

MODIFICACIONES A LOS CONTRATOS EN CURSO  
DERIVADAS DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA  
PROPIEDAD SOBRE DERECHOS PERSONALES  
COMENTARIO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL DE 6 DE MARZO DE 2007  
(ROLES N° 505-2006 Y 506-2006)

MODIFICATION OF CONTRACTS IN PROGRESS  
RESULTING FROM THE SOCIAL FUNCTION  
OF PERSONAL PROPERTY RIGHTS

REVIEW OF THE CONSTITUTIONAL COURT  
JUDGMENTS OF MARCH 6, 2007  
(ROLES N° 505-2006 Y 506-2006)

JAVIERA VELA DUPRÉ\*

DOCTRINA

En adelante analizamos dos sentencias de idéntico contenido pronunciadas por el Tribunal Constitucional, en las cuales se reconoce por primera vez, desde la vigencia de la Constitución de 1980, la posibilidad de modificar contratos en curso cuando las limitaciones al dominio de los derechos personales se fundamentan en la función social de la propiedad. Lo anterior, a raíz de dos requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre el artículo 3° transitorio de la Ley 19.940 que Modificó el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1982, del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos. Los fallos rechazan las acciones de inaplicabilidad en tanto consideran que de aplicarse el artículo 3° transitorio antes mencionado para determinar el régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones de transmisión eléctrica entre las partes, no se producirán resultados contrarios a la

---

\* Abogada (Universidad de Chile) y Magíster en Derecho de la Empresa (Universidad Adolfo Ibáñez). Correo de contacto: velajaviera@gmail.com.

Constitución. Sin embargo, el voto de minoría, del cual también nos hacemos cargo, considera que debiese acogerse el requerimiento en razón de que de aplicarse el precepto legal observado se estaría quitando a su titular la propiedad que tiene sobre el bien incorporal en que recae, cual sería su derecho a pagar un precio determinado.

Palabras clave: *Propiedad sobre cosas incorporales, función social de la propiedad sobre derechos personales, limitación y expropiación, intangibilidad de los contratos, irretroactividad.*

## DOCTRINE

Henceforth we analyze two judgments of identical content delivered by the Constitutional Court in which recognize for the first time since the enactment of the Constitution of 1980, the possibility of modifying current contracts when limited to the domain of personal rights are based in the social function of property. This, following two requirements unconstitutionality of Article 3 of Law 19,940 transient that amended the Decree with Force of Law No. 1 of 1982, the Ministry of Mining, Electrical Services Act. Failures reject inapplicable actions consider while applying Article 3 ° transient above to determine the tax collection and payment for the use of electric transmission facilities between the parties, not produce results contrary to the Constitution. However, the minority vote, which also we take, consider one that should benefit due to the requirement to apply the legal principle would be observed by removing the holder the property has on the intangible property that falls, which would your right to pay a certain price.

Key words: *Ownership of intangible property, social function of ownership of personal rights, restriction and expropriation, sanctity of contracts, non-retroactivity.*

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como veremos en adelante, la historia de la jurisprudencia constitucional de protección a derechos personales derivados de contratos, posterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980<sup>1</sup>, ha estado muy ligada a problemas originados en la regulación a la actividad eléctrica y, precisamente, cobra forma con una sentencia

---

<sup>1</sup> Se hace la precisión porque durante la vigencia de la Constitución de 1925 se dictó importante jurisprudencia uniforme relativa al derecho de propiedad sobre derechos personales, declarándose la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los plazos establecidos en una nueva ley que trató sobre el arrendamiento de predios rústicos (Sentencia de la SCSJ de 24 de diciembre de 1968, caso “Troncoso G.H. Julia”). Luego en 1974 se dictaron cuatro fallos contrarios por la Corte Suprema relativos a la alteración de contratos vigentes como limitación legítima al derecho de propiedad sobre la base de su función social. Listas relevantes sobre el primer período se pueden encontrar en: OLMOS FUENTES, Jéssica, *El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena (1981-1996)*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Valparaíso, 1997, y sobre la etapa posterior (1973-1980) véase: LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los Contratos. Parte general*, Tomo I, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 289 y 290.

del Tribunal Constitucional de 1992<sup>2</sup>, a raíz de que una empresa del rubro (Endesa S.A.) presentase un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de un artículo que modificaba a la Ley General de Servicios Eléctricos por estimar que vulneraba su derecho contractual a exonerarse de responsabilidad civil por fuerza mayor. Dicho recurso fue acogido por la Corte Suprema, al considerar esta que tal derecho se habría “*incorporado a su patrimonio por tratarse de un bien incorporal o meros derechos de contenido eminentemente patrimonial conforme a los artículos 565 y 583 del Código Civil*”<sup>3</sup> y por sobrepasar la ley un contrato afinado con antelación “*que crea derechos y obligaciones sobre los que se tiene dominio pleno y de los cuales no puede ser privado el contratante sin que ello quebrante el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República*”<sup>4</sup>.

En la misma línea, en 1995 se dictó una importante sentencia del Tribunal Constitucional luego de que se suscitara la cuestión constitucional de la “*deuda bancaria subordinada*”<sup>5</sup>, la cual sentó un relevante precedente y línea argumental en materia de protección jurisdiccional a los contratos y aplicación del principio de irretroactividad, en tanto hizo aplicación del artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes que entiende incorporadas a un contrato las leyes vigentes al momento de su celebración. En efecto, el fallo destina dos considerandos completos para ilustrar los alcances del principio de irretroactividad<sup>6</sup> y dispone la supervivencia de la ley en materia contractual teniendo como fundamento previo habilitante el derecho constitucional de propiedad sobre los contratos. Dicho de otro modo: sólo en razón de que se tiene un derecho de propiedad sobre los contratos, se podía alegar la incorporación de la regulación vigente a estos y evitar así las modificaciones legales, cualquiera fuese su justificación o razonabilidad, “*a excepción de los estrechos criterios delimitantes de la función social*”<sup>7</sup>. En palabras del Tribunal Constitucional, “*fue precisamente el hecho de celebrar el contrato de adquisición de las referidas acciones preferidas lo que determinó indefectiblemente la incorporación al*

---

<sup>2</sup> Sentencia Rol 15.952, de fecha 9 de septiembre de 1992, Corte Suprema. Sin embargo, previo a ella se habían dictado tres precedentes que reconocían la propiedad sobre los efectos derivados de un contrato, en conocimiento y fallo de Recursos de Protección: Sentencia de la C.A. de Santiago de 21 de abril de 1989 sobre contrato de salud celebrado con una Isapre y Sentencia de la C.A. de Chillán de 30 de junio de 1986 sobre contrato de arrendamiento.

