



**UNIVERSIDAD
ALBERTO HURTADO**

Facultad de Derecho

**Ocupación de Bienes Nacionales de Uso Público por
instalaciones de servicios públicos de red**

Tesis para optar al Título Profesional de Abogado

Paulina Andrea Muñoz Frost

Profesor Informante: Enrique Sepúlveda Rodríguez

**Santiago, Chile
2012**

ÍNDICE

I.	Resumen	3
II.	Introducción	4
III.	Bienes públicos - bienes privados	5
IV.	Dominio público en Chile	8
	a) Concepto de Dominio Público	8
	b) Elementos del Dominio Público	9
	c) Uso del dominio público y derecho real administrativo	9
	d) Caminos públicos	11
V.	La Concesión demanial	11
	a) Fundamentos de la concesión	12
	b) Legislación de las concesiones demaniales	13
	c) Permiso de ocupación	15
	d) Concesiones y permisos especiales	15
VI.	Régimen de uso compartido de los caminos públicos	16
	a) Economía y territorio	16
	b) Descripción de la problemática	18
VII.	De lege ferenda	24
	Un criterio de equilibrio de intereses	30
VIII.	Conclusiones	31
IX.	Bibliografía	33

I. Resumen

Los servicios públicos de red: telecomunicaciones, gas, electricidad, sanitarios, se prestan en régimen de concesiones otorgadas por el Estado, las que autorizan a los prestadores el derecho a ocupar bienes nacionales de uso público para el tendido de postaciones, cables y ductos necesarios para la prestación del servicio, de acuerdo a las disposiciones de las leyes especiales que los regulan. Sin embargo, las normas no han desarrollado un régimen jurídico integral respecto de esta ocupación. Hay vacíos, dispersión y colisión de normas en materias específicas como es el caso de los costos económicos asociados a la ocupación del territorio público. El Ministerio de Obras Públicas, el SERVIU, o las municipalidades y las empresas prestadoras de servicios básicos se ven recurrentemente confrontados en torno a la responsabilidad por los costos que surgen en casos de obras públicas que pueden implicar traslados de las instalaciones de red que ocupan los caminos, calles u otros bienes nacionales.

Se hace una revisión descriptiva de la legislación aplicable y se formulan observaciones críticas a la solución parcial del problema por parte del legislador. A partir de la concurrencia de diversidad de intereses tanto de particulares como del bien común, se propone una solución de *lege ferenda* que equilibre la asunción de costos ante los traslados o modificaciones que se deben aplicar a las instalaciones existentes en caminos públicos.

Palabras claves: dominio público, servicios públicos, concesiones demaniales.

II. Introducción

En el presente trabajo abordaremos el estudio de los conflictos asociados al uso de los bienes nacionales de uso público por parte de instalaciones de servicios de red, especialmente cuando este uso es compartido por diversas empresas privadas que prestan servicios públicos y las empresas concesionarias de obras públicas, así como el rol que le cabe a la Administración del Estado en tanto sujeto regulador y administrador del uso de los bienes nacionales.

En torno al régimen de uso de estos bienes se cuenta con una profusa legislación ordenadora así como de abundante jurisprudencia administrativa y judicial en torno a los conflictos relacionados con este uso. A pesar de este marco normativo y doctrinal, subsiste una importante área de indefiniciones e incertidumbres respecto de las responsabilidades económicas que se derivan de la utilización de los bienes. Así, en fecha reciente se han verificado diversos litigios que enfrentan a empresas privadas con el Fisco que dan cuenta de estas incertidumbres y cuya solución tendrá importantes efectos económicos, cualquiera sea el modo en que sean despejadas por nuestros tribunales superiores¹.

Más allá de los conflictos registrados y de las posiciones asumidas por las partes, el estudio pretende precisar las zonas de incertidumbres que presenta la regulación vigente y esbozar posibles soluciones normativas que confieran estabilidad y certeza jurídica al problema planteado. Para ello nos apoyaremos en el bloque de legalidad constitucional y administrativo que converge en la regulación de una actividad económica y la administración de los bienes nacionales, que nos permita sentar principios o directrices generales en los que se inserta el problema. Asimismo, estudiaremos la legislación especial que desde diversas actividades aborda parcialmente la regulación del uso de los bienes nacionales con la intención de encontrar la concordancia y coherencia entre las diversas normas sectoriales.

La prestación de servicios públicos basados en estructuras de red como los servicios de telecomunicaciones, gas, electricidad, o sanitarios, requieren frecuentemente de la utilización de terrenos privados o públicos. Ello explica

¹ Tribunal Constitucional roles números 1986/2011; 1991/2011; 1992/2011 y 2043/2011. Requerimientos de inaplicabilidad de Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A.; Metrogas S.A.; Chilectra S.A y Entel S.A., respectivamente.

la existencia de instalaciones de postaciones, torres y tendidos de cables, aéreos o subterráneos, en bienes como los caminos públicos, con el objeto de extender las redes de estos servicios.

Los servicios basados en estructuras de red, también denominados servicios domiciliarios de red, se caracterizan, entre otras cosas, por el volumen de sus inversiones de largo plazo en activos de instalaciones, y por su complejidad operativa. Se trata de actividades económicas reguladas por Ley, con características de servicio público, esto ha significado una gestión legislativa por parte del Estado, para ordenar tanto el funcionamiento de los servicios como también para regular las relaciones (y conflictos) que se pueden originar entre los actores principales dentro de este esquema.

El régimen de uso de los bienes nacionales de uso público por parte de estos servicios configura un escenario en el que no sólo interactúan los agentes privados que entregan la diversidad de servicios, y la Administración del Estado como el ente que proporciona la utilización de los bienes nacionales mediante el régimen de concesiones, con el objeto de concretar el servicio público. A su vez, toma importancia la participación del particular, usuario o consumidor, que recibe el servicio público, sobretodo en relación con la repercusión de este uso en los costos globales de los servicios. Se trata de un escenario en el que confluye el uso compartido de un mismo bien lo que implica costos que requieren ser asumidos por alguna de las partes beneficiadas por el uso o causantes de los costos.

En ese orden, los conflictos que pueden llegar a verificarse dicen relación tanto con los particulares entre sí, como entre éstos y la Administración. Lo anterior se entiende debido a innumerables interrogantes que se han originado tanto en torno al concepto mismo de “bien nacional de uso público” (BNUP), como al régimen de uso y explotación de los mismos.

