

Santiago, veinticuatro de julio de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 13 de mayo de 2011, a fojas 1, el abogado Aristóteles Cortés Sepúlveda, en representación de Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A. (en adelante indistintamente "ELECDA"), deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso final del artículo 41 del DFL N° 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el nuevo texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del DFL N° 206, de 1960, del mismo Ministerio, sobre Construcción y Conservación de Caminos, en la causa caratulada "Consejo de Defensa del Estado con Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A.", actualmente pendiente en recurso de casación en el fondo ante la Corte Suprema, bajo el Rol de ingreso N° 8.347-2009.

Como antecedentes de la gestión pendiente en que incide el requerimiento de inaplicabilidad deducido, cabe consignar que el Fisco de Chile demandó de cobro de pesos en juicio de hacienda a la empresa requirente, para obtener el reembolso de 516 millones de pesos y fracción, pagados con motivo del traslado de instalaciones eléctricas necesario para la ejecución de las obras viales en la Ruta 25, Sector Circunvalación a Calama y en la costanera norte de la ciudad de Antofagasta.

Esta acción de reembolso de dinero se funda en un oficio en que la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas -en uso de las facultades conferidas por el artículo 41 impugnado-, dispuso el traslado de las instalaciones de esta empresa concesionaria de servicio público de distribución de energía eléctrica, por ser necesario para la ejecución de la obra vial aludida, fijándole un plazo al efecto.

Vencido el plazo, la Dirección de Vialidad solicitó presupuesto a la empresa para realizar las obras, autorizando los pagos respectivos con reserva de su derecho a obtener el reembolso en conformidad con el mismo artículo 41, en relación con el artículo 50 del DFL N° 850. Luego, demandó el cobro en la gestión judicial actualmente pendiente ante la Corte Suprema, en casación en el fondo.

El Cuarto Juzgado de Letras de Antofagasta, en sentencia de primera instancia de 8 de mayo de 2009, rechazó la demanda del Fisco, fundado en el inciso segundo del artículo 124 de la Ley General de Servicios Eléctricos. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de la misma ciudad, con fecha 6 de octubre de 2009, revocó la sentencia, ordenando el pago al Fisco, fundada en el artículo 41 cuestionado.

El precepto legal impugnado dispone que: *"En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo"*.

En cuanto a la infracción constitucional que se produciría por la aplicación del precepto legal recién reproducido, en cada caso concreto, la requirente ELECDA estima que se conculcaría el artículo 19, N°s 2°, 20°, 21°, 22°, 24° y 26° de la Constitución Política.

Así, en primer lugar, la Empresa Eléctrica de Antofagasta, sostiene en su requerimiento que el precepto impugnado es inconstitucional, tanto en abstracto como en su aplicación a la gestión sub lite. Ello por cuanto la norma, al autorizar a la Dirección de Vialidad para ordenar el traslado de las instalaciones por cuenta exclusiva del propietario "por cualquier motivo", carece

de determinación normativa y vulnera la reserva de ley específica contenida en los numerales 21° y 24° del artículo 19 de la Constitución, ya que el legislador no regula de manera cabal y suficiente el ámbito de acción de la autoridad administrativa.

También, desde un análisis en abstracto, la norma permite la imposición de una carga patrimonial constituida por el costo del traslado al propietario de las instalaciones emplazadas en la faja fiscal, a sólo requerimiento de autoridad, constituyendo ello una limitación a la propiedad por una causal diferente de las autorizadas por la Constitución, configurándose una hipótesis de expropiación de hecho, a sólo requerimiento administrativo.

Por otro lado, se refiere al principio general de responsabilidad aplicable a los órganos del Estado, contenido en diversas disposiciones constitucionales (artículos 6°, 7°, 19 N° 24°, 38 y 45), que implica hacer de cargo del Fisco o del organismo que lo ordene, los costos de traslados o modificaciones de instalaciones emplazadas en bienes nacionales de uso público. Así se explicita en diversas disposiciones legales, como por ejemplo, el artículo 47 del mismo DFL 850, en el caso de los acueductos; el artículo 41 del Código de Aguas, en relación con los cauces, y el artículo 15 de la Ley de Servicios de Gas, relativo a los concesionarios distribuidores de gas.

En concreción del mismo principio, el artículo 124, inciso segundo, de la Ley General de Servicios Eléctricos, establece que, con motivo de la construcción de obras en bienes de uso público o fiscales, se podrá disponer que los concesionarios de distribución de energía eléctrica hagan en sus instalaciones las modificaciones necesarias, agregando que "el costo de estas modificaciones será de cargo del Estado o de la

municipalidad u organismo que las haya dispuesto". Luego, en la medida que el artículo 41 impugnado, hace excepción a esta regla de responsabilidad de las acciones del Estado, exonerando de los costos de traslado a la Dirección de Vialidad, establece un privilegio a favor de este organismo público y una carga para el propietario de la instalación eléctrica y su patrimonio, que no se condicen con el principio de igualdad e interdicción de la arbitrariedad contenido en los numerales 2°, 20° y 22° del artículo 19 de la Carta Fundamental, sin que exista una justificación razonable para ello.

Agrega ELECDA que, en el caso concreto pendiente ante la Corte Suprema, la aplicación del artículo 41 afecta derechos legítimamente adquiridos por ella, en su calidad de concesionaria de servicio público de distribución de energía eléctrica, calidad que ostenta desde el año 1990, por resolución del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Dentro del régimen aplicable a su concesión se encuentra el artículo 16 de la Ley General de Servicios Eléctricos que le otorga el derecho a ocupar bienes nacionales de uso público, y el citado artículo 124, inciso segundo, de la misma ley que hace de cargo del Estado y las municipalidades los costos asociados al traslado de las instalaciones.

Al desconocer el Fisco y la Corte de Apelaciones de Antofagasta esta regla de compensación de costos, interpretando que en la especie sería aplicable el inciso final del artículo 41 impugnado, se está alterando el régimen concesional, afectando un derecho incorporado al patrimonio de ELECDA, amparado por el artículo 19, N° 24°, de la Constitución; afectando a posteriori el libre desarrollo de una actividad económica conforme al régimen legal establecido, amparado por el artículo 19, N° 21°, de la Ley Fundamental, y afectando el derecho a la

seguridad jurídica dispuesto en el artículo 19, N° 26°, de la misma. Se alude, asimismo, a la afectación del principio de confianza legítima en las actuaciones del Estado, al imponerse una carga extraordinaria y no prevista en el ordenamiento sectorial eléctrico.

Además, alega ELECDA que se contraviene su derecho de propiedad, al intentar despojársele de dineros incorporados legítimamente a su patrimonio, conforme a los actos administrativos de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas que aceptaron el presupuesto y autorizaron el pago.

Finalmente, señala que el servicio público de distribución de energía eléctrica tiene como contrapartida un ingreso tarifario calculado legalmente en consideración a los costos involucrados, lo que se conoce como el equilibrio económico de la concesión. En este sentido, de aplicarse el artículo 41 en comento, se alteraría ilegítimamente dicho equilibrio, imponiéndose a ELECDA un gravamen especial, no contemplado para el resto de la industria, contrariando las garantías establecidas en el artículo 19 N° 20° y 22° de la Constitución. Al efecto, se indica que el costo de traslado de las instalaciones no ha sido contemplado como un "costo del servicio", por lo que no se tiene en cuenta para la fijación de los ingresos tarifarios. En consecuencia, la aplicación del artículo 41 implicaría establecer un costo extraordinario para ELECDA, que nunca podrá ser recuperado a través de las tarifas, afectando su patrimonio, y estando expuesta incluso a que tributariamente se califique como un gasto rechazado.

La Primera Sala de esta Magistratura, por resolución de 19 de mayo de 2011, admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión de la gestión sub lite, y por resolución de 20 de junio de 2011, declaró admisible esta acción de inaplicabilidad.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el requerimiento fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados, y del Fisco de Chile, sin que los aludidos órganos constitucionales hicieren uso de su derecho a formular observaciones dentro del plazo legal.

A fojas 128, la abogada procuradora fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, Irma Soto Rodríguez, se hizo parte por el Fisco de Chile, y a fojas 194, con fecha 22 de julio de 2011, hizo uso de su derecho a formular observaciones, instando por el rechazo del requerimiento interpuesto por la Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A.

Parte la representante del Fisco señalando que la Ley N° 19.474, de 1996, en el marco del desarrollo vial del país en los años 90, modificó el artículo 41 de la Ley del Ministerio de Obras Públicas, estableciendo, por una parte, en su inciso tercero, el pago de derechos por las concesionarias de servicios de utilidad pública que necesitaren colocar postaciones en caminos públicos, pero precisando que ello sólo sería exigible respecto de concesiones otorgadas después de la publicación de la Ley N° 19.474; y por otra parte, en su inciso final nuevo, que en caso de que fuere necesario el traslado de instalaciones en caminos públicos, su cargo sería de costo del propietario o conforme a las condiciones establecidas en el contrato de concesión, con el propósito de evitar que la Dirección de Vialidad tuviera que soportar dicho gasto.

Así, se afirma que las concesionarias anteriores a la Ley N° 19.474 continúan utilizando bienes públicos sin prestación alguna a cambio. Luego, resulta lógico y razonable que el cambio de instalaciones, de ser necesario, se haga a su costo. Agrega que el Estado es dueño y administrador de los bienes nacionales de uso

público entre los que se encuentran los caminos, siendo así constitucionalmente legítimas las facultades que el inciso tercero y siguientes del artículo 41 aludido otorgan a la Dirección de Vialidad para autorizar la colocación, el retiro o el traslado de instalaciones de servicios de utilidad pública en ellos. En todo caso, aplicando a fortiori el inciso cuarto del artículo 41, la decisión del traslado de las instalaciones no es de libre decisión administrativa, sino motivada, y estas limitaciones al uso de los caminos públicos tienen fundamento en el interés general y la utilidad pública.

Añade el Fisco que el requerimiento de ELECDA envuelve una cuestión de simple legalidad y no de constitucionalidad, consistente en determinar si los costos del traslado de las instalaciones corresponden al interesado, según alega ELECDA, por aplicación de las normas de la Ley General de Servicios Eléctricos, o si corresponden al propietario según sostiene la Dirección de Vialidad, invocando el artículo 41, inciso final, del DFL N° 850, en su texto posterior a la Ley N° 19.474. Así se desprenden de los escritos de discusión del juicio y del mismo recurso de casación presentado por la requirente ante la Corte Suprema, donde se aprecia que la discusión en la gestión sub lite está volcada en dos temas de legalidad: la aplicación de la ley en el tiempo y el alcance de las normas en función de su generalidad o especialidad. Se trata de una cuestión de recta interpretación y aplicación de leyes concurrentes, que determinaría que el presente requerimiento de inaplicabilidad es inadmisibile.

Entrando a las infracciones constitucionales específicas invocadas por ELECDA, el Fisco sostiene, primero, que no se afecta el derecho de propiedad de la concesionaria de servicio de utilidad pública. Ello porque el dueño de los bienes nacionales de uso público

es el Estado y no el particular. Los concesionarios de servicios eléctricos son beneficiarios de la explotación lucrativa de bienes comunes o públicos en virtud de un acto unilateral de permiso de la Administración, siendo jurídicamente improcedente sostener que la facultad conferida por la concesión o permiso atribuya un derecho de propiedad privada.

