

Santiago, veinticuatro de julio de dos mil doce.

**VISTOS:**

Con fecha 27 de mayo de 2011, a fojas 1 y complementado a fojas 143, el abogado Jorge Beytía Moure, en representación de Metrogas S.A., ha deducido 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 "*Fisco de Chile con Metrogas S.A.*", de que conoce actualmente el 7° Juzgado Civil de Santiago, bajo el Rol N° 34.594-2009.

Como antecedentes de la gestión pendiente en que incide el requerimiento, cabe consignar que el Fisco de Chile demandó de cobro de pesos en juicio de hacienda a Metrogas, para obtener el reembolso de la suma aproximada de \$701.000.000, que previamente le había pagado -a través de la Sociedad Concesionaria Autopista Central S.A., actuando en representación del Ministerio de Obras Públicas-, por concepto del traslado de instalaciones de Metrogas ubicadas en la faja fiscal que interferían con la ejecución de la obra pública "*Proyecto Sistema Norte-Sur*" de la Región Metropolitana, traslado que había sido ordenado por la Dirección de Vialidad, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 41 de DFL 850, mediante oficio de 19 de junio de 2001.

Señala la requirente que el único fundamento de la demanda deducida por el Fisco en su contra está dado por el inciso final del artículo 41 cuestionado, cuya aplicación -por tanto- resultará decisiva para la resolución del asunto en que incide la inaplicabilidad de autos, y de ser declarada inaplicable conllevará que la

demanda del Fisco perderá inevitablemente sustento jurídico y deberá ser rechazada.

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”*.

Señala Metrogas que es concesionaria de servicios de gas por decreto supremo N° 1.443, de 10 de abril de 1934, al amparo del DFL 323, de 1931, que establece la Ley de Servicios de Gas. De dicha concesión, que es de naturaleza indefinida, se derivan tanto obligaciones como derechos que se encuentran incorporados a su patrimonio.

A continuación, la actora analiza en general las concesiones administrativas -citando doctrina y jurisprudencia-, abarcando sus fundamentos como medio de satisfacción de necesidades públicas -que permiten dar aplicación al principio de subsidiariedad y al derecho de los particulares para desarrollar toda clase de actividades económicas-; su concepto -desde una perspectiva amplia como restringida-; su naturaleza jurídica -como contrato, acto administrativo unilateral o acto mixto según las distintas tesis-, y su carácter de fuente generadora de derechos y obligaciones -tanto para el particular como para la Administración, independientemente de la tesis que se siga acerca de su naturaleza jurídica-. En esta última parte, destaca que, no obstante que un sector minoritario de la doctrina se opone a la posibilidad de que se deriven verdaderos derechos para el concesionario, la mayoría opina que la concesión constituye un acto esencialmente creador de derechos, constitutivo de derechos *ex novo*, que la diferencia de la autorización. Esta tesis así como la

naturaleza contractual de la concesión han sido confirmadas por este Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 467.

Agrega la requirente que estos derechos, en su calidad de cosas incorporales, se encuentran incorporados a su patrimonio y, como tales, están amparados por la garantía del derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución.

Luego, la Ley de Servicios de Gas le reconoce a los concesionarios -y en la especie a Metrogas- diversos derechos, destacando el de operar y explotar el servicio público de gas (artículo 1°); el de ocupar los bienes nacionales de uso público que sean necesarios para la adecuada prestación del servicio (artículo 12), y el derecho a no asumir el costo de las modificaciones que sean necesarias en sus redes de transporte para permitir las obras de rectificación, nuevos trazados, pavimentación u otros análogos que se hagan en bienes nacionales de uso público (artículo 15).

En efecto, respecto a este último derecho, el artículo 15 de la Ley de Servicios de Gas ha previsto expresamente que si el Estado, las Municipalidades u otros organismos públicos ordenaren el traslado por los motivos señalados, el concesionario estará obligado a ejecutar las modificaciones en sus redes, pero *“el costo de estas modificaciones será de cargo del organismo que las dispuso”*.

