

Santiago, veinticuatro de julio de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 30 de mayo de 2011, en la causa Rol N° 1993-11-INA; 28 de julio, en la causa Rol N° 2043-11-INA, y 5 de septiembre, en los autos roles N°s 2077-11-INA, 2078-11-INA y 2079-11-INA, el abogado Cristián Maturana Miquel, en representación de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. (en adelante indistintamente ENTEL), ha deducido sendos requerimientos 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, requerimientos que inciden en cinco causas sobre cobro de pesos en juicio de hacienda, todas caratuladas "*Fisco de Chile con Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A.*", de que conocen actualmente la Corte Suprema, en el primer caso, y la Corte de Apelaciones de Santiago, en los demás, conforme consta de los respectivos certificados que obran en autos.

Por presentación de 8 de noviembre de 2011, ENTEL solicitó la vista conjunta de estas cinco causas, señalando que correspondían a procesos similares y a idéntica materia jurídica.

Por resolución de 15 de noviembre de 2011, el Pleno de este Tribunal Constitucional, teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 35 de su ley orgánica constitucional y que los cinco requerimientos aludidos impugnan el mismo precepto legal, inciden en gestiones pendientes entre las mismas partes y se encuentran en el mismo estado procesal, resolvió su acumulación, ordenando que se tramitaran a partir de esa

fecha todos en la causa más antigua, correspondiente al Rol N° 1993-11-INA.

Como antecedentes de las respectivas gestiones pendientes en que inciden los requerimientos de inaplicabilidad deducidos, cabe consignar que el Fisco de Chile -fundado en el precepto legal impugnado-, demandó de cobro de pesos en juicio de hacienda a ENTEL, para obtener el reembolso de las sumas aproximadas de \$996.000.000; \$715.000; \$3.500.000; \$2.800.000, y \$10.900.000, respectivamente, que previamente le había pagado a ENTEL -a través del Ministerio de Obras Públicas (Rol N° 1993-11-INA) o de la Sociedad Concesionaria Autopista Central S.A. (*"por orden y cuenta del MOP"*, roles N°s 2043-11-INA, 2077-11-INA, 2078-11-INA y 2079-11-INA)-, por concepto del traslado de instalaciones de telecomunicaciones de su propiedad ubicadas en la Ruta 5, hoy autopista central, necesario para la ejecución de la obra Pública *"Proyecto Sistema Norte-Sur"*, que había sido ordenado en todos los casos por la Dirección de Vialidad mediante oficio de 19 de junio de 2001.

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".

ENTEL señala que el precepto cuestionado en estos cinco requerimientos acumulados, no puede aplicarse *in actum*, afectando hacia el pasado instalaciones emplazadas con anterioridad a la su entrada vigencia, esto es, septiembre de 1996, al amparo de concesiones de servicio público de telecomunicaciones otorgadas con anterioridad, y atropellando sus derechos adquiridos.

Además, expresa que la norma impugnada resulta decisiva en la resolución de los asuntos en que incide, lo cual quedaría demostrado con la cita que hace de las sentencias de primera instancia del 16° Juzgado Civil de Santiago que, en los cinco casos, acogieron la acción del Fisco, declarando que el costo del traslado de las redes se rige por la ley vigente a la época en que se dictó la resolución que lo ordenó, esto es, el artículo 41 en comento, que hace de cargo del propietario ese costo. Este criterio, en el caso del proceso que va más avanzado (Rol N° 1993-11-INA), fue además ratificado por la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmando la sentencia de primer grado, declaró que era intrascendente que la concesión o las instalaciones fueran anteriores, en la medida que el traslado se produjera estando vigente el artículo 41.

Antes de entrar a las infracciones constitucionales invocadas, ENTEL señala que el texto actual del artículo 41 cuestionado, tiene su origen en la Ley N° 19.474, de 30 de septiembre de 1996, que modificó el ex Decreto Supremo N° 294, de 1984, del Ministerio de Obras Públicas (que contenía el texto de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y de la Ley sobre Construcción y Conservación de Caminos), que con anterioridad a su modificación establecía en su artículo 42, inciso final, 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 interesado”*. Esto es, el traslado era de cargo del Ministerio de Obras Públicas. Luego, sólo a partir del año 1996, con la modificación de la Ley N° 19.474, el costo del traslado pasó a ser de cargo del propietario de las instalaciones, conforme al texto actualmente vigente, impugnado de inaplicabilidad.

Agrega que durante la formación de esta ley, el Senado remitió al Ejecutivo para su sanción y promulgación un proyecto que mantenía el criterio de que el costo era asumido por el *"interesado"*, siendo el Presidente de la República quien, a través del veto introdujo la modificación, estableciendo el costo de cargo del *"respectivo propietario"*. En la discusión del veto en ambas cámaras del Congreso estuvo presente el entonces Ministro de Obras Públicas, don Ricardo Lagos Escobar, quien manifestó que la modificación operaría sólo hacia el futuro y no con efecto retroactivo. Así, ambas cámaras aprobaron el veto en ese entendido, de modo que no se afectaran situaciones ya consolidadas, debiendo entonces pagar los costos del traslado el Ministerio de Obras Públicas, en los casos de concesiones otorgadas con anterioridad a la modificación.

