ HOLMES, FELIPE (2010), Ob. Cit. nota n° 1, págs. 83-86.

despojarse de dicha potestad, sin previa indemnización, conforme a la protección constitucional del derecho principal, el de propiedad.

Sobre este último punto es interesante examinar lo sostenido por nuestros tribunales, en particular los considerandos quinto, sexto y séptimo, de la sentencia de 28 de junio de 2011²⁵. En ella, se reconoce que el derecho a edificar es limitado, lo que es coherente con la normativa que afecta al derecho de propiedad. Limitaciones impuestas por la función social de esta, concretadas a través de los planes de ordenación territorial. Estos últimos –como hemos visto– solo pueden afectar la propiedad ejecutando el contenido de una ley, en este caso, de la aludida (en el fallo) Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Cabe destacar que limitación es muy distinta a privación. Decimos ésto, porque, es muy frecuente observar en la legislación territorial requisitos disfrazados de limitaciones, pero que en la praxis distan mucho de serlo.

Finalmente -Holmes- señala, que una de las principales críticas que pueden formularse a esta tesis, deriva del enorme costo que este respeto por el *ius aedificandi* significaría para el Estado. Sin embargo, un Estado de Derecho respetuoso de los derechos fundamentales de las personas, tiene un costo económico intrínseco, pero que debe soportarse si quiere aspirarse a un sistema efectivo y real.

En la misma dirección, el profesor Enrique Rajevic²⁶ señala que si bien la edificación no es el único uso que se le puede dar a un bien raíz, si este se sitúa en el radio urbano es el más probable y más rentable. Para él los deberes urbanísticos afectan a la facultad de usar el bien sin tener que afectarla en su esencia, atendiendo para determinar esto último a la naturaleza del bien, conforme a la función social que debe cumplir la propiedad. Así en el caso del artículo 60 de la LGUC que prescribe que “el Plan Regulador señalará los terrenos que por su especial naturaleza y ubicación no sean edificables”, cuando el plan determina su inedificabilidad no está afectando la esencia de la facultad de uso, dado que por su naturaleza –ubicarse en las cercanías inmediatas a un volcán en actividad– esta (la facultad edificatoria) no está contemplada. Termina expresando que: “*De toda lógica es suponer, entonces, que de su función social deriva la limitación de no construir en ellos: la facultad de usar se referirá a otros aprovechamientos, pero no al asentamiento de grupos humanos, con lo que la determinación urbanística no vulneraría contenido esencial alguno*”.

Como contrapartida respecto de los predios que tengan una aptitud natural para ser edificados existe la obligación constitucional de reconocer dicha facultad, y solo limitarla conforme a la función social. Es así como concluye este autor que: “*Nuestro ordenamiento reconoce a los dueños de bienes raíces urbanos que la esencia de su derecho de propiedad incluye el derecho a edificar (ius aedificandi) conforme a las naturales aptitudes urbanas de su terreno, pudiendo aquella ser limitada por la autoridad siempre que con ello no la menoscabe sustancialmente*”.

Por ende, le asigna un rol preponderante a la judicatura, para que esta controle que no se usen normas urbanísticas para privar a los propietarios de lo suyo bajo el manto engañoso del bien común, atendiendo para ello, especialmente, a la naturaleza de los terrenos.

Al igual que Rajevic, se ha señalado, que atendido el rasgo de que la facultad edificatoria emanada de la facultad de uso del dominio, sea la principal y más rentable prerrogativa del propietario, y el contexto constitucional de protección de la propiedad, se debe concluir que, por regla general, la facultad de edificar debe entenderse incluida en nuestro ordenamiento dentro de la esencia

²⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción (Recurso de Protección) de 28/06/2011, ROL N° 6162011

²⁶ RAJEVIC, ENRIQUE: “*La propiedad privada y los derechos adquiridos ante la planificación urbana*”. Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (vol. 25 n° 1, págs. 65-112), Santiago, 1998; pág. 104-106.

de este derecho, conforme las naturales aptitudes del inmueble en específico.

Se arriba a la conclusión anterior pues dicha facultad solo puede eliminarse cuando la especial naturaleza y ubicación de los inmuebles así lo requieran, de manera que la edificabilidad o no edificabilidad de un terreno no dependen de los autores del plan sino de las naturales aptitudes del mismo. Solo en forma excepcional (la ley utiliza la expresión especial) y por causas determinadas (naturaleza y ubicación) puede llegar a eliminarse esta facultad²⁷.

