

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 41 DEL DFL 850 DE 1997 DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY 15.840 DE 1964 Y DEL DFL 206 DE 1960

Francisco Zúñiga Urbina¹

Resumen

El presente artículo analiza la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso final del artículo 41 del DFL 850 de 1997 del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15.840 de 1964 y del DFL 206 de 1960.² En la sentencia, el Tribunal Constitucional postula una nueva doctrina acerca de la propiedad de empresas concesionarias de servicio público: toda limitación es legítima al estar fundada en la función social del derecho –que comprende conceptos jurídicos indeterminados tales como el interés nacional–, lo que hace prácticamente imposible la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.

1. El requerimiento

El requerimiento de autos fue interpuesto por la empresa Chilectra S.A. La norma impugnada dispone que se podrá decretar el traslado de las instalaciones de tendido eléctrico ubicadas en las fajas de caminos públicos, siendo el costo del traslado de cargo de la empresa propietaria de las instalaciones.

Se argumentó que la aplicación de dicha norma atenta en contra de la seguridad jurídica, en virtud de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución, de los que se derivan principios de certeza jurídica y confianza legítima, ya que la normativa innova sobre la regulación existente al momento en que las instalaciones fueron emplazadas en las fajas de caminos públicos.

En segundo lugar, se argumentó que se afecta el derecho de propiedad de

¹ Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

² Tribunal Constitucional, Rol 1992-2001, sentencia de fecha 24 de julio de 2012.

Chilectra, puesto que la obligación que impone la norma de pagar el traslado de las instalaciones implica, en la práctica, la privación de los derechos de los que dicha empresa es titular, en tanto titular de una concesión que la habilita para desarrollar la actividad de distribución eléctrica en la Región Metropolitana, siendo la utilización de la faja de caminos públicos un derecho emanado directamente de esa concesión. Por tanto, la obligatoriedad de pagar por el traslado hace ilusorio el derecho emanado de la concesión, privando así de su derecho de propiedad a la requirente.

En tercer lugar, se sostuvo por parte de la requirente que la aplicación de la norma impugnada la priva de su derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, consagrado en el art. 19 N° 21 de la Constitución, ya que se afecta el patrimonio de Chilectra, que desarrolla una actividad lícita al amparo de los derechos que le otorga su calidad de concesionario de distribución eléctrica, no siendo posible el incorporar al régimen tarifario los costes de los traslados.

2. Conflicto constitucional

En cuanto al conflicto constitucional, la sentencia lo define, exponiendo las normas impugnadas y las normas constitucionales que, a juicio de la requirente, se ven afectadas por su aplicación:

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

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

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, y respecto de aquellos caminos que construya el Ministerio de Obras Públicas, y que no estén sujetos al sistema de concesiones establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 164, de 1991, del mismo Ministerio, este último otorgará concesiones a particulares mediante decreto supremo, y según el procedimiento estipulado en el citado cuerpo legal. Estas concesiones se otorgarán mediante licitación pública, sobre terrenos que no podrán exceder del 5% del total de la superficie de la faja requerida para la construcción del camino, aledaños a caminos públicos, situados fuera de los límites urbanos de una comuna y expropiados con el exclusivo

propósito de instalar en ellos servicios para los usuarios de la vía, tales como hoteles, estaciones de servicio, restaurantes, paradores de vista u otros similares. Para tales efectos, el expropiado, o el propietario colindante, en su caso tendrá prioridad en caso de igualdad de condiciones en el proceso de licitación de la concesión, la que deberá, además, materializarse en conformidad a las bases respectivas o dentro de un plazo máximo de tres años.

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

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

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

En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario o en

las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo”.

3. Que, de acuerdo a la parte requirente, la aplicación del precepto impugnado en la gestión pendiente, vulnera la Constitución por cuatro órdenes de razones.