En la misma línea, la requirente cita diversos dictámenes de la Contraloría General de la República, fechados entre los años 2000 y 2008, en que se consigna que todo retiro o cambio de instalaciones autorizadas antes de la publicación de la Ley N° 19.474, de 1996, continúa rigiéndose por la norma del Decreto Supremo N° 294, de 1984, pues en la historia de dicha ley aparece la intención de que la modificación sólo rija para el futuro y no pueda aplicarse a instalaciones correspondientes a concesiones otorgadas antes de su vigencia.

En cuanto a la infracción constitucional que se produciría por la aplicación del precepto legal impugnado en los casos concretos, la requirente estima que se conculcaría el artículo 19 N°s 2°, 20°, 21°, 22°, 24° y 26° de la Constitución Política.

Así, en primer lugar, ENTEL señala que es concesionaria de servicios intermedios de telecomunicaciones, conforme al artículo 3° de la Ley N° 19.302, de 1994 y, en concreto respecto de sus

instalaciones ubicadas en la autopista central, en virtud del Decreto Supremo N° 193, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, del año 1991, que le otorgó la concesión para la instalación, operación y explotación de una red de cables de fibra óptica entre Santiago y Temuco, concesión que por su naturaleza dura 30 años.

La concesión es así un acto jurídico creador de derechos, ya sea como contrato o acto administrativo bilateral, donde siempre se requerirá la intervención y aceptación de un particular, que adquiere derechos y obligaciones. En este sentido cita la sentencia Rol N° 467 de este Tribunal.

Añade que, en su calidad de concesionaria, ENTEL explota la concesión en razón del derecho *ex novo* que ésta le otorga, que constituye un bien incorporal sobre el cual existe propiedad protegida por el N° 24° del artículo 19 de la Constitución, siendo uno de sus principales derechos como concesionaria el de usar los bienes nacionales de uso público, recogido expresamente por los artículos 18 y 19 de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, que le permite tender o cruzar líneas aéreas o subterráneas en dichos bienes.

Este derecho, conforme al dictamen de la Contraloría N° 62.503, de 2006, es inherente y consustancial a la concesión; la actividad económica del concesionario -en relación con el artículo 19, N° 21°, de la Constitución- no puede verse afectada por un cambio de condiciones como los costos de reubicación de instalaciones con motivo de la ejecución de obras que provienen de decisiones de la Administración, máxime si esas decisiones, por su magnitud, podrían llegar a hacer inviable la actividad, y el concesionario incorpora a su patrimonio el derecho a ejercer la concesión al momento de otorgársele, en los términos previstos en la ley, facultad amparada por el artículo 19, N° 24°, de la Constitución.

También cita la actora al profesor Luis Claro Solar en cuanto a que *“los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación”*; agregando que esto constituye la salvaguarda del principio de los derechos adquiridos, base sustancial de la garantía constitucional del dominio y especialmente vinculada con el principio de la seguridad jurídica, citando al efecto la sentencia Rol N° 207 de esta Magistratura.

ENTEL concluye que su facultad de usar bienes públicos en los términos vigentes al otorgamiento de su concesión, incluyendo la garantía de que los costos de las reubicaciones de infraestructura sean de cargo del interesado, no constituye una mera expectativa, sino que constituye un derecho adquirido, que incluye como atributos esenciales la gratuidad, la estabilidad y la ausencia de gravámenes futuros. En consecuencia, no se puede afectar retroactivamente este derecho, como lo hace el artículo 41, inciso final, del DFL N° 850. En fin, este precepto tampoco constituye una norma de orden público o de orden público económico, por lo que no puede regir *in actum*.

En otro orden de ideas, ENTEL sostiene que se incorporó a una actividad económica regida por reglas especiales tipificadas en la ley y no por el derecho común. Así, los artículos 18 y 19 de la Ley General de Telecomunicaciones; el artículo 42 del Decreto Supremo N° 294, de 1984, y el Decreto del año 1991 que le otorgó la concesión de servicio público de telecomunicaciones, establecieron a su favor el uso gratuito de bienes nacionales de uso público y que el costo del gravamen ulterior por el traslado de sus redes de fibra óptica ya instaladas y en operación, derivado de una iniciativa estatal, sería, precisamente, de cargo de la autoridad u órgano interesado.

Luego, ENTEL al instalar sus redes en la Ruta 5 actuó con la certidumbre conferida por la ley y el decreto concesional, en cuanto a sus derechos, obligaciones y cargas, incluyendo la gratuidad en el uso que es esencial a la concesión, y que la distingue de las simples autorizaciones o permisos precarios de la autoridad, que sí son revocables por causa de interés público.