Es necesario nuevamente recalcar en este punto la discrepancia entre Holmes y Rajevic; ya que mientras el primero sostiene la inherencia incondicional del *ius aedificandi* a la propiedad urbana; el segundo la estima condicionada. Condicionada a que por su especial naturaleza o ubicación sea edificable.

Sentado lo anterior, reitero la incógnita principal, consistente en determinar la relación existente entre el derecho a edificar y el derecho de propiedad. Así cabe cuestionarse si el *ius aedificandi* forma parte de aquel contenido mínimo, o por el contrario esta fuera de él. Y si esta fuera de él ¿es un derecho independiente del derecho propiedad o accesorio a él?

Para responder aquello se distinguirá (solo para fines didácticos, ya que la propiedad como se ha sostenido, es una sola, y el derecho a edificar forma parte de su núcleo intrínseco, solo que en algunos casos adquiere verdadera relevancia) entre un contenido mínimo general, aplicable a todo tipo de propiedad, y un contenido mínimo específico, aplicable solo a la propiedad que recae sobre determinados objetos, en este caso, inmuebles por naturaleza, especialmente en lo que atañe al suelo.

En apoyo de esta tesis cabe agregar lo señalado por Lobato Gómez²⁸, según el cual: "*En definitiva, aunque la función social va a conformar diferentes estatutos propietarios, no es un elemento que llegue a modificar la estructura interna del derecho de propiedad, sino el elemento que permite construir, en torno a un núcleo predeterminado, las variadas normas de la propiedad. En este marco, el contenido esencial actúa como elemento unificador del derecho de propiedad, independientemente de su objeto, y representa un contenido genérico, un haz de facultades que puede resumirse en el goce y la disposición referido al sujeto, mientras que la función permite delimitar legalmente el alcance concreto de ese contenido respecto a determinados bienes, dando origen a una pluralidad de propiedades, cada una de las cuales gozará de un contenido mínimo, ya específico, determinado por la utilidad que el bien represente según su naturaleza, y en su defecto por la utilidad o equivalente económico que el bien debe reportar a su propietario*"²⁹.

A primera vista se puede concluir que el *ius aedificandi* no forma parte del contenido mínimo general del derecho de propiedad, ya que no es un concepto aplicable a la noción de propiedad universal. Siendo conformado aquel por las facultades genéricas tradicionales de uso, goce y disposición, o más bien por todas las facultades posibles de tener sobre una cosa, conforme a la concepción sintética del dominio ya expuesta. La cuales no necesariamente se traducirán en el *ius aedificandi*, así por ejemplo este es intrascendente en el uso que se le puede dar a un vehículo.

Pero en lo referente a aquel contenido mínimo específico de la propiedad, esto es, de la propiedad que recae sobre el suelo; me parece que el *ius aedificandi* lo integra, fundándonos en razones legales para sostener aquello, pero sobre todo en razones impuestas por la realidad de las cosas. En este caso el *ius aedificandi* es la concreción de la facultad de uso que, ejercida sobre el

²⁷ SANTIBAÑEZ, FRANCISCO (2006): La Planificación Urbana: Conceptos, Normativa y su Relación con el Derecho de Propiedad. Tesis para optar al Grado de Magister en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Concepción, Concepción, pág. 97.

²⁸ LOBATO, J. Miguel (1989), Ob. Cit. nota n° 14, pag. 371.

²⁹ Énfasis agregado.

suelo urbano, le confiere operatividad real a dicha prerrogativa.

Y si se estima que ello no es así, que la facultad de edificar no está contenida en la facultad de uso, de todas maneras, es posible concluir que integra el contenido específico de la propiedad. Ya que es una facultad más del universo de facultades que integra la propiedad, en virtud de la concepción sintética de la misma. Compartiendo lo señalado por Felipe Holmes, en orden, a que el derecho a edificar es de la naturaleza de la propiedad urbana.

Lo que descarto es concebir al *ius aedificandi* como un derecho autónomo, independiente del de propiedad, ya que es poco plausible el resultado que esa desconexión pueda provocar³⁰. Cuesta pensar o en realidad concebir que una persona tenga el derecho a construir, prescindiendo de la necesidad del derecho de propiedad. En mi opinión, los hechos se imponen, y el derecho a edificar solo cobra importancia real unido al derecho de propiedad. Existe entre ellos una relación de dependencia clara, que justifica, además, las conclusiones arribadas en cuanto a su contenido.