En primer lugar, porque implica una transgresión al principio de seguridad jurídica y confianza debida, consecuencia del principio de Estado de Derecho, consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución. Señala que de la confianza legítima y la seguridad jurídica, se derivan deberes de previsibilidad para las actuaciones de la autoridad, así como de consistencia de las situaciones que favorecen a ciertos sujetos. En este caso, el precepto impugnado carece de la necesaria precisión normativa, así como también de parámetros incuestionables y razonables.

En segundo término, considera conculcado el derecho de propiedad. El concesionario es propietario de su concesión, la que incorpora el derecho para utilizar el espacio público e instalar infraestructura, que es un bien incorporal. Dichos derechos se han incorporado al patrimonio de los concesionarios. La aplicación del precepto impugnado desconoce dichos derechos, infringiendo la garantía del artículo 19, en su numeral 24°.

En tercer lugar, se contraviene el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. La imposición del costo de traslados que no se han originado en Chilectra S.A., y que tienen por efecto una disminución considerable del patrimonio, afectan la garantía del numeral 21° del artículo 19, que implica un “derecho a crear empresas sin restricciones y a desarrollar las mismas, esto es, a mejorarlas y acrecentarlas”.

Finalmente, se ha hecho presente que el precepto legal impugnado también infringe la igualdad ante la ley, ante las cargas públicas y la igualdad de trato, por cuanto se impone una carga a Chilectra S.A., para beneficiar la realización de obras de interés general, beneficiando al Estado y al concesionario de obras públicas. En consecuencia, se bien muchos actores se benefician del traslado, los costos los soporta únicamente Chilectra S.A.

3. Asuntos sobre los que el Tribunal Constitucional no emite pronunciamiento

Luego se señalan una serie de tópicos, planteados en el requerimiento, en los que se omitirá pronunciamiento, por no ser propios de una acción de inaplicabilidad o por no estar dentro de la competencia del Tribunal, entre los que se encuentran materias propias de control abstracto o conflictos de mera legalidad, aunque la retroactividad de un precepto legal pueda ser causa de una aplicación de inconstitucional:

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 solo 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.

4. Ratio decidendi

4.1. La norma impugnada

En cuanto a la decisión del asunto, en primer lugar, se hace una referencia detallada al contenido de la norma impugnada y a las condiciones de funcionamiento del derecho de utilización de la faja de los caminos públicos por parte de los concesionarios de distribución eléctrica, definiendo la naturaleza de la autorización para la ocupación de la faja de los caminos públicos:

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 Di-

rección 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.

Luego se constata que la autorización que se otorga para la utilización por parte de las empresas se encuentra sujeta a una serie de condiciones, que se refieren a la naturaleza propia de un camino público:

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 solo 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.

Se consignan, asimismo, las condiciones a las que está sujeto el cambio de las instalaciones, que debe ajustarse a ciertos parámetros normativos establecidos por el precepto impugnado:

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 esta 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 Viali-

dad 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 estos. 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 estos 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.

Una última consideración a este respecto tiene que ver con la expresa declaración que se hace en el artículo 15 de la Ley General de Servicios Eléctricos, respecto de la sujeción de las concesiones a las normas jurídicas vigentes y futuras:

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

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

4.2. Alegaciones que se descartan

Luego del examen anterior, la sentencia descarta alegaciones formuladas por la requirente, desestimando que exista fundamento para la inaplicabilidad.

4.2.1. Derechos adquiridos

Se rechaza, en primer lugar, la alegación en torno a los derechos adquiridos, al estimarse que sería esa una discusión de mera legalidad y que, en cualquier caso, no habría derechos adquiridos en el sentido reclamado:

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. Solo 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.

4.2.2. Confianza legítima

De la misma forma, se descartan los argumentos en torno a la confianza legítima, puesto que no se configuró suficientemente su fundamento constitucional:

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

esta 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, solo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción de que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella (STC 309/2000). Está en juego el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí (STC 309/2000).

