

Santiago, treinta y uno de julio de dos mil doce.

**VISTOS:**

Con fecha 26 de agosto de 2011, el abogado Aristóteles Cortés Sepúlveda, en representación de Empresa Eléctrica de Atacama S.A. ("EMELAT"), deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso final del artículo 41 del DFL N° 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del DFL N° 206, de 1960, del mismo Ministerio, sobre Construcción y Conservación de Caminos, en la causa sobre recurso de protección caratulada "Ernesto Peñafiel Morgan con Dirección Regional de Vialidad de Atacama", actualmente pendiente en apelación ante la Corte Suprema, bajo el Rol N° 7.792-2011, gestión que se encuentra suspendida conforme a lo ordenado por este Tribunal mediante resolución de 7 de septiembre de 2011.

Como antecedentes de la gestión en que incide, EMELAT indica que mediante oficio ordinario N° 927, de mayo de 2011, la Dirección Regional de Vialidad de Atacama, le imputó la infracción de "ocupación indebida" de la faja fiscal en el camino Juntas del Carmen-Juntas Valeriano, Ruta C-495, por haber instalado en ella postes "no autorizados" por la Dirección, ordenando su retiro inmediato bajo apercibimiento de multa de 45 UTM.

Ante ello, EMELAT interpuso recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Copiapó, por estimar que era objeto de un apremio ilegítimo por un órgano del Estado que se había constituido como comisión especial; solicitando a la Corte que la amparara y restableciera en sus derechos constitucionales a no ser juzgada por comisiones especiales (artículo 19, N° 3°, inciso quinto), a desarrollar actividades empresariales,

conforme al estatuto legal que las regula (artículo 19, N° 21°) y a la propiedad (artículo 19, N° 24°).

Alega EMELAT en la protección que, en su calidad de concesionaria de servicio público de distribución de energía eléctrica, las instalaciones que se le ordenó retirar por encontrarse indebidamente emplazadas, se encuentran amparadas en su ocupación de la faja vial, por la respectiva concesión otorgada el año 1996 por Decreto Supremo del Ministerio de Economía y por la Ley General de Servicios Eléctricos y su Reglamento. En efecto, el artículo 16 de esta ley le otorga como concesionaria el derecho a ocupar bienes nacionales de uso público, siendo así la medida adoptada por Vialidad, además de desmedida y arbitraria, ilegal, al tiempo que su ocupación de la faja es lícita, tiene lugar con instalaciones de hace 15 años y permite prestar servicio eléctrico a 349 clientes.

Al informar el recurso de protección, la Dirección de Vialidad invocó como fundamento de su oficio, el art. 41, inciso final, del DFL 850, impugnado, que dispone: "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".

Agrega EMELAT que, la Corte de Copiapó, por sentencia de agosto de 2011, rechazó el recurso de protección en primera instancia, fundando su fallo en que -como lo ha sostenido la Corte Suprema- el artículo 41 en comento constituye una norma de carácter especialísimo que prima sobre las disposiciones de la Ley General de Servicios Eléctricos.

En cuanto a las infracciones constitucionales que se producirían por la aplicación del precepto legal impugnado, EMELAT estima que en el caso concreto se

conculcaría el artículo 19, N°s 3°, 21°, 24° y 26° de la Carta Fundamental.

Así, en primer lugar, el inciso final del artículo 41, contraviene la reserva legal por su insuficiencia normativa. En efecto, el artículo 63, N° 2°, de la Constitución, en relación con el artículo 19, N° 26°, de la misma, determinan que las garantías constitucionales deben ser reguladas, complementadas o limitadas sólo por ley, cuestión que se reitera en los numerales 21° y 24° del artículo 19 de la Constitución, en la competencia exclusiva del legislador para regular el ejercicio de actividades económicas o la propiedad, reserva legal específica que implica la prohibición y exclusión de la intervención administrativa directa. Luego, la vaguedad de la fórmula utilizada por el precepto, al establecer que la autoridad administrativa puede por "cualquier motivo" ordenar el traslado de instalaciones emplazadas en la faja de caminos públicos, entregando a la Dirección de Vialidad la libre calificación de la oportunidad, motivos y forma de requerir el traslado, contraviene la reserva legal dispuesta por el Constituyente. El legislador debió fijar las condiciones bajo las cuales es legítimo que la autoridad administrativa requiera el traslado y se justifique cargar el costo de ello al propietario.

En segundo lugar, el precepto impugnado es contrario a los principios de tipicidad y culpabilidad; al derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, y al derecho a un justo y racional procedimiento administrativo.

La vaguedad de la fórmula "por cualquier motivo" hace que la autoridad administrativa determine la conducta infraccional, imponga la sanción -retiro de los postes y líneas- y adopte las medidas de apremio, contraviniendo el principio de tipicidad del artículo 19, N° 3°, inciso final, de la Constitución, y el principio

de culpabilidad, desde que la posibilidad de exculparse de la conducta infraccional es nula, estableciéndose una verdadera presunción de responsabilidad.

Además, en este caso no existe un procedimiento justo y racional que permita la debida audiencia del infractor y su derecho a defensa, actuando la Dirección de Vialidad como una verdadera comisión especial de aquellas prohibidas por el artículo 19, N° 3°, inciso cuarto, de la Constitución.

En tercer lugar, el precepto es contrario al derecho a la seguridad jurídica contemplado en el artículo 19, N° 26°, de la Constitución, que en su faz subjetiva se expresa como principio confianza legítima en que la actuación del Estado se ajustará a Derecho. Este principio se afecta al impedirse el ejercicio normal y de acuerdo al marco legal de los derechos del concesionario eléctrico, cuestión que en la especie ocurre al aplicarse el inciso final del artículo 41, imponiendo una sanción por una conducta que no se encuentra contemplada como infraccional en el ordenamiento jurídico y que no se tenía prevista.

La Primera Sala de esta Magistratura, por resolución de 7 de septiembre de 2011, admitió a tramitación el requerimiento, y por resolución de 29 del mismo mes y año, lo declaró admisible.