Se debe reiterar la concepción plena de la propiedad, como derecho que comprende la totalidad de facultades que es posible tener sobre una cosa. Carácter hoy limitado, pero el cual lleva al investigador a concluir que siendo el *ius aedificandi* una facultad que se ejerce sobre una cosa, conforme a la concepción sintética, es fuerza afirmar su unión al derecho dominical.

De esta manera los Fundamentos principales en pro de esta tesis se pueden sintetizar de la siguiente manera:

a) Para los formalistas el orden urbanístico ha supuesto una *publicatio* del suelo.

Frente a ello se puede decir, que para que existiese una *publicatio* del suelo, el Estado conforme a nuestra Constitución (artículo 19 número 24) debería previamente indemnizar a todos los propietarios, cosa que no ha ocurrido, y que prácticamente es imposible que ocurra, por los evidentes costos económicos que ello significaría.

A consecuencia de dicha *publicatio*, la constitución española en su artículo 33 le confiere un papel “delimitador” a la función social respecto de la propiedad. En Chile como hemos tenido la oportunidad de precisar, solo se autoriza a “limitar” en virtud de dicha función.

A lo anterior se suma que la ley del suelo española en sus artículos 6 letra d) y 8 despojan expresamente a la propiedad del *ius edificandi*. Frente a aquello existe una respuesta clara, en Chile no existe ninguna disposición que prive al dominio de *ius aedificandi*, sin perjuicio de las precisiones que se harán en su momento en relación a lo dispuesto por el artículo 60 de la LGUC.

Por lo cual, patentemente este argumento es incompatible con la realidad nacional, siendo aplicable únicamente al contexto español.

b) El segundo argumento de la tesis formal, es la naturalidad rural del suelo.

Este argumento es de fácil refutación fáctica, en base a hechos públicos y notorios. Otra cosa es que antes de las ciudades el uso natural del suelo fuese rural, de esta manera hoy desde que la ciudad es tal, su uso natural es el urbano, antes de serlo puede haber sido otro, si deja de serlo quien sabe cuál será³¹.

³⁰ PAREJO, Piedad María (1991), Ob. Cit. nota n° 9, pág. 375.

³¹ HOLMES, FELIPE (2010), Ob. Cit. nota n° 1, pág. 89.

Por ende, dicha justificación la estimo antojadiza, opuesta a la realidad de las cosas, donde el noventa y cinco por ciento de nuestra población se sitúa en las ciudades, pretender que esto sea la excepción no parece la respuesta correcta.

- c) La doctrina chilena ha negado que el plan regulador pueda ser la fuente del *ius aedificandi*, ya que implicaría conferirle a una norma reglamentaria una capacidad configuradora o delimitadora del derecho de propiedad, lo cual en Chile solo le corresponde a la ley.
- d) En virtud de la *publicatio* del suelo, el derecho a edificar podría solo emanar de una decisión de la autoridad formalizada en el plan de urbanismo. El hecho de que exista el *ius aedificandi* en zonas rurales (no sometidas al planeamiento) demuestra que dicha facultad no emana del plan.
- e) El permiso de edificación constituye un acto declarativo de derechos y no constitutivo. Por lo cual no crea el derecho a edificar, sino que lo somete al cumplimiento de requisitos para permitir su ejercicio. Afectando no la existencia del derecho sino su ejercitabilidad. Es un acto administrativo, no una ley, por ende solo limita la propiedad ejecutando una ley, y sin que ello implique privación, lo cual en caso de ocurrir requiere indemnización.

Sobre el particular, son precisas las palabras de Piedad Parejo³², quien señala que: “No obstante, el que el *ius aedificandi*, forme parte del contenido del derecho de propiedad, ello no quiere decir que exista una edificabilidad natural, sino que la posibilidad de construir depende del acomodamiento al plan y del cumplimiento de los deberes urbanísticos”.

No coincido con la tesis de la no existencia de una edificabilidad natural, por las razones ya anotadas, pero sí en que su ejercicio se condiciona al cumplimiento de la normativa urbanística.