Este artículo en su texto actual tiene su origen en la Ley N° 18.856, de 1989, y en su texto anterior, vigente el año 1934, cuando se otorgó la concesión a Metrogas, disponía que las modificaciones se efectuarían *“sin costo alguno para el Estado o las Municipalidades (...) Pero si estos cambios se repitieren con menos de 10 años de intervalo, respecto de una misma parte de la red de distribución, el concesionario quedará exento de todo*

*pago*". Así, la Ley N° 18.856 traspasa desde el concesionario al organismo estatal el costo de las modificaciones, cambio legislativo que se incorpora de inmediato al patrimonio del concesionario, en virtud de la llamada "*cláusula de no mejores condiciones*", que es de la naturaleza de toda concesión y que impide al Estado fijar mejores condiciones para una concesión nueva sin incorporarlas en las que ya existen.

Por otra parte, la regla actualmente vigente que exime de los costos de traslado a la concesionaria es coincidente con la redacción original del actual artículo 41 del DFL N° 850, impugnado. En efecto, ya en el artículo 19 del DFL N° 206, de 1960, y después en el artículo 42 del Decreto N° 294, de 1984, que establecían los textos de la denominada Ley de Caminos, se encontraba una norma coincidente con artículo 15 de la Ley de Gas, que establecía que los costos de los traslados eran de cargo del "*interesado*", y no del propietario. Luego, este derecho a no asumir el costo contenido en los cuerpos legales anteriores al artículo 41 impugnado, también forma parte del estatuto de la concesión y se ha incorporado al patrimonio de Metrogas.

Agrega que de la historia fidedigna del establecimiento del artículo 41 del DFL N° 850, aparece que el Ministro de Obras Públicas de la época, señor Ricardo Lagos Escobar aclaró que la norma que había sido incorporada en el veto del Ejecutivo, no tendría en caso alguno efecto retroactivo, y que sólo en el entendido de que no afectaría a concesiones anteriores a su incorporación por la Ley N° 19.974 para no vulnerar derechos adquiridos, es que fue aprobada por el Congreso Nacional.

En cuanto a la infracción constitucional que se produciría por la aplicación del precepto legal impugnado en el caso concreto, la requirente estima, en primer

lugar, que se conculcaría su derecho de propiedad garantizado por el artículo 19, N° 24°, de la Constitución, precepto que consagra la propiedad sobre cosas incorporales, como son los derechos, reforzando lo dispuesto en el artículo 583 del Código Civil, cuestión que es aceptada por la mayoría de la doctrina y que ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema y de este Tribunal Constitucional, citando en este sentido la sentencia Rol N° 506.

En la especie, Metrogas tiene el derecho incorporal de no asumir el costo del traslado de las instalaciones, derecho cuya fuente es la ley, en particular el artículo 15 de la Ley de Servicios de Gas, que hace dichos costos de cargo del organismo que dispuso el traslado. En consecuencia, cualquier acto del legislador o de la autoridad que pretenda alterar dicho derecho esencial a la concesión, es contrario a la Constitución.

Luego, afirma que la única forma legítima para privar de un derecho personal es la expropiación, que requiere ley expropiatoria e indemnización, y agrega que no nos encontramos frente al caso de una limitación del derecho de propiedad.

Concluye Metrogas que de aplicarse el inciso final del artículo 41 impugnado, por el juez que conoce del juicio de hacienda que constituye la gestión sub lite, dicha aplicación producirá una privación inconstitucional de su derecho a no costear el traslado de las instalaciones y a exigir a la Dirección de Vialidad que asuma dicho costo, derecho que, como se dijo, forma parte del estatuto jurídico y de la esencia de la concesión. Así, solicita la inaplicabilidad del precepto aludido, pues de aplicarse se verá cercenado y eliminado por completo su derecho, sin cumplirse los requisitos que constitucionalmente habilitarían para ello y produciéndose una posible expropiación de facto.

En segundo lugar, estima Metrogas que la aplicación de la norma cuestionada en el litigio seguido en su contra por el Fisco, vulneraría el principio de juridicidad, base de la institucionalidad y del Estado de Derecho, consagrado en los artículos 6° y 7° constitucionales. Este principio exige la sujeción integral a derecho en la actuación de los órganos del Estado. Luego, de aplicarse el inciso final del artículo 41, se estaría permitiendo a la Dirección de Vialidad, junto con vulnerar el derecho de propiedad de Metrogas mediante un acto administrativo, actuar fuera de su competencia, excediendo sus atribuciones y en contravención a la Constitución y la ley.