Además, en cuanto al contenido de este derecho de aprovechamiento de bienes públicos, tanto el respectivo decreto supremo que otorgó la concesión, como el artículo 15 de la Ley General de Servicios Eléctricos, disponen que queda sujeto a las leyes futuras que se dicten al respecto. Ello, de modo congruente con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que señala que el derecho real adquirido bajo la vigencia de una ley subsiste bajo el imperio de la nueva, pero sujeto a esta última en cuanto a sus goces y cargas. Por último, lo relativo al costo de los traslados no es un derecho esencial en el aprovechamiento otorgado al concesionario, quien, en contraste con los terrenos privados, puede utilizar gratuitamente los caminos públicos.

En segundo lugar, el Fisco aduce que no hay afectación de la esencia de un derecho, toda vez que el imponer al concesionario, por razón de mejoramiento o ampliación de la vía pública, que traslade a su costa las instalaciones, no le priva ni limita su beneficio de explotar el giro de distribución de energía eléctrica, ni su derecho a usar gratuitamente los caminos públicos. El continuar gozando del bien público sin tener que incurrir en el gasto del traslado por interferir en una obra pública, es una mera expectativa y no un derecho patrimonial. Se trata de una cuestión accesoria que no compromete el contenido esencial de la concesión.

En tercer lugar, el Fisco indica que no se afecta el libre ejercicio de actividades económicas, pues esta garantía constitucional, conforme al mismo artículo 19, N° 21°, de la Constitución, no es de carácter absoluto, pues el constituyente habilitó al legislador para prohibir y regular ciertas actividades económicas. Además, en la especie, tanto la Ley Eléctrica como el respectivo decreto de concesión sujetaron el derecho del concesionario eléctrico a las leyes que se dictaren en el futuro.

Enseguida, el Fisco consigna que tampoco se afecta la garantía constitucional de la igualdad, ya que no es efectivo que el artículo 41 impugnado establezca un privilegio a favor de la Dirección de Vialidad y una carga respecto del propietario de las instalaciones, a diferencia de lo que ocurre con otras normas citadas por la actora, como el artículo 47 del mismo DFL N° 850, el artículo 41 del Código de Aguas y normas de la Ley de Servicios de Gas, todas las cuales dejan de cargo del Estado o del organismo que lo ordenó, el costo del traslado de las instalaciones. Sin perjuicio de señalar que la referencia al artículo 47 es improcedente, ya que se refiere a terrenos privados, el Fisco aduce que la norma del inciso final del artículo 41 corresponde a una importante modificación legislativa plasmada en la Ley N° 19.474, que sólo se refiere al cambio de instalaciones en caminos públicos por interferir en la construcción de nuevas obras viales. Ello constituye una decisión de política económica del Estado, fundada en el interés público, destinada a aliviar el gasto público y que de ningún modo puede considerarse como una discriminación injusta ni carente de razonabilidad, ni tampoco que el precepto cuestionado imponga una carga anormal, especial y extraordinaria, teniendo en cuenta que el concesionario sigue usando gratuitamente los bienes públicos.

Por otro lado, respecto a la inconstitucionalidad per se del artículo 41, alegada por ELECDA, y la insuficiencia normativa que afectaría la reserva legal, el Fisco expresa que la reserva legal en la Constitución de 1980 no excluye absolutamente la potestad reglamentaria. En todo caso el punto no es atingente en la especie, ya que no es efectivo que el Director de Vialidad pueda actuar potestativa y arbitrariamente pues, como ya se dijo, el mismo DFL 850 alude a una serie de motivos para ordenar el traslado de las instalaciones, como, por ejemplo, fines de seguridad y de desarrollo futuro de las vías, sin que pueda entenderse que la expresión "cualquier motivo" que emplea el precepto impugnado pueda permitir el libre capricho o arbitrio del Director de Vialidad. Se trata de motivos necesarios, para el traslado, conforme al inciso cuarto del artículo 41. Luego, la normativa se encuentra estructurada enmarcando y dirigiendo el actuar de la Administración, señalando el Fisco categóricamente que no hay "insuficiencia normativa". Concluye que, en la especie, el traslado de las instalaciones de ELECDA se justificaba por ser necesaria para ampliar y mejorar una importante carretera pública.

Finalmente, el Fisco sostiene que la orden de trasladar instalaciones a costa de su propietario no constituye una limitación no autorizada por la Carta Fundamental. Como se dijo, esta limitación proviene de la ley, de los criterios de mérito o conveniencia del legislador -que conforme a la "deferencia razonada" reconocida por este Tribunal Constitucional deben presumirse constitucionales- y no de la discrecionalidad del Administrador.

Esta limitación a la actividad de la empresa eléctrica obedece a cuestiones vinculadas a las garantías constitucionales del derecho a la vida, a la salud y a la

libertad ambulatoria. Luego, es un exceso retórico lo afirmado por la requirente en orden a que los propietarios “sufrirían una expropiación de hecho que operaría a mero requerimiento administrativo”.

A fojas 211 se ordenó agregar a los antecedentes el escrito de la requirente ELECDA presentado con fecha 22 de julio de 2011.

A fojas 216 se ordenó traer los autos en relación e incluirlos en el Rol de Asuntos en Estado de Tabla, agregándose la causa para su vista conjunta con la causa Rol N° 1992-11-INA en la tabla de Pleno del día 10 de noviembre de 2011, fecha en que tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Aristóteles Cortés, por la requirente Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A., y María Eliana Ricke Gebauer, por el Consejo de Defensa del Estado.

Por resolución de fecha 24 de noviembre de 2011, se ordenó como medida para mejor resolver en esta causa, requerir a la Comisión Nacional de Energía y a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles para que informen a esta Magistratura si los costos de los traslados de instalaciones ordenados por la Dirección de Vialidad conforme al artículo 41 del DFL 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, pueden o no ser traspasados por la Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A. a las tarifas de los respectivos suministros, dándose cuenta del cumplimiento de dicha medida para mejor resolver con fecha 24 de enero de 2012.

Y CONSIDERANDO:

I. LA IMPUGNACIÓN.

1. Que, como se ha señalado, la gestión pendiente está dada por una acción de cobro de pesos, interpuesta por el Fisco en juicio de hacienda, caratulado “Fisco de Chile con Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A.”, ante el

Cuarto Juzgado de Letras de Antofagasta, y actualmente en tramitación ante la Corte Suprema bajo el Rol N° 8.347-2009. La demanda fue deducida con fecha 27 de agosto de 2008 y a través de ella se persigue el reembolso de los montos de dinero pagados a la Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A., por parte de la Dirección de Vialidad, para cubrir los costos del traslado de la red eléctrica de esa compañía, con ocasión de la construcción de los proyectos viales denominado "Reposición, Ampliación de la Ruta 25, Sector Circunvalación a Calama (IIIª Etapa), Provincia de El Loa, IIª Región" y "Mejoramiento Costanera Norte, IIª Etapa, Antofagasta, IIª Región". Dicha Dirección ordenó a ELECDA el traslado de las redes, en mayo de 2005. Posteriormente y por resoluciones de julio y agosto de 2005, la Dirección de Vialidad aceptó el presupuesto de dicho traslado, presentado por la empresa, autorizándose el pago respectivo, "sin perjuicio de la facultad para demandar su reembolso".

Es en el marco de la tramitación del juicio antes señalado que se impugna por inconstitucional la aplicación del inciso final del artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850 de 1997;

2. Que el precepto impugnado ante este Tribunal es el inciso final del artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850. Dicho artículo dispone que:

"Artículo 41.- Las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad y están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, y respecto de aquellos caminos que construya el Ministerio de Obras Públicas, y que no estén sujetos al sistema de concesiones establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 164, de 1991, del mismo

Ministerio, este último otorgará concesiones a particulares mediante decreto supremo, y según el procedimiento estipulado en el citado cuerpo legal. Estas concesiones se otorgarán mediante licitación pública, sobre terrenos que no podrán exceder del 5% del total de la superficie de la faja requerida para la construcción del camino, aledaños a caminos públicos, situados fuera de los límites urbanos de una comuna y expropiados con el exclusivo propósito de instalar en ellos servicios para los usuarios de la vía, tales como hoteles, estaciones de servicio, restaurantes, paradores de vista u otros similares. Para tales efectos, el expropiado, o el propietario colindante, en su caso tendrá prioridad en caso de igualdad de condiciones en el proceso de licitación de la concesión, la que deberá, además, materializarse en conformidad a las bases respectivas o dentro de un plazo máximo de tres años.

Sin perjuicio de sus atribuciones, la Dirección de Vialidad podrá autorizar, en la forma y condiciones que ella determine, con cargo a sus respectivos propietarios, y previo pago de los derechos correspondientes, la colocación de cañerías de agua potable y de desagüe; las obras sanitarias; los canales de riego; las tuberías o ductos para la conducción de líquidos, gases o cables; las postaciones con alambrado telefónico, telegráfico o de transmisión de energía eléctrica o fibra óptica y, en general, cualquier instalación que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público u otras obras viales regidas por esta ley. Estos derechos serán exigibles respecto de aquellos permisos y contratos de concesión otorgados con posterioridad a la publicación de la Ley N° 19.474.

Dichas autorizaciones deberán otorgarse, a menos que se opongan al uso de los caminos públicos, sus fajas adyacentes, pasos a nivel y obras de arte, o al uso de túneles o puentes; no afecten la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías; no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona; y sea posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas. La Dirección de Vialidad no tendrá responsabilidad u obligación alguna por el mantenimiento y conservación de dichas instalaciones, siendo obligación de sus propietarios el conservarlas en buenas condiciones.

La Dirección de Vialidad, mediante resolución fundada, podrá ordenar el retiro de toda instalación que no cumpla los requisitos exigidos en el presente artículo, previa restitución de los derechos pagados, en proporción al tiempo que reste para que la autorización a que se refiere el inciso tercero, llegue a su término.

En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo.”;

3.Que, de acuerdo a la parte requirente, la norma cuya constitucionalidad se ha cuestionado presenta serios defectos en su estructura normativa, siendo *per se* inconstitucional, además de generar, en el caso concreto, efectos contrarios a la Carta Fundamental.

La inconstitucionalidad del precepto legal impugnado se fundaría, por tanto, en dos tipos de consideraciones. En abstracto, el requirente formula tres objeciones. En primer lugar, la vulneración de la reserva legal para la regulación de los derechos constitucionales, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 63 N° 2° y 19 N° 26° de la Constitución. En este caso, la vaguedad de la fórmula legal contravendría la reserva de ley, al no excluir la posibilidad de intervenciones directas de la autoridad administrativa. En segundo lugar, el precepto impugnado contemplaría una expropiación de hecho, al imponer una carga patrimonial que opera a requerimiento de la autoridad administrativa. Sin embargo, tal carga no se justifica en ninguna de las causales que la Constitución establece para efectos de autorizar limitaciones a la propiedad. La tercera objeción que esgrime la parte requirente para fundar la inconstitucionalidad del precepto, es el establecimiento de diferencias arbitrarias, contraviniéndose triplemente el principio de igualdad: en primer lugar, al privilegiarse a la Dirección de Vialidad, respecto de los demás órganos del Estado; enseguida, el propietario de instalaciones eléctricas sería perjudicado en su relación con la Dirección de Vialidad, en comparación con los demás órganos del Estado; y, finalmente, se privilegiaría a los concesionarios de obras viales, reduciendo sus costos, en comparación con los demás concesionarios de obras públicas.