- f) Al rechazarse esta unión entre el derecho a edificar y el derecho de propiedad, se alcanzarían resultados incompatibles con el Estado de Derecho, ya que el legislador ordinario gozaría en materia urbanística de un espacio exento, no protegido por los derechos fundamentales, ya que estos no podrían actuar como límite a la actividad limitadora del legislador³³.
- g) Solo a partir de la Ley N° 4.563 de 1929 (primera ley de urbanismo) empieza a exigirse el correspondiente permiso de construcción, por lo cual el *ius aedificandi*, solo a partir de dicha fecha comienza a ser limitado³⁴. Por ende, es claro que este derecho preexiste a la propia ley de urbanismo, y por ende al plan. Siendo carente de lógica el argumentar que el derecho a edificar emana del plan.
- h) Por último, la tesis contraria podría ver en el artículo 60 de la LGUC la consagración del poderío del plan pudiendo extraer el *ius aedificandi* del dominio. No obstante, ello no es tan evidente, ya que dicha norma encierra dudas ciertas acerca de su constitucionalidad. Primero, como señala Holmes no es para nada claro que en base a la ubicación el plan pueda privar del *ius aedificandi*; en cuanto a su naturaleza parece referirse a una naturaleza riesgosa. Concluyendo que la naturaleza riesgosa no priva del derecho a edificar por varias razones³⁵: “Si existe una zona que representa riesgos insuperables para la población, parece raro que el asentamiento humano se haya localizado en dicho lugar (ejemplo, sobre la copa de un volcán activo). Lo más probable es que la urbe no se forme en dichos lugares, excepto que la tecnología disponible permita asumir el riesgo (ciudad de México, Venecia, etc.)”

Para el autor el estar privado del *ius aedificandi* en virtud de esta naturaleza es una cuestión de hecho, mas no de derecho.

³² PAREJO, PIEDAD MARÍA (1991), Ob. Cit. nota n° 9, pág. 402.

³³ HOLMES, FELIPE (2010), Ob. Cit. nota n°1, pág. 77.

³⁴ HOLMES, FELIPE (2010), Ob. Cit. nota n°1, pág. 109.

³⁵ HOLMES, FELIPE (2010), Ob. Cit. nota n°1, pág. 107.

V. EL CONTENIDO MÍNIMO EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

Hay que tener presente que nuestra Carta Fundamental no define el derecho de propiedad, siendo nuestro Código Civil el que lo hace a partir de una concepción analítica del mismo, entendido como un conjunto de facultades, uso, goce y disposición.

Facultades reconocidas por la Constitución, y a las cuales le confiere amparo, por medio de prohibir afectar los atributos o facultades esenciales del dominio, a través de limitaciones u obligaciones impuestas por el legislador, en virtud de lo que la misma Constitución llama función social. Atributos que la doctrina entiende referidos al uso, goce y disposición, a que la misma Carta hace referencia.

Por ende, bastaría que el derecho a edificar derivare de alguna de dichas facultades (uso o goce), para automáticamente disfrutar éste de tutela constitucional. Pero cabe preguntarse ¿de qué facultad emana?

Para Rajevic el *ius aedificandi* es una expresión de la facultad de usar o *ius uttendi*, que confiere el dominio de un bien a su titular³⁶.

Asimismo, nuestro propio Código Civil al definir el dominio solo hizo referencia a las facultades de goce y disposición, entendiendo la mayoría de la doctrina que de la facultad de goce se desprende la de uso.

El Código Civil español en el mismo sentido que el nuestro, solo comprende las facultades de goce y disposición³⁷. Es por ello que la doctrina española habla de *ius aedificandi* dentro de la facultad de goce.

Por ello es más preciso sostener que el derecho a edificar emana de la facultad de uso. De esta manera un predio ubicado en la ciudad tiene un uso eminentemente urbano, uso al cual es innata la facultad edificatoria según hemos tenido la ocasión de precisar.

Pero si no se concluye lo anterior, se podría hacer una interpretación sistémica de la Constitución, especialmente del artículo 19 número 24 en relación con el número 26, ya que el constituyente para dejar clara su ideología frente a la propiedad le otorgó una tutela específica, cual es la garantía material, de no afectar la esencia de los atributos o facultades del dominio. Pero dicha protección, al basarse en una concepción analítica del dominio podría dejar fuera atributos o facultades no identificados con los tradicionales. Frente a ese inconveniente se puede recurrir a la garantía del número 26 que tutela los derechos (entre ellos, la propiedad) en su esencia, con un campo de aplicación más amplio. Conviene tener presente sobre este punto las sabias palabras del profesor Peñailillo, quien después de analizar el artículo 19 número 24, concluye que este guarda armonía con el número 26 ya que: "*Insistiendo en el resguardo de la generalidad de los derechos fundamentales, acude a la noción de contenido esencial, disponiendo que se asegure asimismo que las leyes no afectarán los derechos en su esencia. Tratándose del derecho de dominio, aquí resulta protegido con otro método; ya no (con la concepción analítica) mediante el recurso a los atributos esenciales, sino (en la sintética) acudiendo a la esencia. Estimamos que esta esencia o contenido esencial encuentra su significado básico en la ya citada expresión atributos esenciales, pero, incluyéndolos, la supera, con una fórmula más integradora, prescindente de atributos individualizables que la conforman por suma y que pueden dejar intersticios...*"³⁸.