Además, la infracción de los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, admite otro enfoque, desde la perspectiva del principio de confianza legítima, reconocido por esta Magistratura en la sentencia Rol N° 207, y que implica básicamente que si un determinado régimen jurídico ha asegurado una ventaja o beneficio a una persona, no podrá ser eliminado -por el Legislador o la Administración- sin adoptar esquemas transitorios o medidas compensatorias para atenuar los perjuicios que el cambio podría ocasionar al particular afectado. El incumplimiento de esta obligación genera para el privado el derecho a ser indemnizado por el daño causado.

Luego, sostiene Metrogas que el principio de confianza legítima se vulnera si un acto que se ejecuta en conformidad al derecho vigente, otorga un beneficio o ventaja que luego es desconocido por el Legislador o la Administración, como ocurrirá precisamente de aplicarse el inciso final del artículo 41 en la gestión en que incide la acción de inaplicabilidad que ha deducido.

La Primera Sala de esta Magistratura, por resolución de 29 de junio de 2011, admitió a tramitación el

requerimiento, y por resolución de 20 de julio del mismo año, lo declaró admisible.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, esta acción de inaplicabilidad fue puesta 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.

Con fecha 19 de agosto de 2011, a fojas 169, la abogada procuradora fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, Irma Soto Rodríguez, en representación del Fisco de Chile, hizo uso dentro de plazo de su derecho a formular observaciones, instando por el rechazo del requerimiento.

Comienza el 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 cañerías, tuberías, postaciones, alambrados, etc., 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, 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 Metrogas 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 la requirente, por aplicación de las normas sectoriales contenidas en la Ley de Servicios de Gas que operarían con ultractividad, o si corresponden al propietario según sostiene la Dirección de Vialidad, invocando el artículo 41, inciso final, del DFL N° 850, de 1997, que para el Fisco debe regir desde la publicación de la Ley N° 19.474.

Así, la discusión 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, y no de un conflicto de constitucionalidad de aquellos a que se refiere el artículo 93, N° 6, de la Carta Fundamental.

En cuanto a las infracciones constitucionales invocadas por Metrogas, el Fisco, en primer lugar, señala que la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima no están consagrados como garantías en la

Constitución, siendo sólo principios que las distintas ramas del derecho postulan. No es válido afirmar que de los artículos 6° y 7° constitucionales se desprenda que el Poder Legislativo, depositario de la voluntad soberana, no pueda modificar una situación normativa existente en un determinado momento. No existe el derecho a la inalterabilidad normativa ni a mantener las ventajas que de una regulación se reportan. Ello constituye una mera expectativa sobre la cual no existe propiedad. Por otro lado, la inalterabilidad del régimen jurídico sólo se obtiene cuando se celebra un contrato-ley con el Estado, cuyo no es el caso de autos.

En segundo lugar, 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. Los concesionarios de servicios de gas, como otros de utilidad pública, son beneficiarios de la explotación lucrativa de bienes comunes o públicos en virtud de un acto unilateral de autorización o permiso de la Administración, siendo jurídicamente improcedente sostener que la facultad conferida por la concesión o permiso atribuya un derecho de propiedad privada. Es un derecho administrativo o sui generis, al que no alcanza la protección del artículo 19, N° 24°, constitucional.

La concesión o permiso de distribución de gas lleva anexo el derecho a tender redes o postaciones, pudiendo atravesar bienes privados o nacionales de uso público. En el primer caso, se constituye una servidumbre legal onerosa, debiendo indemnizar al dueño del predio sirviente, y en el segundo caso el uso de los bienes nacionales de uso público es gratuito para los concesionarios anteriores a la vigencia de la Ley N° 19.474, como ocurre en la especie.

Agrega el Fisco que conforme al decreto supremo que otorgó la concesión, ésta queda sujeta a las leyes

futuras que se dicten a su respecto, lo que en términos prácticos significa que no se puede sostener que es inaplicable la nueva norma y, por consiguiente, que exista un conflicto de constitucionalidad. Igualmente, nuestro sistema de validez temporal de la ley establece que ella rige desde su publicación y para el futuro (artículos 6 y 9 del Código Civil), y el artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, dispone 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.

Además, lo relativo al costo de los traslados de redes emplazadas en caminos públicos, no es un derecho esencial en el aprovechamiento otorgado al concesionario, sobre todo si se considera que este último, en contraste con los terrenos privados, puede utilizar gratuitamente los caminos públicos.