El precepto también resultaría inconstitucional en la especie, afirma el requirente, por las siguientes razones. En primer lugar, por cuanto su aplicación importaría desconocer derechos legítimamente adquiridos, que se han incorporado al patrimonio del requirente, en virtud del acto concesional, lesionándose así el derecho de propiedad sobre los mismos. En segundo lugar, se afectaría la seguridad jurídica en su faz subjetiva, esto

es, la confianza legítima. En tercer lugar, se privaría de sumas de dinero legítimamente percibidas por ELECDA, lo que implica otra lesión al derecho de propiedad constitucionalmente protegido. Y, finalmente, se alteraría el equilibrio económico concesional, al incorporar un costo que no ha sido contemplado para la fijación de los ingresos tarifarios, lesionándose, en consecuencia, los numerales 20° y 22° del artículo 19 de la Constitución;

II. ANTECEDENTES.

4. Que es importante consignar previamente a examinar el fondo del cuestionamiento formulado en el presente requerimiento, que ante los tribunales ordinarios se ha planteado discusión sobre el precepto impugnado. Esta discusión ha estado centrada en dos aspectos.

De un lado, sobre su retroactividad, pues se ha objetado la fecha a partir de la cual se aplica. El precepto, tal como está en la actualidad, fue incorporado a nuestro ordenamiento, como veremos más adelante, en septiembre de 1996, por la Ley N° 19.474. Se ha formulado cuestionamiento respecto de su aplicación a instalaciones eléctricas construidas antes de esa fecha. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que no hay vulneración de la irretroactividad, pues lo relevante es el momento en que se dispone el traslado, no la fecha de construcción de las instalaciones. Por lo mismo, ha sostenido que si la autoridad dispone el cambio de ubicación, después de septiembre de 1996, carece por completo de trascendencia la fecha de instalación primitiva (SCS 3171/2003).

Del otro, se ha discutido sobre su especialidad. En este caso se ha objetado que el D.F.L. N° 850, del Ministerio de Obras Públicas (MOP), de 1997, prime sobre disposiciones sectoriales que rigen determinadas

actividades. Así, se lo ha puesto en antinomia con la Ley de Servicios Eléctricos (D.F.L. N° 1, 1982, de Minería, artículos 16 y 124), sosteniendo que ésta es una normativa especial respecto del artículo 41 de dicho D.F.L. N° 850. Sin embargo, la Corte Suprema ha considerado que esta disposición es especial respecto de todas las otras normas que se refieren en términos generales a los bienes nacionales de uso público (SCS 3171/2003; 6091/2007);

III. ASUNTOS SOBRE LOS CUALES ESTE TRIBUNAL NO SE PRONUNCIARÁ.

5. Que este Tribunal no puede pronunciarse, en abstracto, mediante un recurso de inaplicabilidad, sobre determinados preceptos legales. Eso es algo que puede hacer, pero en uso de otras facultades que le encomienda la Constitución. En la inaplicabilidad esta Magistratura examina la constitucionalidad del precepto legal a la luz de los hechos de la causa correspondiente. Realiza, por lo mismo, un examen concreto del o de los vicios que se reprochan a la norma (STC 480/2006; 546/2006);

6. Que este Tribunal tampoco puede realizar un análisis de conflicto normativo de leyes. Si una ley es más especial que otra o tiene efectos retroactivos, es algo que le corresponde resolver a los jueces del fondo, pues se trata de un asunto de legalidad. Esta Magistratura sólo es competente para conocer de conflictos entre leyes y la Constitución, pero no entre preceptos legales;

7. Que, finalmente, no se pronunciará sobre el impacto que tiene la aplicación del artículo impugnado en los ingresos tarifarios de la compañía, pues no ha sido cuestionado ningún precepto legal relativo a las tarifas de la empresa requirente. Por ello, descarta examinar una posible vulneración al artículo 19 N° 21 de la Constitución;

IV. CAMINOS PÚBLICOS Y FAJA DE CAMINOS PÚBLICOS.

8. Que, por otra parte, antes de analizar la norma impugnada, es necesario precisar dos conceptos que ésta emplea: el de camino público y el de faja de camino público;

9. Que la noción de camino público corresponde al género "vía". Esta es la denominación con que la Ley de Tránsito designa a "*calle, camino u otro lugar destinado al tránsito*" (artículo 2°, N° 46, Ley de Tránsito).

La misma ley define camino como una "*vía rural destinada al uso de peatones, vehículos y animales*" (artículo 2°, N° 7), contraponiéndola a avenida o calle, que es la "*vía urbana destinada a la circulación de los peatones, de los vehículos y de los animales*" (artículo 2°, N° 4).

Conforme a la Ley de Tránsito, entonces, el distingo entre camino y avenida o calle no tiene que ver con su funcionalidad; en ambos casos es la misma: la circulación. Tiene que ver con su ubicación. El camino es rural; la calle es urbana.

No es distinta la definición que entrega el D.F.L. N° 850, de 1997, del MOP, de caminos públicos. Estos son "*las vías de comunicación terrestres destinadas al libre tránsito, situadas fuera de los límites urbanos de una población y cuyas fajas son bienes nacionales de uso público*" (artículo 4°).

Las definiciones coinciden en que se trata de vías rurales (fuera de los límites urbanos) destinadas al libre tránsito. Lo que agrega esta última es que las fajas de los caminos son bienes nacionales de uso público.

Los caminos, de acuerdo al D.F.L. N° 850, pueden ser nacionales o regionales. Los primeros son *"el Camino Longitudinal, los que unen las capitales de provincia con el Longitudinal y los que sean calificados como tales por el Presidente de la República"*. Los segundos son el resto de los caminos públicos (artículo 25);

10.Que el otro concepto central del precepto impugnado es el de las fajas de los caminos públicos. Estas son caracterizadas por el ya citado D.F.L. N° 850, de 1997, del MOP, de la siguiente manera:

El artículo 24 del precepto señala expresamente que las fajas de los caminos públicos son bienes nacionales de uso público. Con esa declaración, el legislador estableció una reserva o *publicatio*. Como lo ha dicho este Tribunal, *"mediante ella, el legislador establece que unos bienes determinados o toda una categoría de ellos, en razón de que por su uso o destino deben pertenecer a la nación toda, dejan de ser susceptibles de apropiación, quedando entregados al uso público"* (STC 1281/2008). Ello implica una serie de consecuencias: el bien queda fuera del comercio humano, se sujeta a un régimen jurídico especial y sobre él no hay propiedad sino uso (STC 245/1996; 1281/2008).

Sin embargo, como ha sostenido esta Magistratura, la reserva o *"publicatio"*, *"si bien excluye la apropiación de los bienes que la componen por particulares, no excluye a éstos del uso privativo que puedan obtener, es decir, no quedan marginados del tráfico jurídico. Mediante ciertos títulos habilitantes, la Administración encargada de la administración del bien demanial, entrega no el bien, pues atentaría contra su inalienabilidad, sino que reparte, por motivos de interés público, derechos de utilización o aprovechamiento privativo sobre determinadas porciones del dominio público con un destino específico"* (STC 1281/2008);

11.Que, enseguida, las fajas de los caminos públicos son bienes entregados en administración a la Dirección de Vialidad (artículo 41), quien tiene a su cargo su cuidado y mantención (artículo 18, inciso tercero).

A continuación, el ancho de las fajas es fijado por decreto supremo, a propuesta de la Dirección de Vialidad (artículo 29 N° 1).

Asimismo, *“están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo”* (artículo 41, inciso primero). De ahí que los usos alternativos, como la colocación de avisos (artículo 38) o la instalación de cualquier tipo de obra (artículo 41, incisos tercero y siguientes), requieren autorización de la Dirección de Vialidad, quien puede negar dicho permiso si el uso se opone al de los caminos (artículo 41, inciso cuarto);

V. LA NORMA IMPUGNADA.

12.Que en el marco de estas potestades de administración se inserta la de disponer el cambio de ubicación de las instalaciones autorizadas en la faja de un camino público.

En efecto, el precepto impugnado permite que la Dirección de Vialidad pueda ordenar que se cambie la ubicación de instalaciones, como tuberías o cables o postaciones, que ocupen las respectivas fajas de caminos públicos;

13.Que, entonces, como efecto de que la ley se encarga de señalar que bajo la Dirección de Vialidad está la administración de las fajas, como lo señala el artículo 41, inciso primero (*“las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad”*), para que un particular pueda utilizar en forma permanente dicha porción de bien nacional de uso público, requiere la autorización de esa entidad;

14. Que, en realidad, lo que se entrega, técnicamente, es un permiso. Este es un acto administrativo favorable, mediante el cual se concede el uso privativo, con facultades de uso y goce, de una porción de un bien nacional de uso público, por un tiempo determinado, sustrayéndolo al uso común. La doctrina lo denomina "permiso de ocupación" y lo entiende como un *"acto administrativo por medio del cual se otorga un uso especial del dominio público"* (Reyes Riveros, Jorge; "Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público"; Editorial Jurídica, 1960, p. 166), o como *"un acto administrativo por medio del cual se otorga en forma exclusiva y excluyente un cierto uso de poca importancia jurídico-económico-social, sobre un bien de dominio público"* (Montt Oyarzún, Santiago; "El dominio público"; Editorial Conosur, Santiago, 2002, p. 308). Dicho permiso es caracterizado como discrecional, unilateral y precario (Reyes R., Jorge; ob. cit., págs. 176 y siguientes; Montt O., Santiago; ob. cit., págs. 317-318).

Lo que sucede es que, en este caso particular, la Ley General de Servicios Eléctricos (D.F.L. N° 4, de 2006, Economía) establece que las concesiones de servicio público de distribución otorgan el derecho de usar bienes nacionales de uso público para tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión (artículo 16). Esta norma, entonces, establece un derecho legal a usar ciertos bienes, pero condicionado a que se dicte un acto administrativo favorable por parte de la Dirección de Vialidad, que es la encargada de administrar la faja de los caminos públicos. En este sentido, la Dirección de Vialidad remueve el obstáculo para ejercer el derecho. Ello lo hace muy cercano a una autorización. De ahí la denominación que la ley le otorga a este acto.

La exigencia de dicho permiso no merece un reproche de inconstitucionalidad, pues, como lo ha dicho esta Magistratura, las autoridades que entregan las concesiones de servicio público de distribución eléctrica, no son quienes tienen a su cargo la administración de determinados bienes nacionales de uso público (STC 1669/2012). Por lo mismo, para respetar esta distribución competencial, es necesario que se invoque la concesión, otorgada por una autoridad, para obtener el permiso, concedido por quien tiene a su cargo la tutela del bien respectivo, siempre que se cumplan los requisitos propios de tal permiso;

15.Que recordemos que el uso de los bienes nacionales de uso público puede ser de dos tipos. Por una parte, está el uso común. Este es aquel que corresponde a todas las personas. Se trata de un uso anónimo, temporal, y no requiere título alguno. En segundo lugar, está el uso privativo. En este caso, la autoridad encargada de su administración entrega, por actos específicos, la ocupación temporal del bien a un particular, con un propósito de interés público, generalmente a título oneroso. Dicho uso es privativo porque implica un uso exclusivo y excluyente del bien. El beneficiario de un uso privativo puede excluir al resto de las personas que accedan a él. Por eso requiere un título habilitante, que puede ser el permiso o la concesión. Sin ese título, hay uso común del bien. Dicho de otra forma, el permiso o la concesión sustraen del uso común ciertos bienes (STC 1281/2009; 1669/2012);

16.Que el mencionado permiso puede permitir la colocación de distintas instalaciones. La ley menciona las siguientes: *"cañerías de agua potable y de desagüe"; "obras sanitarias"; "canales de riego"; "tuberías o ductos para la conducción de líquidos, gases o cables"; "postaciones con alambrado telefónico, telegráfico o de*

transmisión de energía eléctrica o fibra óptica". Pero emplea una fórmula global: "en general, cualquier instalación que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público".