<sup>3</sup> Considerando 11, sentencia citada.

<sup>4</sup> Considerando 14, sentencia citada.

<sup>5</sup> Rol 207-1995. Requerimiento que presentaron varios diputados sobre la cuestión de constitucionalidad suscitada durante la tramitación del Proyecto de Ley que derogaba el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley 18.401, sobre capitalización de dividendos en los bancos con obligación de deuda subordinada.

<sup>6</sup> El sexagésimo cuarto, que cita extensamente a don Luis Claro Solar, y el sexagésimo quinto, que cita al italiano Carlo Gabba y la teoría de los derechos adquiridos.

<sup>7</sup> En este caso los recurrentes alegaban la privación de un derecho conferido por la ley (el derecho a no repartir de dividendos); la privación de un derecho emanado de un contrato celebrado entre particulares (el contrato de suscripción de acciones) y la privación de un derecho emanado de los estatutos sociales en circunstancias de que estos debían entenderse incorporados al contrato de sociedad según las leyes vigentes al tiempo de su celebración en conformidad a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes.

*patrimonio de los accionistas de los derechos establecidos en la legislación vigente a la época de su adquisición*”<sup>8</sup>.

Haciendo un corte abrupto con las sentencias anteriores mencionadas, en 1999 una empresa de generación, transmisión y venta de energía eléctrica interpuso un Recurso de Protección por considerar que el Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos la obligaba a vender sus productos en condiciones distintas y más onerosas a las pactadas con sus clientes, violando así el derecho de propiedad sobre los derechos personales que emanaban de sus contratos. La Corte de Apelaciones declaró que “*tal conclusión es inadmisibile desde que las leyes y reglamentos no pueden ser alteradas o dejadas sin efectos por los particulares y la propiedad no puede significar infringir el ordenamiento jurídico*” y que “*no puede invocarse la propiedad para establecerse una suerte de impunidad al ordenamiento jurídico*”<sup>9</sup>.

Ahora bien, teniendo entre sus fundamentos principales a las dos primeras — haciendo una omisión de consideración casi absoluta respecto de la tercera<sup>10</sup>— la doctrina civilista y constitucionalista ha sido bastante uniforme y constante en predicar que la alteración de disposiciones contractuales producto de modificaciones en las leyes es improcedente y que los casos concretos debiesen resolverse en atención a una hipotética consagración constitucional de la irretroactividad en materia de propiedad<sup>11</sup>, o incluso más, por entenderse que existe un verdadero derecho de propiedad sobre las normas jurídicas<sup>12</sup>.

Las sentencias que en este artículo analizaremos justamente son un caso novedoso de argumentación y marcan un importante “*distanciamiento*”<sup>13</sup> en torno al

<sup>8</sup> Considerando Sexagésimo tercero, sentencia citada.

<sup>9</sup> Considerando Séptimo, Sentencia de la Corte de Apelaciones de fecha 8 de julio de 1999. Recurso de Protección interpuesto por la empresa de generación, transmisión y venta de energía eléctrica Norgener S.A. en contra del Presidente de la República y el Ministro de Minería.

<sup>10</sup> Entre los pocos autores que la comentan y citan, véase el texto del profesor de derecho administrativo Carlos Carmona en: CARMONA BARRIENTOS, Carlos, “Recurso de Protección: Norgener S.A. contra Presidente de la República y Ministro de Minería, Comentario de Jurisprudencia”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Volumen 62, año 2001.

<sup>11</sup> Abogando derechamente por una teoría constitucional de la irretroactividad, la autora Sabina Sacco plantea que la Constitución de 1980 otorga a los derechos y situaciones jurídicas una intangibilidad consistente en la prohibición al legislador de que dichos derechos o situaciones jurídicas sean restringidos o limitados más allá de su esencia sin mediar expropiación, ya sea como resultado de la incorporación de dichos derechos o titularidades al patrimonio de su titular, donde quedan protegidos por la garantía del derecho de propiedad contenida en el artículo 19 N° 24, ya sea como consecuencia de la protección directa que ofrece el artículo 19 N° 26 a los derechos constitucionales. Véase: SACCO AQUINO, Sabina, “La Constitución de 1980 como fundamento y origen de una teoría constitucional de la irretroactividad”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 (2006). La postura opuesta a esta línea argumental y autodenominada como “tesis minoritaria” plantea que, precisamente, por el carácter real que tiene el derecho de dominio a la propiedad sobre los contratos se le aplicaría el artículo 12 de la L.E.R.L. Al respecto véase: LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los Contratos. Parte general*, Tomo I, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

<sup>12</sup> La descripción de dicha tesis y una réplica a ella la encontramos en la obra ya citada anteriormente: CARMONA BARRIENTOS, Carlos, *op. cit.*, p. 3.

<sup>13</sup> Nos sumamos en ese sentido al comentario que de ella ha hecho el profesor Juan José Romero y utilizamos su misma calificación en términos de que la sentencia marca un “distanciamiento fundamental” respecto de lo que él denomina como “postura clásica” y que estaría marcada por la tesis antedicha de la irretroactividad

modo en que se ha comprendido la protección constitucional de los bienes incorporeales derivados del contrato, nuevamente a propósito de materias eléctricas, y de un modo bastante abrupto se desentiende de toda la jurisprudencia y doctrina anterior mencionadas precedentemente. El caso consiste en que dos empresas del rubro en 2006<sup>14</sup> solicitaron que se declarase la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Decreto con Fuerza de Ley Nº 19.940 (que modificaba la Ley General de Servicios Eléctricos y fue conocida como “Ley Corta” Eléctrica) por violar su derecho de propiedad sobre un contrato y respecto de todo lo que emanaba de este, particularmente, del régimen de precios o peaje que debía pagar por el uso de las instalaciones de transmisión troncal. El Tribunal Constitucional sobre la base del razonamiento nuclear de que *“la Constitución no impide al legislador limitar y regular la propiedad sobre bienes incorporeales, si es que se verifican los requisitos de interés público que ella misma establece para todas las especies de propiedad”* y a que *“el origen contractual de un derecho de propiedad hará más improbable justificar el interés social que legitima alterarlo, pero tal origen no es, por sí mismo, un impedimento de regulación”*, determinó que el juzgamiento de la cuestión debe hacerse *“a la luz de la distinción entre limitación de derechos de propiedad y privación de los mismos”*, más que en torno a *“parámetros que la Constitución chilena no consagra expresamente, como es el de la llamada intangibilidad de los contratos; a cuestiones que sólo tienen consagración legal en materia civil, como es la de la irretroactividad, o a términos vagos que nunca suelen definirse con precisión, como es la que sostiene que los derechos no pueden ser “afectados”* (las comillas son originales de la sentencia).