III. Bienes públicos - bienes privados

A pesar de la abundancia de normas y estudios, y de la antigüedad del concepto de bienes públicos o bienes demaniales que se remonta a las instituciones del derecho romano, no existe una claridad o consenso en cuanto a la naturaleza jurídica de este tipo de bienes, y, en consecuencia, tampoco podemos establecer con precisión los efectos jurídicos y prácticos respecto de ellos². Así por ejemplo, la doctrina administrativista ha debatido

² Cfr Vergara, Alejandro. (1999) “Naturaleza Jurídica de los “bienes nacionales de uso público”, en *Ius Publicum* N° 3. p. 74.

la propia pertenencia de estos bienes, si son de todos los miembros de la nación, o del Estado, o bien si se puede y de qué modo tener un uso privativo de ellos.

Ante el variado número de propuestas de clasificación y definiciones, y por cierto de ambigüedades legislativas en la materia, se hace imprescindible para efectos de este estudio exponer algunas acotaciones previas en torno a las distintas categorías de bienes que podemos encontrar dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Así podemos llegar a comprender la problemática central que se deriva del uso de los bienes nacionales.

En primer lugar, debemos hacer mención a la clasificación tradicional de los bienes, atendiendo a su carácter de privado o público. Para ello se expondrá seguidamente una breve descripción de los bienes públicos, como de los bienes privados, de acuerdo a la interpretación tradicional de la clasificación de los bienes nacionales³.

Bienes públicos, como concepto jurídico, son aquellos que la ley ha denominado “bienes nacionales de uso público” y que la doctrina subsume en el concepto de bienes demaniales o demanio. Su noción, con algunos ejemplos de ellos se encuentra establecida en el artículo 589 del Código Civil Chileno, el cual señala:

“Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, playas, se llaman “bienes nacionales de uso público o bienes públicos”.

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de Estado o bienes fiscales.”

Por su parte, el concepto de bienes privados puede ser entendido como aquellos bienes que no le pertenecen a la nación toda, a contrario sensu de lo que ocurre con los bienes nacionales de uso público, la propiedad de ese bien le pertenece a una persona particular, o bien pudiendo pertenecerle, como se ha interpretado tradicionalmente, a un organismo fiscal o municipal producto de la destinación del Estado a éstos.

Dentro de la categoría de bienes privados, además de la propiedad de los privados sobre una cosa corporal, de acuerdo a lo expresado en el artículo

³ La interpretación tradicional de la clasificación de bienes nacionales establece que el dominio público tendría relación con los bienes nacionales de uso público, y que por su parte, el dominio privado del Estado se vincularía con los bienes fiscales. Véase Montt, Santiago. (2009) El Dominio Público. Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización. Editorial Legal Publishing. Santiago. p. 238.

582 del Código Civil⁴, también encontramos los bienes cuya propiedad pertenece al Estado (bienes fiscales) en virtud del artículo 590 del Código Civil, y la propiedad que le pertenece a las Municipalidades, de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

En relación a la propiedad que recae en el Estado, el artículo 590 del Código Civil señala:

“Son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño”.

En conformidad a este tipo de bienes, el artículo 26 del DL 1.939, de 1977, que establece Normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado, señala:

“La adquisición del dominio de bienes por el Estado se someterá a las normas del derecho común (...)”

En este sentido, la legislación es clara al establecer que el tratamiento legal que se les da a los bienes fiscales es el que corresponde a un bien privado, pues su regulación se encuentra en el derecho común, vale decir el derecho civil o comercial.

Por su parte, recordemos que no sólo los bienes de un particular y los fiscales integran la categoría de bienes privados, a su vez dentro de esta categoría se encuentran también los bienes municipales.

Los bienes municipales pueden ser considerados *“una especie de bienes del Estado”*⁵, y que al igual que éstos, por expresa disposición de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, se rigen por el derecho común. Al respecto cabe señalar que el artículo 33 de de dicha ley establece lo siguiente:

“La adquisición del dominio de los bienes raíces se sujetará a las normas del derecho común”.

En consecuencia, los bienes fiscales o bienes del Estado, se rigen por el “derecho común”, al igual que todo otro bien privado. La propia legislación vigente es explícita: tienen la misma naturaleza de un bien privado; lo que ocurre es que su titular es una persona jurídica de derecho público: el “fisco” pero esta connotación no altera la naturaleza jurídica del bien⁶.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, cabe destacar que esta clasificación de bienes ha sido fuertemente criticada, entre otros por el autor Santiago Montt, quien establece que la interpretación correcta de la clasificación tradicional

4 El artículo 582 del Código Civil señala: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad”.

5 Vergara, Alejandro. (1999). “Naturaleza Jurídica de los “bienes nacionales de uso público””, en *Ius Publicum* N° 3, Universidad Santo Tomás, Santiago, p. 76

6 Vergara, Alejandro. (2005) “Panorama General del Derecho Administrativo Chileno”, en: *El Derecho Administrativo iberoamericano* (Madrid, Instituto de Investigación Urbana y Territorial), p. 180.

de bienes, no es una correlación entre los bienes fiscales y los bienes privados. Por el contrario, el autor sostiene que tanto los bienes de uso público como los bienes fiscales, pertenecen al dominio público⁷.

IV. Dominio público en Chile

Para acercarnos al concepto de dominio público en nuestro ordenamiento jurídico es menester hacer mención a las disposiciones que hace la Constitución Política de la República (CPR) en torno a la materia.

La Constitución establece una especie de clasificación de bienes, atendiendo a dos excepciones que se consagran en el derecho a la propiedad.

Así, en el artículo 19 ordinal 23, se dice en el contexto del bloque garantista de normas que:

“La constitución asegura a todas las personas: La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes;”

De lo expuesto se desprende que la Constitución Política distingue entre:

- los bienes comunes a todos los hombres, es decir, aquellos que “no son de titularidad estatal que también se denominan “bienes libres”⁸, una de cuyas características es la “no apropiabilidad”⁹; y
- los bienes que deban pertenecer a la nación toda. En conformidad a esta excepción a la garantía contenida en el artículo 19 N° 23 de la Constitución, se ha establecido un concepto de dominio público.

a) Concepto de Dominio Público

Para Santiago Montt, el dominio público se define como “el conjunto de bienes no susceptibles de dominio privado que deben pertenecer a la Nación toda y la Ley lo declare así”¹⁰.