Pues bien, la estabilidad del estatuto normativo vigente al momento del otorgamiento de la concesión, el año 1991 -incluyendo el derecho de uso gratuito y el no pago del costo de traslados futuros-, fue considerado por ENTEL para adoptar sus decisiones de inversión. Luego, 5 años después, la Ley N° 19.474, de 1996, incorporó el inciso final del artículo 41 del DFL N° 850, que sustituyó el régimen del derecho de uso del concesionario, estableciendo como de cargo del propietario de la infraestructura, los costos de los traslados que disponga forzosamente la autoridad "*por cualquier motivo*" -normalmente ajeno a la concesión de telecomunicaciones-, afectando directamente el balance económico de la empresa y la proyección operacional consiguiente de la actividad que ejecuta.

Lo anterior supone la alteración de uno de los atributos esenciales de su concesión, afectando su estabilidad y precarizándola, ya que al hacer de su cargo el costo del traslado de infraestructura instalada con anterioridad a la modificación legal del año 1996, le impone un gravamen económico y patrimonial no contemplado al momento de otorgarse la concesión, conculcando así el precepto legal cuestionado su derecho de propiedad garantizado en la Carta Fundamental, sin mediar alguna de las causales que está última establece para autorizar limitaciones a la propiedad, pues en la especie no está comprometida su función que, por cierto, no comprende el

mero "*interés fiscal*" en el recupero de sumas de dinero previamente pagadas.

Tampoco está comprometido el interés general de la Nación ni la utilidad pública, no está demostrado un menoscabo fiscal, sino un mero interés particular del Fisco para ahorrar recursos, en circunstancias que el costo a que se viene aludiendo debiera ser asumido por el mismo Fisco o más lógicamente por la entidad que construye la obra fiscal.

En definitiva, en la especie existe privación de un atributo esencial de la concesión -constituido por el uso gratuito de los bienes públicos, en forma estable y sin gravámenes ulteriores-, incorporado como derecho adquirido al patrimonio de ENTEL al momento del otorgamiento de la concesión, sin que tampoco pueda considerarse al precepto legal impugnado como una ley que autorice la expropiación con los requisitos exigidos al efecto por el artículo 19, N° 24°, constitucional.

Concluye esta parte expresando que no sólo se produce privación del dominio cuando hay un despojo total, sino también cuando se limita o regula en exceso, desnaturalizando el derecho y sus atributos, como ocurre en la especie. En abono de este argumento cita las sentencias roles N°s 505 y 506 de este Tribunal.

En la parte final de su requerimiento, ENTEL aduce la conculcación del principio de confianza legítima, que deduce del artículo 19, N° 26°, en relación con los artículos 5°, 6° y 7° de la Constitución, principio que es consecuencia de la certeza exigida por la seguridad jurídica, y que está constituido por la garantía de permanencia y estabilidad en la regulación y aplicación del ordenamiento jurídico, sin que la Administración pueda adoptar medidas contrarias a esa estabilidad, en función de la cual los particulares han ejercido o ejercen sus actividades. Así, el referido principio exige

la protección de las situaciones que crearon derechos, conforme a la normativa vigente a la época de su ejercicio. Este principio habría sido recogido por la Corte Suprema y por este Tribunal, en la sentencia Rol N° 506, en relación con las denominadas “*regulaciones expropiatorias*”. Esta confianza legítima es atropellada cuando el legislador, ex post, atribuye a un acto o facultad legal efectos jurídicos más desfavorables o gravosos que los vigentes al adoptar la decisión. Luego, la retroactividad propia o impropia de una ley, atenta contra este principio esencial en un Estado de Derecho. Precisamente, el inciso final del artículo 41 cuestionado no puede ser aplicado a la resolución de la gestión *sub lite*, en forma de consagrar una retroactividad impropia, debiendo aplicarse al efecto el antiguo artículo 42 del Decreto Supremo N° 294, de 1984, que hace de cargo del “*interesado*” los costos de los traslados. De este modo el sentenciador no producirá un resultado inconstitucional.

Conforme a lo expresado, en el caso *sub lite* también se afecta la garantía del artículo 19, N° 21°, de la Constitución, ya que ENTEL realizó sus inversiones conforme a las normas legales que regían su concesión y con la confianza generada por ellas, que implicaban dejarla a salvo de costos sobrevenidos por el traslado de las instalaciones. Además, la regulación de una actividad económica, debe tener presente los derechos legítimamente adquiridos al amparo de la normativa vigente al momento de su obtención. Así, el inciso final del artículo 41 impugnado, defrauda la razonable expectativa de seguridad de la inversión realizada por ENTEL al instalar sus redes de fibra óptica, debiendo ahora no sólo cambiarlas, sino, además, pagar dicho traslado.