Por último –sólo a objeto de enriquecer nuestra descripción del contexto en el que se insertan las sentencias en comentario–, diremos que en el mismo año en que ellas se dictaron, una empresa portuaria alegó la inconstitucionalidad de una norma legal destinada a modernizar el sector portuario estatal por estimar vulnerado su derecho de propiedad sobre su derecho adquirido para emprender actividades portuarias<sup>15</sup>, y que el Tribunal desechó su alegación diciendo que *“sostener lo contrario importaría la pretensión por parte del titular de una autorización habilitante de un verdadero derecho de propiedad sobre toda la legislación, de modo que se incorporaría al patrimonio de cualquier entidad la totalidad de la normativa vigente al momento de iniciar una actividad económica, la que se petrificaría y sólo podría*

---

e intangibilidad de los contratos antes descrita. Sin embargo, como veremos en el apartado 3 de este artículo, no compartimos sus enfáticos elogios. Véase: ROMERO GUZMÁN, Juan José, *Cambio en la regulación eléctrica y estabilidad en los contratos: ¿Cuándo una limitación se transforma en privación? ¿Cuándo compensar?* En Sentencias Destacadas 2007, Libertad y Desarrollo.

<sup>14</sup> Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. y Empresa Eléctrica Puyehue S.A., en Requerimientos de Inaplicabilidad del artículo 3º transitorio de la Ley Nº 19.940 que modificó el DFL Nº 1982 del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos.

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 467-2006 que resolvió el requerimiento de inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 23 de la Ley Nº 19.542 que modernizaba el sector portuario estatal, a propósito del litigio “Sociedad Visal Limitada con Empresa Portuaria de Arica”.

*modificarse previa expropiación, argumentación que no admite en principio justificación constitucional en atención a la naturaleza del título de la requirente”<sup>16</sup>.*

## II. RESUMEN DEL CASO QUE MOTIVA LA SENTENCIA

En 2003 la empresa HQI Transelec Chile dedujo demandas arbitrales idénticas en contra de las empresas eléctricas Puyehue S.A. y Panguipulli S.A., solicitando que se las condenase a pagar determinados peajes por concepto de transmisión de electricidad que se le adeudaban en virtud de un contrato de peaje de transmisión troncal vigente y suscrito entre las partes en 1993 (más propiamente, suscrito entre sus antecesoras legales, debido a que en el tiempo operaron diversas cesiones de contratos) y a la modificación legal impuesta por la “Ley Corta” Eléctrica (Ley Nº 19.940) que habría entrado en vigencia en marzo de 2004 y que debía regir a todos los agentes del tráfico eléctrico sin excepción, se encontraran o no vinculados por contratos previos.

La sentencia fue dictada por un tribunal arbitral compuesto de tres árbitros arbitradores y declaró que Puyehue y Panguipulli debían pagar –desde el día en que esta había entrado en vigencia– las nuevas sumas establecidas en la Ley Corta, prevaleciendo entonces sobre el contrato válidamente celebrado. Las demandadas interpusieron ante la Corte de Apelaciones de Santiago un recurso de casación en la forma en contra de dicha sentencia y en marzo de 2006 presentaron un requerimiento para que se declarase la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 3º transitorio de la Ley Corta, por estimar que este contravenía el artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política de la República.

Concretamente, las requirentes (Puyehue y Panguipulli) alegaron que su derecho de propiedad había sido violado al aplicarse en el juicio en que incidía su requerimiento la norma contenida en el artículo 3º transitorio de la Ley Nº 19.940 y resolverse en la sentencia arbitral que dicha ley obligaba a las partes desde el momento de su vigencia, modificando y extinguiendo sus derechos patrimoniales válidamente adquiridos en razón de un contrato legalmente celebrado. Expusieron que el contrato de peaje que vinculaba a HQI Transelec con Eléctrica Panguipulli –y que la sentencia arbitral reconoció como plenamente válido y vinculante para las partes– establecía el derecho de las compañías eléctricas a utilizar las líneas de transmisión y que el pago por la utilización de dichas líneas estaba incluido en el peaje establecido en el contrato. Por lo tanto, planteaban que ese derecho se habría incorporado al patrimonio de la empresa por tratarse de un bien incorporal o derecho de contenido eminentemente patrimonial. Además, argumentaron que su derecho de propiedad sobre el contrato y sobre todo lo que emana de este habría sido afectado en su esencia, pues la aplicación de la ley inaplicable constituiría una expropiación

<sup>16</sup> Considerando trigésimo séptimo, sentencia citada.

de su derecho de propiedad sobre ese contrato. Por último, concluyeron su presentación apelando al artículo 22 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes para decir que sobre las leyes vigentes incorporadas al contrato tienen también los contratantes un derecho de propiedad que les permitiría exigir su respeto y cabal cumplimiento.

Por su parte, la requerida (Transelec S.A. antes HQI Transelec S.A.) presentó observaciones de carácter formal y sustantivo, si bien omitiremos enunciar las primeras (principalmente relativas a la improcedencia del recurso en razón de la naturaleza del procedimiento arbitral) en tanto el Tribunal Constitucional las desestimó todas y exceden la materia sobre la que trata este comentario. Como argumento de fondo principal al requerimiento de inaplicabilidad, Transelec planteó que la llamada “intangibilidad de los contratos” que la mayoría de la doctrina reconoce y deriva del artículo 24 de la Constitución (y que implicaría la imposibilidad de alterar los contratos en curso) admitiría revisión cuando pugna y desconoce otros derechos igualmente fundamentales, ya que ninguno de ellos podría ser absoluto. Hizo presente que como consecuencia de las trascendentales modificaciones introducidas por la Ley Corta, se pasó de una relación jurídica de carácter privado a una relación de carácter público que cabría dentro del derecho público, al establecer dicha normativa que la transmisión troncal es un servicio público y que los peajes se determinan a través de un procedimiento establecido en la ley. De esa forma, una empresa no podrá invocar su contrato para sustraerse del cumplimiento de una obligación generada por un nuevo texto legal. Señaló que el derecho de propiedad tiene como limitaciones los otros derechos y la ley. Por otra parte, razonó que las normas imperativas prevalecen sobre cualquier acuerdo de voluntades de las personas y que se incorporan a los contratos ya otorgados o que se celebren a futuro, sin necesidad de estipulación expresa. Luego de varias consideraciones en torno a la imperatividad de la Ley Corta y su calidad de orden público económico, expone que si bien el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política reconoce el dominio sobre los derechos que emanan de los contratos, para invocarlo es menester ser titular indubitado de este, pero sujetándose a la ley, lo que no se produce en el evento de que expresamente se contravenga la normativa sectorial, que es de orden público y, por tanto, irrenunciable y no disponible por las partes contratantes. Por último, en relación con el argumento de la requirente respecto a la aplicación del artículo 22 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, señaló que el artículo 12 del mismo cuerpo legal permitía argumentar a favor de la modificación por el legislador de los contratos en curso, aun cuando estos engendrasen derecho de dominio a favor de los acreedores.