Asimismo, tal alegato exige un estándar de prueba extremadamente alto, porque puede afectar el que sea el legislador el que defina los marcos jurídicos aplicables a una actividad (artículo 19 constitucional, N° 21°); porque puede incidir negativamente en la dinamicidad de los mercados regulados, respecto de los cuales la Constitución expresamente permite que el legislador modifique o derogue sus normas (artículo 63), siendo la ley una regulación de carácter innovador (STC 370/2003). Enseguida, aquí no ha existido ningún cambio brusco de la legislación. Desde que se envía el Mensaje del proyecto que originó la Ley N° 19.474, en septiembre de 1993, hasta su publicación, en septiembre de 1996, transcurrieron tres años. Además, desde esa fecha, hasta que se ordena por la autoridad el traslado, el 2005, transcurrieron 5 años.

4.3. Derecho de propiedad

Por último, se examina el argumento en torno a la afectación del derecho de propiedad. En primer término, se delimitan los estándares que rigen las limitaciones a las que puede sujetarse el dominio, de acuerdo a las pautas fijadas anteriormente por el mismo 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;

[...]

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 estas 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 estas deben ser impuestas por el legislador en sus elementos esenciales (STC 146/1992; 370/2003).

Posteriormente, se define el concepto de limitación al dominio de la siguiente forma:

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).

Las limitaciones a la propiedad, de acuerdo a lo que expone la sentencia, derivan de la función social de aquella, cuyos elementos se contiene en el Art. 19 N° 24 de la Constitución:

38. Que las limitaciones emanan de la función social de la propiedad, que es reconocida por distintos ordenamientos jurídicos constitucio-

nales. 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); [...]

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

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

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

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

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, la posibilidad de disponer el traslado de las instalaciones ubicadas en la faja de los caminos públicos se funda en una de las causales contempladas en la Constitución, a saber, los intereses generales de la Nación:

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.

4.3.I. Limitación legítima al dominio

Finalmente, para la solución de la controversia, se decide que la posibilidad de disponer el traslado de las instalaciones es una limitación legítima al derecho de propiedad, por cuanto se cumplen con todos los estándares razonables para su establecimiento:

51. Que, en primer lugar, la norma reprochada cumple el criterio de que la limitación sea mesurada y razonable. Por de pronto, porque hay una orden de traslado. No se expulsa del uso de la faja a las instalaciones, pues pueden permanecer en un determinado lugar diferente al que en un momento determinado ocupen. No hay una prohibición o una orden de retiro. De hecho, las instalaciones fueron trasladadas y reinstaladas en la faja.

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

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

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

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

En primer lugar, lo sufren los vehículos que transitan por dichos caminos. Estos necesitan patente, permiso de circulación y certificado de seguro obligatorio (artículo 51, Ley de Tránsito). Además, deben estar inscritos en el Registro de Vehículos Motorizados, presumiéndose propietario la persona a cuyo nombre fuera inscrito (artículos 39, inciso

primero, y 44, Ley de Tránsito). También deben tener condiciones técnicas de construcción, de seguridad, comodidad, presentación y mantenimiento, definidas por el ordenamiento jurídico (artículo 62). Así, deben tener neumáticos en buen estado (artículo 69), frenos y luces (artículo 70), una serie de elementos, como velocímetros, parachoques, rueda de repuesto, cinturones de seguridad (artículo 75). Asimismo, la carga no puede exceder pesos máximos (artículo 65). Del mismo modo, el vehículo no puede contaminar (artículo 78) y debe tener revisión técnica al día (artículo 89).

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

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

54. Que, para garantizar ese libre tránsito, se confiere una serie de facultades a la Dirección de Vialidad. Así, esta 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.