Por su parte, el administrativista español Sánchez Morón, aporta una definición en la cual establece que “*el dominio público es una técnica de*

7 En el libro “Dominio Público. Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización”, el autor sostiene que los bienes fiscales pertenecerían al dominio público, entre otras razones, por encontrarse estos bienes afectos al servicio público.

8 Vergara, Alejandro (2004). “La summa divisio de los bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980”, en *Ius Publicum* N° 12, p. 110.

9 Montt, Santiago. (2009). *El Dominio Público. Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización*. Editorial Legal Publishing, Santiago, p. 210

10 *Ibidem*, p 211.

intervención mediante la que se afectan a una finalidad pública determinada prevista por la ley -ya sea el uso o el servicio público, el fomento de la riqueza nacional o la protección y garantía de explotación racional de recursos naturales- ciertos bienes de titularidad pública igualmente previstos por la Constitución o las leyes, dotándoles de un régimen jurídico de protección y utilización de Derecho Administrativo”¹¹. Para Fernando Garrido Falla, el dominio público es el conjunto de derechos de contenido económico que pertenece al Estado. Esta expresión evidentemente amplia, incluye, por una parte, los llamados derechos fiscales, y por otra, el dominio en sentido estricto o titularidad de cosas corporales e incorporales.¹²

En definitiva, y a modo de conclusión cabe recalcar que “las características, pues, de los bienes de dominio público es que no pueden ser de los particulares, que están afectos a un uso o servicio público y que están sujetos a un régimen especial”¹³.

b) Elementos del Dominio Público

Siguiendo a Garrido Falla, en torno al concepto de dominio público, se pueden establecer como elementos del dominio público los siguientes: a) elemento subjetivo, que se relaciona con las entidades de Derecho Público, las que son titulares del dominio; b) elemento objetivo, que dice relación a las cosas públicas susceptibles de dominio público; c) elemento teleológico, que concierne a la afectación de bienes, y finalmente, d) elemento normativo, que se refiere al régimen jurídico especial del dominio público, el cual tiene como aspectos relevantes: la intransferibilidad, la inalienabilidad, la imprescriptibilidad e inembargabilidad, entre otros¹⁴.

c) Uso del dominio público y derecho real administrativo

A pesar de la gran variedad de bienes que componen el dominio público en Chile, el uso que éstos admiten se ha reducido a dos categorías, de acuerdo

11 Sánchez Morón, Miguel. (1997). Los Bienes Públicos (Régimen Jurídico), Editorial Tecnos, Madrid, p. 37

12 Cfr. Garrido Falla, Fernando (1975). *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II. Parte General: Conclusiones. Reimpresión de la 5ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p.462.

13 Parejo, Alfonso et al. (1998) Manual de Derecho Administrativo. Parte Especial. V.2. 5ª Edición. Editorial Ariel Derecho. Barcelona.p, 37

14 Cfr. Zúñiga Urbina, Francisco. Constitución y Dominio Público: Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres. *Ius et Praxis* [en línea]. 2005, vol.11, n.2 [Fecha de consulta 10 de abril de 2012]. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200003&lng=es&nrm=iso.

a la naturaleza jurídica de los derechos que emanan en favor del usuario, a saber: el uso común y el uso privativo¹⁵.

El uso común, es el que le corresponde por igual a todas las personas indistintamente, puede ser general o especial en dependencia a si concurren circunstancias particulares que, por su peligrosidad, intensidad, escasez, rentabilidad o cualquiera otra semejante, colocan al usuario en una situación distinta a la del resto del público y exigen de parte de la Administración cierto grado de control¹⁶.

El uso privativo, es el que se constituye por la ocupación del dominio público, de modo que se limite o excluye la utilización de los demás interesados¹⁷, puede ser normal o anormal en dependencia a si es conforme con el destino principal del dominio público a que afecta (Por ejemplo, un camino público tiene como destino principal el paseo o la comunicación terrestre entre distintas localidades, etc.), o anormal: si no es conforme con el destino principal del bien de uso público. (Por ejemplo, para el caso del camino público, sería usarlo para el tendido eléctrico, telefónico, etc.).

La naturaleza jurídica del uso de un bien de dominio público es la correspondiente a un derecho real administrativo, como uso distintivo con los bienes de naturaleza privada. Pérez González ha expuesto la doctrina de los derechos reales administrativos en términos de precisar primeramente que se trata de una figura propia del derecho administrativo y no del derecho privado, que en tanto derecho real recaen sobre una cosa y que en su definición confluyen tres elementos: un derecho subjetivo, es decir un título bastante otorgado por el ordenamiento jurídico (autorización o concesión); un derecho real, y que su objeto sea el dominio público. Para este autor, los derechos reales admiten tradicionalmente los derechos de garantía, de goce y de adquisición pero los derechos reales administrativos son principalmente derechos de goce, que incluye el derecho de uso, la ocupación o la concesión, y los derechos de disfrute que permiten obtener los frutos del dominio público como puede ser los derechos de pesca y también una concesión de transporte¹⁸.

15 Cfr. Montt (2009), p. 267

16 Cfr. Garrido Falla, Fernando (1975). Tratado de Derecho Administrativo, Volumen II. (Parte general: Conclusión). Reimpresión de la 5a edición, Madrid, Editorial Instituto de Estudios Políticos, p. 543.

17 *Ibidem* p. 545.

18 Cfr. Pérez González, Jesús. Los derechos reales administrativos. Civitas. 2° edición (1989).

d) Caminos públicos

Dentro de la categoría de bienes de uso público, encontramos los caminos que, por su ubicación y destinación son considerados públicos.

La determinación de qué caminos son considerados públicos y la regulación de éstos, se encuentra en el Reglamento de la Ley General de Caminos, aprobado por el D.S. N° 2190, de 1930, del Ministerio de Fomento¹⁹.

En el artículo primero del mencionado Reglamento se hace mención a la clasificación de caminos, atendiendo a su carácter de público o particular, en los siguientes términos:

“Artículo 1º. Los caminos son públicos o particulares. Se entiende por camino público toda vía fuera de los límites urbanos de una población, ubicada en terrenos nacionales de uso público y destinada al libre tránsito. Se considerarán también caminos públicos para los efectos de la Ley, las vías fluviales navegables o flotables y las calles a que se refiere el artículo 5º de este Reglamento”.

Existen dos títulos administrativos a través de los cuales el particular puede acceder al uso privativo y especial del dominio público (entendiendo que se incluye dentro de éstos a los caminos públicos): el permiso de ocupación y la concesión demanial²⁰. En virtud de estos títulos la administración concedente habilita a un particular para ejercer un uso especial y consustancial a la naturaleza del bien común: navegación fluvial, transporte por carreteras, etc.