Ambas partes acompañaron diversos informes en derecho y opiniones legales y presentaron sus respectivos alegatos orales el día once de enero del año dos mil siete.

### III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Con fecha seis de marzo del año dos mil siete, el Tribunal Constitucional dictó dos fallos idénticos, roles 505-2006 y 506-2006, redactados por el Ministro Titular Jorge Correa Sutil, en los cuales se rechazó la acción interpuesta por las empresas Eléctrica Panguipulli S.A. y Eléctrica Pullinque S.A. para que se declarase la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 3° transitorio de la Ley 19.940. Dichas sentencias fueron acordadas con el voto en contra de los ministros Bertelsen, Vodanovic y Venegas, quienes estuvieron por acoger el recurso. Para efectos de facilitar el análisis, a continuación transcribimos fragmentos y considerandos completos de las sentencias y los agrupamos bajo cinco materias principales sobre las que versan, a pesar de que ellas se entremezclan o son interdependientes entre sí. Esto tanto para el voto de mayoría como para el de minoría:

#### 1. Razonamiento sobre la identificación o individualización del bien incorporal afectado

a) Voto de mayoría:

“16. Que también es claro que el deudor de un precio establecido por contrato también tiene, respecto de su cuantía, una especie de propiedad. Si bien su principal crédito es el derecho a usar las instalaciones, por las cuales paga el precio pactado, no es menos cierto que *sobre este último también ha adquirido un derecho que, a su respecto, es un bien incorporal que consiste en no pagar más de lo pactado*”. (La cursiva y el destacado son nuestros)

“21. Que, en virtud de un contrato cuya validez no ha sido impugnada, la requirente adquirió el derecho a usar, por un determinado precio o peaje, las instalaciones de transmisión eléctrica de la requerida (...). En este contrato se estableció un precio o peaje básico que la requirente (su antecesora) debía pagar a la requerida (su antecesora) por el uso de las redes de transmisión. Asimismo, por el pago del mismo precio, se acordó que Eléctrica Panguipulli tendría los derechos establecidos en el artículo 51 D del D.F.L. 1 de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos. *Además, la requirente tenía derecho a que los retiros de electricidad de cierta naturaleza no fueran objeto de cobros adicionales. En caso de aplicarse el artículo 3° transitorio, la requirente no se verá privada de su derecho al uso de las instalaciones de transmisión de la requerida, pero el régimen de recaudación y pago por el uso de las mismas no será ya el establecido en las normas contractuales y legales a las que esas cláusulas contractuales hacían referencia, sino el establecido en la nueva ley.* (La cursiva y el destacado son nuestros)

Y

“25. (...) *El tipo de contrato que vinculó a las partes tenía un precio; el precio era un elemento de su esencia, pero una alteración cualquiera de la cuantía de ese elemento no implica privar de la propiedad a la usuaria del servicio. La modificación del precio altera, regula, limita el modo en que la requirente ejerce su derecho de propiedad a usar las instalaciones eléctricas. Desde luego, no la priva del derecho a usar de esas instalaciones, ni altera la circunstancia de hacerse por un precio, aunque altere, sin hacer desaparecer, un elemento esencial de un contrato. Su propiedad no queda desprovista de lo que le es consustancial, no resulta irreconocible o impedida de ejercicio o privada de tutela conforme ha entendido tradicionalmente este Tribunal la esencia de un derecho (...).* (La cursiva y el destacado son nuestros)

b) Voto de minoría:

“PRIMERO: Que los antecesores de las partes de este requerimiento celebraron, bajo el imperio de la legislación vigente a la época de su suscripción, un contrato por el uso de redes de transmisión eléctrica, estipulando un *determinado precio y el derecho a que los retiros de electricidad de cierta naturaleza no fueran objeto de cobros adicionales.*”

“NOVENO: Que el precepto legal observado, al aplicarse a la situación jurídica que genera la causa judicial, implica quitar al titular la propiedad que tiene sobre el *bien incorporal en que recae –su derecho a pagar un precio determinado–* y, desde luego, lo priva de los atributos y facultades esenciales del dominio y, en general, de obtener la utilidad económica que –por su naturaleza– proporciona el bien. (El destacado y la cursiva son nuestros)

Y

“DÉCIMO: Que no cabe forzadamente distinguir, en este caso, entre el derecho de uso de determinadas instalaciones que el contrato confiere al requirente y el precio del mismo, como si el primero fuera esencial y el segundo, accesorio o secundario, puesto que *de la convención emerge un conjunto de derechos y obligaciones, de fisonomía propia cada una, y en la especie se está vulnerando el dominio sobre una cosa incorporal precisa (el derecho al precio convenido).* (El destacado y la cursiva son nuestros)

## 2. Razonamiento sobre la distinta naturaleza de los bienes corporales e incorporeales y de su idéntico estatuto de protección constitucional

“15. (...) El texto de la Constitución es claro y su sentido inequívoco: la Constitución asegura el derecho de propiedad sobre bienes incorporeales y a ello debe atenerse esta Magistratura para resolver este caso. *Distinto es determinar las diferencias de la propiedad que se ejerce sobre unos y otros bienes. Pero ello no es necesario de dilucidar en esta sentencia*, que exige más precisamente hacerse cargo de las semejanzas y diferencias en el estatuto constitucional de protección de una y otra especie de propiedad”. (El destacado y la cursiva son nuestros)

“17. Que si bien existen diferencias evidentes en la propiedad que puede ejercerse sobre bienes corporales e incorporeales, la Constitución, en el número 24 de su artículo 19, establece un mismo y único estatuto de protección para ambas especies de propiedad, por lo que sólo cabría hacer, entre ellas, las diferencias que resulten ineludibles en virtud de la naturaleza de una y otra. (...) Tampoco hay nada en la naturaleza del derecho de propiedad sobre bienes incorporeales que **impida** limitarlos en razón de la función social de la propiedad.” (El destacado es original de la sentencia)

Y

“18. (...) Que el texto de la Constitución no permite sostener que la propiedad sobre bienes incorporeales que nacen del contrato no pueda cumplir una función social y que ésta fue establecida sólo en relación a los bienes corporales” (...).