Por otro lado, la aplicación del precepto bajo análisis vulneraría las garantías de la igualdad ante la ley y de la no discriminación arbitraria en materia

económica, establecidas en los numerales 2° y 22° del artículo 19 de la Ley Fundamental, al privar del beneficio de la gratuidad y exención de gravamen futuro a ENTEL, configurando un cambio particularizado que sólo afecta a los concesionarios que operan en el bien nacional de uso público denominado Ruta 5, hoy autopista central, a quienes se les impone una carga especial, anormal y grave, de asumir exclusivamente los costos del cambio sobreviniente de instalaciones, lo que también es contrario a la garantía del N° 20° del artículo 19 constitucional.

La Primera Sala de esta Magistratura, por resolución de 29 de junio de 2011, admitió a tramitación el requerimiento deducido en los autos Rol N° 1993-11-INA, sin que a su respecto se hubiere solicitado la suspensión del procedimiento en la gestión *sub lite*; y por resolución de 3 de agosto, en el caso del Rol N° 2043-11-INA, y resoluciones de 22 de septiembre, en el de los roles N°s 2077-11-INA, 2078-11-INA, 2079-11-INA, admitió a tramitación estas acciones de inaplicabilidad y ordenó la suspensión de las respectivas gestiones en que inciden.

La misma Sala, por sendas resoluciones de 20 de julio (1993-11-INA), 20 de septiembre (2043-11-INA) y 12 de octubre de 2011 (2077-11-INA, 2078-11-INA y 2079-11-INA), declaró admisibles estos cinco requerimientos.

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

Mediante presentaciones de 18 de agosto (Rol N° 1993-11-INA), 20 de octubre (Rol N° 2043-11-INA) y 9 de noviembre de 2011 (Roles N°s 2077-11-INA, 2078-11-INA,

2079-11-INA), 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 en estas cinco causas acumuladas, instando por el rechazo de cada una de ellas.

Comienza el Fisco señalando que la Ley N° 19.474, de 1996, en el marco del desarrollo vial años 90, modificó el artículo 41 de la Ley del Ministerio de Obras Públicas, estableciendo, por una parte, en su inciso tercero, el pago de derechos por las concesionarias de servicios de utilidad pública que necesitaren colocar postaciones, cables, 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, afirma que las concesionarias anteriores a la Ley N° 19.474 continúan utilizando bienes públicos sin prestación alguna a cambio. Luego, resulta lógico y razonable que el cambio de instalaciones, de ser necesario, se haga a su costo. Agrega que el Estado es dueño y administrador de los bienes nacionales de uso público, entre los que se encuentran los caminos, siendo así constitucionalmente legítimas las facultades que el inciso tercero y siguientes del artículo 41 aludido otorgan a la Dirección de Vialidad para autorizar la colocación, el retiro o el traslado de instalaciones de servicios de utilidad pública en ellos. En todo caso, aplicando a fortiori el inciso cuarto del artículo 41, la

decisión del traslado de las instalaciones no es de libre decisión administrativa, sino motivada, y estas limitaciones al uso de los caminos públicos tienen fundamento en el interés general y la utilidad pública.

Añade el Fisco que los requerimientos de ENTEL envuelven 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 de la Ley General de Telecomunicaciones, 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 su publicación.

Así se desprende de los escritos de discusión de los diferentes juicios en que inciden los requerimientos de autos; del recurso de casación en la forma y en el fondo interpuesto por ENTEL y pendiente ante la Corte Suprema, en el caso del Rol N° 1993-11-INA, y de los recursos de casación en la forma y apelación también deducidos por ENTEL y pendientes ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en el caso de los roles N°s 2043-11-INA, 2077-11-INA, 2078-11-INA y 2079-11-INA. En todas estas presentaciones se aprecia que la discusión en las gestiones *sub lite* está volcada en dos temas de legalidad: la aplicación de la ley en el tiempo y el alcance de las normas en función de su generalidad o especialidad. Se trata de una cuestión de recta interpretación y aplicación de leyes concurrentes, que determina que los presentes requerimientos de inaplicabilidad son inadmisibles, citando al efecto el Fisco las sentencias roles N°s 503, 1215 y 1601 de este Tribunal.

Entrando a las infracciones constitucionales invocadas por ENTEL, el Fisco, en primer lugar, se hace

cargo de la supuesta afectación de la seguridad jurídica, indicando que ésta y el principio de confianza legítima no están consagrados en la Carta Fundamental como garantías constitucionales, constituyendo sólo principios que las distintas ramas del derecho postulan. No es válido afirmar que de los artículos 6° y 7° constitucionales se desprenda explícita o implícitamente 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 fin, la modificación introducida por la Ley N° 19.474 se encuentra vigente hace 14 años, de modo que si la empresa requirente no fue previsora y no contempló entre sus costos asociados, el eventual traslado de algunas de sus instalaciones, ello sólo demuestra que no es eficiente y no actúa con la diligencia debida.

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 y no el particular. Los concesionarios de servicios de telecomunicaciones, 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. La existencia de una autorización administrativa no constituye una concesión.

La concesión de telecomunicaciones 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.