V. La Concesión demanial

La concesión de dominio público es el acto *“mediante el cual la Administración titular confiere a un tercero el derecho de uso exclusivo y temporal de una porción del dominio público, conservando su titularidad, así como las potestades necesarias para asegurar el cumplimiento de las condiciones de la concesión y la indemnidad del bien concedido”*²¹.

Se ha establecido por la doctrina en forma casi unánime que *“la concesión es un un acto creador de derechos para el concesionario”*,²² *“El concesionario*

19 Conforme a la disposición del artículo 592 del Código Civil, caminos particulares son los construidos a expensas de personas particulares en tierras que les pertenecen aunque los dueños permitan su uso y goce a todos.

20 Cfr. Montt (2009). p. 308

21 Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1998, T. II. p.525.

22 Cfr. Zúñiga Urbina, Francisco. Constitución y Dominio Público: Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres. Ius et Praxis [en línea]. 2005, vol.11, n.2 [citado 15 de Enero 2012], pp. 65-101. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-

en su virtud siempre adquiere un derecho ex novo, el que antes no formaba parte de su patrimonio”²³. La autorización en cambio supone la existencia de un derecho previo cuyo ejercicio requiere la remoción de un obstáculo legal en forma de requisito.

Se ha sostenido asimismo que la concesión se caracteriza por no aceptar en un principio la revocación, ni la falta de indemnización en caso que proceda la revocación. En ese sentido la concesión, como creadora de derechos subjetivos, se encontraría amparada por el artículo 19 N° 24 de la Constitución (derecho a la propiedad), y de la indemnización de las lesiones patrimoniales que puedan provocarse por el ejercicio de poderes administrativos (artículo 38 inciso 2° de la Constitución)^{24, 25}. En virtud de lo anterior, “la concesión otorgada por la Administración sirve al concesionario como garantía de que su situación jurídica será respetada por los terceros y por la propia Administración. *“El Consejo del Estado ha declarado que la concesión administrativa implica una autolimitación administrativa que provoca la intangibilidad de la situación jurídica derivada de la concesión”*.”²⁶

a) Fundamentos de la concesión

En relación a los fundamentos de la concesión demanial, se ha sostenido que ésta *“tiene como causa inmediata la explotación rentable de un determinado sector de titularidad administrativa, mediante la incorporación de determinadas instalaciones, de mayor o menor fijeza, dirigidas a una actividad económica que requiere como sede física el demanio.”*(García, M. 2012).

A su vez, es preciso señalar que a propósito de las concesiones que implican explotación de riquezas, se ha manifestado que *“a través de la institución de la concesión, tanto los particulares como el Estado han encontrado un medio eficaz para compatibilizar sus dos intereses propios: el interés del particular de adquirir un derecho de explotación y satisfacer así su deseo de obtener ventajas personales; y el interés del Estado de satisfacer el interés público,*

00122005000200003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122005000200003.

23 Vergara, Alejandro.(1989) “Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras”, en: *Revista Chilena de Derecho* Vol. 16. N° 3, p. 780.

24 El artículo 38 Inciso 2° de la Constitución sostiene: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

25 Cfr. Montt (2009). p 394.

26 Citado por Montt (2009) pág 394. Forsthoff.

permitiendo y promoviendo la explotación de las riquezas naturales sin menoscabo del interés común²⁷.

b) Legislación de las concesiones demaniales

Las principales normas legales que ordenan el régimen de concesiones demaniales, en nuestro ordenamiento jurídico son las que se citan seguidamente con el correspondiente artículo:

i) Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades:

Artículo 36.- Los bienes municipales o nacionales de uso público, incluido su subsuelo, que administre la municipalidad, podrán ser objeto de concesiones y permisos.

Los permisos serán esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin efecto, sin derecho a indemnización.

Las concesiones darán derecho al uso preferente del bien concedido en las condiciones que fije la municipalidad. Sin embargo, ésta podrá darles término en cualquier momento, cuando sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común o cuando concurren otras razones de interés público.

El concesionario tendrá derecho a indemnización en caso de término anticipado de la concesión, salvo que éste se haya producido por incumplimiento de las obligaciones de aquél.

ii) D.F.L. N° 850 de 1997, que fijó texto refundido, entre otras materias, de la Ley de Caminos contenida en el D.F.L. N° 260 de 1960.

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

27 Vergara, Alejandro. (1989) "Concesiones de dominio público y caracterización de las Concesiones Mineras", en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 16, N°3, Santiago, p. 778.

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 y 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 Nº 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.

- iii) Decreto Ley Nº 1.939 de 1977 sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado:

Artículo 57.- Conforme a las disposiciones de este párrafo, el Ministerio podrá otorgar concesiones sobre bienes fiscales, con un fin preestablecido y en las condiciones que para cada caso se determine a personas jurídicas de nacionalidad chilena.

- iv) Decreto con fuerza de ley N° 340 de 1960 sobre concesiones Marítimas: artículo 3°:

Art. 3.° Son concesiones marítimas, las que se otorgan sobre bienes nacionales de uso público o bienes fiscales cuyo control, fiscalización y supervigilancia corresponde al Ministerio de Defensa Nacional, subsecretaría de Marina, cualquiera que sea el uso a que se destine la concesión y el lugar en que se encuentren ubicados los bienes.

c) Permiso de ocupación

El permiso de ocupación se entiende como el “*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*”²⁸.

Ahora bien, en virtud de la dificultad que implica determinar la naturaleza jurídica del permiso de ocupación, a partir de la definición antes expuesta, se ha desarrollado en doctrina distintas tesis que buscan clarificar un concepto de permiso de ocupación.

Como ya se mencionó, no abordaremos mayormente en lo relativo al permiso de ocupación, pero sí mencionaremos que finalmente en relación a la naturaleza jurídica del permiso de ocupación, nos adherimos a la tesis de que éste se asemeja con la de una concesión. Por consiguiente, se sostiene que el permiso de ocupación sería una concesión, aunque con una gran diferencia: el permiso puede revocarse sin derecho a indemnización²⁹.

d) Concesiones y permisos especiales

Además del régimen jurídico de los propios bienes públicos, concurren en la normativa de uso de estos bienes, un bloque especial de legalidad desde la regulación de servicios públicos cuyos concesionarios o permisionarios son autorizados para un uso distinto al objeto principal del bien.