## 3. Razonamiento sobre la diferencia entre limitaciones y privaciones al dominio

a) Voto de mayoría:

“22. Que la distinción entre ‘privar’ de propiedad, por una parte y ‘regular’ o ‘limitar’ la propiedad, por otra, es una de las que mayor debate han suscitado en la doctrina. A su respecto han debido pronunciarse las jurisdicciones constitucionales más influyentes del mundo. En general, puede decirse que conceptualmente ambas figuras pueden distinguirse, pues un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa. (...). *Sin embargo, si el acto de regulación o limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales*

*del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba.* Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo “regulaciones expropiatorias”. Nuestra Carta Fundamental contiene una distinción muy útil para acometer esta tarea, pues trata como equivalentes la privación de la propiedad con la de cualquiera de sus atributos o facultades esenciales y, fundado en ello, esta Magistratura ha estimado que ciertas regulaciones resultan inconstitucionales por privar a los propietarios de atributos esenciales en su dominio, como por ejemplo (...). (La cursiva y el destacado son nuestros)

“23. Que la magnitud de la regulación no resulta entonces indiferente. Por una parte porque toda regulación y limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta, lo que se contradiría con múltiples fallos de este Tribunal que han tolerado, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, la regulación de la propiedad, como por ejemplo (...). Por el contrario, legitimar cualquiera regulación o limitación, sin considerar su impacto sobre la propiedad, desnaturalizaría la protección de este derecho fundamental (“la limitación tiene sus límites”, para usar una expresión ya clásica del derecho anglosajón). El carácter esencial de lo privado en virtud de la regulación es un parámetro siempre útil para hacer la distinción y debe utilizarse aunque se determine que, prima facie, se trata de una regulación”.

“24. Que, en la especie, lo que procura el artículo 3° transitorio es regular. En efecto, el artículo tercero transitorio es una norma de general aplicación que precisamente regula el régimen de recaudación y pago por el uso de instalaciones de transmisión troncal. Su finalidad no es privar. Aplicada a la relación entre las partes, *su exacto impacto es el de alterar el precio o peaje por el uso de instalaciones, sin perjuicio que la empresa generadora pueda seguir usando, gozando y disponiendo de tal uso. No priva a la requirente de usar esas instalaciones, pero, en caso de aplicarse, la obliga a pagar un precio diverso al establecido en el contrato por ese uso. Cabe entonces preguntarse si la alteración del precio de contrato, habiendo tenido un fin regulatorio, es de tal naturaleza y magnitud que priva a su titular de su propiedad o de alguno de sus atributos esenciales.* (La cursiva y el destacado son nuestros)

“25. Que, en primer lugar, cabe razonar si cualquiera alteración en el precio por usar un bien, independientemente de su magnitud, priva a la requirente de uno

de los atributos esenciales de su dominio. (...) Pero, en virtud de una variación, cualquiera sea su magnitud, no se priva a una persona de su propiedad, aunque se la afecta en su patrimonio. El precio es, a no dudarlo, un elemento esencial en un contrato que regula el uso que una parte puede hacer de las instalaciones y fija el precio o peaje que habrá de pagar por ese uso, como el que vinculó a las partes, pero eso no debe confundirse con que una alteración de ese precio, por la vía legislativa, independiente de su magnitud, prive a la requirente de la esencia de su derecho de propiedad. Es distinto que algo sea un elemento esencial de un contrato a que su alteración haga irreconocible ese contrato y distinto también a privar del derecho de propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales. El tipo de contrato que vinculó a las partes tenía un precio; el precio era un elemento de su esencia, *pero una alteración cualquiera de la cuantía de ese elemento no implica privar de la propiedad a la usuaria del servicio. La modificación del precio altera, regula, limita el modo en que la requirente ejerce su derecho de propiedad a usar las instalaciones eléctricas. Desde luego, no la priva del derecho a usar esas instalaciones, ni altera la circunstancia de hacerse por un precio, aunque altere, sin hacer desaparecer un elemento esencial del contrato. Su propiedad no queda desprovista de lo que le es consustancial, no resulta irreconocible o impedida de ejercicio o privada de tutela conforme ha entendido tradicionalmente este Tribunal la esencia de un derecho (...).* (La cursiva y el destacado son nuestros)

Y

“26. (...) En efecto, si la magnitud de la alteración fuese de tal naturaleza que impidiera la razón de ser del contrato, entonces la titular podría efectivamente sostener que se le ha privado de propiedad. Desde un punto de vista objetivo la razón de ser de un contrato es su utilidad económica. La razón por la cual se contrata en los mercados es el lucro. *Si la regulación estatal sobre un precio privara a una parte de lucrar, entonces esa parte podría sostener que se le ha privado de la esencia de su propiedad, pues en ella ha desaparecido su esencia o razón de ser, uno de sus atributos esenciales, como es su legítima expectativa de beneficio económico o lucro.* Pero el privado no puede impedir que una necesidad pública modifique la cuantía del lucro que venía percibiendo en virtud del contrato, si es que el legislador justifica esa limitación en una exigencia de interés público constitucionalmente aceptado. En la especie, la requirente no ha alegado que las condiciones que establece el artículo 3º transitorio la privan de obtener lucro. Más aún, el nuevo régimen legal de precios ha hecho que los privados sigan funcionando e interviniendo en el mercado de la producción y distribución eléctrica, *por lo que no puede pensarse que la eventual aplicación del artículo 3º transitorio a la relación entre las partes privaría a la requirente*

*de su propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, como lo sería el derecho a obtener lucro.* (La cursiva y el destacado son nuestros)

b) Voto de minoría:

“SEXTO: Que la naturaleza de la privación no se determina por la cuantía (hay expropiación si se despoja de mucho; no la hay si de poco), sino que por la supresión de cualquiera de los atributos o facultades esenciales del dominio.”

“SÉPTIMO: Que, autorizada la ley para establecer las limitaciones y obligaciones de la propiedad que derivan de su función social, resulta fundamental diferenciar tales conceptos de la privación.

Que en el ámbito civil, en cuanto a las limitaciones o restricciones, se alude a derechos limitativos de goce (usufructo, servidumbre) y de garantía (prenda, hipoteca); mientras que se identifica a las obligaciones o cargas con las prestaciones que se deben en razón de ser poseedor o propietario de la cosa (por ejemplo, el deber del adquirente de respetar el derecho del arrendatario, de enterar las contribuciones de bienes raíces).”