A continuación, se señala que la función pública que desarrolla el concesionario implica una naturaleza especial de los derechos de uso de los bienes públicos, lo que justifica ciertas limitaciones:

57. Que el tercer criterio que ha establecido este Tribunal para legitimar las limitaciones, es la función pública que desempeña el concesionario. En efecto, la concesión de servicio público eléctrico implica dar suministro de energía a usuarios finales ubicados en una zona de concesión. Por lo mismo, las empresas solo pueden destinar sus instalaciones de distribución al servicio y al alumbrado público (artículo 7°, Ley General de Servicios Eléctricos, en adelante LGSE). Como ha dicho esta Magistratura, “se trata, en consecuencia, de una propiedad afecta a un fin específico, de enorme impacto en la industria, en el trabajo, en la oficina, en el hogar, en los centros de enseñanza, en los lugares de entretenimiento o de esparcimiento. Resulta difícil encontrar una actividad donde este insumo no se utilice. El concesionario, por lo mismo, no realiza una actividad cualquiera. Realiza un emprendimiento que exige continuidad o no interrupción o suspensión del servicio (artículo 16 B, Ley N° 18.410), seguridad en su prestación (artículo 139, Ley General de Servicios Eléctricos), coordinación (artículo 138), calidad (artículos 41, 130 y 146) y no discriminación –debe dar servicio dentro del área de concesión a cualquier usuario que lo solicite– (artículo 125)” (STC 1669/2012).

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

58. Que, por lo demás, los concesionarios de distribución de energía eléctrica están sujetos a una serie de obligaciones o prohibiciones que la LGSE les impone, semejantes a la que la empresa requirente cuestiona. Por ejemplo,

ha dicho este Tribunal, no pueden transferir la concesión o parte de ella sin la autorización del Ministerio de Energía (artículo 47, LGSE); las servidumbres que pueden imponer a los privados se deben establecer en conformidad a los planos aprobados en el decreto de concesión (artículo 48); los propietarios de las líneas están obligados a permitir el uso de sus postes, torres y otras instalaciones que sean necesarias (artículo 52); en el trazado de las líneas, en lo posible, no pueden cortar o podar árboles (artículo 222); toda la operación del sistema eléctrico es coordinada para garantizar la seguridad y la operación más económica (artículos 118, 137 y 138, LGSE); las concesionarias deben disponer permanentemente de suministro de energía que les permita satisfacer el total del consumo proyectado de sus consumidores (artículo 131); el concesionario debe mantener las instalaciones en buen estado y en condiciones de evitar peligro para las personas o cosas (artículo 139) (STC 1669/2012).

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

En cuarto lugar, se toma en consideración que la limitación establecida se da dentro de un contexto de privilegios que disfruta el afectado por el traslado de las instalaciones:

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, la limitación cumpliría con no privar, en su aplicación práctica, más allá de lo formal, al titular en su derecho de dominio:

6o. 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.

En base a todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal rechaza el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto.

5. Voto concurrente de los Ministros Sres. Bertelsen Repetto y Navarro Beltrán

La sentencia cuenta con el voto concurrente de los Ministros Sres. Bertelsen Repetto y Navarro Beltrán, quienes concuerdan con la decisión pero no comparten ciertos enfoques doctrinarios de la sentencia, especialmente en cuanto a la naturaleza del derecho del concesionario eléctrico a usar bienes nacionales de uso público.

Los Ministros concurrentes llaman la atención sobre el hecho que, más allá de los actos administrativos que se dicten al efecto, los derechos a usar bienes nacionales de uso público deriva de la calidad de concesionario de la empresa respectiva:

1º) 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 3º), 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 2º, N° 4, letra b), y 16, consagra dicha facultad.