Esta normativa especial es la siguiente:

- Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones

“Artículo 18.- Los titulares de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho a tender o cruzar líneas aéreas o subterráneas en calles, plazas, parques, caminos y otros bienes nacionales de uso público, sólo para los fines específicos del servicio respectivo”.

28 Montt (2009), p. 308

29 Cfr. Ibídem, p. 309

- Ley General de Servicios Eléctricos, texto aprobado por el DFL N° 4/20.018: de 2006.

Artículo 16° 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.

- Ley General de Servicios Sanitarios, aprobado por el DL N° 382 de 1988:.

Artículo 9° Las concesiones otorgan el derecho a usar bienes nacionales de uso público para construir o instalar infraestructura sanitaria, siempre que no altere, en forma permanente, la naturaleza y finalidad de éstos. Asimismo, otorgan el derecho a imponer servidumbres, que se constituirán en conformidad con lo establecido en el Código de Aguas.

- Ley de Servicio de Gas, aprobada por el DFL 323 de 1931.

Art. 12. Las concesiones de servicio público de distribución de gas y de redes de transporte de gas crean en favor del concesionario el permiso para ocupar con su red y dispositivos afectos a ella las calles, plazas, veredas, avenidas, caminos y otros bienes nacionales de uso público, cruzar ríos, canales, vías férreas, puentes, acueductos y redes de distribución de otros servicios públicos. Estas ocupaciones y cruzamientos se ejecutarán en conformidad con las prescripciones que establezcan los reglamentos pertinentes en cada caso y sin perjudicar el objeto principal de aquéllos.

En resumen, tanto la legislación sobre concesiones afectantes a los caminos públicos como la legislación de servicios públicos domiciliarios confieren derechos para la ocupación de los caminos públicos por parte de empresas de redes de servicios domiciliarios.

VI. Régimen de uso compartido de los caminos públicos

a) Economía y territorio

A partir del continuo crecimiento de la actividad industrial registrado a partir de los años cincuenta del siglo pasado la sociedad chilena se ha visto confrontada a un uso más frecuente del territorio, y la mayor de las veces irracional o sin planificación alguna, como base para el desarrollo de diversas actividades económicas. En un territorio geográfico que en la primera mitad de siglo XX se observaba un uso reducido de los caminos públicos y vías férreas, al terminar el siglo exhibía una panorama de extensas redes de ductos, tendidos eléctricos o de telecomunicaciones que disputaban la

ocupación del espacio público en zonas urbanas y rurales. En la década de los noventa la red de infraestructura de carreteras tuvo un fuerte impulso público que vino a reducir aún más la disponibilidad de franjas territoriales con destino para el uso público de servicios.

Con anterioridad, a partir de los años ochenta se revisó y modernizó la legislación afectante a los servicios públicos de telecomunicaciones, de electricidad y sanitarios que fomentaron la atracción de inversiones y un crecimiento exponencial de estos servicios cuya cobertura alcanzó límites nacionales y casi a la totalidad de la población.

En este nuevo marco legal se contiene un modelo de desarrollo de los servicios públicos de red con claves regulatorias que necesariamente se deben considerar al momento de evaluar la relación de los servicios que prestan con el uso del territorio, en especial del suelo público. Se trata de claves de naturaleza económica incorporadas a nuestro marco legal como referentes de base para el ejercicio de la actividad económica correspondiente.

Así, conviene destacar que a partir del rol subsidiario del Estado en la economía los servicios de red (transportes, telecomunicaciones, electricidad, etc.) se realizan en régimen de libertad de empresa por parte de personas privadas; que a este régimen privado el Estado impone una regulación legal invasiva en las condiciones que se prestan los servicios, bajo el principio de su calificación de “servicios públicos” y que conlleva la regulación de las inversiones, la operación, las rentabilidades y la calidad de los servicios.

Además de la calidad de servicio público, la intervención del Estado en la regulación de los servicios de red deviene de la condición de monopolios naturales que asume la explotación de las redes y, su consideración como instalaciones esenciales.

El uso del territorio para la explotación de un servicio público representa desde luego un costo para la empresa prestadora y como tal corresponde que sea repercutido en el precio o tarifa del servicio que deben pagar los usuarios. Sin embargo, el legislador ha previsto como tratamiento histórico de los bienes nacionales de uso público que su uso sea gratuito para la empresa titular de determinados servicios, como los de servicios domiciliarios de red. El sentido económico de esta noción no es otra que el

aprovechamiento común y eficiente de los bienes públicos ya que de otro modo se estaría encareciendo la tarifa de los usuarios finales de los servicios con las correspondientes repercusiones en otras variables de la economía del país.

El resultado material del régimen legal aplicable al uso de los bienes públicos nos ha conducido a que una misma franja de territorio sea objeto de un uso múltiple, simultáneo y paralelo por concesionarios de los servicios públicos y de obras públicas. Cada uno de estos sectores se rige por legislaciones especiales que consideran la ocupación de los bienes públicos.

Una régimen ordenador del uso de los bienes públicos debería tener como premisa el hecho de que en este uso concurren el intereses general, representado en la existencia de una moderna infraestructura para todo el país; también intereses sectoriales, como los correspondientes a los diversos grupos de usuarios de cada servicio, e intereses particulares, como lo es el equilibrio financiero de las empresas privadas concesionarias. El problema es encontrar los criterios adecuados al tratamiento equilibrado de estos intereses con prevalencia del interés general y sectorial por sobre el interés particular de cada empresa concesionaria.

b) Descripción de la problemática

El Estado, como se observa en la legislación especial precitada, mediante el régimen de concesiones, otorga el uso de los bienes nacionales de uso públicos a empresas privadas que entregan servicios públicos en red. En lo que respecta al desarrollo de esta tesina, nos interesa abordar lo que ocurre específicamente en el caso de concesiones de los caminos públicos.

Hasta la fecha el régimen de concesiones demaniales en los caminos públicos ha subsistido pacíficamente con el régimen especial de concesiones de servicios públicos, sin embargo a partir de la promulgación de la Ley N° 19.474 de 30 de septiembre de 1996, que modificó la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, se ha alterado el equilibrio preexistente de concurrencia de obras y servicios públicos, mediante la modificación del régimen de costos aplicables en los supuestos de traslados de instalaciones dentro de los caminos públicos. Cuando a un privado que entrega servicios públicos de red, se le concede el uso de caminos públicos con el objeto, ya sea de instalar postes, cables y/o ductos, existe la posibilidad de que la Administración, de oficio o por requerimiento de algún interesado, ordene el

traslado de estas instalaciones, para así ejecutar otros proyectos en el camino público objeto de la concesión.