El marco normativo de la concesión está dado por la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, citando el Fisco sus artículos 18 y 19, y por el hoy artículo 41 del DFL N° 850, de 1997, antes artículo 42 de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y antes aún, artículo 19 del DFL N° 206, de 1960. Luego, la potestad de la Dirección de Vialidad para autorizar la instalación de líneas de distribución en caminos públicos no ha sido alterada con las modificaciones legales posteriores. Así, el concesionario de telecomunicaciones tiene un derecho de uso sobre los caminos públicos que debe ejercer conforme a la normativa que existe para ellos. Este derecho de uso, autorizado por la Dirección de Vialidad, no constituye una concesión de uso, ni forma parte de la concesión de telecomunicaciones.

En el mismo orden de ideas, cuando el artículo 41 del DFL N° 850 impugnado usa la palabra "*concesión*", lo hace en sentido general y no técnico. Así, consta de la historia de su establecimiento, de la que se desprende que se refiere no a la concesión de servicio público de telecomunicaciones sino a la autorización para usar bienes nacionales de uso público, autorización o permiso que no otorga un derecho real administrativo, no es un contrato, es gratuito, es precario, y admite cambio en sus condiciones, al no generar derechos adquiridos.

Además, las normas de derecho público rigen desde su entrada en vigencia, como ocurre con el inciso final del artículo 41 -en relación a los traslados de instalaciones-, desde la publicación de la Ley N° 19.474, el 30 de septiembre de 1996, sin distinciones respecto de las instalaciones construidas antes o después de esta ley, a diferencia del inciso tercero de la misma norma, en que el legislador sí distinguió en cuanto al cobro de derechos por la autorización de uso de caminos públicos, que sólo regiría a los permisos posteriores a la publicación de la ley. Por tanto, no habiendo distinguido la ley en la aplicación del inciso final del precepto impugnado, tampoco cabe hacerlo al intérprete. Así, además, lo ha resuelto la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago, según los fallos que se citan, resaltando el Consejo de Defensa del Estado que dichas sentencias, asimismo, determinan que el sentido de la palabra "*interesado*" que usaba el Decreto Supremo 294, de 1984, no se refería al Fisco, sino al propietario de las instalaciones, dando la razón a la doctrina que el Consejo denomina publicista.

Por último, lo relativo al costo de los traslados no es un derecho esencial en el aprovechamiento otorgado al concesionario, quien, en contraste con los terrenos privados, puede utilizar gratuitamente los caminos públicos.

En segundo lugar, el Fisco aduce que no existe la afectación de la esencia del derecho de dominio pretendida por ENTEL, 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 servicios de telecomunicaciones, ni su derecho a usar gratuitamente los caminos públicos,

atendido que su concesión es anterior a la vigencia de la Ley N° 19.474.

Además, el propio Decreto Supremo N° 193, de 1991, que otorgó la concesión a ENTEL, dispone que aquélla queda sujeta a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes o que se dicten en el futuro sobre la materia. Ello, de modo congruente con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que señala que el derecho real adquirido bajo la vigencia de una ley subsiste bajo el imperio de la nueva, pero sujeto a esta última en cuanto a sus goces y cargas.

Después de citar el Rol N° 43 de esta Magistratura, en relación a cuándo un derecho es afectado en su esencia, el Fisco concluye que 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.

En tercer lugar, el Fisco indica que no se afecta el libre ejercicio de actividades económicas, pues esta garantía constitucional, conforme al mismo artículo 19, N° 21°, de la Constitución, no es de carácter absoluto, pues el Constituyente habilitó al legislador para prohibir y regular ciertas actividades económicas. En este caso, dicha regulación es consecuencia del régimen que el legislador decidió para la mejor y más segura utilización de los bienes que pertenecen a la Nación toda. Además, en la especie, tanto la Ley General de Telecomunicaciones como el respectivo decreto de concesión sujetaron el derecho del concesionario a las leyes que se dictaren en el futuro.

Agrega que la legislación no puede ni podrá mantenerse estática para no vulnerar las expectativas de ganancia de la empresa beneficiaria de la explotación de un servicio de utilidad pública. En fin, la mantención de las ventajas de una cierta situación normativa no es un derecho subjetivo y ni siquiera un interés legítimo, estando involucrado el interés público. Ello es una mera expectativa, perfectamente modificable.

Con fecha 5 de septiembre de 2011, en los autos Rol N° 1993-11-INA, la requirente ENTEL acompañó tres informes en derecho, que fueron objetados por el Consejo de Defensa del Estado, por presentación de 14 del mismo mes y año.

Con fecha 7 y 9 de noviembre de 2011, el Consejo acompañó en las cinco causas un dictamen de la Contraloría General de la República, de 18 de octubre de 2011, documento que fue objetado por ENTEL en todas las causas con fecha 11 y 15 de noviembre del mismo año.