Es necesario resaltar que el uso que se entrega permite hacer obras en el suelo y en el subsuelo de dichas fajas. Se trata, en consecuencia, de un uso intenso;

17. Que, sin embargo, el otorgamiento de dicho permiso está sujeto a ciertas regulaciones. Por de pronto, no se debe entorpecer el uso del camino. La ley señala que las fajas de los caminos *"están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo"* (artículo 41); y que la autorización para ocupar dicha faja debe negarse si se opone al uso de los caminos públicos (artículo 41, inciso cuarto).

Además, la ley señala que la autorización la debe otorgar la Dirección, pero establece una serie de causales para negarla. Junto con oponerse al uso de los caminos, la ley señala varias otras causales. Así, la autoridad no debe dar el permiso si se afecta *"la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías"*; debe precaverse que las instalaciones *"no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona"*. La ley también señala que la autoridad debe negar el permiso si no es *"posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas"*.

Enseguida, las instalaciones son de cargo del respectivo propietario, sin que la Dirección tenga responsabilidad u obligación alguna por su mantenimiento y conservación, debiendo su dueño conservarlas en buenas condiciones (artículo 41, incisos tercero y cuarto). A

continuación, dicho uso está sujeto al pago de derechos. Sin embargo, por mandato del inciso tercero del artículo 41 del D.F.L. N° 850, MOP, 1997, dichos derechos sólo son exigibles respecto de aquellos permisos otorgados con posterioridad al 30 de septiembre de 1996, fecha de publicación de la Ley N° 19.474. Asimismo, la Dirección de Vialidad puede establecer condiciones al otorgar el permiso (artículo 41, inciso tercero). Del mismo modo, la autoridad puede *“mediante resolución fundada, ordenar el retiro de toda instalación que no cumpla los requisitos exigidos en el presente artículo”* (artículo 41, inciso quinto);

18.Que, de este modo, no hay libertad para ocupar las fajas de los caminos públicos, pues se requiere permiso de la Dirección de Vialidad. Dicho permiso lo puede dar la autoridad siempre que se cumplan ciertos supuestos: es onerosa; no compromete la responsabilidad de la Dirección; las instalaciones son retirables y susceptibles de cambiar de ubicación, y están entregadas, en cuanto a su puesta física, a su conservación y mantenimiento, a su propietario;

19.Que es en el marco de dichas regulaciones que la ley entrega una facultad a la Dirección de Vialidad para ordenar cambiar las instalaciones que fueron autorizadas. Por lo mismo, no es la única determinación que se puede adoptar respecto de ellas;

20.Que el cambio de ubicación está sujeto también a ciertas regulaciones.

Desde luego, lo debe disponer la Dirección de Vialidad, fundándose en cualquier motivo que lo haga necesario, atendida la variedad de situaciones que se pueden plantear.

Enseguida, es un cambio de ubicación, no una prohibición de uso ni un retiro. Es un traslado desde el lugar en que fueron originariamente autorizadas. El

traslado es, por tanto, una transferencia temporal de la faja a otro lugar, mientras ésta permanece ocupada por obras del camino o se crea otra por ampliación del mismo.

Finalmente, el traslado debe ser *“hecho por cuenta exclusiva del propietario”*;

21.Que el cambio de ubicación de las instalaciones está sujeto a un procedimiento regulado por el artículo 51 del D.F.L. N° 850. Este parte por la dictación de la resolución que ordena el traslado, la cual debe notificarse por oficio y por carta certificada. En dicha decisión, la Dirección de Vialidad debe señalar el motivo que hace necesario cambiar la ubicación.

Enseguida, la autoridad fija un plazo prudencial dentro del cual deben ejecutarse los trabajos.

A continuación, pueden suceder tres posibilidades. La primera es que el afectado cumpla la medida. La segunda es que no haga nada. En ese caso, la Dirección debe ordenar hacer el presupuesto del traslado, el que sirve de título ejecutivo para cobrar su valor. Notificado el infractor y obtenidos los fondos, la obra se ejecuta con cargo a éstos. La tercera alternativa es que el afectado reclame administrativamente, mediante la interposición de los recursos que correspondan (artículos 15 y 59, Ley N° 19.880), o ante el Juez de Letras respectivo, dentro del término de diez días (artículo 50, D.F.L. N° 850);

22.Que esta facultad de la Dirección de Vialidad se encontraba en el texto legal anterior a la modificación de 1996, que introdujo la Ley N° 19.474. Dicha norma establecía: *“en caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del interesado”* (artículo 19, D.F.L. 206, 1960, MOP). La norma predecesora de dicho D.F.L., la Ley N° 4.851, no contemplaba una norma en este sentido;

23. Que, como se observa, el principal cambio de este inciso dice relación con que el texto previo a 1996 hacía de cargo del interesado el costo del traslado; en cambio, el texto vigente hace de cargo del *"respectivo propietario"* lo anterior.

Sin embargo, la Ley N° 19.474 no introdujo un único cambio.

Por de pronto, reforzó las facultades de la Dirección de Vialidad al señalar expresamente que las fajas de los caminos son de su competencia (artículo 41, inciso primero). Enseguida, se eliminó la gratuidad por el uso de la faja, salvo para quienes tuvieran concesiones o permisos previos a su entrada en vigencia. A continuación, privilegió el uso de los caminos, al permitir que la Dirección pudiera rechazar los permisos *"que se opongan al uso de los caminos públicos"* (artículo 41, inciso cuarto);

24. Que el inciso final del artículo 41, con otra redacción, iba en el texto original del Mensaje del Presidente de la República que dio origen a la Ley N° 19.474. En él se señalaba que la normativa vigente en esa época, que hacía de cargo del interesado el costo del traslado, atentaba *"contra las funciones del Ministerio de Obras Públicas al requerirse el cambio por razones de servicio"*.

El texto que se incorporó en definitiva fue producto de un veto del Ejecutivo, que se fundó, por una parte, en que *"el vocablo interesado puede presentar dificultades de precisión en su aplicación práctica"*. Por la otra, en que el propio artículo 41 emplea el concepto más preciso de *"respectivo propietario"*.

En este sentido, hay que señalar que el artículo 41 se refiere al propietario para los siguientes efectos. En primer lugar, para señalar que las instalaciones son de cargo de los respectivos propietarios. En segundo lugar,

para indicar que es de cargo de dichos propietarios el mantenimiento y conservación de las instalaciones. En tercer lugar, que es de cargo de éstos el traslado de las instalaciones.

En la Sala del Senado, el entonces Ministro de Obras Públicas, Ricardo Lagos Escobar, sostuvo: *"Entonces, lo que procura el veto del Ejecutivo es clarificar que, en este caso, en lugar de la expresión vigente --"el interesado"--, se utilice la más precisa de "el respectivo propietario". Será al propietario de las postaciones --el que las colocó gratuitamente en la faja pública--, si mañana el camino se va a ampliar o hay que hacerle modificaciones, a quien corresponderá correr el riesgo. Si la empresa de utilidad pública no se arriesga, que pague por la servidumbre";*

25.Que hay que recordar, asimismo, que durante la tramitación de la Ley N° 19.474, en el Congreso Nacional, se estableció la onerosidad por el uso de la faja fiscal, con la excepción de aquellos permisos otorgados antes de su entrada en vigencia, el 30 de septiembre de 1996. Por lo mismo, para los nuevos permisos, dicho uso dejó de ser gratuito.

En contraste, el inciso final del artículo 41 no estableció ninguna excepción respecto de que el traslado debía ser hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario;

26.Que el veto del Ejecutivo fue aprobado por 22 votos a favor y 14 en contra. Por lo mismo, es relevante destacar las razones que tuvieron quienes concurrieron a dicha aprobación, porque reflejan la voluntad positiva del legislador de aprobar una ley.

En primer lugar, se destacó el término de la gratuidad del uso de la faja fiscal. Se dieron varias razones para ello. Destaca, de una parte, la intervención del entonces senador Errázuriz, quien señaló: *"La*

utilización gratuita de las fajas por parte de empresas eléctricas, de comunicaciones o de otro rubro ya no se justifica. La ley antigua establecía que las podían usar gratis por tratarse de empresas estatales. Pero hoy son privadas y, sin embargo, continúan ocupándolas sin pagar nada por ellas. Se dispone, en consecuencia, que deberán cancelar los derechos que se establezcan y que la concesión, en caso de haber más de un interesado, deberá entregarse al que ofrezca más en la licitación, recibiendo el Ministerio, por esta vía, recursos adicionales que le permitirían construir los nuevos caminos que se requieran. Porque, repito, todo ya no es del Estado, porque hoy existe competencia privada por ocupar esas superficies de terreno." De otra, lo señalado por el entonces Ministro de Obras Públicas, Ricardo Lagos Escobar: "en la actualidad, quien transite entre Santiago y Valparaíso por la ruta 68 debe pagar un peaje. Hoy, aquellos que acceden a la faja fiscal no pagan nada";

27. Que, en segundo lugar, es importante señalar las razones que se dieron para que las empresas asumieran el costo del traslado de las instalaciones.

Una primera razón es el hecho de que la empresa ocupara gratuitamente la faja de los caminos. El Ministro de Obras Públicas de la época sostuvo: "Mover las cañerías tiene un costo: la discusión consiste en determinar quién paga el costo. ¿Es justo que el costo lo pague quien gratuitamente cedió a la empresa el uso de la faja fiscal? De ser así, sería insólito, ya que la faja fue adquirida por el fisco mediante expropiación, lo que significa que tuvo que pagar por ella". Más adelante, agregó: "Y, entonces, se presenta una situación paradójica: las empresas de utilidad pública obtienen gratuitamente estas fajas, y cuando el Ministerio tiene que realizar modificaciones en los caminos, debe hacerlo

con cargo a su propio presupuesto. Nos parece una situación absurda". El senador Errázuriz, por su parte, señaló: "La dificultad surge por el hecho de que anteriormente esas empresas no pagaban. Por esa razón, estimo lógico lo señalado por el señor Ministro: quien ha estado utilizando, sin costo alguno, un lugar público, obteniendo beneficios por ello, por lo menos tiene que costear el cambio de ubicación de los postes, ductos, etcétera, cuando el país requiera ampliar los caminos o construir nuevos".