³⁶ RAJEVIC, ENRIQUE (1998), Ob. Cit. nota n° 26, pág. 104.

³⁷ Art. 348 La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

³⁸ PEÑAILILLO, DANIEL (2006): Los Bienes, La Propiedad y Otros Derechos Reales. Editorial. Jurídica de Chile, Santiago, págs. 47-48. Énfasis agregado.

En virtud de lo anterior, la esencia del número 26, como precisa el profesor Peñailillo, es más amplia y deja disminuidas las posibilidades de facultades no previstas en la garantía del artículo 19 número 24 de la CPR. Luego, dicha esencia de la propiedad o contenido mínimo será, como ya se ha visto en los apartados anteriores, el que dicte la naturaleza del objeto sobre el cual recae. A lo antes expuesto se puede agregar lo señalado por la autora Piedad Parejo quien concluye que: “*Es por ello que una vez que la propiedad privada está reconocida en la constitución no puede el legislador posteriormente privarla de cualquier contenido so pena de desconocer la misma propiedad; y si la propiedad es urbana, el contenido normal, la utilidad que ella proporciona es a través de su aprovechamiento encaminado a la edificación, es decir, es esencial a la misma que su ejercicio normal sea mediante su aprovechamiento urbanístico*”³⁹.

Finalmente, más adelante sostiene que: “*Dicho marco constitucional supone que el legislador no puede a la hora de regular cada una de las distintas manifestaciones de la propiedad hacerlo de tal manera que desconozca cualquier tipo de goce o aprovechamiento sobre el bien que constituya el objeto de la relación dominical*”⁴⁰.

En consecuencia, ¿basta que deje subsistente cualquier uso o aprovechamiento para no infringir la garantía?

Creo que no, ya que no basta que el plan me permita arrendar mi inmueble, y nada más, o bien me permita el uso agrícola de mi propiedad situada en el centro mismo de la urbe; entonces la pregunta es ¿Qué uso o aprovechamiento de los múltiples existentes debe respetar?

Desde mi perspectiva cualquiera sea la regulación debe respetar aquel uso o aprovechamiento que emane directamente de la naturaleza o esencia del bien en cuestión, de lo contrario afectaría la esencia del derecho de propiedad.

VI. EL CONTENIDO MÍNIMO DE LA PROPIEDAD RURAL.

Desechada la pluralidad de propiedades tendiente a desconocer un contenido mínimo compartido por todas las propiedades, me parece interesante hacer ciertas precisiones en torno a la propiedad rural.

Claramente no se puede dudar que el contenido mínimo de la propiedad rural será el uso agrícola (ganadero o forestal).

Pero en mi opinión, creo que, si bien el derecho a edificar no forma parte de dicho contenido en su máxima expresión, si lo hace de manera atenuada. Ya que del propio texto de la LGUC se desprende que lo que se quiere evitar en el área rural es permitir la edificación con fines urbanos. Así el inciso 2° del artículo 55 de dicho cuerpo legal dispone que: “*Corresponderá a la Secretaría Regional de la Vivienda y Urbanismo respectiva cautelar que las subdivisiones y construcciones en terrenos rurales, con fines ajenos a la agricultura, no originen nuevos núcleos urbanos al margen de la planificación urbana-regional*”.

En el mismo sentido el artículo 60 de la LGUC prescribe: “*El Plan Regulador señalará los terrenos que por su especial naturaleza y ubicación no sean edificables. Estos terrenos no podrán subdividirse y sólo se aceptará en ellos la ubicación de actividades transitorias, manteniéndose las características rústicas del predio...*”

³⁹ PAREJO, PIEDAD MARÍA (1991), Ob. Cit. nota n° 9, págs. 383-384.

⁴⁰ PAREJO, PIEDAD MARÍA (1991), Ob. Cit. nota n° 9, pág. 402.

Por ende, la intención del legislador no es prohibir en forma absoluta la construcción, sino mantener las características rurales del predio. Dicho de otra forma, su enemigo no es la construcción, sino, la urbanización. Siendo un tema terminológico, pero de no imposible precisión.

De esta manera es suficiente para lograr dicho objetivo –según nuestra ley urbanística– el establecimiento de una determinada subdivisión predial mínima, y prohibir la edificación con fines urbanos.