Añade que a Metrogas no le asiste derecho adquirido alguno pues, tal como aquella reconoce en su requerimiento, el artículo 15 original de la Ley de Servicios de Gas, vigente entre el año 1934 y 1989 disponía que el costo del traslado debía ser asumido por el concesionario. Dicha situación fue cambiada por la Ley N° 18.856, de 1989, traspasando el actual artículo 15 el costo al organismo estatal que ordenó el traslado. En este contexto, mediante la modificación de la Ley N° 19.474, únicamente se volvió a poner el costo a cargo del concesionario, como propietario de las instalaciones, tal como era originalmente, desde el comienzo de la concesión al amparo del DFL N° 323, de 1931.

Por otro lado, el Fisco aduce que no existe 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 gas, ni su derecho a usar gratuitamente los caminos públicos.

Después de citar la sentencia Rol N° 43 de esta Magistratura, en relación a cuándo un derecho es afectado en su esencia, el Fisco concluye que el derecho esencial del concesionario de servicios de utilidad pública consiste en la facultad de explotar en su beneficio una actividad que en principio corresponde al Estado. En consecuencia, lo concerniente a quién debe soportar el costo de los traslados de la instalaciones del concesionario, cuando ello se hace necesario por razones de utilidad pública, deviene en una cuestión accesoria, que no compromete en absoluto el contenido esencial de la concesión, permaneciendo el ejercicio de los derechos que de ella emanan para el concesionario inalterados en su naturaleza esencial.

A fojas 510 se tuvo por acompañado por el Consejo de Defensa del Estado un dictamen de la Contraloría General de la República de fecha reciente, y a fojas 511 se ordenó agregar a los antecedentes el escrito de la requirente de 18 de noviembre de 2011.

Con fecha 22 de septiembre del año en curso se ordenó traer los autos en relación e incluirlos en el Rol de Asuntos en Estado de Tabla, agregándose en la tabla de Pleno del día 13 de diciembre de 2011, fecha en que tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Eugenio Evans Espiñeira, por la requirente Metrogas S.A., y María Eliana Ricke Gebauer, por el Consejo de Defensa del Estado.

**Y CONSIDERANDO:**

**I. LA IMPUGNACIÓN**

1. Que, como se ha señalado, la gestión pendiente está dada por un juicio de hacienda, en actual tramitación ante el 7° Juzgado Civil de Santiago, bajo el

Rol N° 34.594-2009, caratulado "Fisco de Chile con Metrogas", en el que el Fisco persigue el cobro de los costos en que la empresa concesionaria de la obra vial "Proyecto Sistema Norte Sur" incurrió por el traslado de instalaciones pertenecientes a Metrogas, ubicadas en la faja fiscal.

Es en el marco de la tramitación de dicho juicio 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, como se ha señalado, 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 u 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 instalaciones 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 la parte requirente argumenta sobre la base de las siguientes consideraciones.

En primer lugar, expone que Metrogas es concesionaria de servicio de gas. Señala que la concesión implica, por un lado, diversas obligaciones para quien tenga la calidad de concesionario, pero que, al mismo tiempo, implica también un conjunto de derechos, que configuran el régimen jurídico de la concesión. En ese sentido, la concesión es una fuente generadora de derechos, los cuales tienen contenido patrimonial. Dichos derechos se incorporan al patrimonio del concesionario y se encuentran, dada su naturaleza de bienes incorporales, protegidos por la garantía del numeral 24° del artículo 19 de la Constitución.

Entre los derechos que han sido generados en virtud de la concesión, y que se hallan incorporados en el

patrimonio de Metrogas, se encuentran los de ocupar bienes de uso público, necesario para la adecuada prestación del servicio (art. 12 del Decreto con Fuerza de Ley N° 323 de 1931, "Ley del Gas"), y el derecho a no asumir el costo de las modificaciones que sean necesarias en sus redes de transporte para permitir las obras de rectificación, nuevos traslados, pavimentación y análogas que se hagan en bienes nacionales de uso público (art. 15 del Decreto con Fuerza de Ley N° 323, de 1931).

La aplicación del precepto legal impugnado, genera, de acuerdo a la parte requirente, efectos inconstitucionales en dos sentidos.

En primer lugar, porque se infringe el derecho de propiedad. Así, en este caso, el derecho a no asumir los costos de los traslados de las instalaciones, que tiene origen legal, tiene carácter esencial. La aplicación del precepto impugnado priva a Metrogas de este derecho de carácter esencial, y lo hace sin respetar el estatuto constitucional de la expropiación.