Una segunda razón que se entregó, es que el Estado tiene que asumir, en el caso de las carreteras concesionadas, el costo de la expropiación para hacer el camino y la faja adyacente. Al respecto, el Ministro de Obras Públicas señaló: *"lo que se está pagando por expropiaciones alcanza cifras extraordinariamente elevadas, pese a tratarse de la utilización de una faja que es fiscal. La autopista de la ruta Santiago-San Antonio vale 120 millones de dólares; y 30 millones son para el pago de expropiaciones, es decir, el 25 por ciento del valor de esa obra. Y las empresas utilizan esa faja de terrenos y no podemos cobrarles. Sólo se paga por el análisis de los planos, etcétera. Y cuando tenemos que construir una nueva vía, debemos incurrir en gastos extraordinarios".*

Una tercera razón que se dio, es que si las empresas dueñas de las instalaciones no querían exponerse al costo del traslado, debían abstenerse de usar la faja y contratar una servidumbre. Al respecto, el Ministro de Obras Públicas sostuvo: *"Las empresas en cuestión accedieron gratuitamente al uso de la faja fiscal. ¡Gratuitamente! En consecuencia, asumieron el riesgo de que la faja fiscal cambiara en algún momento. Ahora, si quieren estar a cubierto de esa eventualidad, deben concurrir al mercado y comprar una servidumbre de*

tránsito para pasar por en medio de un potrero". En el mismo sentido, se expresó el senador Errázuriz: "la empresa deberá enfrentar el riesgo de la incertidumbre, económica o legal, del eventual traslado de sus instalaciones, si el avance del progreso así lo exige, y hacerse cargo de los costos correspondientes. Eso será parte de los gastos que tendrá que internalizar cuando haga una oferta para usar servicios, caminos u obras públicas". El mismo argumento utilizó el entonces senador y actual Presidente de la República, Sebastián Piñera, quien sostuvo: "Hacia adelante, si por alguna razón se produce un cambio del trazado en una concesión otorgada por el Ministerio sobre una faja que a él, a su vez, le tocó obtener a través de una compra o expropiación, por lo que incurrió en los gastos propios de ella, no parece razonable que, habiendo otorgado tal concesión en forma gratuita, le corresponda incurrir en esos gastos. Lo importante es que las empresas de utilidad pública sabrán que deberán estimar hacia futuro la probabilidad de que haya un cambio en los trazados de las rutas. Si no quieren asumir ningún riesgo, siempre podrán optar por un camino alternativo a su propio costo, por la vía de obtener las concesiones o los usufructos de los privados, o simplemente la propiedad de los terrenos por donde quieran hacer pasar sus líneas o lo que les corresponda";

28. Que, finalmente, al analizar el cambio de regulación, hay que considerar que las concesiones de servicio público de distribución son otorgadas con el deber de respetar la legislación presente y los cambios que se le introduzcan en el futuro (artículo 15, Ley General de Servicios Eléctricos). Con ello, no se hace más que materializar el que los goces y cargas de un derecho surgido en una legislación anterior, debe sujetarse a la nueva normativa en esos aspectos, como una manera de conciliar adecuadamente los cambios de legislación y su impacto en la vida jurídica.

En todo caso, que la empresa deba asumir el costo del traslado, como se verá más adelante, no afecta la esencia de los derechos del concesionario y se ubica dentro de las limitaciones legítimas a la propiedad que permite la Constitución;

VI. ALEGACIONES QUE SE DESCARTAN.

29.Que, respecto al fondo del requerimiento, es necesario señalar que esta Magistratura rechaza el alegato de la requirente en torno a que se hubiesen vulnerado presuntos derechos adquiridos. En primer lugar, porque eso supondría emitir un juicio de legalidad: si el traslado se dispuso bajo el marco de la nueva normativa, introducida en 1996, o no. Más todavía, cuando la Ley N° 19.474 no contempló excepciones en la materia, como sí lo hizo respecto de la onerosidad por el uso de la faja adyacente a los caminos. Sólo podemos constatar que el traslado se dispuso a principios de 2005, por la Dirección de Vialidad;

30.Que, en segundo lugar, para esta Magistratura la propiedad puede recaer sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, pero no hay propiedad sobre la legislación existente al momento de iniciar una actividad económica (STC 467/2006; 1452/2010). El legislador puede cambiar las condiciones del ejercicio de un derecho (STC 1361/2009; 1452/2010);

31.Que, en tercer lugar, la ocupación de la faja de los caminos por instalaciones nació condicionada a eventuales traslados. La norma que lo permite viene de al menos 1960, sin alteraciones. En eso no se innovó en 1996, con la Ley N° 19.474;

32.Que esta Magistratura también rechaza el alegato de la requirente en torno a que se habría pasado a llevar la protección de la confianza legítima.

Desde luego, porque no fundamenta adecuadamente la manera en que ésta es recogida constitucionalmente y cuáles serían las condiciones bajo las cuales operaría. No basta afirmar que esta se funda en la seguridad jurídica. Además, se objeta una ley, no un acto administrativo. El punto es relevante, porque las leyes gozan de una presunción de constitucionalidad (STC 309/2000), la que implica que su contrariedad con el contenido de la Ley Fundamental debe manifestarse clara y categóricamente y no cabe inferirla de simples contradicciones aparentes (STC 549/2007); por lo mismo, sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción de que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella (STC 309/2000). Está en juego el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí (STC 309/2000).

Asimismo, tal alegato exige un estándar de prueba extremadamente alto, porque puede afectar el que sea el legislador el que defina los marcos jurídicos aplicables a una actividad (artículo 19 constitucional, N° 21°); porque puede incidir negativamente en la dinamicidad de los mercados regulados, respecto de los cuales la Constitución expresamente permite que el legislador modifique o derogue sus normas (artículo 63), siendo la ley una regulación de carácter innovador (STC 370/2003). Enseguida, aquí no ha existido ningún cambio brusco de la legislación. Desde que se envía el Mensaje del proyecto que originó la Ley N° 19.474, en septiembre de 1993, hasta su publicación, en septiembre de 1996, transcurrieron tres años. Además, desde esa fecha, hasta que se ordena por la autoridad el traslado, el 2005, transcurrieron 9 años;

VII. LAS LIMITACIONES AL DOMINIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

33.Que esta Magistratura debe abocarse, entonces, a analizar si es efectivo que se afecte el derecho de propiedad de la requirente, privándola de facultades esenciales, pues es el único reproche que queda subsistente, después de haberse descartado todos los demás.

Al respecto, esta Magistratura considera que la facultad que tiene la autoridad de disponer el traslado de instalaciones en la faja adyacente a caminos públicos, es una limitación al dominio que se enmarca dentro de su función social;

34.Que el Tribunal Constitucional ha admitido con anterioridad una serie de limitaciones legales al dominio, que es necesario recordar para el adecuado examen del presente cuestionamiento.

En primer lugar, ha validado la franja televisiva impuesta a los canales de televisión de libre recepción (STC 56/1988). En segundo lugar, ha validado la obligación legal de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a éstas (STC 245/1996; 1141/2009; 1215/2009). En tercer lugar, ha considerado que se ajustan a la Constitución los porcentajes de terreno que el urbanizador debe destinar y donar para áreas verdes y equipamiento comunitario (STC 253/1997). En cuarto lugar, ha considerado que el cambio del precio de un contrato, que pasa de ser libre a regulado, también es una limitación legítima (STC 506/2007). En quinto lugar, ha considerado legítimo el pago de los gastos por accidentes que sufran los bomberos por parte de las compañías de seguros (STC 1295/2009). En sexto lugar, ha considerado que el soterramiento de redes eléctricas es una limitación legítima, que puede establecer el legislador (STC 1669/2012). Finalmente, ha

establecido como legítimo la existencia de mecanismos de caducidad, la existencia de plazos fatales, el rol activo de las partes, en el procedimiento de concesión minera destinados a asegurar el interés público comprometido en la realización efectiva de actividades mineras (STC 1994/2011);

35.Que, a propósito de estos fallos, el Tribunal ha establecido una serie de criterios para definir la legitimidad de dichas limitaciones.

En primer lugar, ha determinado el criterio de que éstas deben ser medidas y razonables (STC 56/1988; 253/1997), de modo que no ocasionen daños innecesarios o impongan un gravamen de magnitud considerable (STC 1141/2009); o la medida sea proporcionada (STC 506/2007; 1141/2009; 1215/2009); o que no entorpezcan gravemente la actividad, hasta hacerla inviable por excesiva onerosidad (STC 1669/2012).

Enseguida, ha considerado que es un criterio legítimo el que las limitaciones no desnaturalicen otros bienes jurídicos. Así lo ha hecho respecto del acceso a las playas, al considerarlo como un medio necesario del que se vale el legislador para que un bien nacional sea efectivamente de uso público (STC 245/1996; 1141/2009; 1215/2009).

A continuación, el Tribunal también ha considerado como criterio la función pública que cumple la actividad sujeta a la limitación (STC 56/1988, 506/2007).

Otro criterio es si la actividad que soporta la limitación tiene privilegios, como el régimen selectivo o restrictivo de acceso a las concesiones de televisión (STC 56/1998).

También ha considerado como criterio el que la actividad reciba beneficios, como en cesiones gratuitas

(STC 253/1997) o las compañías de seguros respecto de la actividad de los bomberos (STC 1295/2009).

Finalmente, ha considerado que estas limitaciones no pueden importar privaciones (STC 245/1996; 334/2001) o afectar el núcleo del derecho (STC 1298/2010);

36.Que, por otra parte, ha contemplado dos resguardos para los titulares de la propiedad. En primer lugar, el que las limitaciones deben ser restrictivas (STC 146/1992; 334/2001). En segundo lugar, el que éstas deben ser impuestas por el legislador en sus elementos esenciales (STC 146/1992; 370/2003);

VIII. EL PRECEPTO OBJETADO ES UNA LIMITACIÓN AL DOMINIO.

37.Que las limitaciones al dominio pueden ser definidas de dos maneras.

Por una parte, pueden ser definidas positivamente. En este sentido, las limitaciones, como ha dicho esta Magistratura, *"importan una disminución al derecho del propietario, sea porque restringen sus facultades para usar, gozar y disponer de sus bienes, sea porque le imponen obligaciones a favor de terceros"* (Aylwin, Patricio; *"Derecho Administrativo"*; T. III; *Editorial Universitaria*; Santiago, 1959, pág. 169); han sido definidas como *"aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivado de la función social de este último"* (Rajevic, Enrique; *"Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada"*; en *Revista Chilena de Derecho*; Vol. 23 N° 1, pág. 46). En consecuencia, no son más que obligaciones o deberes de hacer, de no hacer o de dar." (STC 1295/2009). Las limitaciones son *"la delimitación jurídica de la específica opción legislativa por la extensión de las facultades dominicales y sus cargas"* (Aldunate Lizana, Eduardo; *"Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de*

la dogmática constitucional de la propiedad"; en Revista Chilena de Derecho; vol. 33 N° 2, 2006, págs. 285-303).

Por la otra, pueden ser concebidas negativamente, diferenciándolas de las privaciones. En tal sentido, esta Magistratura ha señalado que *"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... Toda regulación o 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"* (STC Rol 505/06);

38.Que las limitaciones emanan de la función social de la propiedad, que es reconocida por distintos ordenamientos jurídicos constitucionales. Así lo hacen la Constitución alemana (artículo 14), la italiana (artículo 42), la austríaca (artículo 6°), la española (artículo 33) y la portuguesa (artículo 90). En Latinoamérica, reconocen dicha función la Constitución brasileña (artículo 5° N° 22), la colombiana (artículo 58), la mexicana (artículo 27), la peruana (artículos 70 y 72), la costarricense (artículo 45), la venezolana (artículo 115) y la boliviana (artículo 56);

39.Que dicha función social fue incorporada a nuestro ordenamiento por una reforma constitucional a la Constitución de 1925 (Ley N° 16.615, de 20 de enero de 1967). El texto original de la Constitución del 25 señalaba: *"El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal*

sentido, podrá la lei imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses jenerales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública".