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

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

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

2º) 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, es-

tablezca 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 la simple 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, aun 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 con-

ceder gratuitamente el derecho legal de uso de bienes públicos a un particular, para facilitarle el ejercicio de su actividad de concesionario de un servicio de distribución de energía eléctrica que, si bien presta un servicio público, de su legítimo provecho se apropia exclusivamente el concesionario, haga recaer sobre él la obligación de pagar el costo de los traslados que deban practicarse en virtud del cuestionado artículo 41, inciso final, del DFL N° 850, del mismo modo que lo obliga a cumplir, como se dijo en el motivo anterior, las condiciones relativas al uso libre y seguro de los caminos públicos. Por lo demás, siempre las concesiones de esta clase implican, para su titular, derechos y obligaciones, como lo detalla la sentencia en sus considerandos 58° y 59°.

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

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

de uso público para tender líneas aéreas y subterráneas destinadas a la distribución en la zona de concesión”.

Se hace finalmente alusión a los derechos adquiridos y a la retroactividad de la norma en comentario:

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

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

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 con-

templa, 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.

Conclusión

Al igual que otras sentencias del Tribunal Constitucional de reciente factura acerca de nuestro derecho administrativo general y especial, la decisión comentada es muy extensa, pedagógica y a ratos excesiva, explayándose sobre cuestiones no debatidas tales como el dominio público de caminos, potestades de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas o el régimen concesional.

Se trata de una sentencia desestimatoria de inaplicabilidad, que descarta la existencia de un conflicto constitucional propio del control concreto en la aplicación del inciso final del artículo 41 de la Ley de Caminos, recurriendo una vez más al comodín procesal de las cuestiones de mera legalidad de resorte competencial de los tribunales del fondo, descartando que la vigencia retroactiva de la norma legal impugnada pueda configurar una aplicación contraria a la Constitución.

Sin embargo, la sentencia es relevante por expresar de modo muy completo una nueva doctrina del Tribunal Constitucional acerca de varios tópicos que requieren un desarrollo ulterior, a saber: descarta la doctrina de los “derechos adquiridos” homologándola a la impropia propiedad sobre la legislación existente al momento de iniciar una actividad económica (STC 467/2006, STC 1452/2010), pudiendo el legislador modificar las condiciones de ejercicio de derechos (STC 1361/2009, STC 1452/2010); afirma la presunción de constitucionalidad de la ley (STC 309/2000) como una verdadera indestructibilidad de esta; define pautas o estándares de la limitación del derecho de propiedad, que son legítimos al estar fundados en la función social del derecho y por ende no indemnizables (considerandos 33° a 38°); y redefine la propiedad especial que posee la empresa concesionaria de distribución de sus instalaciones de superficie o soterradas, propiedad afecta al servicio público material.

Esta nueva doctrina acerca de la propiedad de empresas concesionarias de servicio público importa cerrar el campo a limitaciones ablativas del derecho de propiedad, atributos o facultades, ya que toda limitación es legítima al estar fundada en la función social del derecho –la que comprende conceptos jurídicos indeterminados tales como el interés nacional–, haciendo prácticamente imposible la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. De esta

suerte, esta doctrina del Tribunal desestima la responsabilidad patrimonial del Estado (Fisco-MOP) en la medida que no es ablatoria del derecho de propiedad, atributos o facultades la aplicación retroactiva de un precepto legal que importe transferir el costo financiero del traslado de sus instalaciones del “interesado” al “propietario”, aunque el propietario de las instalaciones en ninguna de las hipótesis de vigencia temporal del precepto legal pueda incorporar a la estructura tarifaria tales costes, con lo que la empresa concesionaria debe soportar desigualmente las consecuencias patrimoniales de la decisión administrativa. Ello lesiona el principio de igualdad y los derechos de igualdad y de propiedad.

De esta manera, la doctrina del Tribunal Constitucional hace tabula rasa de la ecuación básica que preside la estructura de tarifas y sus principios (equilibrio, modicidad, estándares de servicio asegurados, etc.) en empresas concesionarias de servicio público con precios regulados; transfiriendo la decisión del Ministerio de Obras Públicas -principal de estas empresas concesionarias de servicio público- a las empresas concesionarias de caminos públicos, generando una ventaja ex post a las concesiones.