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

A fojas 171 se ordenó tener presente lo que indica la requirente en su presentación de 27 de octubre de 2011, en que, complementando su requerimiento, indica que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles en el

informe que se individualiza y acompaña, emitido en noviembre de 2010, sostuvo que “los titulares de concesiones de servicio público de distribución de energía eléctrica gozan del derecho para utilizar bienes nacionales de uso público para el tendido de las instalaciones aéreas y subterráneas destinadas al establecimiento, operación y explotación de la concesión que les ha sido conferida y que el título habilitante para ello deviene directamente del decreto que la otorga, por lo que, para este efecto, en opinión de este Organismo Fiscalizador, no se requiere de otro tipo de permiso administrativo (...)”.

A fojas 158, el abogado procurador fiscal subrogante de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, Rodrigo Álvarez Alarcón, se hizo parte asumiendo la representación del Ministerio de Obras Públicas, Dirección Regional de Vialidad de Atacama, y a fojas 176, con fecha 28 de octubre de 2011, hizo uso dentro de plazo de su derecho a formular observaciones al requerimiento, instando por su rechazo.

Parte por aludir a las circunstancias fácticas que hicieron necesario ordenar al EMELAT el cambio de su postación de tendido eléctrico, dado principalmente por la necesidad de ampliar la Ruta C-495, ordenándosele así el traslado de sus instalaciones en ejercicio de la facultad que a la Dirección de Vialidad le otorga el inciso final del artículo 41 del DFL N° 850, impugnado en autos. A continuación señala el Consejo que la Ley N° 19.474, de 1996, en el marco del desarrollo vial del país en los años 90, modificó el artículo 41 de la Ley del Ministerio de Obras Públicas, estableciendo, por una parte, en su inciso tercero, el pago de derechos por las concesionarias de servicios de utilidad pública que necesitaren colocar postaciones en caminos públicos, pero precisando que ello sólo sería exigible respecto de

concesiones otorgadas después de la publicación de la ley; y por otra parte, en su inciso final nuevo, que en caso de que fuere necesario el traslado de instalaciones en caminos públicos, su costo sería de cargo del propietario o conforme a las condiciones del contrato, con el propósito de evitar que Vialidad tuviera que soportarlo.

Así, las concesionarias anteriores a la Ley N° 19.474 continúan utilizando bienes públicos sin prestación alguna a cambio, siendo 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 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 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 Consejo que el requerimiento sería inadmisibles toda vez que el recurso de protección en que incide pretende un amparo ante un acto supuestamente ilegal y arbitrario del Director Regional de Vialidad al dictar el oficio ordinario N° 927 en virtud del cual, ante la negativa de EMELAT de trasladar sus postaciones de la faja fiscal, le imputó una infracción, disponiendo el retiro inmediato de las instalaciones, bajo apercibimiento de multa. Luego, el recurso de protección se dirige en contra de un acto administrativo, respecto del cual es improcedente una acción de inaplicabilidad,

como lo reconoce el voto de minoría de la resolución que declaró la admisibilidad de estos autos.

Además, de los fundamentos expresados en el recurso de protección, en el informe que en dicha gestión evacuó la Dirección de Vialidad y en la sentencia de la Corte de Copiapó, aparece que la cuestión debatida es de simple legalidad y no de constitucionalidad: determinar a quién corresponde hacerse cargo de los costos del traslado, según si son aplicables las normas de la Ley General de Servicios Eléctricos, conforme alega ELECDA, o si lo es el artículo 41, inciso final, del DFL N° 850, en su texto posterior a la Ley N° 19.474, como afirma Vialidad. En seguida, la discusión en la gestión sub lite está volcada en dos temas de legalidad: la aplicación de la ley en el tiempo y el alcance de las normas en función de su generalidad o especialidad. Se trata de una cuestión de recta interpretación y aplicación de leyes concurrentes, que determina, asimismo, que el presente requerimiento es inadmisibile.

Entrando a las infracciones constitucionales específicas invocadas por ELECDA, primero, en relación a la inconstitucionalidad del artículo 41 en cuanto autoriza a la Dirección de Vialidad para requerir el traslado de instalaciones "por cualquier motivo", adoleciendo de insuficiencia normativa que afectaría la reserva legal, el Consejo de Defensa del Estado sostiene que la reserva legal en la Constitución de 1980 no excluye absolutamente la potestad reglamentaria y, en todo caso, el punto no es atingente en la especie, ya que no es efectivo que el Director de Vialidad pueda actuar potestativa y arbitrariamente pues, como ya se dijo, el mismo DFL 850 alude a una serie de motivos para ordenar el traslado de las instalaciones, como, por ejemplo, fines de seguridad y de desarrollo futuro de las vías. Se trata de motivos necesarios, para el traslado, conforme

al inciso cuarto del artículo 41 y, en la especie, el traslado de las instalaciones de EMELAT se justificaba por ser necesario para ampliar y mejorar un importante camino público.

En segundo lugar, el Consejo indica que el precepto impugnado no afecta el libre ejercicio de actividades económicas, pues esta garantía constitucional, conforme al mismo artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental, no es de carácter absoluto, desde que el Constituyente habilitó al legislador para prohibir y regular ciertas actividades económicas.

En tercer lugar, el precepto cuestionado no vulnera el derecho de propiedad de la concesionaria, porque el dueño de los bienes nacionales de uso público es el Estado y no el particular. Los concesionarios de servicios eléctricos son beneficiarios de la explotación lucrativa de bienes públicos en virtud de un acto unilateral de permiso de la Administración, siendo jurídicamente improcedente sostener que la facultad conferida por la concesión o permiso atribuya un derecho de propiedad privada.

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

En cuarto lugar, el Consejo aduce que no hay afectación de la esencia de un derecho, toda vez que el

imponer al concesionario, por razón de mejoramiento o ampliación de la vía pública, que traslade a su costo las instalaciones, no le priva ni limita su beneficio de explotar el giro de distribución de energía eléctrica, ni su derecho a usar gratuitamente los caminos públicos. El continuar gozando del bien público sin tener que incurrir en el gasto del traslado por interferir en una obra pública, es una mera expectativa y no un derecho patrimonial.