La reforma constitucional de 1967 estableció lo siguiente: *"La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes."*;

40.Que, explicando este cambio, Pedro Jesús Rodríguez (*"La propiedad privada"*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXIX, enero-abril 1972, primera parte, págs. 111 a 142), sostuvo que esta reforma puso término a la identidad de los intereses privados del dueño de la propiedad con los intereses sociales. *"Su profundo sentido fue reconocer que en el ejercicio de la propiedad privada está comprometido el interés público y que puede ser distinto y ajeno al del propietario, y aun contrapuesto, cuando proviene de aspiraciones y urgencias colectivas... El profundo significado de estas disposiciones fue someter la propiedad privada a los requerimientos colectivos, mediante sanción ulterior de leyes que, partiendo de la limitada, configuraron el derecho social de propiedad privada"*;

41.Que, respecto a la actual Constitución, el artículo 19 N° 24°, inciso segundo, establece tres reglas en materia de función social de la propiedad. En primer lugar, que ésta se traduce en limitaciones y obligaciones. En segundo lugar, que sólo la ley puede

establecerlas. En tercer lugar, que la función social se justifica en causales taxativamente precisadas por la Constitución: los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental;

42. Que dicha función no está definida por el constituyente (STC 245/1996).

Sin embargo, es posible encontrar algunos antecedentes en la etapa de elaboración de la Constitución. En el Memorandum de 16 de agosto de 1978, dirigido por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución al Presidente de la República, es posible encontrar dos ideas. Por una parte, que *"la función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él. Supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos"* (STC 245/1996). Por la otra, se señala lo siguiente: *"Respecto de las limitaciones al dominio, dice que "constituyen la expresión jurídica de los deberes anexos al dominio que la doctrina señala como consecuencia de su carácter social. Es, entonces, la función social de la propiedad la que justifica las limitaciones y obligaciones que el legislador puede imponer."* (STC 245/1996).

Enseguida, este Tribunal ha señalado que dicha función significa que la propiedad *"tiene un valor individual y social, por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. La Constitución alemana dice: "la propiedad obliga", para hacer notar que el dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades del propietario que armonizan los intereses del dueño y de la sociedad puede decirse que constituyen la función social de la propiedad"* (STC 245/1996);

43. Que en el mismo sentido se expresa la doctrina. Así, para Lautaro Ríos (*"El principio constitucional de la función social de la propiedad"*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXIV, número 2, págs. 57-73), *"la función social no se opone -necesariamente- a la función individual de la propiedad. Se trata, más bien, de una coordinación de intereses; pero si ellos entran en conflicto, se concede primacía a la función social"*. Dicho autor agrega que la función social es un *"encauzamiento y -por ende- una orientación limitativa del ejercicio del dominio"*.

Para Humberto Nogueira (*"Derechos fundamentales y garantías constitucionales"*; tomo 4°; Editorial Librotecnia; Santiago, 2010, p. 182), *"el contenido esencial del derecho de propiedad incluye su función social, la cual es parte del derecho mismo. La utilidad individual (interés del propietario) y la función social (satisfacción de los intereses de la sociedad) son elementos vertebrales inescindibles del derecho de propiedad, conformando su contenido básico en cada una de las categorías de bienes. La propiedad entraña obligaciones, su uso debe estar al servicio del bien común, que es prevaleciente frente al interés particular del propietario"*.

Para José Luis Cea (*"Derecho Constitucional Chileno"*, tomo II; Ediciones PUC; Santiago, 2012, págs. 574-575), en relación con la función social, *"es inconcebible imaginar o entender ese derecho sin las restricciones y deberes que legitiman su ejercicio por el dueño"*, (ésta es) *"un elemento estructural del dominio, es decir, es parte del derecho mismo, concerniente a su esencia, y no algo adicionado o superpuesto por el Estado a él"*. *"Es el resultado de la correcta aplicación de una fórmula o ecuación jurídico-social, que permite conciliar el ejercicio del derecho de propiedad por su dueño, de un*

lado, con las necesidades del mantenimiento y el desarrollo de la comunidad, de otro". Más adelante agrega que "es un criterio delimitador del contenido esencial y del modo de ejercer el dominio, por lo cual tiene cualidad prescriptiva y no sólo descriptiva, operando como pauta para que la propiedad sirva a su destino natural". La función social "es expresión del principio de solidaridad, por su estrecha vinculación con la contribución que el dominio tiene que otorgar a la satisfacción de los intereses generales de la sociedad política y a la realización concreta del bien común en ella";

44. Que dicha función social se aplica a todo tipo de propiedad. Como ha dicho este Tribunal, "esta autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social y así lo exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública, se aplica, prima facie, a todas las clases y especies de propiedad, incluyendo la propiedad sobre bienes incorporales, sin excluir los que nacen de los contratos, pues el propio constituyente no ha hecho distinción alguna y ha permitido que el legislador regule y limite todas las especies de propiedad." (STC 506/2007). Como ha dicho en otra sentencia, "la Constitución no formula distinción o exclusión alguna que impida al legislador regular y limitar todas las especies de propiedad en el marco habilitante ya transcrito y establecer reglas para balancear los legítimos intereses públicos con la defensa de la propiedad privada. Cabe concluir entonces que la Carta Fundamental establece los mismos criterios limitativos, cualquiera sea el bien objeto del derecho de propiedad adquirido, y que, en definitiva, es a esta Magistratura a quien le corresponde precisar, en esta sede de control, hasta dónde la ley, por esta vía, puede

limitar el derecho de propiedad o imponerle obligaciones que no importen transgredir el estatuto constitucional de este derecho;" (STC 1309/2010);

45.Que la posibilidad que tiene la autoridad de disponer el traslado de instalaciones de una faja de un camino público es una limitación al dominio, en primer lugar, porque establece una obligación de hacer, consistente en el deber que tiene el propietario de la instalación de sacarla del lugar en que se encuentra, manteniendo la propiedad sobre ella.

En segundo lugar, porque la ocupación de una porción de un bien nacional de uso público, que tienen ciertas empresas, emana de un permiso otorgado por la autoridad. Dicho permiso sustrae del uso común un bien que podrían utilizar todos. El permiso es, en sí, una limitación.

En tercer lugar, porque se funda en una de las causales que la Constitución contempla como justificadoras de la función social: los intereses generales de la Nación. Estos, ha dicho este Tribunal, citando al profesor Enrique Evans, *"expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden"* (STC 334/2001). En el mismo sentido lo ha definido la doctrina. Así, para Cea, dichos intereses son todo *"cuanto convenga o beneficie al país en su conjunto, aunque pueda referirse a sectores de su población, áreas de actividad o zonas geográficas específicas o determinadas dentro de él"* (ob. cit.; p. 578). Para Nogueira (ob. cit.; p. 183), es *"todo cuanto beneficie y posibilite el desarrollo del país en su conjunto, aun cuando ello se concrete en determinadas zonas*

geográficas, actividades específicas o posibilite el desarrollo del país”;

46. Que este interés general se materializa en el derecho de todos los habitantes a circular por los caminos públicos. De conformidad al artículo 107 de la Ley de Tránsito, *“los conductores tienen el derecho a transitar en sus vehículos por las vías públicas, salvo las excepciones que establece esta ley y las medidas que, en caso contrario y en casos especiales, adopte la autoridad competente”*.

Dicho derecho es la concreción de la libertad de locomoción, que implica, entre otras cosas, *“el trasladarse de uno a otro lugar”* dentro de la República (artículo 19 N° 7°, Constitución), sin pedir permiso o autorización, y sin trabas;

47. Que este derecho de tránsito está especialmente garantizado por la Ley de Tránsito. Por de pronto, facultando a la autoridad para retirar los vehículos en ciertos supuestos. Por ejemplo, si se trata de vehículos abandonados en la vía pública (artículo 156); de vehículos que hayan sufrido un desperfecto y entorpecen el tránsito (artículo 173), pues, en esos casos, se dificulta el tránsito. Enseguida, porque la ley se preocupa de establecer que las vías públicas sólo pueden destinarse a cumplir su objetivo, prohibiendo que se destinen a otros fines que no sea el tránsito de vehículos (artículo 160). Finalmente, porque la ley tipifica los casos en que ese libre tránsito puede ser afectado. Así, la autoridad puede prohibir por causas justificadas la circulación de todo vehículo o de tipos específicos de éstos, por determinadas vías públicas (artículo 113); también se faculta a dicha autoridad para autorizar en casos calificados que una determinada vía o calle sea destinada a un uso distinto del tránsito de

vehículos (artículo 161) o con tránsito restringido para la circulación de vehículos y peatones (artículo 112);

48.Que la preocupación por esta libertad ambulatoria se manifiesta también en que hay Ministerios encargados de lograr tal propósito. Así, por una parte, el Ministerio de Transportes es el que establece nacionalmente la normativa de tránsito (artículo 4°, Ley de Tránsito). Por la otra, el Ministerio de Obras Públicas está encargado del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales (artículo 1°, D.F.L. N° 850, MOP, 1997). Específicamente corresponde a la Dirección de Vialidad la realización del estudio, proyección, construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación y reparación de los caminos, puentes rurales y sus obras complementarias que se ejecutan con fondos fiscales o con aportes del Estado (artículo 18, D.F.L. N° 850, MOP, 1997);

49.Que, entonces, la posibilidad de traslado de instalaciones en las fajas de los caminos se funda en el beneficio que para la sociedad toda trae consigo el mejoramiento de los caminos, necesidad que impone dicho traslado;

IX. EL PRECEPTO ES UNA LIMITACIÓN LEGÍTIMA AL DOMINIO.

50.Que si el traslado de las instalaciones dispuesto por la autoridad es una limitación al dominio, queda por analizar si ésta es legítima. Es decir, si cumple los criterios que este Tribunal, interpretando la Constitución, ha establecido para ello;

51.Que, en primer lugar, la norma reprochada cumple el criterio de que la limitación sea mesurada y razonable. Por de pronto, porque hay una orden de traslado. No se expulsa del uso de la faja a las

instalaciones, pues pueden permanecer en un determinado lugar diferente al que en un momento determinado ocupen. No hay una prohibición o una orden de retiro. De hecho, las instalaciones fueron trasladadas y reinstaladas en la faja.

Enseguida, porque hay un beneficio para el requirente, consistente en que puede usar gratuitamente la faja. Todas las otras instalaciones que ocupen la faja, después de 1996, deben pagar por ello.

Finalmente, si la autoridad puede ordenar el retiro de toda instalación, sin derecho a indemnización, no se advierte por qué debería pagar por un mero traslado. No hay que olvidar que el permiso de ocupación tiene un grado de precariedad mayor que el de una concesión;

52.Que, en segundo lugar, cumple el criterio de que no se debe desnaturalizar el uso principal de la faja. Esta es un bien nacional de uso público, destinado al libre tránsito. El traslado se dispuso para mejorar ese uso principal, pues se iba a ensanchar y mejorar el camino al que accedía;

53.Que es tan central este uso principal, que hay una serie de sujetos que sufren restricciones para asegurar dicho libre tránsito.