Hasta dicha modificación legal, era aplicable la responsabilidad por costos a cargo del interesado en la modificación, con posterioridad a la misma el costo se traslada, no a quien solicite el cambio sino a cada concesionario propietario de las instalaciones.

Al respecto, cabe reiterar que en este panorama existen actores principales, a los cuales se les podría imputar el pago de estos costos; a saber, por una parte la Administración del Estado o el órgano de ésta que ordena el traslado; el privado a quién se la ha otorgado la concesión para ejecutar el servicio público en red; el concesionario de obra pública, o bien, el particular beneficiado por la entrega del servicio.

Con la finalidad de comprender a mayor cabalidad la problemática planteada, en necesario, en primer lugar, hacer mención al marco normativo que regula estas situaciones.

La norma que menciona en forma expresa al responsable de los costos derivados de los traslados de las instalaciones se encuentra en el artículo 41 (según el texto introducido por la Ley N° 19.747) del Decreto con Fuerza de Ley N° 850, de 1992, 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 (LOMOP), el cual se refiere a las *“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”* y respecto de las cuales dispone en su inciso final que: *“En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este **traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario** o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo”* (destacado agregado).

Se desprende entonces que, bajo cualquier circunstancia en que se haga necesario el cambio de instalaciones de servicios en los caminos públicos,

los costos asociados a estos traslados serán de cargo del privado propietario de las mismas.

Anteriormente a la modificación del año 1996 la materia venía regulada en el artículo 42 del mismo cuerpo legal en el que se disponía, en lo pertinente, que *“En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del interesado.”*

En resumen, antes de la entrada en vigor de la Ley N° 19.474, se entendía que los costos relacionados a los traslados de las instalaciones en los caminos públicos a solicitud de la Administración, eran de cargo exclusivo del “interesado” en que se realizara el cambio. Por otra parte, luego de la entrada en vigencia de la Ley en comento, el día 30 de Septiembre de 1996, se entiende que los costos por los traslados ya no serán de cargo del “interesado”, sino que del particular (como propietario de las instalaciones).

Resulta ineludible una referencia a las posibles dudas que puedan plantearse en torno a la vigencia, y en consecuencia aplicación del actual artículo 41. Para ello haremos mención a los distintos argumentos que se han esbozado para sostener que su aplicación sólo será procedente para el caso de concesiones de obras públicas otorgadas posteriormente a la fecha de entrada en vigor de la Ley 19.474, esto es, luego del 30 de septiembre de 1996.

Resulta útil al respecto hacer mención a la historia fidedigna de la Ley.

El proyecto de ley primitivo mantenía lo dispuesto en el antiguo artículo 42, estableciendo que los costos por concepto de traslación de instalaciones, sería de cargo del “interesado”. Ahora bien, producto de la confusión que provocaba el vocablo “interesado”, se introdujo un veto con el objeto de cambiar la expresión por “respectivo propietario”.

En la discusión sobre el veto, en la sesión del Senado con fecha 18 de Junio de 1996, a la cual asistió el Ministro de Obras Públicas de la época, don Ricardo Lagos Escobar, al momento de consultarle respecto a la aplicación de la Ley, insistió en que la vigencia de la ley sería a futuro. De hecho, las palabras exactas que usó el ex Ministro para clarificar la situación fueron las siguientes: *“Obviamente, esto tendrá vigencia a futuro, porque estamos legislando a partir del momento en que se publique la respectiva ley.”*

Por su parte, en la Cámara de Diputados en la sesión con fecha 17 de Julio de 1996 se insistió en la vigencia de la Ley. En esa instancia, el ex Ministro de Obras Públicas, reiteró que la vigencia de la Ley no tendría efecto retroactivo.

De la misma manera, en la Cámara de Senadores³⁰, se esbozó como argumento para sostener los efectos a futuro de la Ley, lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes, el cual señala que “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vijentes al tiempo de su celebración.”.

Desde otra perspectiva, es indispensable remitirnos a la jurisprudencia administrativa emanada de, la Contraloría General de la República (CGR) que ha emitido una serie de dictámenes, en los cuales se establece que la vigencia de la Ley 19.474, y por lo tanto la del actual artículo 41, sólo tendrá efectos a futuro.

Así, la Contraloría General de la República en el Dictámen N° 12.351, de 2000, estableció que:

“el "retiro" y "cambio" de instalaciones eléctricas autorizadas antes del 30/9/96, fecha de publicación de ley 19474, continua rigiéndose por el primitivo texto del art/42 de ley 15840.”.

Agrega además:

“enseguida, de la historia de la ley 19474, se desprende que la intención del legislador es que solo rija a futuro, por lo que no puede aplicarse el art/41 inc/7 a instalaciones correspondientes a concesiones otorgadas con anterioridad a la vigencia de aquella”.

Otro ejemplo es el Dictámen N° 33.481, de 2000, en el cual se expresa:

“(…) procede distinguir entre las que fueron autorizadas antes del 30 de septiembre de 1996, las cuales continúan regulándose por lo preceptuado en el primitivo texto de la ley 15.840, y las permitidas después de tal data, que se rigen por la nueva normativa establecida en la ley 19.474.”

Y así, otros dictámenes que dejan en evidencia la posición de la CGR, en cuanto a la aplicación a futuro de la la Ley 19.474. A modo de ejemplo

30 Véase acta de sesión con fecha 18 de Junio de 1996. Intervención de la Senadora Olga Feliú

podemos mencionar: los dictámenes números 20.108, de 2002; 35.182 de 2003; 62.503 de 2006, y el Dictámen N° 2.344 de 2008.

Cabe destacar la importancia del Dictámen N° 10.056 de 2005, el cual se emitió como respuesta de un requerimiento del Consejo de Defensa del Estado, cuya finalidad era reconsiderar los anteriores dictámenes emitidos por Contraloría, que versan sobre la misma materia.