En quinto lugar, la norma impugnada no afecta los principios de tipicidad y culpabilidad, ni el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales ni el derecho a un justo y racional procedimiento administrativo, pues, como se ha señalado, no existe "vaguedad" en la redacción de la norma ni existe una determinación arbitraria de la Administración al fijar la conducta infraccional ni al imponer la sanción, pues la potestad punitiva administrativa viene dada por la propia ley: artículo 52 del DFL N° 850, mismo que establece un procedimiento de reclamación a su respecto reconociendo al efecto jurisdicción al juez civil, y la posibilidad de revisión por la Corte de Apelaciones, por lo que tampoco puede alegarse la falta de un procedimiento racional y justo ni que se constituya una "comisión especial".

Finalmente, el Consejo señala que tampoco se afecta la seguridad jurídica, indicando que ella 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 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. La inalterabilidad del régimen

jurídico sólo se obtiene cuando se celebra un contrato-ley con el Estado, cuyo no es el caso de autos.

Con fecha 8 de noviembre de 2011, se ordenó traer los autos en relación e incluirlos en el Rol de Asuntos en Estado de Tabla, confiriéndosele preferencia en la sesión de Pleno de 19 de abril de 2012, agregándose en la tabla de Pleno del día 26 de abril de 2012, fecha en que tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Aristóteles Cortés, por la requirente Empresa Eléctrica de Atacama S.A., y Hernán Peñafiel, por el Consejo de Defensa del Estado.

**Y CONSIDERANDO:**

**I. LA IMPUGNACIÓN.**

1. Que, como se ha señalado, la gestión pendiente está dada por un recurso de protección, interpuesto por don Ernesto Peñafiel Morgan en representación de EMELAT, caratulado "Ernesto Peñafiel Morgan con Dirección Regional de Vialidad Atacama", en actual tramitación ante la Corte Suprema bajo el Rol N° 7.792-2011. El recurso fue interpuesto el 16 de junio 2011 y busca impugnar la decisión de la Dirección Regional de Vialidad de Atacama de ordenar el retiro de postes de EMELAT por considerarlos "no autorizados", imputando la infracción de "ocupación indebida" de la faja fiscal en el camino Juntas del Carmen - Juntas Valeriano, Ruta C-495, invocando para dichos efectos el inciso final del artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850 de 1997, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964, y del DFL N° 206 de 1960, sobre construcción y conservación de caminos, actual Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas. EMELAT afirma que las instalaciones se encontraban afectas al servicio público de distribución de energía eléctrica, y en consecuencia, que la ocupación de la faja fiscal quedaba

amparada por la respectiva concesión eléctrica. La Corte de Apelaciones de Copiapó rechazó el recurso de protección presentado, argumentando que el artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850 de 1997 tiene carácter especialísimo y que prima, por tanto, por sobre las normas que regulan el sector eléctrico.

Es en el marco de la apelación de la sentencia señalada 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 o dentro de un plazo máximo de tres años.*

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

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

*obligación alguna por el mantenimiento y conservación de dichas instalaciones, siendo obligación de sus propietarios el conservarlas en buenas condiciones.*

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

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

3. Que la norma es cuestionada desde diversas perspectivas, generando en el caso concreto efectos contrarios a la Carta Fundamental.

La inconstitucionalidad del precepto legal impugnado se funda en tres tipos de consideraciones. En primer lugar, la vulneración de la reserva legal para la regulación de los derechos constitucionales, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 63 N° 2 y 19 N° 26° de la Constitución. En este caso, la vaguedad de la fórmula legal contravendría la reserva de ley, al no excluir la posibilidad de intervenciones directas de la autoridad administrativa. En segundo lugar, se cuestiona la vaguedad de la norma impugnada, dando lugar a que se constate por parte de la autoridad administrativa una conducta infraccional (“ocupación indebida de la faja fiscal”), pues contraviene el principio de tipicidad del art. 19 N° 3 de la Constitución, en virtud del cual es el

legislador quien debe describir la conducta ilícita que lleve asociada una sanción. Existe en el mismo sentido una contravención al principio de culpabilidad, puesto que la responsabilidad se presume implícitamente al disponerse que el retiro de instalaciones puede ordenarse "por cualquier motivo", por no existir posibilidad de exculpación. Se señala, además, que no existe en este caso un racional y justo procedimiento administrativo. La tercera objeción que esgrime la parte requirente para fundar la inconstitucionalidad del precepto, es que el mismo resulta contrario a la seguridad jurídica, contemplada en el artículo 19, numeral 26°, de la Constitución, que se manifiesta, en su faz subjetiva, como confianza legítima en que el Estado actuará conforme a Derecho. Dicha expectativa se ha visto defraudada por cuanto el precepto impugnado ha permitido la imposición de una sanción respecto de una conducta que no se encuentra prevista como infracción en el ordenamiento jurídico;

## **II. ANTECEDENTES.**

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

De un lado, sobre su retroactividad, pues se ha objetado la fecha a partir de la cual se aplica. El precepto, tal como está en la actualidad, fue incorporado a nuestro ordenamiento, como veremos más adelante, en septiembre de 1996, por la Ley N° 19.474. Se ha formulado cuestionamiento respecto de su aplicación a instalaciones eléctricas construidas antes de esa fecha. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que no hay vulneración de la irretroactividad, pues lo relevante es el momento en que se dispone el traslado, no la fecha de

construcción de las instalaciones. Por lo mismo, ha sostenido que si la autoridad dispone el cambio de ubicación, después de septiembre de 1996, carece por completo de trascendencia la fecha de instalación primitiva (SCS 3171/2003).

Del otro, se ha discutido sobre su especialidad. En este caso se ha objetado que el D.F.L. N° 850, del Ministerio de Obras Públicas (MOP), de 1997, prime sobre disposiciones sectoriales que rigen determinadas actividades. Así, se lo ha puesto en antinomia con la Ley de Servicios Eléctricos (D.F.L. N° 1, 1982, de Minería, artículos 16 y 124), sosteniendo que ésta es una normativa especial respecto del artículo 41 de dicho D.F.L. N° 850. Sin embargo, la Corte Suprema ha considerado que esta disposición es especial respecto de todas las otras normas que se refieren en términos generales a los bienes nacionales de uso público (SCS 3171/2003; 6091/2007).