En primer lugar, lo sufren los vehículos que transitan por dichos caminos. Estos necesitan patente, permiso de circulación y certificado de seguro obligatorio (artículo 51, Ley de Tránsito). Además, deben estar inscritos en el Registro de Vehículos Motorizados, presumiéndose propietario la persona a cuyo nombre fuera inscrito (artículos 39, inciso primero, y 44, Ley de Tránsito). También deben tener condiciones técnicas de construcción, de seguridad, comodidad, presentación y mantenimiento, definidas por el ordenamiento jurídico (artículo 62). Así, deben tener neumáticos en buen estado (artículo 69), frenos y luces (artículo 70), una serie de

elementos, como velocímetros, parachoques, rueda de repuesto, cinturones de seguridad (artículo 75). Asimismo, la carga no puede exceder pesos máximos (artículo 65). Del mismo modo, el vehículo no puede contaminar (artículo 78) y debe tener revisión técnica al día (artículo 89).

En segundo lugar, sufren estas limitaciones los conductores de dichos vehículos. Estos necesitan tener licencia para conducir, la que deben llevar consigo (artículos 5° y 6°). También deben obedecer y respetar las señales de tránsito (artículo 95); respetar los límites de velocidad (artículos 117 y 144); respetar el sentido del tránsito o de la circulación (artículos 116, 120 y 122); respetar la distancia entre vehículos (artículo 126). Asimismo, no pueden conducir si no están en condiciones físicas o psíquicas suficientes (artículo 109); si se encuentran en estado de ebriedad o bajo la influencia del alcohol (artículo 110).

En tercer lugar, sufren limitaciones los dueños de predios colindantes a los caminos públicos. Así, estos dueños tienen prohibido ocupar las fajas de 35 metros, medidos a cada lado de los cierros actuales, con construcciones de tipo definitivo que en el futuro perjudiquen su ensanche (artículo 39). También, los predios rústicos colindantes deben permitir la extracción de tierras, arena, piedras y demás materiales análogos que fueren necesarios para construir y conservar los caminos (artículo 45). Además, la que los obliga a soportar su uso para restablecer el tránsito, si éste se interrumiere por destrucción u obstrucción motivada por fuerza mayor o caso fortuito (artículo 46). Del mismo modo, los dueños de los predios colindantes deben proporcionar el agua que se necesite para construir los caminos (artículo 48);

54. Que, para garantizar ese libre tránsito, se confiere una serie de facultades a la Dirección de Vialidad. Así, ésta tiene la facultad de disponer la reapertura o ensanche de los caminos (artículo 26); también puede ordenar restablecer el tránsito, autorizando el uso de los terrenos colindantes para ello (artículo 46); además, tiene deberes de mejoramiento, defensa, reparación y conservación (artículo 18); asimismo, puede prohibir el acceso que constituya peligro para la seguridad del tránsito o que entorpezca la libre circulación (artículo 40);

55. Que en el mismo sentido se enmarca la prohibición de ocupar, cerrar, obstruir o desviar los caminos públicos (artículo 35);

56. Que no se advierte razón que justifique que quienes ocupan dichas fajas gratuitamente, no tengan la limitación de soportar el costo de un traslado de sus instalaciones. La pregunta es por qué no van a tener estas restricciones, si una serie de otros sujetos, para garantizar el libre tránsito por los caminos, sufre restricciones a sus derechos;

57. Que el tercer criterio que ha establecido este Tribunal para legitimar las limitaciones, es la función pública que desempeña el concesionario.

En efecto, la concesión de servicio público eléctrico implica dar suministro de energía a usuarios finales ubicados en una zona de concesión. Por lo mismo, las empresas sólo pueden destinar sus instalaciones de distribución al servicio y al alumbrado público (artículo 7°, Ley General de Servicios Eléctricos, en adelante LGSE). Como ha dicho esta Magistratura, *“se trata, en consecuencia, de una propiedad afecta a un fin específico, de enorme impacto en la industria, en el trabajo, en la oficina, en el hogar, en los centros de enseñanza, en los lugares de entretención o de*

esparcimiento. Resulta difícil encontrar una actividad donde este insumo no se utilice. El concesionario, por lo mismo, no realiza una actividad cualquiera. Realiza un emprendimiento que exige continuidad o no interrupción o suspensión del servicio (artículo 16 B, Ley N° 18.410), seguridad en su prestación (artículo 139, Ley General de Servicios Eléctricos), coordinación (artículo 138), calidad (artículos 41, 130 y 146) y no discriminación -debe dar servicio dentro del área de concesión a cualquier usuario que lo solicite- (artículo 125)" (STC 1669/2012).

Por lo mismo, no es una propiedad cualquiera, sino sujeta a regulaciones que buscan garantizar el cumplimiento de dicha finalidad de servicio público;

58.Que, por lo demás, los concesionarios de distribución de energía eléctrica están sujetos a una serie de obligaciones o prohibiciones que la LGSE les impone, semejantes a la que la empresa requirente cuestiona. Por ejemplo, ha dicho este Tribunal, no pueden transferir la concesión o parte de ella sin la autorización del Ministerio de Energía (artículo 47, LGSE); las servidumbres que pueden imponer a los privados se deben establecer en conformidad a los planos aprobados en el decreto de concesión (artículo 48); los propietarios de las líneas están obligados a permitir el uso de sus postes, torres y otras instalaciones que sean necesarias (artículo 52); en el trazado de las líneas, en lo posible, no pueden cortar o podar árboles (artículo 222); toda la operación del sistema eléctrico es coordinada para garantizar la seguridad y la operación más económica (artículos 118, 137 y 138, LGSE); las concesionarias deben disponer permanentemente de suministro de energía que les permita satisfacer el total del consumo proyectado de sus consumidores (artículo 131); el concesionario debe mantener las instalaciones en

buen estado y en condiciones de evitar peligro para las personas o cosas (artículo 139) (STC 1669/2012).

No es, entonces, el pago del traslado de instalaciones la única obligación que el concesionario debe soportar;

59. Que, en cuarto lugar, también la limitación cumple el criterio de tener en cuenta las limitaciones en el contexto de privilegios que pueda disfrutar el afectado.

En efecto, en primer lugar, como ya se ha indicado, el concesionario puede usar gratuitamente y de modo exclusivo, un pedazo de un bien nacional de uso público, un bien que es de todos y que, de no mediar el permiso, podrían usar todos.

En segundo lugar, como lo ha dicho esta Magistratura, los concesionarios de servicio público tienen una serie de privilegios: *"hay una suerte de monopolio natural en la zona de concesión (artículo 17, LGSE); puede disponer de servidumbres en terrenos privados (artículo 48, LGSE); cobra una tarifa que le asegura una rentabilidad económica mínima (artículo 152, LGSE) y que deben pagar todos los usuarios, sin excepción (artículo 151 de la misma ley)"* (STC 1669/2012). Ello se justifica por la importancia que tienen los servicios básicos y en particular la electricidad, para la vida de las personas.

En tercer lugar, los concesionarios tienen una serie de facultades, que les permiten imponer obligaciones a particulares, incluso más intensas que la que se cuestiona en este requerimiento, como lo ha reconocido esta Magistratura (STC 1669/2012).

Por una parte, se encuentra la facultad que tienen las empresas concesionarias para exigir a los usuarios que soliciten servicio dentro del área de concesión, un

aporte financiero reembolsable para ejecutar ampliaciones de capacidad, o para la extensión de las instalaciones existentes hasta el punto de empalme del peticionario (artículos 126, 127 y 128, LGSE). No obstante que en su área de concesión las empresas distribuidoras están obligadas a dar servicio (artículo 125), la ley les permite que puedan solicitar este aporte, previo contrato que deben firmar con el usuario. En este caso, la empresa pide al usuario financiar la obra de ampliación o extensión. La equivalencia está dada porque para el usuario no obtener el suministro con el cual producir otros bienes, o consumir la energía en el hogar, la industria, el comercio, etc., es una verdadera orden negativa. Es decir, una prohibición de acceso a dicho suministro.

Por otra, las concesiones de distribución crean a favor del concesionario el derecho a imponer las servidumbres necesarias para tender líneas a través de propiedades ajenas (artículo 51, LGSE). El dueño del predio afectado tiene la facultad de exigir que las instalaciones no crucen por ciertos lugares especiales (artículo 54) y a que se le pague el valor de los terrenos y una indemnización (artículo 69); pero no puede perturbar el libre ejercicio de la servidumbre (artículo 57); y debe permitir la entrada de inspectores y trabajadores para efectuar reparaciones (artículo 56).

Ambas figuras son semejantes al traslado de redes. En el caso sub lite, la autoridad, como consecuencia de administrar la faja adyacente a los caminos públicos y con el propósito de garantizar un mejor libre tránsito, dispone su traslado. En las facultades que tienen las empresas, éstas imponen obligaciones a privados para que pueda llevarse a cabo la distribución de la energía;

60.Que, finalmente, se cumple el último criterio: que la limitación no se convierta en privación del dominio.

En efecto, en la obligación de traslado, en primer lugar, no hay desplazamiento patrimonial. Lo que existe es un mandato de hacer, que la empresa debe llevar a cabo, como consecuencia de tener sus instalaciones en un bien nacional de uso público. Dicha obligación es trasladar las redes de modo temporal, hasta que se mejore el camino público en cuya faja se encuentran ubicadas. En esa obligación, las instalaciones siguen siendo de propiedad de las concesionarias, no pasan a dominio de la Dirección de Vialidad.

En segundo lugar, no hay privación, porque no hay daño. El eventual perjuicio económico que signifique el traslado, se compensa con el uso gratuito de la faja, que la empresa ha usado pacífica y tranquilamente por prácticamente diez años, contados desde 1996. Ha tenido tiempo suficiente para amortizar sus inversiones.

En tercer lugar, no hay privación porque no se afecta el funcionamiento de la empresa. Esta podría perfectamente ubicar sus instalaciones en los predios privados colindantes al camino. Pero eso implicaría un costo por el pago de las servidumbres de paso. Prefiere, por tanto, instalarse en la faja del camino público, por su gratuidad. Pero eso la sujeta a eventuales traslados y a órdenes de retiro que pueda disponer la autoridad.

Y VISTO lo dispuesto en los artículos 19, N°s 20° y 24°, y 93, N° 6°, de la Constitución Política de la República, así como en las normas pertinentes de la Ley N° 17.997, orgánica constitucional de esta Magistratura,

SE RESUELVE:

Que se rechaza el requerimiento de fojas 1, dejando sin efecto la suspensión de procedimiento decretada en

estos autos, a cuyo efecto deberá oficiarse al tribunal respectivo.

Que no se condena en constas a la requirente, por estimarse que tuvo motivo plausible para deducir su acción.

El Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán dejan constancia de que concurren a la sentencia que rechaza el requerimiento deducido, por estimar que dicha decisión se conforma con el mérito del presente proceso constitucional; pero cumple con hacer presente -tal como se hizo presente en los autos Roles N°s 1863-11-INA, 1993/2043/2077/2078/2079-11-INA (ac) y 1991-11-INA- que no comparte ciertos enfoques doctrinarios de la sentencia, especialmente sobre la naturaleza del derecho del concesionario eléctrico a usar bienes nacionales de uso público para el ejercicio de su actividad y en cuanto a la justificación de las cargas que recaen sobre ese derecho, en lugar de los cuales tiene presente lo siguiente:

1°) Si bien hay doctrina que sostiene que la utilización exclusiva o preferente de un bien estatal o público por parte de un particular no puede ejercitarse sino en virtud de un acto unilateral de la Administración, descrito como un acto administrativo denominado permiso, de carácter discrecional, unilateral y precario, crecientemente la legislación nacional se inclina por consagrar también, como fuente de ese derecho, un contrato: el de concesión. Así lo hacen, por ejemplo, el Decreto Ley N° 1.939 (artículos 57 y siguientes); la Ley N° 18.695 (artículo 36); la Ley N° 18.696 (artículo 3°), y la Ley N° 19.542 (artículos 7 y 53) entre otras.