Al respecto, el Contralor ratifica su jurisprudencia, estableciendo:

“los cobros por traslado de instalaciones ubicadas en los caminos, constituyen un ingreso o resarcimiento autorizado en el art/41 inc/7 del dfl 850, acorde con la modificación introducida por ley 19474, por lo que el retiro y cambio de las instalaciones autorizadas antes del 30/9/96, fecha de publicación de la ley, continua rigiéndose por el primitivo art/42 de ley 15840, puesto que de la historia de dicho texto aparece que la intención del legislador es que el reemplazo del precepto solamente rija para el futuro”

Finalmente, a pesar de que la procedencia de uno u otro precepto para determinar la responsabilidad por costos de traslados, pareciera fijarse de acuerdo con la vigencia de la Ley N° 19.474, aún existe confusión respecto a la aplicación del actual artículo 41. Lo anterior se explica, dado la incongruencia que presenta esta disposición, en comparación con aquellas que regulan la misma materia en otros cuerpos legales.

Para una mayor comprensión, citaremos las distintas disposiciones que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico que regulan la responsabilidad por los costos de traslados de instalaciones.

- **CÓDIGO DE AGUAS**

*“Art. 41. El proyecto, construcción y financiamiento de las modificaciones que fuere necesario realizar en cauces naturales o artificiales, con motivo de la construcción de obras públicas, urbanizaciones, edificaciones y otras obras en general, serán de **responsabilidad y de cargo de quienes las ordenen**. Se entenderá por modificaciones no sólo el cambio de trazado de los cauces mismos, sino también la alteración o sustitución de cualquiera de sus obras de arte y la construcción de nuevas obras, como abovedamientos, pasos sobre o bajo nivel o cualesquiera otras de sustitución o complemento.*

La operación y la mantención de las nuevas obras seguirán siendo de cargo de las personas o entidades que operaban y mantenían el sistema primitivo. Si la modificación introducida al proyecto original implica un aumento de los gastos de operación y mantención, quien la encomendó deberá pagar el mayor costo.” (destacado agregado).

- LEY DE SERVICIOS DE GAS (DFL N° 323 DE 1931)

*“Art. 15. Si el Estado, las Municipalidades u otros organismos públicos efectuaren nuevos trazados, obras de rectificación, cambios de nivel, pavimentación definitiva u otros análogos, en calles, caminos, plazas, puentes, canales, acueductos y otros bienes de uso público o fiscales, el concesionario estará obligado a ejecutar en sus redes de distribución o transporte, las modificaciones necesarias para no perturbar la construcción o el uso de dichas obras. **El costo de estas modificaciones será de cargo del organismo que las dispuso.**” (destacado agregado).*

- LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS

“Artículo 124°.- Dentro del territorio en que el concesionario haga servicio público, en las calles o zonas que fijen los Alcaldes, éstos podrán decretar, oídos los concesionarios, que canalicen subterráneamente sus líneas de distribución existentes de energía eléctrica. [...]

*Si el Estado, las municipalidades u otros organismos públicos efectuaren obras de rectificación, cambios de nivel o pavimentación definitiva en calles, plazas y caminos, podrán disponer que los concesionarios de servicio público de distribución de energía eléctrica hagan en sus instalaciones las modificaciones necesarias para no perturbar la construcción de esas obras. **El costo de estas modificaciones será de cargo del Estado o de la municipalidad u organismo que las haya dispuesto.**” (destacado agregado)*

Es menester señalar que al menos una de estas incongruencias se manifestó durante la discusión del veto sobre el artículo 41 en Cámara de Senado, específicamente lo relativo a la legislación en materia eléctrica. Al respecto el ex. Ministro de Obras Públicas señaló:

“(...) es cierto que respecto de la energía eléctrica la disposición actual señala claramente que el costo del traslado es de cargo del Estado, de las municipalidades o del organismo que lo haya dispuesto. Sin embargo, la norma de Obras Públicas es posterior y debiera primar (...).”

Considerando lo anteriormente expuesto, no podemos sostener que ante la situación de aparente antinomia legal que se evidencia con estos preceptos

(por una parte Ley Eléctrica y por otra LOMOP), el criterio cronológico, vale decir que prima la decisión posterior ante la anterior, en principio esté por sobre el criterio de especialidad, esto es, que la Ley especial prevalece por sobre la general³¹.

En definitiva, queda de manifiesto que nuestro ordenamiento jurídico no es coherente en la materia, ya que en la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas figura como responsable de los costos de los traslados de instalaciones el propietario de las mismas, mientras que las leyes especiales establecen que los responsables serían el Estado o los órganos que soliciten los traslados de instalaciones.

Ante la situación actual, se hace imprescindible establecer un régimen coherente e integrador que regule la materia. Es por lo mismo que a continuación se expondrá una propuesta, con la intención de dotar a nuestro ordenamiento jurídico, de una solución uniforme ante la problemática planteada.

VII. De lege ferenda

Para la determinación de un nuevo marco legal de regulación sobre la materia, es necesario en primer lugar remontarnos al régimen de derecho público que reviste la relación entre un concesionario y la Administración. En ese sentido, no debemos olvidar que la concesión que recae sobre un bien público, tiene por objeto la prestación de un servicio de utilidad pública, vale decir, la finalidad es satisfacer necesidades o intereses de la Nación. En ese orden, no está demás señalar que el régimen de concesiones provee de beneficios a los distintos actores que participan en este esquema. A saber, la Administración, al concesionario y la Nación toda.

En efecto, las distintas formas de beneficio que pueden evidenciarse entre los actores de la concesión demanial son: por una parte, la Administración que se beneficia de la concesión como gestor de los bienes por la satisfacción que otorga a los usuarios de una empresa privada en la función de prestar un servicio de utilidad pública. A su vez, al concesionario le presta

³¹ Existen distintos criterios para solucionar las antinomias en un sistema jurídico: criterio cronológico, criterio jerárquico y criterio de especialidad. Bobbio establece que estos criterios permitirían despejar las antinomias. Sin embargo, en caso de que la situación permita la aplicación de más de un criterio, estaremos en presencia de una antinomia de segundo grado. En cuanto a la posibilidad de que el criterio de especialidad se pueda aplicar en conjunto al criterio cronológico, se ha establecido que el primero prevalece. Véase Bobbio, N., Teoría General del Derecho, Debate, Madrid, 1993, p. 204 en adelante.

beneficios de carácter económico al percibir la recuperación de sus inversiones y los beneficios que le reconoce la Ley a través de las tarifas que fija en relación a la concreción del servicio. Y finalmente, el particular se ve beneficiado por la recepción concreta del servicio público.

En síntesis, la concurrencia de un uso múltiple de los caminos públicos orientado a la prestación de servicios de utilidad pública genera tanto un beneficio general como diversos beneficios particulares.