Por otra parte, es necesario consignar que esta Magistratura ha rechazado requerimientos presentados contra el inciso final del artículo 41 del D.F.L. N° 850, de 1997, del MOP, sobre la orden de trasladar las redes de concesionarios de servicio público que ocupan la faja fiscal en caminos públicos, declarando que dicho precepto legal es constitucional, toda vez que constituye una limitación al dominio que se enmarca dentro de lo establecido en el artículo 19 N° 24 de la Constitución (STC 1863/2012, 1986/2012, 1991/2012, 1992/2012, 1993/2012);

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

5. Que este Tribunal no puede pronunciarse, en abstracto, mediante un recurso de inaplicabilidad, sobre determinados preceptos legales. Eso es algo que puede hacer, pero en uso de otras facultades que le encomienda

la Constitución. En la inaplicabilidad esta Magistratura examina la constitucionalidad del precepto legal a la luz de los hechos de la causa correspondiente. Realiza, por lo mismo, un examen concreto del o de los vicios que se reprochan a la norma (STC 480/2006; 546/2006);

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

7. Que, finalmente, no se pronunciará sobre el impacto que tiene la aplicación del artículo impugnado en los ingresos tarifarios de la compañía, pues no ha sido cuestionado ningún precepto legal relativo a las tarifas de la empresa requirente;

#### **IV. CAMINOS PÚBLICOS Y FAJA DE CAMINOS PÚBLICOS.**

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

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

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

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

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

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

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

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

El artículo 24 del precepto señala expresamente que las fajas de los caminos públicos son bienes nacionales de uso público. Con esa declaración, el legislador estableció una reserva o *publicatio*. Como lo ha dicho este Tribunal, *"mediante ella, el legislador establece que unos bienes determinados o toda una categoría de ellos, en razón de que por su uso o destino deben pertenecer a la nación toda, dejan de ser susceptibles de apropiación, quedando entregados al uso público"* (STC

1281/2008). Ello implica una serie de consecuencias: el bien queda fuera del comercio humano, se sujeta a un régimen jurídico especial y sobre él no hay propiedad sino uso (STC 245/1996; 1281/2008).

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

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

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

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

## **V. LA NORMA IMPUGNADA.**

**12.**Que en el marco de estas potestades de administración se inserta la de disponer el cambio de

ubicación de las instalaciones autorizadas en la faja de un camino público.

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

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

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

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

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

**15.** Que recordemos que el uso de los bienes nacionales de uso público puede ser de dos tipos. Por una parte, está el uso común. Este es aquel que corresponde a todas las personas. Se trata de un uso anónimo, temporal, y no requiere título alguno. En segundo lugar, está el uso privativo. En este caso, la autoridad encargada de su administración entrega, por actos específicos, la ocupación temporal del bien a un particular, con un

propósito de interés público, generalmente a título oneroso. Dicho uso es privativo porque implica un uso exclusivo y excluyente del bien. El beneficiario de un uso privativo puede excluir al resto de las personas que accedan a él. Por eso requiere un título habilitante, que puede ser el permiso o la concesión. Sin ese título, hay uso común del bien. Dicho de otra forma, el permiso o la concesión sustraen del uso común ciertos bienes (STC 1281/2009; 1669/2012);

**16.**Que el mencionado permiso puede permitir la colocación de distintas instalaciones. La ley menciona las siguientes: *"cañerías de agua potable y de desagüe"; "obras sanitarias"; "canales de riego"; "tuberías o ductos para la conducción de líquidos, gases o cables"; "postaciones con alambrado telefónico, telegráfico o de transmisión de energía eléctrica o fibra óptica"*. Pero emplea una fórmula global: *"en general, cualquier instalación que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público"*.

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

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

Además, la ley señala que la autorización la debe otorgar la Dirección, pero establece una serie de causales para negarla. Junto con oponerse al uso de los caminos, la ley señala varias otras causales. Así, la

autoridad no debe dar el permiso si se afecta *“la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías”*; debe precaverse que las instalaciones *“no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona”*. La ley también señala que la autoridad debe negar el permiso si no es *“posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas”*.

Enseguida, las instalaciones son de cargo del respectivo propietario, sin que la Dirección tenga responsabilidad u obligación alguna por su mantenimiento y conservación, debiendo su dueño conservarlas en buenas condiciones (artículo 41, incisos tercero y cuarto). A continuación, dicho uso está sujeto al pago de derechos. Sin embargo, por mandato del inciso tercero del artículo 41 del D.F.L. N° 850, MOP, 1997, dichos derechos sólo son exigibles respecto de aquellos permisos otorgados con posterioridad al 30 de septiembre de 1996, fecha de publicación de la Ley N° 19.474. Asimismo, la Dirección de Vialidad puede establecer condiciones al otorgar el permiso (artículo 41, inciso tercero). Del mismo modo, la autoridad puede *“mediante resolución fundada, ordenar el retiro de toda instalación que no cumpla los requisitos exigidos en el presente artículo”* (artículo 41, inciso quinto);

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

en cuanto a su puesta física, a su conservación y mantenimiento, a su propietario;

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

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

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

Enseguida, es un cambio de ubicación, no una prohibición de uso ni un retiro. Es un traslado desde el lugar en que fueron originariamente autorizadas. El traslado es, por tanto, una transferencia temporal de la faja a otro lugar, mientras ésta permanece ocupada por obras del camino o se crea otra por ampliación del mismo.

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

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

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

A continuación, pueden suceder tres posibilidades. La primera es que el afectado cumpla la medida. La segunda es que no haga nada. En ese caso, la Dirección debe ordenar hacer el presupuesto del traslado, el que

sirve de título ejecutivo para cobrar su valor. Notificado el infractor y obtenidos los fondos, la obra se ejecuta con cargo a éstos. La tercera alternativa es que el afectado reclame administrativamente, mediante la interposición de los recursos que correspondan (artículos 15 y 59, Ley N° 19.880), o ante el Juez de Letras respectivo, dentro del término de diez días (artículo 50, D.F.L. N° 850);

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

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

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

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

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

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

En este sentido, hay que señalar que el artículo 41 se refiere al propietario para los siguientes efectos. En primer lugar, para señalar que las instalaciones son de cargo de los respectivos propietarios. En segundo lugar, para indicar que es de cargo de dichos propietarios el mantenimiento y conservación de las instalaciones. En tercer lugar, que es de cargo de éstos el traslado de las instalaciones.