También, en ocasiones, es la propia ley la que concede directamente ese derecho, tratándose en dichos

casos de un verdadero derecho legal de uso, pues el uso del bien público lo permite directa e inmediatamente una norma legal expresa, como ocurre en el caso de autos, en que es la Ley General de Servicios Eléctricos (actualmente contenida en el D.F.L. N° 4/20.018, del Ministerio de Economía, de 2007, que fija su texto consolidado) la que en sus artículos 2°, N° 4, letra b), y 16, consagra dicha facultad.

En efecto, el artículo 16 de dicho cuerpo legal, en lo pertinente, prescribe: *"Las concesiones de servicio público de distribución otorgan el derecho a usar bienes nacionales de uso público para tender las líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión"*.

De esta forma, el uso de los bienes nacionales de uso público con las indicadas finalidades constituye un derecho propio de la calidad de concesionario, en virtud del estatuto jurídico que rige a las concesiones de servicio público de distribución de energía eléctrica. Dichos concesionarios, que además prestan un servicio que beneficia a la comunidad toda, gozan del derecho legal para tender postaciones sobre las fajas de los caminos públicos, desde que tales bandas adyacentes son bienes nacionales de uso público, por definición del Decreto con Fuerza de Ley N° 850, del Ministerio de Obras Públicas, de 1998, artículo 24.

En tal sentido, debe tenerse presente que esta misma Magistratura ha señalado que la concesión *"importa un acto esencialmente creador de derechos"*, de forma tal que se le *"ha reconocido siempre un carácter contractual"* (Rol 467/2006)

2°) No resulta contradictorio con lo afirmado, la circunstancia de que el mismo artículo 41 del D.F.L N° 850, cuyo inciso final se cuestiona, establezca que deba otorgarse una autorización, por parte de la Dirección de

Vialidad, para hacer uso material de este derecho legal de uso, esto es, *“para tender las líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión”*, pues dicha autorización o permiso no es constitutiva de un derecho de uso que ya ha sido conferido por la ley, sino que tiene por objeto velar, por parte de la entidad bajo cuya competencia se encuentran los caminos públicos, por el cumplimiento de las normas preexistentes relativas a la seguridad vial y el uso público de los caminos, como se puede concluir con facilidad de simple la lectura de la citada norma. De allí que la Dirección de Vialidad esté obligada a otorgar dichas autorizaciones *“a menos que se opongan al uso de los caminos públicos, sus fajas adyacentes, pasos a nivel y obras de arte, o al uso de túneles o puentes; no afecten la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías; no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona; y sea posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas.”* (Artículo 41 del D.F.L. 850, inciso cuarto).

3°) Que sea la ley la que otorga directamente este derecho de uso al concesionario, si bien le confiere mayor estabilidad y firmeza que un simple permiso o un contrato de concesión, no significa que se trate de un derecho puro y simple que pueda ejercitarse libremente. Nada ha impedido al legislador imponer, por razones derivadas del bien común y amparadas por la función social de la propiedad, determinada en este caso especialmente por necesidades de utilidad pública, condiciones, modalidades u otras obligaciones o cargas asociadas a su ejercicio, aún más tratándose de un derecho que implica autorizar a un particular a utilizar bienes públicos en su provecho, gratuitamente en el caso

del requirente, frente a la alternativa de verse obligado a enfrentar los costos de establecer una servidumbre para el tendido de sus redes eléctricas.

En efecto, siendo deber del Estado promover el bien común, conforme lo establece el artículo 1° de la Constitución, así como establecer las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad, consagrada en el párrafo segundo del numeral 24, de su artículo 19, y fijar por ley las normas sobre concesión de los bienes del Estado (artículo, 63, numeral 10), no puede reprochársele que, junto con conceder gratuitamente el derecho legal de uso de bienes públicos a un particular, para facilitarle el ejercicio de su actividad de concesionario de un servicio de distribución de energía eléctrica que, si bien presta un servicio público, de su legítimo provecho se apropia exclusivamente el concesionario, haga recaer sobre él la obligación de pagar el costo de los traslados que deban practicarse en virtud del cuestionado artículo 41, inciso final, del DFL N° 850, del mismo modo que lo obliga a cumplir, como se dijo en el motivo anterior, las condiciones relativas al uso libre y seguro de los caminos públicos. Por lo demás, siempre las concesiones de esta clase implican, para su titular, derechos y obligaciones, como lo detalla la sentencia en sus considerandos 58° y 59°.

4°) De esta forma, dichos concesionarios están jurídicamente obligados a soportar la obligación de pagar el costo de los traslados que deban practicarse en virtud del cuestionado artículo 41, inciso final, del DFL N° 850, salvo que en el permiso o contrato de concesión respectivo se hayan fijado otras condiciones, así como los demás derechos y obligaciones a que se ha aludido, dado que ello forma parte del estatuto legal de estas concesiones. Se derivan de su propia naturaleza y de la

realidad fáctica en que se desenvuelven, la que naturalmente variará en el tiempo, debido al desarrollo del país, a las necesidades del perfeccionamiento vial y a los avances tecnológicos, entre otras razones, pues si así no fuera estaríamos frente al absurdo de suponer una Nación petrificada eternamente, con los mismos caminos, líneas de electricidad, de telecomunicaciones, drenajes, ductos, acueductos, ciudades, puentes.

Es por ello que la innovación normativa que demanda el progreso no puede sino considerarse parte integrante del estatuto legal de la concesión. Ésta es la noción que se expresa en lo dispuesto en el artículo 15° de la Ley General de Servicios Eléctricos, cuando establece que, en lo que ellas no prevean, las concesiones estarán sometidas a las leyes, reglamentos y ordenanzas vigentes o que se dicten el futuro sobre la materia, y en el mismo decreto que otorgó la concesión de autos, cuya copia rola a fojas 17, el cual establece, en su artículo 3°: “La presente concesión se otorga en conformidad al D.F.L N°1, de 1982, del Ministerio de Minería, y queda sometida a todas las disposiciones legales y reglamentarias vigentes o que se dicten en el futuro sobre la materia”. En concordancia con lo anterior, el artículo 16 de la misma ley eléctrica señala que *“las concesiones de servicio público de distribución otorgan el derecho a usar bienes nacionales de uso público para tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión”*.

5°) En relación al supuesto efecto retroactivo de la norma, cabe tener presente que dicha materia fue arduamente debatida durante la discusión de la ley, especialmente en la sesión efectuada en el Senado el 18 de junio de 1996, quedando claro que la disposición no tenía tal carácter.

En tal sentido, el Ministro de Obras Públicas de la época, señor Ricardo Lagos, insistió que *“estamos hablando de una normativa que regirá a futuro”*, de modo que *“obviamente, esto tendrá vigencia a futuro, porque estamos legislando a partir del momento en que se publique la respectiva ley”*.

Como consecuencia de lo anterior, el senador señor Fernández, hizo presente que *“la ley en proyecto no tiene efecto retroactivo y que, por lo tanto, no afectará a los derechos que empresas o particulares puedan tener respecto de instalaciones existentes en fajas de propiedad fiscal”*.

A su turno, el senador señor Hamilton reiteró que *“el proyecto no contiene ninguna disposición que permita que en esta parte la ley rija para el pasado. Su vigencia comienza desde su publicación en el Diario Oficial. Ahora bien, las concesiones que se otorguen en adelante serán afectadas por estas normas, y si hay modificaciones de las anteriores, ellas podrán o no verse afectadas dependiendo de las condiciones en que fueron pactadas. Si se altera la franja del camino donde se encuentren ubicadas las concesiones, eso se resolverá de común acuerdo entre las partes, o conforme a la ley, o, en subsidio, por los tribunales”*.

Por su lado, el senador señor Valdés destacó que *“no puede regir una disposición de esta naturaleza con efecto retroactivo, porque afectaría derechos ya incorporados a la vida jurídica y económica de las empresas, acepto el veto, en el claro entendido de que rige para el futuro y no para el pasado”*.

A su vez, el senador señor Zaldívar resumió el debate parlamentario en el sentido que *“después de la discusión y de las aclaraciones del señor Ministro, queda de manifiesto -y así constará en la historia de la ley, lo cual es importante para su interpretación posterior*

por quien corresponda- que lo señalado en la norma rige a futuro".

Por último, el entonces senador señor Piñera concluyó el proceso de aprobación del precepto destacando que había *"habido unanimidad en el Senado, concurriendo a ella las palabras del señor Ministro, en el sentido de que la intención de esta normativa no es afectar hacia atrás situaciones consolidadas. Si hubiera discrepancia o disputa entre las partes hacia atrás, ellas deberán ser resueltas por los tribunales de justicia de acuerdo con lo establecido en los respectivos contratos y las leyes vigentes"*. Incluso, hizo hincapié en que le parecía *"que ese costo no sea de cargo del Ministerio, sino de las empresas respectivas, el cual, a su vez, de acuerdo con las leyes que determinan cómo se fijan las tarifas -porque hay distintos tipos de cuerpos legales sobre el particular-, podrá ser transferido a los usuarios o no"*.

6°) Adicionalmente, en cuanto a la presunta aplicación retroactiva de la ley impugnada, es un hecho no discutido que ello no ocurre, pues consta en autos que el traslado en cuestión se dispuso con posterioridad a su entrada en vigor.

Por otra parte, en lo relativo a la presunta afectación de derechos adquiridos, la historia del establecimiento del precepto legal demuestra que, al momento de su aprobación en el Senado, se dejó constancia de que no afectaría el derecho de los concesionarios existentes a seguir usando gratuitamente de la faja fiscal. Por ello, junto con establecerse, para las futuras concesiones, la obligación del pago de derechos por el uso de la faja fiscal, se contempló una disposición transitoria excluyendo de dicho pago a los concesionarios existentes. Con ello, mantuvieron estos concesionarios el beneficio que la ley les reconocía. En lo demás, como se ha dicho, nunca existió un pretendido

derecho adquirido a la gratuidad de los traslados, pues esta posibilidad estuvo siempre incorporada en el estatuto jurídico de la concesión.

7º) Por estos motivos estimamos que el precepto legal cuestionado en estos autos no es contrario a la Constitución, reafirmando la doctrina enunciada por esta Magistratura en sentencia de 10 de febrero de 1995 (Rol 207) en cuanto, entre los elementos propios del Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas, lo cual implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados. Confianza que se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquéllas con las cuales quién los realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones. De allí que, en principio y sin perjuicio de la o las excepciones que el propio ordenamiento constitucional contempla, la retroactividad de una ley atenta en contra de los valores antes mencionados, que son esenciales en un Estado de Derecho como el que establece nuestra Constitución.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander, y la prevención, el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán.

Regístrese, notifíquese y archívese.

ROL N° 1986-11 INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por sus Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander, José

Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino, y por el suplente de Ministro señor Christian Suárez Crothers.

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor Enrique Navarro Beltrán concurrieron al acuerdo y fallo, pero no firman, por encontrarse haciendo uso de su feriado, la primera, y haber cesado en su cargo, el segundo.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.