Con fecha 29 de agosto, 27 de octubre y 14 de noviembre de 2011, respectivamente, se ordenó traer los autos en relación e incluirlos en el Rol de Asuntos en Estado de Tabla y por resolución de 15 de noviembre de 2011, encontrándose las cinco causas en el mismo estado procesal, conforme se indicó al inicio de esta sentencia, se ordenó su acumulación y, en audiencia de 1° de diciembre de 2011, se procedió a la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Cristián Maturana Miquel, por la requirente Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A., y Paulina Veloso Valenzuela, por el Consejo de Defensa del Estado, y

Y CONSIDERANDO:

I. LA IMPUGNACIÓN.

1. Que, como se ha señalado, la gestión pendiente de las causas acumuladas, está dada por recursos de

casación en la forma y de apelación, en tramitación ante la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema, en el contexto de acciones de cobro de pesos deducida por el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Fisco, en un juicio de Hacienda interpuesta por el Fisco en contra de ENTEL, en virtud de la cual se pretende el reintegro de las sumas de dinero pagadas a ENTEL por concepto de traslado de instalaciones de telecomunicaciones ubicadas en la Ruta 5, con ocasión de la ejecución de la obra pública "Proyecto Norte-Sur".

Es en el marco de la tramitación de los recursos antes señalados 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 de acuerdo a la parte requirente, la carga pública impuesta que le impone el precepto legal impugnado infringe diversas normas constitucionales. El reproche de inconstitucionalidad que se formula, se funda en los siguientes argumentos.

Afirma, en primer lugar, que la aplicación de la norma impugnada afecta derechos adquiridos con anterioridad a la vigencia de la misma. En efecto, mediante Decreto Supremo N° 193 de 1991, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones otorgó a ENTEL una concesión de servicios intermedios de telecomunicaciones para instalar, operar y explotar una red de cables de fibra óptica entre Santiago y Temuco. Indican que, de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal, la concesión es un acto creador de derechos y que dentro de los derechos creados por el acto concesional, se encuentra el derecho a usar bienes nacionales de uso

público en forma gratuita. Este derecho, un bien de naturaleza incorporal, es objeto de dominio y, en consecuencia, se encuentra bajo protección constitucional en virtud del numeral 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental. La afectación del mismo, en consecuencia, se encuentra proscrita, dado que no es posible considerar a la misma como una obligación o limitación fundada en la función social del dominio, al no constituir una exigencia general de la Nación, ni involucrar la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública o la conservación del patrimonio ambiental. Lo que está detrás de la afectación del derecho del concesionario es, en este caso y de acuerdo a lo que afirma la parte requirente, el mero interés fiscal, que en caso alguno puede servir de fundamento a limitaciones al dominio.

Sostiene, a continuación, que dado que la norma impugnada no tiene la naturaleza de norma de orden público, por cuanto no es constitutiva del "arreglo social fundamental", no corresponde que rija in actum, generando efectos de inmediato. Señala que el régimen jurídico del concesionario crea privilegios a su favor, uno de cuyos elementos constitutivos está dado por la estabilidad de las reglas jurídicas que deben serle aplicadas. Así, el otorgamiento de una concesión implica la incorporación al patrimonio del concesionario de los derechos establecidos en la legislación vigente a la época. En efecto, es justamente esta estabilidad durante el tiempo de duración de la concesión, afirma la parte requirente, la que permite distinguirla de una mera autorización o permiso precario.

Bajo ese contexto, la imposición de un gravamen no contemplado al momento de otorgarse la concesión, implica una afectación de otras disposiciones constitucionales.

Así, en primer lugar, se afecta la confianza legítima en cuanto a que situaciones que creadoras de

derechos en favor de determinadas personas no serán afectadas, y que se deriva de la relación entre los numerales 24° y 26° del artículo 19.

Además, se lesiona la garantía del numeral 21° del artículo 19, por cuanto la regulación de una actividad económica debe respetar los derechos legítimamente adquiridos. En el caso, se han defraudado expectativas en cuanto a la permanencia de la regulación tomada en consideración para la realización de inversiones;

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. Por ello, descarta examinar una posible vulneración al artículo 19 N° 21° de la Constitución;

IV. CAMINOS PÚBLICOS Y FAJA DE CAMINOS PÚBLICOS.

8. Que, por otra parte, antes de analizar la norma impugnada, es necesario precisar dos conceptos que ésta emplea: el de camino público y el de faja de camino público;
9. Que la noción de camino público corresponde al género "vía". Esta es la denominación con que la Ley de Tránsito designa a "*calle, camino u otro lugar destinado al tránsito*" (artículo 2°, N° 46, Ley de Tránsito).