En segundo lugar, se infringe el principio de juridicidad, consagrado en los arts. 6° y 7° de la Constitución. Así, primeramente, el precepto cuya inconstitucionalidad se requiere, faculta a la autoridad administrativa (Dirección de Vialidad) a vulnerar el derecho de propiedad mediante un acto administrativo (el Oficio N° 5.563), lo que implica actuar fuera del marco de competencias fijado por la Constitución. En seguida, implica infringir la confianza legítima (cuya protección se deriva de los arts. 5°, 6° y 7°), por cuanto el precepto legal impugnado no respeta las ventajas, beneficios y derechos consolidados al amparo de la legislación que rige la actividad de prestación de servicios de gas.

## II. ANTECEDENTES.

4. Que es importante consignar previamente a examinar el fondo del cuestionamiento formulado en el presente requerimiento, que independientemente de la gestión *sub lite*, ante los tribunales ordinarios se ha planteado discusión sobre el precepto impugnado, si bien en materia eléctrica. 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;

### **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 mantenimiento (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 de Servicios de Gas (D.F.L. N° 323/1931, Interior) establece que las concesiones de servicio público de distribución de gas otorgan el permiso para ocupar con su red y dispositivos afectos a ella bienes nacionales de uso público (artículo 12). 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.

Dicho derecho a ocupar, sin embargo, está sujeto a lo que establezcan los reglamentos pertinentes y a que no se perjudique el objeto principal del bien. Tratándose de los caminos, dicho objeto principal es el libre tránsito.

La exigencia de dicho permiso no merece un reproche de inconstitucionalidad, pues, como lo ha dicho esta Magistratura, respecto a las concesiones eléctricas, pero plenamente aplicable a las concesiones de distribución de gas y de redes de transporte, 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. No quiso la ley limitar la discrecionalidad de la autoridad administrativa, 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 para establecer, operar y explotar el servicio público de distribución de gas de red, son otorgadas con el deber de respetar la legislación presente y los cambios que se le introduzcan en el futuro (artículo 41 y 48 N° 1, D.F.L. N° 323, 1931, Interior, Ley de Servicios de Gas). 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.

Hay que considerar también que el régimen jurídico que definía los costos del traslado de las instalaciones,

no ha sido permanente en el tiempo. Así, hasta 1989, el concesionario estaba obligado a ejecutar en sus redes de distribución, sin costo alguno para el Estado o las municipalidades, las modificaciones necesarias para no perturbar la construcción o el uso de calles, caminos o plazas. Por modificación introducida por la Ley N° 18.856, de 1989, se mantuvo la obligación del concesionario de realizar las modificaciones necesarias para no perturbar la construcción o el uso de obras en caminos, plazas, puentes, canales y en otros bienes de uso público. Pero se alteró que el costo de estas modificaciones eran de cargo del organismo que las dispuso.

El régimen, por tanto, de quién asume el costo de las modificaciones del traslado, ha variado en el tiempo. En ese contexto de cambio, se enmarca la norma impugnada.

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 en junio de 2001, 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 2001, transcurrieron 5 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 Memorándum 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.

Más todavía si la facultad que otorga la Ley de Servicios de Gas para que el concesionario ocupe con su red y dispositivos bienes nacionales de uso público, está sujeto a dos condiciones, de conformidad al artículo 12. Por una parte, debe someterse a los reglamentos pertinentes a cada caso. Por la otra, no puede perjudicar el uso principal de esos bienes;

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

En efecto, las concesiones para establecer, operar y explotar el servicio público de distribución, implican el suministro de gas a clientes o consumidores ubicados en las zonas de concesión. Por lo mismo, las empresas sólo pueden destinar sus instalaciones a ese suministro (artículo 2, N° 9 y 10, artículo 2°, Ley de Servicios de Gas). Se trata, en consecuencia, de una propiedad afecta a un fin específico, que produce impacto en la industria o en los consumidores. El gas es un insumo que se utiliza para producir o para consumir. El concesionario, por lo mismo, no realiza una actividad cualquiera. Realiza un emprendimiento que exige continuidad o no interrupción del servicio (artículo 2° N° 12, 16, 45 y 46 inciso sexto), seguridad en su prestación (artículo 2° N° 12 y 44.), calidad (artículo 2° N° 12), 27 y 55), Y no discriminación, pues las empresas están obligadas a dar el servicio a cualquiera que lo solicite dentro de la zona o servicio de concesión (artículo 23).