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

25. Que hay que recordar, asimismo, que durante la tramitación de la Ley N° 19.474, en el Congreso Nacional,

se estableció la onerosidad por el uso de la faja fiscal, con la excepción de aquellos permisos otorgados antes de su entrada en vigencia, el 30 de septiembre de 1996. Por lo mismo, para los nuevos permisos, dicho uso dejó de ser gratuito.

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

26. Que el veto del Ejecutivo fue aprobado por 22 votos a favor y 14 en contra. Por lo mismo, es relevante destacar las razones que tuvieron quienes concurrieron a dicha aprobación, porque reflejan la voluntad positiva del legislador de aprobar una ley. Los que votaron en contra, dieron sus razones, pero no reunieron la mayoría suficiente que las respaldara.

En primer lugar, se destacó el término de la gratuidad del uso de la faja fiscal. Se dieron varias razones para ello. Destaca, de una parte, la intervención del entonces senador Errázuriz, quien señaló: *"La utilización gratuita de las fajas por parte de empresas eléctricas, de comunicaciones o de otro rubro ya no se justifica. La ley antigua establecía que las podían usar gratis por tratarse de empresas estatales. Pero hoy son privadas y, sin embargo, continúan ocupándolas sin pagar nada por ellas. Se dispone, en consecuencia, que deberán cancelar los derechos que se establezcan y que la concesión, en caso de haber más de un interesado, deberá entregarse al que ofrezca más en la licitación, recibiendo el Ministerio, por esta vía, recursos adicionales que le permitirían construir los nuevos caminos que se requieran. Porque, repito, todo ya no es del Estado, porque hoy existe competencia privada por ocupar esas superficies de terreno."* De otra, lo señalado por el entonces Ministro de Obras Públicas,

Ricardo Lagos Escobar: *"en la actualidad, quien transite entre Santiago y Valparaíso por la ruta 68 debe pagar un peaje. Hoy, aquellos que acceden a la faja fiscal no pagan nada";*

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

Una primera razón es el hecho de que la empresa ocupara gratuitamente la faja de los caminos. El Ministro de Obras Públicas de la época sostuvo: *"Mover las cañerías tiene un costo: la discusión consiste en determinar quién paga el costo. ¿Es justo que el costo lo pague quien gratuitamente cedió a la empresa el uso de la faja fiscal? De ser así, sería insólito, ya que la faja fue adquirida por el fisco mediante expropiación, lo que significa que tuvo que pagar por ella".* Más adelante, agregó: *"Y, entonces, se presenta una situación paradójica: las empresas de utilidad pública obtienen gratuitamente estas fajas, y cuando el Ministerio tiene que realizar modificaciones en los caminos, debe hacerlo con cargo a su propio presupuesto. Nos parece una situación absurda".* El senador Errázuriz, por su parte, señaló: *"La dificultad surge por el hecho de que anteriormente esas empresas no pagaban. Por esa razón, estimo lógico lo señalado por el señor Ministro: quien ha estado utilizando, sin costo alguno, un lugar público, obteniendo beneficios por ello, por lo menos tiene que costear el cambio de ubicación de los postes, ductos, etcétera, cuando el país requiera ampliar los caminos o construir nuevos".*

Una segunda razón que se entregó, es que el Estado tiene que asumir, en el caso de las carreteras concesionadas, el costo de la expropiación para hacer el camino y la faja adyacente. Al respecto, el Ministro de Obras Públicas señaló: *"lo que se está pagando por*

*expropiaciones alcanza cifras extraordinariamente elevadas, pese a tratarse de la utilización de una faja que es fiscal. La autopista de la ruta Santiago-San Antonio vale 120 millones de dólares; y 30 millones son para el pago de expropiaciones, es decir, el 25 por ciento del valor de esa obra. Y las empresas utilizan esa faja de terrenos y no podemos cobrarles. Sólo se paga por el análisis de los planos, etcétera. Y cuando tenemos que construir una nueva vía, debemos incurrir en gastos extraordinarios".*

Una tercera razón que se dio, es que si las empresas dueñas de las instalaciones no querían exponerse al costo del traslado, debían abstenerse de usar la faja y contratar una servidumbre. Al respecto, el Ministro de Obras Públicas sostuvo: *"Las empresas en cuestión accedieron gratuitamente al uso de la faja fiscal. ¡Gratuitamente! En consecuencia, asumieron el riesgo de que la faja fiscal cambiara en algún momento. Ahora, si quieren estar a cubierto de esa eventualidad, deben concurrir al mercado y comprar una servidumbre de tránsito para pasar por en medio de un potrero".* En el mismo sentido, se expresó el senador Errázuriz: *"la empresa deberá enfrentar el riesgo de la incertidumbre, económica o legal, del eventual traslado de sus instalaciones, si el avance del progreso así lo exige, y hacerse cargo de los costos correspondientes. Eso será parte de los gastos que tendrá que internalizar cuando haga una oferta para usar servicios, caminos u obras públicas".* El mismo argumento utilizó el entonces senador y actual Presidente de la República, Sebastián Piñera, quien sostuvo: *"Hacia adelante, si por alguna razón se produce un cambio del trazado en una concesión otorgada por el Ministerio sobre una faja que a él, a su vez, le tocó obtener a través de una compra o expropiación, por lo que incurrió en los gastos propios de ella, no parece razonable que, habiendo otorgado tal concesión en forma*

*gratuita, le corresponda incurrir en esos gastos. Lo importante es que las empresas de utilidad pública sabrán que deberán estimar hacia futuro la probabilidad de que haya un cambio en los trazados de las rutas. Si no quieren asumir ningún riesgo, siempre podrán optar por un camino alternativo a su propio costo, por la vía de obtener las concesiones o los usufructos de los privados, o simplemente la propiedad de los terrenos por donde quieran hacer pasar sus líneas o lo que les corresponda”;*

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

#### **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 retiro se dispuso en mayo del 2011, por la Dirección de Vialidad;

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

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

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

Desde luego, porque no fundamenta adecuadamente la manera en que ésta es recogida constitucionalmente y cuáles serían las condiciones bajo las cuales operaría. No basta afirmar que esta se funda en la seguridad jurídica.