Todo lo cual nos habilita para concluir que el derecho a edificar forma parte del contenido del derecho de propiedad sobre inmuebles, tanto urbanos como rurales. Así difiere de lo señalado por Holmes, en el sentido de que el *ius aedificandi* solo forma parte del contenido del derecho de propiedad sobre inmuebles urbanos.

Es más, sostengo que el derecho a construir forma parte del contenido de los inmuebles rurales, aunque atenuado, porque la finalidad de los terrenos urbanos y rurales difiere. Pero no creo que esa divergencia sea suficiente para negar la existencia del *ius aedificandi* en el área rural en forma absoluta.

Consagración de lo anterior es que se permita como excepción al citado principio, la construcción de la vivienda del propietario. Excepción que en realidad solo recoge algo indiscutible, la relación del inmueble con la persona de su propietario. Lo que nos muestra que esta excepción es en realidad una regla general. Dicho de otra manera, no se podría haber prohibido al propietario de un predio rural construir su hogar en él.

Otra cosa es la excepción que introduce la posibilidad de construir viviendas sociales, que claramente es una excepción propiamente tal, ya que le da un fin urbano a un objeto rural, lo cual es tremendamente negativo, por cuanto distorsiona la finalidad misma de la distinción, pudiendo incluso, si refinamos los conceptos, afectar la esencia de la propiedad rural

De esta forma se vislumbra un importante nuevo argumento en favor de nuestra tesis. Ya que si el derecho a edificar se reconoce en la propiedad rural –cuya naturaleza intrínseca es agrícola–, es fuerza concluir que debe existir en la propiedad urbana –cuya naturaleza supone la edificación–.

En síntesis, el *ius aedificandi* forma parte del contenido del derecho de propiedad de todo tipo de inmueble, claro que en unos con mayor intensidad que en otros. Lo cual vigoriza la inherencia de esta potestad al derecho dominical.

CONCLUSIÓN

Reiterando nuestra pregunta de investigación ¿Forma parte el derecho a edificar del contenido del derecho de propiedad?

Sobre la base del trabajo expuesto, se ha logrado una construcción armónica, que compatibiliza y hace operativo el derecho de propiedad, con el orden urbanístico.

Constituyen argumentos decisivos, que otorgan una respuesta sólida, a la hora de afirmar con toda seguridad que el derecho a edificar ha sido, es, y seguirá siendo parte del derecho de propiedad conforme a la actual concepción constitucional de la facultad dominical.

BIBLIOGRAFÍA

CALVO, MARÍA JOSÉ (2000): *La Función Social de la Propiedad y su Proyección en el Sistema De Compensación Urbanística*. Ediciones Universidad de Salamanca, España.

CARCELLER, ANTONIO (1989): *Instituciones de Derecho Urbanístico*. Editorial Montecorvo, Madrid, España.

CORDERO, EDUARDO. “El derecho urbanístico chileno y la garantía constitucional de la propiedad”. *Revista Nomos, Universidad de Viña Del Mar* (Número 2, págs. 91-112), 2008, pág. 104.

FERNÁNDEZ, TOMÁS - RAMÓN (2008): *Manual de Derecho Urbanístico*. Editorial Wolters Kluwer, Madrid, España.

FIGUEROA, PATRICIO Y FIGUEROA, Juan (2006): *Urbanismo y Construcción*. Editorial Lexis-Nexis, Santiago, Chile.

HOLMES, FELIPE (2010): *Propiedad Urbana, Régimen Jurídico*. Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile.

LOBATO, J. MIGUEL (1989): *La propiedad privada del suelo y derecho a edificar*. Editorial Montecorvo S.A., Madrid, España.

MEDINA DE LEMUS, MANUEL (1997): *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*. Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de Madrid, España.

PAREJO, PIEDAD MARÍA (1991): *El contenido esencial de la propiedad urbana*. Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, España.

PEÑAILILLO, DANIEL (2006): *Los Bienes, La Propiedad y Otros Derechos Reales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

RAJEVIC, ENRIQUE: “La propiedad privada y los derechos adquiridos ante la planificación urbana”. *Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile* (vol. 25 n° 1, págs. 65-112), Santiago, 1998; pág. 104-106.

SANTIBAÑEZ, FRANCISCO (2006): *La Planificación Urbana: Conceptos, Normativa y su Relación con el Derecho de Propiedad*. Tesis para optar al Grado de Magister en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Concepción, Concepción.