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 servicio público de distribución de gas están sujetos a una serie de obligaciones o prohibiciones que la ley de Servicios de Gas les impone, semejantes a la que la empresa requirente cuestiona. Por ejemplo, la autoridad puede ordenar que las empresas prolonguen a sus expensas las cañerías de baja presión, aun fuera de las zonas de servicio, para consumos de carácter permanente (artículo 25). Asimismo, las empresas no pueden abandonar el suministro en una zona sin la autorización del Gobierno (artículo 16 inciso segundo). Además, las empresas deben mantener las instalaciones en buen estado en condiciones de evitar peligros para las personas o cosas (artículo 44). También las empresas no pueden interrumpir el servicio, lo que las obliga a mantener gas para suministrar a los clientes o consumidores (artículo 45).

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, los concesionarios de servicio público pueden disponer de servidumbres en terrenos privados (artículo 12 inciso segundo y 22 A); cobra una tarifa que le asegura una rentabilidad económica (artículo 30 a 33) y que deben pagar todos los usuarios, sin excepción (artículo 30), pudiendo suspender el suministro por falta de pago de dos boletas o facturas

consecutivas de consumo (artículo 36). Ello se justifica por la importancia que tiene el servicio de suministro de gas para la vida de las personas y los procesos industriales.

En tercer lugar, las empresas pueden exigir a los consumidores de dudosa solvencia o a propietarios de instalaciones de funcionamiento temporal, una garantía que no exceda el valor del consumo probable de tres meses, no obstante la obligación de dar servicio (artículo 26).

En cuarto lugar, los concesionarios pueden abrir pavimentos de calzadas y aceras de las vías públicas para la ejecución de trabajos de aprovechamiento, previa autorización del alcalde (artículo 17).

En quinto 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 al interesado el valor del empalme y el costo de la rotura de pavimento necesario para hacer el empalme (artículo 23). No obstante que en su área de concesión las empresas distribuidoras están obligadas a dar servicio (artículo 23), la ley les permite que puedan solicitar este valor. En este caso, la empresa pide al usuario financiar el empalme y el costo de la rotura. La equivalencia está dada porque para el usuario porque de no pagar ese costo, no obtiene el suministro con el cual producir otros bienes, o consumir el gas en el hogar, la industria, el comercio, etc.; se trata de 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 tuberías a través de propiedades ajenas (artículo 12, inciso segundo y 22 A). El dueño del predio afectado tiene la facultad de exigir que las instalaciones no crucen por ciertos lugares especiales (artículo 12 inciso segundo) y a que se le pague el valor de los terrenos y una indemnización (artículo 22F y 22J); pero no puede perturbar el libre ejercicio de la servidumbre (artículo 22 I); y debe permitir la entrada de inspectores y trabajadores para efectuar reparaciones (artículo 22 K).

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 del gas;

**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, a cuyo efecto deberá oficiarse al tribunal respectivo.**

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

**El Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios y 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 cumplen con hacer presente que no comparten ciertos enfoques doctrinarios de la sentencia, especialmente sobre la naturaleza del derecho del concesionario de servicio público de gas 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 tienen 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 de Servicios de Gas (DFL N° 323 de 1931) la que en su artículo 12, consagra dicha facultad. La citada norma, prescribe, en lo pertinente, que *"Las concesiones de servicio público de distribución de gas y de redes de transporte de gas, crea en favor del concesionario el permiso para ocupar con su red y dispositivos afectos a ella las calles, plazas, veredas, avenidas, caminos, y otros bienes nacionales de uso público, cruzar ríos, canales, vías férreas, puentes, acueductos y redes de distribución de otros servicios públicos."*

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 distribución de gas. Dichos concesionarios, que además prestan un servicio que beneficia a la comunidad toda, gozan del derecho legal para emplazar obras en 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, *"ocupar con su red y dispositivos afectos a ella"* un bien nacional de uso público, 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 emplazamiento de las obras que permitan la distribución.

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 gas 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, 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.

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°) Por lo expresado, 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, tal como se acaba de decir, 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.

7°) 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 Marcelo Venegas Palacios.

Regístrese, notifíquese y archívese.

**Rol N° 1991-11-INA.**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por sus Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino.

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes concurren al acuerdo y fallo, pero no firman, por encontrarse haciendo uso de su feriado, la primera; haber cesado en su cargo, el segundo, y encontrarse enfermo, el tercero.

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