“OCTAVO: Que, en común, limitaciones y obligaciones acotan o reducen algún atributo o facultad del dominio, pero no lo suprimen. En este punto se distinguen de la privación.”

“NOVENO: Que el precepto legal observado, al aplicarse a la situación jurídica que genera la causa judicial, implica quitar al titular la propiedad que tiene sobre el bien incorporal en que recae –su derecho a pagar un precio determinado– y, desde luego, lo priva de los atributos y facultades esenciales del dominio, y, en general, de obtener la utilidad económica que –por su naturaleza– proporciona el bien.”

Y

“DÉCIMO SEGUNDO: Que, radicando la esencia del dominio en la ventaja patrimonial o utilidad económica de la cosa, forzoso es estimar que, en la especie, aquella ha sido afectada sustancialmente.”

#### 4. Razonamiento sobre la función social de la propiedad de cosas incorporales

a) Voto de mayoría:

**“VII.- ¿Se encuentra constitucionalmente legitimada la limitación del derecho de propiedad que podría significar la aplicación del artículo 3° transitorio sobre los bienes incorporales establecidos en el contrato que liga a las partes? (El epígrafe y destacado es original de la sentencia)**

“27. Para responder la cuestión señalada en el epígrafe, la Constitución, a través del numeral 24 de su artículo 19, dispone que una limitación u obligación a la propiedad sólo se legitima si está establecida por ley y si deriva de su función social, en razón de exigencias de los intereses generales de la Nación, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

“28. Que el primero de los requisitos constitucionales se verifica con claridad en la especie, toda vez que el nuevo régimen de recaudación y pago por el uso de las instalaciones fue precisamente establecido por una ley, como lo es el artículo 3º transitorio de la Ley 19.940.

“29. Que, de aplicarse en contra de la requirente el régimen de recaudación y pago establecido por el artículo 3º transitorio, quedará afectada en su patrimonio, obligada en contra de sus legítimos intereses y limitada en su propiedad sobre el crédito adquirido en virtud de un contrato válidamente celebrado. ***Para determinar si todo ello se ve justificado en razón de la función social de la propiedad que se funda en la especie en la utilidad pública, se hace indispensable analizar la naturaleza de las materias reguladas por el artículo 3º transitorio.*** (La cursiva y el destacado son nuestros)

“30. Que uno de los objetivos de la Ley 19.940 fue la de pasar (...) En consecuencia, al producir el cambio en los valores de peaje, el Legislador no obró por capricho ni procuró simplemente producir un cambio en un mercado cualquiera, en razón de equidad entre los privados.

“31. Que conforme a lo expuesto, ***el Legislador estimó que un sistema de tarificación por la autoridad para fijar el valor del peaje por el uso de las instalaciones de transmisión troncal era necesario para favorecer a la población usuaria de los sistemas eléctricos, lo que constituye una razón de utilidad pública.*** Como puede apreciarse, el Legislador intervino más de un mercado, restringiendo la autonomía de la voluntad de las partes para fijar precios, pues estimó que ello era necesario para la seguridad y confiabilidad del suministro de energía eléctrica, así como para evitar las alzas de ese servicio (...). (La cursiva y el destacado son nuestros)

“32. La historia fidedigna del establecimiento de la Ley 19.940 no es concluyente en cuanto a la intención del legislador de afectar o no los contratos válidamente celebrados (...). ***Esta limitación a la autonomía de la voluntad fue buscada por el legislador en razón de tratarse, el de la generación y transmisión eléctrica, de un servicio de utilidad pública provisto por particulares.***” (...) (La cursiva y el destacado son nuestros)

“33. Que, en este sentido, resulta convincente el argumento de la requerida, de que, habiéndose transformado, por decisión legislativa, su negocio en un servicio

de utilidad pública que debe soportar una serie de cargas consiguientes, resulta equitativo que se le apliquen, simultáneamente, los precios fijados por la autoridad en virtud de las nuevas condiciones determinadas por la misma ley.”

“34. *Que la relación contractual entre las partes incidía entonces en la producción de un servicio esencial a la población, lo que denota la relevante función social de los derechos con que emprendían en ella.*” (...). (La cursiva y el destacado son nuestros)

“Que lo razonado en este apartado lleva a concluir que, *en la provisión de un servicio de utilidad pública esencial, como es la electricidad para la población, el legislador puede legítimamente disponer un nuevo sistema tarifario que altera, para lo futuro, el sistema de precios que se pagan entre empresas privadas que participan en el sector para proveer, con afán de lucro, el respectivo servicio, aunque con ello afecte los derechos establecidos en un contrato válidamente celebrado*, siempre que, como demuestra en la especie la historia legislativa, el legislador lo haga en razón de exigencias de utilidad pública *y que, con tales alteraciones, no prive a los participantes de lucro o beneficio económico de algún otro atributo o facultad esencial de su propiedad.*”.

b) Voto de minoría:

“SÉPTIMO: Que, autorizada la ley para establecer las limitaciones y obligaciones de la propiedad que derivan de su función social, resulta fundamental diferenciar tales conceptos de la privación. (...)”.

#### IV. COMENTARIO

##### 1. Falta de claridad del Tribunal al individualizar el bien incorporal afectado

Existen varias “hipótesis” de bienes incorporales que un jurista podría identificar cuando se discute la alteración de contratos vigentes celebrados entre particulares. Dicho ejercicio de identificación requiere de una justificación precisa y adecuada en tanto la elección tendrá consecuencias relevantes para el análisis jurídico de constitucionalidad. En efecto, identificamos que siempre se presentan a lo menos las siguientes posibilidades de “bien incorporal” en relación con los términos que utilizan la Constitución y el Código Civil: i) el contrato en su totalidad como objeto patrimonial, especialmente ciertos elementos característicos y objeto de disposición jurídica (cesión, embargo, usufructo, etc.); ii) los derechos de crédito o *acreencias* que el contrato genera para cada parte en su calidad de acreedora, en tanto el contrato sea bilateral (esta visión responde a la consideración “clásica” del derecho de

crédito) y iii) la *deuda u obligación* que ha asumido cada parte. Ahora bien, para cada una de estas tres posibilidades principales, surgen una serie de preguntas no tan fáciles de responder en la correcta resolución del tema que nos convoca y es así como si se considera al contrato como bien incorporal nos preguntaremos si sólo los contratos de carácter patrimonial generan derechos de propiedad o el contrato de matrimonio –por ejemplo– podría ser considerado como un bien incorporal objeto de dominio, qué ocurre con los contratos que son *in tuito personae* si una nueva regulación sobre derechos de la personalidad prohíbe hacer algo que antes estaba permitido, etc. En el caso de los derechos de crédito y las obligaciones: ¿todas las prestaciones y cualquiera de ellas individualmente considerada es objeto de dominio o solamente lo son las que tienen carácter de principal?, ¿cualquier prestación o sólo las que consisten en dinero o tienen una contraprestación equivalente en dinero?, ¿qué ocurre si entre las prestaciones pactadas existen algunas que consisten en hechos humanos sin incidencia pecuniaria de carácter evidente salvo hasta que se transgreden?, en fin.