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

Asimismo, tal alegato exige un estándar de prueba extremadamente alto, porque puede afectar el que sea el legislador el que defina los marcos jurídicos aplicables a una actividad (artículo 19 constitucional, N° 21°); porque puede incidir negativamente en la dinamicidad de los mercados regulados, respecto de los cuales la Constitución expresamente permite que el legislador modifique o derogue sus normas (artículo 63), siendo la ley una regulación de carácter innovador (STC 370/2003). Enseguida, aquí no ha existido ningún cambio brusco de la legislación. Desde que se envía el Mensaje del proyecto que originó la Ley N° 19.474, en septiembre de 1993, hasta su publicación, en septiembre de 1996, transcurrieron tres años. Y desde 1996 al 2011, fecha en que se dispuso el retiro, pasaron quince años.

Así, por lo demás, lo ha considerado esta Magistratura en recientes sentencias (STC 1863/2012, 1986/2012, 1991/2012, 1992/2012, 1993/2012);

#### **VII. NO SE AFECTA LA RESERVA LEGAL.**

**33.**Que, entrando al fondo del asunto, el requirente sostiene, como primer argumento de su reproche de constitucionalidad, que el inciso final del a 41 contraviene la reserva legal por insuficiencia normativa, sobre todo porque faculta a la autoridad para disponer, por cualquier motivo, el traslado de las instalaciones ubicadas en la faja caminera;

**34.**Que al respecto, cabe señalar que la actividad de distribución eléctrica está estructuralmente asociada a normas administrativas.

Tal como lo ha dicho esta Magistratura:

*“Por de pronto, la empresa requirente, para poder operar como distribuidora, requirió un título habilitante. Este consiste en una concesión. Su actividad está legitimada por un decreto supremo. La*

*intervención de la Administración no le es, por lo tanto, ajena.*

*Enseguida, la Ley General de Servicios Eléctricos contiene una abundante remisión a normas administrativas (por ejemplo, en sus artículos 10, 15, 139, 222 y 223). El legislador, al redactar un texto tan técnico y tan complejo, concibió permanentemente el auxilio de la potestad reglamentaria para implementar adecuadamente las instituciones y conceptos en él contenidas (sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4397/99).*

*Asimismo, la autoridad administrativa tiene permanente intervención en esta ley. La misma Ley General de Servicios Eléctricos señala que la aplicación de la ley corresponde a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (artículo 10). Dicha autoridad tiene facultades de fiscalización y supervigilancia, e inviste potestad normativa para emitir reglas técnicas en materia de transporte y distribución (artículo 2°, Ley N° 18.410). También puede sancionar el incumplimiento de esta normativa (artículo 15, Ley N° 18.410).*

*Por ello, la ley establece que “es responsabilidad de los propietarios de todo tipo de instalaciones eléctricas el cumplir con las normas técnicas y reglamentos que se establezcan en virtud de la presente ley” (artículo 223);” (STC 1669/2012);*

**35.**Que, enseguida, este Tribunal ha considerado que es posible y lícito que la Administración pueda regular algunos aspectos determinados en una ley (STC 325/2001). La Constitución diseña un régimen que armoniza potestad legislativa con potestad reglamentaria (STC 370/2003); que una actividad se regule por ley no excluye la

colaboración reglamentaria (STC 480/2006). Ello, ha dicho, se funda en una interpretación armónica de los artículos 63 y 32 N° 6 de la Constitución, por la naturaleza general y abstracta de la ley y por la división de funciones que reconoce nuestro sistema. Imaginar lo contrario equivale a convertir la ley en reglamento y a concentrar en el órgano legislativo las dos potestades (STC 480/2006) (STC 1669/2012);

**36.**Que, en este sentido, el rol de la normativa administrativa es, sin embargo, concebido para regular cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercana a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Las características de la ley (generalidad, abstracción, igualdad, carácter innovador) deben ser conciliadas con la mayor elasticidad, flexibilidad, adaptabilidad o posibilidades de modificación que singularizan a la potestad reglamentaria (STC 370/2003);

Por lo mismo, dicha colaboración reglamentaria exige que la ley regule los aspectos esenciales de la materia respectiva, de modo que el reglamento sólo se involucre en aspectos de detalle (STC 370/2003). El legislador no puede renunciar a su deber de normar los aspectos medulares de una determinada regulación. Así como debe limitarse a regular las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, no puede incurrir con motivo de esa tarea en una deslegalización, en el establecimiento de cláusulas abiertas o fórmulas en blanco que generen inseguridad jurídica (STC 370/2003);

**37.**Que en el presente caso, es efectivo que la normativa permite el traslado "por cualquier motivo". Sin embargo, ello no puede aislarse del resto del precepto y del párrafo en que se inserta la normativa cuestionada

(“Policía de Caminos”). La norma establece que el destino principal de los caminos es su uso (inciso primero). También que la faja de los caminos son de competencia de la Dirección de Vialidad. De ahí que deba autorizar, en la forma y condiciones que ella determine, su uso por instalaciones (artículo 41, inciso primero y tercero). Y que dicho uso puede negarse si se oponen al uso principal de los caminos, o se afecta la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o del desarrollo futuro de las vías, entre otras razones.

La norma impugnada define la medida que puede disponerse (traslado), cuál es la autoridad que puede disponer la medida (la Dirección de Vialidad), quién queda obligado por ellas (el dueño de las instalaciones);

**38.**Que, por otra parte, es necesario distinguir entre el control de atribución y el control de ejercicio de potestades. En virtud del primero, se controla la entrega de la atribución a la administración. Mediante el segundo control, se examina la dictación de los actos que se dictan en virtud de la potestad otorgada.