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

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, como ha sostenido esta Magistratura, la reserva o *“publicatio”*, *“si bien excluye la apropiación de los bienes que la componen por particulares, no excluye a éstos del uso privativo que puedan obtener, es decir, no quedan marginados del tráfico jurídico. Mediante ciertos títulos habilitantes, la Administración*

encargada de la administración del bien demanial, entrega no el bien, pues atentaría contra su inalienabilidad, sino que reparte, por motivos de interés público, derechos de utilización o aprovechamiento privativo sobre determinadas porciones del dominio público con un destino específico" (STC 1281/2008);

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

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

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

V. LA NORMA IMPUGNADA.

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

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

13.Que, entonces, como efecto de que la ley se encarga de señalar que bajo la Dirección de

Vialidad está la administración de las fajas, como lo señala el artículo 41, inciso primero (*"las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad"*), para que un particular pueda utilizar en forma permanente dicha porción de bien nacional de uso público, requiere la autorización de esa entidad;

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

Lo que sucede es que, en este caso particular, la Ley General de Telecomunicaciones (artículo 18, Ley N° 18.168) establece que los titulares de los servicios de telecomunicaciones tienen derecho a cruzar líneas aéreas o subterráneas en bienes nacionales de uso público. 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.

Más todavía, si el mismo artículo 18 establece restricciones a dicho uso. En primer lugar, sólo puede emplearse en los fines específicos del servicio respectivo. En segundo lugar, se debe respetar todas las normas técnicas y reglamentarias. Y, en tercer lugar, no se puede perjudicar el uso principal de esos bienes. Dicho uso principal, en los caminos públicos, es el libre tránsito, lo cual corresponde apreciar a la autoridad sectorial correspondiente.

La exigencia de dicho permiso no merece un reproche de inconstitucionalidad, pues, como lo ha dicho esta Magistratura, respecto de las concesiones eléctricas, pero plenamente aplicable a las de telecomunicaciones, 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 de servicio público de telecomunicaciones o servicios intermedios de telecomunicaciones, son otorgadas con el deber de respetar la legislación presente y los cambios que se le introduzcan en el futuro. De hecho, la concesión de la requirente (D.S. N° 193/1991) quedó sujeta a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes o que se dicten en el futuro sobre la materia. Con ello, no se hace más que materializar el que los goces y cargas de un derecho surgido en una

legislación anterior, debe sujetarse a la nueva normativa en esos aspectos, como una manera de conciliar adecuadamente los cambios de legislación y su impacto en la vida jurídica.

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

VI. ALEGACIONES QUE SE DESCARTAN.

- 29.** Que, respecto al fondo del requerimiento, es necesario señalar que esta Magistratura rechaza el alegato de la requirente en torno a que se hubiesen vulnerado presuntos derechos adquiridos. En primer lugar, porque eso supondría emitir un juicio de legalidad: si el traslado se dispuso bajo el marco de la nueva normativa, introducida en 1996, o no. Más todavía, cuando la Ley N° 19.474 no contempló excepciones en la materia, como sí lo hizo respecto de la onerosidad por el uso de la faja adyacente a los caminos. Sólo podemos constatar que el traslado se dispuso en 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 ésta 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 generales 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 deben 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 interrumpiere por destrucción u obstrucción motivada por fuerza mayor o caso fortuito (artículo 46). Del mismo modo, los dueños de los predios colindantes deben proporcionar el agua que se necesite para construir los caminos (artículo 48);

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

prohibir el acceso que constituya peligro para la seguridad del tránsito o que entorpezca la libre circulación (artículo 40);

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

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

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

En efecto, los servicios de telecomunicaciones satisfacen una necesidad pública. El de servicio público de telecomunicaciones, está destinado *"a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general"* (artículo 3°, letra b), Ley N° 18.168). Los servicios intermedios, por su parte, constituidos por servicios prestados a terceros, están destinados *"a satisfacer las necesidades de los concesionarios o permisionarios de telecomunicaciones en general o a prestar servicio telefónico de larga distancia a la comunidad en general"* (artículo 3°, letra e), Ley N° 18.168).

La actividad de telecomunicaciones está afecta a un fin específico, de enorme impacto en la vida de las personas y en la industria. El mundo moderno exige la comunicación inmediata empleando los servicios de telecomunicaciones. De ahí que el concesionario no realice una actividad cualquiera. Realiza un

emprendimiento que exige continuidad o no interrupción del servicio (artículo 27 y 28), seguridad en su prestación (artículo 7 y 24), calidad (artículo 7 bis) y no discriminación (artículo 2, 8, 12, 24 bis, 24 B y C.).

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 servicios de telecomunicaciones, están sujetos a una serie de obligaciones o prohibiciones que la Ley General de Telecomunicaciones les impone, semejantes a la que la empresa requirente cuestiona. Por ejemplo, requiere autorización para transferir la concesión (artículo 21); está obligado a la colocalización, bajo ciertos supuestos, sistemas radiantes de transmisión (artículo 19 bis); tiene que establecer un sistema multiportador discado (artículo 24 bis); está obligado a dar el servicio en un plazo máximo (artículo 24 c); debe establecer y aceptar interconexiones (artículo 25); tiene la obligación de implementar un sistema de portabilidad de números telefónicos (artículo 25 bis); está sujeto a un plan de resguardo de infraestructura crítica de infraestructura del país (artículo 39 A).