Pensamos que lo acostumbrado en la jurisprudencia era que los fallos se limitasen a estudiar la aplicación de la norma que se pretendía inconstitucional en relación con el derecho de crédito u obligación que se pretendía vulnerada, como en parte hizo el voto de minoría<sup>17</sup> al decir que el bien incorporal era el *derecho a pagar un precio determinado*. De ser así, probablemente no hubiese sido necesario problematizar tanto respecto de este punto. Sin embargo, las sentencias mencionan diversos conceptos jurídicos a raíz del bien incorporal como son: “elemento esencial”, “prestación principal”, “utilidad económica”, “obtención de lucro”, “cuantía del lucro”, “privación de obtención de lucro”, etc. y, además, en dos ocasiones analizaron el precio en relación con la “prestación principal” consistente en el uso de las instalaciones. En atención a ello tenemos la impresión bastante definitiva de que las sentencias consideran, sin decirlo expresamente, que el bien incorporal es el contrato de peaje en su totalidad, en tanto objeto y valor patrimonial, y sostienen la tesis de que este se podría haber visto afectado en su esencia sólo si hubiese variado significativamente el precio pactado por el bien “transado”. El asunto se hace más confuso todavía cuando en el considerando 33 razona sobre la base de la equidad contractual en términos de que como Transelec habría visto transformado su negocio en un servicio de utilidad pública, sería justo que los precios se alterasen en su favor<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Decimos “en parte” porque si bien entiende que el bien incorporal en que recae es su derecho a pagar un precio determinado, entiende que el artículo 3º transitorio “lo priva de los atributos y facultades esenciales del dominio, y en general, de obtener la utilidad económica que –por su naturaleza– proporciona el bien” (considerando noveno, voto de minoría), lo cual nos resulta bastante confuso.

<sup>18</sup> De hecho, pensamos que este puro razonamiento, de no estar fundamentado en la interpretación y evaluación del contrato como *el* bien incorporal sobre que se tiene dominio, constituye finalmente una contradicción a la pretensión que explicita la propia sentencia respecto de no pronunciarse acerca del mérito del cambio efectuado por el legislador (voto de mayoría, considerando 35).

Criticamos entonces no a la conclusión misma de que el contrato sea el bien incorporal presuntamente afectado, sino el hecho de que ella no esté explicitada con la suficiencia que el fallo amerita, en tanto, como veremos enseguida, es muy distinto evaluar la “magnitud” de la afectación al derecho de propiedad cuando este recae sobre un contrato como un todo, que medir la afectación del dominio cuando este consiste en una prestación o derecho personal determinado e individualmente considerado como es el pagar o *dar* una cantidad de dinero X por un bien o servicio X, conforme a un pacto previo entre las partes.

## 2. Al menos dogmáticamente, la afectación al derecho de propiedad es distinta que la afectación al patrimonio

De todas formas, sea cual sea la conclusión que se elija, se topa necesariamente con una dificultad dogmática anterior que pensamos no ha sido resuelta satisfactoriamente por la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de propiedad, cualquiera sea el bien sobre el cual recaiga. Concretamente: al menos en principio, la afectación al derecho de dominio o propiedad no tiene necesariamente que tener una vinculación con aspectos patrimoniales, por más que esa haya sido la voluntad real del constituyente y que este haya concebido el artículo 19 N° 24 como una “garantía de integridad patrimonial”<sup>19</sup>. En otras palabras, no es lo mismo proteger la propiedad privada que proteger la integridad de un determinado patrimonio.

Esta última distinción ha sido profundizada especialmente en el derecho penal comparado, y para ilustrarla en términos simples y no desviarnos de nuestro trabajo, diremos que se manifiesta al reconocerse, por ejemplo, que se pueden hurtar cosas sin valor económico alguno en la medida en que se reduzca o prive la facultad de disponer de las *cosas propias*, y que el patrimonio se afecta cuando mediando engaño se pacta un crédito de consumo. Además, se reconoce ampliamente por la doctrina tanto civil como penal que “el concepto de patrimonio nace por y para la estafa y se desarrolla a partir de sus exigencias”<sup>20</sup> y en ese sentido, sostenemos que las consideraciones relativas a la utilidad económica y a los derechos “incorporados

<sup>19</sup> Para ilustrar el argumento, citamos un fallo reciente y muy elogiado de la Corte Suprema, que perpetúa una tendencia muy marcada, de citar la intención del constituyente para interpretar el derecho *fundamental* de propiedad privada: “Se establece que la intención fue mediante el derecho de propiedad dar protección a todo aquello que tuviera significación patrimonial, entendiendo que cuando se habla de derecho de propiedad se refiere aquí a todo beneficio económico, según se indica en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. La referencia a las diversas especies de propiedades tiene por objeto preciso esclarecer que ninguna quede desprovista de esta garantía, ni aun aquellas que no recae sobre cosas corporales. Al respecto, agrega don Alejandro Silva Bascuñán, que no se está tratando un sistema de propiedad como sería el relativo a los inmuebles, que lo considera reglamentariamente el Código Civil, sino que alude a todos los estatutos de los beneficios patrimoniales cualquiera sea su índole, y respecto de todos ellos”. Considerando décimo letra B) de la Sentencia de la Corte Suprema de fecha 28 de septiembre de 2010, Fallo N° 1.018-2009, caso Sociedad Comercial Comarrico, redactada por el Ministro Sergio Muñoz.

<sup>20</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Editorial Akal, Madrid, 1998, p. 53.

al patrimonio” tan comunes en los fallos constitucionales –incluido el que estudiamos– junto con tener que afrontar la dificultad práctica de que el artículo, por más que fuese el deseo del constituyente, no menciona expresamente la garantía de la integridad patrimonial<sup>21</sup>, corren en el largo plazo el riesgo de dejar desprotegidas esferas de bienes corporales o incorporales que no tuviesen una valuación de mercado, sino que más bien un valor de uso, y que, por ende, debiesen quedar protegidas por la protección del derecho de propiedad. En ese mismo sentido, cabe destacar el vínculo estrecho y originario que existe entre el derecho de propiedad y la libertad personal, en tanto el primero permite la realización del segundo<sup>22</sup>. Pensamos que esta relación se pone finalmente en entredicho, si la interpretación del artículo 19 N° 24 redunda exclusivamente en consideraciones de carácter patrimonial y valor económico o de mercado.