Si bien la expresión “por cualquier motivo” puede parecer amplia, hay una serie de restricciones que emanan del ejercicio de esa potestad, como es el control de motivación, el de suficiencia de ésta, el control de arbitrariedad, etc. Todos estos mecanismos se enmarcan dentro del control del ejercicio de la discrecionalidad;

**39.**Que tal como formula la objeción el requirente, se trata de un cuestionamiento abstracto, porque no se vincula con las razones que la autoridad tuvo para ordenar el retiro. Esta se hace por el mejoramiento de la Ruta C-495, sector La Pampa-Conay, comuna Alto del Carmen, Región de Atacama, según consta en el oficio que rola a fojas 12. Y el artículo 41 permite incluso negar las autorizaciones para el uso de la faja por

instalaciones si se contraponen "al desarrollo futuro de las vías";

40. Que, de ahí que a juicio de esta Magistratura, la norma legal tiene determinación y especificidad en los términos precisados por la Sentencia Rol N° 325 en el sentido que: "El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma norma indique, de manera precisa, las medias especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio." (Considerando 40°).

En consecuencia, no se observa cómo puede afectarse la reserva legal en la presente situación;

#### **VIII. NO ESTAMOS EN PRESENCIA DE UNA SANCIÓN ADMINISTRATIVA.**

41. Que el requirente sostiene, como segundo reproche, que el desalojo dispuesto por la Administración por la ocupación indebida de la faja fiscal, es una sanción que se funda en una infracción que adolece de defectos en su tipicidad; y que el retiro inmediato afecta su racional y justo procedimiento;

42. Que consideramos, en primer lugar, que no hay relación entre la norma impugnada, que regula el traslado de redes, con el retiro de los postes que se ordenó a la requirente. El oficio N° 927, de 17.05.2011, de la Dirección Regional de Vialidad de Atacama, que rola a fojas 12, en que se comunica a la empresa la ocupación indebida de la faja fiscal, se funda en dos normas. Por una parte, en el artículo 36 del D.F.L. N° 850/97, del MOP, que prohíbe ocupar los caminos públicos. Por la otra, en el inciso primero del artículo 41, que establece

que las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad.

La ocupación indebida y la consiguiente orden de retiro de los postes en forma inmediata, no se funda en la norma impugnada. Esta es el inciso final del artículo 41. El desalojo es porque *“los postes en la faja fiscal no están autorizados por esta Dirección Regional que están interfiriendo con la obra que se está ejecutando”* (Oficio N° 927).

Una cosa es el traslado de redes que supone la existencia de un permiso o contrato de concesión y otra es el retiro. El retiro tiene lugar cuando la *“instalación no cumple los requisitos establecidos en el presente artículo”* (artículo 41 inciso quinto). Este artículo establece la necesidad de contar con una autorización de la Dirección de Vialidad;

**43.**Que, en segundo lugar, no estamos en presencia de una sanción administrativa. Por una parte, porque se hizo uso de lo que el párrafo III, del Título III, del D.F.L. N° 850/97, MOP, denomina *“Policía de Caminos”*. Es en este párrafo que se ubica el artículo 36 que prohíbe ocupar caminos públicos. La policía demanial es *“el conjunto de medidas de vigilancia y de potestades de limitación de actividades privadas sobre los bienes de dominio público que las leyes confieren a la administración para defender la conservación y buen uso de dichos bienes e impedir cualquier alteración perjudicial de su estado y características”* (Sánchez Morón, Miguel; Los bienes públicos; Editorial Tecnos, Madrid 1997, pág. 74).

Hay que considerar que los bienes nacionales de uso público tienen un régimen jurídico especial. Este se traduce en un régimen de protección, un régimen de uso y un régimen de vecindad (Bon, Pierre; El dominio público ante el derecho administrativo francés; en Revista Chilena de Derecho, vol. 25 N° 2, pág. 309-327 (1998)).

El régimen de protección busca evitar el riesgo de desmembramiento, de degradación y de usurpación. El régimen de uso, por su parte, define la manera por la cual los administrados pueden usar el dominio público. Este uso puede ser general o especial. El régimen de vecindad, finalmente, establece cargas recíprocas que el dominio público y los propietarios privados vecinos soportan por el hecho de su contigüidad.

El régimen de protección abarca la inalienabilidad, la imprescriptibilidad. También se refiere a la conservación del dominio público, con las consiguientes obligaciones para la administración de su cuidado y de evitar el uso por ocupantes sin título. Manifestaciones de este régimen de protección son también los inventarios de bienes, su registro, el deslinde de los mismos.

Esta protección se justifica en que como la titularidad de los bienes nacionales de uso público es de la Nación toda, la ley, directamente u otorgando potestades a la Administración, debe velar porque ello se materialice.

Es en virtud de esta protección que la Administración puede recurrir a la acción forzada de expulsar ella misma, sin recurso previo ante el juez, al ocupante sin título del dominio público. La recuperación posesoria permite que la Administración recobre de oficio la posesión de bienes integrantes del dominio público, sin necesidad de ejercer el respectivo interdicto posesorio (Montt Oyarzún, Santiago; El dominio público, Editorial Conosur, Santiago 2002, pág. 190). Así, por ejemplo, lo permite el artículo 11 del D.F.L. N° 340, de 1960, que regula las concesiones marítimas; el artículo 4° inciso segundo de la Ley de Gobierno y Administración Regional; los artículos 5°, 115 y 162 de la Ley de Pesca.

Dicho mecanismo es lo que se conoce como coacción administrativa directa, que permite que por una orden de

ejecución, sin un título ejecutivo previo o incumplido, como sería el caso de la ejecución forzosa del acto administrativo, se pone término a una situación de hecho o se protege la posesión de los bienes que administra un órgano de la Administración o que sean de su patrimonio (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón; Curso de Derecho Administrativo; tomo I, Editorial Civitas, Madrid 2000, pág. 807 y siguientes);

**44.**Que, en tercer lugar, las sanciones provienen por no retirar los postes en forma inmediata. Las sanciones en el D.F.L. N° 850/97, MOP, se encuentran reguladas en el artículo 52, no en el artículo 41. Por lo demás, así se desprende del oficio que la Dirección de Vialidad comunica el retiro. Éste señala que de no proceder el retiro, se hará cargo de dichos trabajos y aplicará una multa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 52. Éste dispone que *"toda infracción al presente título será castigada con multa de dos a cincuenta unidades tributarias mensuales"*.