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 tienen una serie de privilegios: pueden disponer de servidumbres en terrenos privados (artículo 19); cobran una tarifa que les asegura una rentabilidad económica (artículo 29 y 30 A); pueden llegar a operar bajo un régimen de monopolio de hecho (artículo 12 y 29). Ello se justifica por la importancia que tienen los servicios básicos, en particular las telecomunicaciones, para la vida de las personas.

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

Por una parte, se encuentra la facultad que tienen las empresas concesionarias para exigir a los usuarios que soliciten servicio, un aporte financiero reembolsable para la asignación de nuevas líneas (artículo 24 D). No obstante que las empresas están obligadas a dar servicio (artículo 24 C), la ley les permite que puedan solicitar este aporte, previo contrato que deben firmar con el usuario. En este caso, la empresa pide al usuario financiar la obra de ampliación o extensión. La equivalencia está dada porque para el usuario, si no cubre ese aporte, no obtiene el servicio. Ello es una verdadera orden negativa. Es decir, una prohibición de acceso a dicho servicio.

Por otra, las concesiones de telecomunicaciones crean a favor del concesionario el derecho a tender o cruzar líneas en bienes nacionales de uso público para los fines del respectivo servicio (artículo 18) y el de

imponer las servidumbres necesarias para tender líneas a través de propiedades ajenas (artículo 18 y 19). Dichas servidumbres deben ser convenidas por las partes y se rigen por las normas del derecho común. En caso de no llegar a acuerdos, se entiende constituida de pleno derecho y la indemnización la fijan los tribunales, pudiendo incluso constituirse mientras el juicio se tramita (artículo 19).

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 el servicio de telecomunicaciones;

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 RECHAZAN LOS REQUERIMIENTOS DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDOS.

DEJÉSE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN LAS CAUSAS ROLES N°S 2043-11-INA, 2077-11-INA, 2078-11-INA Y 2079-11-INA, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO.

NO SE CONDENA EN COSTAS A LA REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVOS PLAUSIBLES PARA DEDUCIR SUS ACCIONES.

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 telecomunicaciones 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 General de Telecomunicaciones (Ley N° 18.168) la que en su artículo 18, consagra dicha facultad.

En efecto, el artículo 18 de dicho cuerpo legal, en lo pertinente, prescribe: *"Los titulares de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho a tender o cruzar líneas aéreas o subterráneas en calles, plazas, parques, caminos y otros bienes nacionales de uso público, sólo para los fines específicos del servicio respectivo"*

De esta forma, el uso de los bienes nacionales de uso público con las indicadas finalidades constituye un derecho propio de la calidad de concesionario, en virtud del estatuto jurídico que rige a las concesiones de servicio público de telecomunicaciones. Dichos concesionarios, que además prestan un servicio que beneficia a la comunidad toda, gozan del derecho legal para tender o cruzar líneas aéreas o subterráneas 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, *"para tender las líneas aéreas y subterráneas sólo para los fines específicos del servicio respectivo"* en 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 tendido de sus redes de telecomunicaciones.

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 telecomunicaciones que, si bien presta un servicio público, de su legítimo provecho se apropia exclusivamente el concesionario, haga recaer sobre él la obligación de pagar el costo de los traslados que deban practicarse en virtud del cuestionado artículo 41, inciso final, del DFL N° 850, del mismo modo que lo obliga a cumplir, como se dijo en el motivo anterior, las condiciones relativas al uso libre y seguro de los caminos públicos. Por lo demás, siempre las concesiones

de esta clase implican, para su titular, derechos y obligaciones, como lo detalla la sentencia en sus considerandos 58° y 59°.

4°) De esta forma, dichos concesionarios están jurídicamente obligados a soportar la obligación de pagar el costo de los traslados que deban practicarse en virtud del cuestionado artículo 41, inciso final, del DFL N° 850, salvo que en el permiso o contrato de concesión respectivo se hayan fijado otras condiciones, así como los demás derechos y obligaciones a que se ha aludido, dado que ello forma parte del estatuto legal de estas concesiones. Se derivan de su propia naturaleza y de la realidad fáctica en que se desenvuelven, la que naturalmente variará en el tiempo, debido al desarrollo del país, a las necesidades del perfeccionamiento vial y a los avances tecnológicos, entre otras razones, pues si así no fuera estaríamos frente al absurdo de suponer una Nación petrificada eternamente, con los mismos caminos, líneas de electricidad, de telecomunicaciones, drenajes, ductos, acueductos, ciudades, puentes.

Es por ello que la innovación normativa que demanda el progreso no puede sino considerarse parte integrante del estatuto legal de la concesión.

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.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Roles N° 1993-11-INA, 2043-11-INA, 2077-11-INA, 2078-11-INA y 2079-11-INA (acumuladas).



Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino, y por el suplente de Ministro señor Christian Suárez Crothers.

Se certifica que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por haber cesado en su cargo.

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