En relación con este punto, diremos entonces que las sentencias analizadas no son propiamente un análisis sobre la afectación al derecho de propiedad sobre un contrato civil (como sería por ejemplo el caso de una sentencia que resolviera los efectos de una ley que prohibiera la cesión del contrato mismo), sino que son más bien el equivalente a un análisis sobre los efectos patrimoniales que tiene una legislación determinada en un contrato bilateral oneroso de largo plazo, que además –a juicio del tribunal– presenta atisbos de haberse convertido en un contrato de derecho público.

En consecuencia, no sólo tiene relevancia qué es lo que se entiende como bien incorporal posiblemente afectado (el contrato), sino que también importa lo que se afecta de él según su naturaleza, ya que ello determina finalmente si el objeto protegido es la propiedad en sí misma como derecho o el patrimonio o integridad patrimonial como valor.

### 3. Crítica a la tesis del Tribunal de que la distinta naturaleza de los bienes corporales e incorporales es irrelevante en la aplicación del igual estatuto de protección

En el apartado III de este trabajo citamos algunos considerandos que concluían que la protección constitucional de la propiedad que recae sobre bienes corporales es idéntica respecto a la que lo hace sobre bienes incorporales, con independencia o prescindencia de su distinta naturaleza.

---

<sup>21</sup> Sin embargo, pensamos que esta objeción, en la práctica, pareciera estar superada no sólo por la tradición jurisprudencial en materia de propiedad que podría perfectamente catalogarse como jurisprudencia sobre protección al patrimonio, sino que más todavía, por la opinión doctrinal absolutamente dominante (y poco frecuente en materias de propiedad) respecto a que el artículo 19 N° 24 constituye efectivamente una garantía de protección a la integridad patrimonial.

<sup>22</sup> En palabras textuales de Hattenhauer: “*la propiedad fue concebida originariamente bajo la tesis de que el hombre individual, la persona, únicamente puede realizar su libertad allí donde maneja cosas, dispone de ellas y, consecuentemente, es propietario*”. HATTENHAUER, Hans, *Conceptos Fundamentales de Derecho Civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 47.

Sin embargo, este argumento de *lege lata* que es innegable, aplicado a la práctica plantea problemas muy complejos de resolver y que se resumen en la confusión o desdibujamiento progresivo de las diferencias entre derechos personales o de crédito con el derecho real por excelencia que es justamente el derecho de dominio<sup>23</sup>. Como es ampliamente sabido, el problema antedicho no es exclusivo ni originario de la redacción del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, sino que encuentra su antecedente en nuestro Código Civil, que establece que las cosas incorporales consisten en derechos reales y personales y dispone que sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Lo anterior, como sabemos, ha sido estudiado con profundidad en nuestro país desde don Luis Claro Solar en adelante y ha sido objeto extenso de crítica y de elogios. Si bien el tema es muy complejo y excede con creces el objetivo de este trabajo, expondremos brevemente nuestro argumento para sostener que el fallo yerra al decir que “*determinar las diferencias de la propiedad que se ejerce sobre unos y otros bienes*” ... “*no es necesario de dilucidar en esta sentencia*”.

Por una consideración de orden lógico, en la medida en que las diferencias conceptuales entre derechos de crédito y derechos reales sean poco nítidas será prácticamente imposible establecer un estatuto de protección fuerte para el derecho de propiedad, ya que la comprensión de la afectación o fortalecimiento del derecho requiere necesariamente tener muy claros y definidos sus elementos constitutivos o su “contenido esencial”. En consecuencia, lo que va ocurriendo paulatinamente es que, o bien el derecho de propiedad pierde su configuración autónoma –particularmente cuando versa sobre cosas incorporales que consisten en derechos personales– y se termina convirtiendo en una encubierta protección al derecho de crédito en sí mismo, o bien se fuerzan demasiado las categorías definitorias del dominio al aplicarlas a los derechos de crédito, que es lo que veremos a continuación.

#### 4. Probable insuficiencia de los criterios de “magnitud” para determinar la diferencia entre limitación y expropiación, y el análisis de “supresión de atributos o facultades esenciales”

Existen dos órdenes de problemas que son muy debatidos por la doctrina en materia de protección constitucional a la propiedad: la determinación de la esencia del derecho de propiedad y el criterio diferenciador entre la limitación y expro-

---

<sup>23</sup> Recordemos que incluso sin que exista la consagración positiva dominio sobre cosas incorporales, ya en sus orígenes las diferencias entre derechos reales y personales se presentaron como conflictivas y poco nítidas en la doctrina civilista. Nos referimos a que la “clásica” distinción civilista en torno a los binomios de permanencia-transitoriedad, absolutez y relatividad, junto a los conceptos de exclusión, inmediatez y oponibilidad frente a terceros (que sólo serían aplicables a los derechos reales) en la práctica no operan de manera concluyente y existen importantes excepciones a la regla que paulatinamente han socavado la categórica distinción entre un derecho y otro.

piación. Su resolución se ha desarrollado principalmente en torno a casos de propiedad sobre bienes corporales inmuebles y adquiere ribetes particulares cuando se trata de bienes incorporales.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXXIII N° 2, (2006), pp. 285-303.
- CARMONA BARRIENTOS, Carlos, “Recurso de Protección: Norgener S.A. contra Presidente de la República y Ministro de Minería”, Comentario de Jurisprudencia, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Volumen LXII, (2001).
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, “La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho*, Vol. XIX-N° 1, (2006), pp. 125-148.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Evolución Histórica del concepto de propiedad”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, sección historia del pensamiento jurídico, XXX, (2008).
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, “El derecho de propiedad y la intangibilidad de los contratos”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXXIV N° 2, (2007), pp. 345-360.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, 2ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- HATTENHAUER, Hans, *Conceptos Fundamentales de Derecho Civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 47.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los Contratos. Parte general*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, I, 2001.
- OLMOS FUENTES, Jéssica, *El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena (1981-1996)*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Valparaíso, 1997.
- ROMERO GUZMÁN, Juan José, *Cambio en la regulación eléctrica y estabilidad en los contratos: ¿Cuándo una limitación se transforma en privación?, ¿cuándo compensar?* En Sentencias Destacadas 2007, Libertad y Desarrollo.
- SACCO AQUINO, Sabina, “La Constitución de 1980 como fundamento y origen de una teoría constitucional de la irretroactividad”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXXIII, (2006).