Dicho de otra forma, el retiro no es una sanción. Ésta vendrá como consecuencia del incumplimiento del retiro.

**45.**Que, por tanto, no consideramos que el requerimiento deba acogerse.

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

**SE RESUELVE:**

**Que se rechaza el requerimiento de fojas 1, dejando sin efecto la suspensión de procedimiento decretada en estos autos, a cuyo efecto deberá oficiarse al tribunal respectivo.**

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

Los Ministros señores **Marcelo Venegas Palacios** y **Enrique Navarro Beltrán** dejan constancia de que concurren a la sentencia que rechaza el requerimiento, sin compartir su considerando 43° y haciendo presente que discrepan de ciertos enfoques doctrinarios de la sentencia relativos a las sanciones administrativas y a la naturaleza del derecho del concesionario eléctrico a usar bienes nacionales de uso público para el ejercicio de su actividad y en cuanto a la justificación de las cargas que recaen sobre ese derecho, en lugar de los cuales tienen presente lo siguiente:

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

También, en ocasiones, es la propia ley la que concede directamente ese derecho, tratándose en dichos casos de un verdadero derecho legal de uso, pues el uso del bien público lo permite directa e inmediatamente una norma legal expresa, como ocurre en el caso de autos, en que es la Ley General de Servicios Eléctricos (actualmente contenida en el D.F.L. N° 4/20.018, del

Ministerio de Economía, de 2007, que fija su texto consolidado) la que en sus artículos 2°, N° 4, letra b), y 16, consagra dicha facultad.

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

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

2°) No resulta contradictorio con lo afirmado, la circunstancia de que el mismo artículo 41 del D.F.L N° 850, cuyo inciso final se cuestiona, establezca que deba otorgarse una autorización, por parte de la Dirección de Vialidad, para hacer uso material de este derecho legal de uso, esto es, *"para tender las líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión"*, pues dicha autorización o permiso no es constitutiva de un derecho de uso que ya ha sido conferido por la ley, sino que tiene por objeto velar, por parte de la entidad bajo cuya competencia se encuentran los caminos públicos, por el cumplimiento de las normas preexistentes relativas a la seguridad vial y el uso público de los caminos, como se puede concluir con

facilidad de simple la lectura de la citada norma. De allí que la Dirección de Vialidad esté obligada a otorgar dichas autorizaciones *"a menos que se opongan al uso de los caminos públicos, sus fajas adyacentes, pasos a nivel y obras de arte, o al uso de túneles o puentes; no afecten la estabilidad de las obras, la seguridad del tránsito o el desarrollo futuro de las vías; no obstruyan o alteren el paso de las aguas; no produzcan contaminación ni alteración significativa, en cuanto a magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona; y sea posible su otorgamiento, teniendo en cuenta las instalaciones anexas ya autorizadas."* (Artículo 41 del D.F.L. 850, inciso cuarto).

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

En efecto, siendo deber del Estado promover el bien común, conforme lo establece el artículo 1° de la Constitución, así como establecer las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad, consagrada en el párrafo segundo del numeral 24, de su artículo 19, y fijar por ley las normas sobre

concesión de los bienes del Estado (artículo, 63, numeral 10), no puede reprochársele que, junto con conceder gratuitamente el derecho legal de uso de bienes públicos a un particular, para facilitarle el ejercicio de su actividad de concesionario de un servicio de distribución de energía eléctrica que, si bien presta un servicio público, de su legítimo provecho se apropia exclusivamente el concesionario, haga recaer sobre él la obligación de pagar el costo de los traslados que deban practicarse en virtud del cuestionado artículo 41, inciso final, del DFL N° 850, del mismo modo que lo obliga a cumplir, como se dijo en el motivo anterior, las condiciones relativas al uso libre y seguro de los caminos públicos. Por lo demás, siempre las concesiones de esta clase implican, para su titular, derechos y obligaciones, como se detalla en la sentencia.

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

Es por ello que la innovación normativa que demanda el progreso no puede sino considerarse parte integrante del estatuto legal de la concesión. Ésta es la noción que se expresa en lo dispuesto en el artículo 15° de la Ley

General de Servicios Eléctricos, cuando establece que, en lo que ellas no prevean, las concesiones estarán sometidas a las leyes, reglamentos y ordenanzas vigentes o que se dicten el futuro sobre la materia.

5°) Que -por último- en lo relativo a la potestad sancionatoria administrativa, hacen presente estos jueces que esta Magistratura Constitucional ha señalado de manera reiterada que *“aunque se trate de potestades que no suponen ejercicio de jurisdicción, ciertamente deben sujetarse a los parámetros propios de un debido proceso”* (Rol 766). Por lo mismo, para dictar el acto administrativo sancionador es necesario haber *“previamente escuchado a la parte afectada”* y eventualmente recibir *“antecedentes probatorios”*, lo que también ha sido resaltado por la Corte Suprema (Rol 6333/2007). De esta forma, en materia sancionatoria el derecho a un debido proceso resulta plenamente aplicable, particularmente en relación al derecho a reclamar ante un tribunal (Roles 415, 666 y 796). Así, el acto administrativo sancionador exige que *“se imponga en el marco de un debido proceso, teniendo siempre el afectado derecho a impugnarlo ante los tribunales de justicia”*. (Rol 1223). Tales exigencias resultan plenamente aplicables a la autoridad administrativa, la que carece de prerrogativas especiales que la eximan del control y revisión jurisdiccional de sus actuaciones, como asimismo de la pretensión de la aplicación de la fuerza directamente, sin que previamente se le haya facultado por un tribunal de la República, en los términos que ordena de manera categórica el artículo 76 de la Carta Fundamental, una de las reglas cardinales de nuestro Estado de Derecho.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander, y la prevención, los Ministros que la suscriben.

Regístrese, notifíquese y archívese.

**ROL N° 2069-11 INA.**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente subrogante, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por sus Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney, y por el suplente de Ministro señor Christian Suárez Crothers.

Se certifica que los Ministros señores Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes concurrieron

al acuerdo y fallo, pero no firman por haber cesado en su cargo, el primero, y por encontrarse con licencia médica, el segundo.

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