Ahora bien, asumido lo anterior, queremos dejar atrás toda concepción que defina como único beneficiado de esta relación, a un concesionario determinado. Lo anterior es relevante, dado que en innumerables ocasiones se ha esbozado como fundamento para que, en el caso de las concesiones, los costos asociados a traslados de instalaciones sean de cargo del concesionario, por el hecho de que las concesiones que autorizan la ocupación de bienes nacionales de uso público no implicarían costo alguno a la empresa prestadora de los servicios, y que, por otra parte, mediante la concesión éste percibiría numerosas ganancias. Argumentos así han sido expresados en distintas instancias, como así consta en la Sesión de la Cámara de Senado, con fecha 18 de junio de 1996, instancia en la cual se discutía el veto de la Ley 19.474, para hacer las modificaciones al antiguo artículo 42 inciso final, que como ya se ha mencionado, determinaba el ente sobre la cual recaían los costos de traslados de instalaciones, modificando el vocablo “interesado” por la expresión “respectivo propietario”.

Al respecto, el ex Ministro de Obras Públicas expuso:

“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. Las empresas recurren a la faja fiscal precisamente por las características de gratuidad.”

La principal debilidad de la tesis de la gratuidad en el uso de los bienes públicos por parte de las empresas prestadoras de servicios domiciliarios de red es que no asume que esta gratuidad no va en beneficio del empresario de la concesión sino del usuario, puesto que este costo por el uso, de no ser gratuito debería, según lo permite la Ley y la racionalidad tarifaria, ser incorporado a los precios que debe pagar el usuario final. El ahorro que implica la gratuidad del uso va en beneficio del servicio y sus usuarios y no del empresario, a contrario sensu, el pago por este uso iría en perjuicio de los usuarios y no del empresario al cual la regulación legal le confiere el derecho a la recuperación vía tarifa de todos sus costos.

En consecuencia, no parece sostenible el principio de imputar el pago de costos al privado por el sólo hecho de que a éste se le concede el uso de bienes nacionales de forma gratuita. Reducir el análisis de la problemática a este argumento, implica acotar en exceso la discusión, y a su vez obviar que existen otros partícipes también beneficiados de la concesión, entre ellos la Administración misma, como ya se mencionó.

Siguiendo con el análisis para la construcción de un nuevo régimen legal, tenemos que detenernos en la naturaleza de la concesión administrativa. Como se expuso anteriormente, la empresa privada utiliza un bien público en virtud de la concesión administrativa, la cual crea un derecho por sobre el bien nacional en el cual recae. En ese sentido, este derecho se encontraría dentro de la consagración del derecho de propiedad (artículo 19 número 24 de nuestra Constitución). En consecuencia, el concesionario tendría un derecho de propiedad sobre el bien de uso público, en el cual recae la concesión³².

Asumido lo anterior, debe entenderse que ese derecho también posee las mismas garantías y protecciones propias del derecho de propiedad. En efecto, por consagración constitucional, ante cualquier acto de expropiación se tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial causado, aunque la expropiación tenga por fundamento el interés público³³. Lo anterior se entiende por cuanto, “si las concesiones son revocables, lo son bajo el entendido que se le reconoce a la Administración del Estado una potestad revocatoria –expropiatoria- legalmente atribuida y fundada siempre en razones de interés público-, para dejar sin efecto las mismas antes de su vencimiento mediante resarcimiento de los daños que causaren”³⁴.

En la aplicación concreta del problema, es dable sostener que si al momento de otorgar una concesión sobre un camino público con la finalidad de instalar postes, cables y/o ductos, de forma gratuita, y con posterioridad por distintas razones la Administración solicita el cambio de instalaciones con cargo del

32 Es menester señalar que este derecho sobre un bien público tendría como límites el respeto a la titularidad pública, y sus demás elementos normativos explicados (incomerciabilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad).

33 El artículo 19 número 24 inciso tercero de la Constitución Política de la República, señala: “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.”

34 Montt (2009), p. 395.

propietario de la instalación, se estaría realizando una expropiación de los derechos del concesionario por sobre la concesión.

La tesis antes sostenida puede ser comprendida de mejor manera, si consideramos que al obtener el uso privativo sobre un bien público (camino público) mediante la concesión por un periodo de tiempo determinado, debemos entender en el transcurso de ese plazo podremos hacer un uso continuo, permanente y exento de perturbaciones de ese bien, de acuerdo a los objetivos de la concesión. Es por consiguiente razonable determinar que los costos de traslado de las instalaciones del camino público sean de cargo de propietario, constituiría un acto expropiatorio, ya que el objeto de la concesión no podría seguir concretándose sin las herramientas (instalaciones) necesarias para la consecución del fin, que sería en definitiva la entrega del servicio público. En ese sentido, se configuraría una limitación al derecho que se originó producto de la concesión demanial. Si bien es cierto, en concreto no se estaría despojando por completo del objeto (bien) mismo por el cual recae la concesión, sí se estaría limitando el derecho para ejercer sobre ese bien el uso necesario para concretar el servicio.

En esta materia cabe señalar la doctrina del Tribunal Constitucional en la sentencia rol 506 de 2007, considerando número 22:

“Si el acto de regulación o limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se la ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo “regulaciones expropiatorias”. Nuestra Carta Fundamental contiene una distinción muy útil para cometer esta tarea, pues trata como equivalentes la privación de la propiedad como la de cualquiera de sus atributos o facultades esenciales y, fundado en ello, esta Magistratura ha estimado que ciertas regulaciones resultan inconstitucionales por privar a los propietarios de atributos esenciales del dominio”³⁵

Por otro lado, aceptar la posibilidad de que mediante el traspaso de responsabilidad de los costos de traslado de instalaciones, desde la Administración al particular, conlleva a asumir las repercusiones legales que de ello se derivan. Al respecto cabe destacar que al introducir cambios sustanciales en las relaciones que origina una concesión podría afectar derechos adquiridos.

35 Véase nota 1.

Los derechos adquiridos han sido definidos como “situaciones jurídicas concretas”, entendiéndose por éstas, “la manera de ser de una persona determinada, derivada de un acto jurídico o de un hecho jurídico que ha hecho actuar en su provecho o en su contra, las reglas de una institución jurídica, y el cual al mismo tiempo le han conferido efectivamente las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución (...)”³⁶.

Respecto a la misma materia, don Humberto Nogueira sostiene que:

“Cuando bajo la vigencia de una ley un particular ha cumplido con todos los actos y obligaciones sustanciales y requisitos formales previstos en ella para ser titular de un derecho debe tenerse por adquirido, y es inadmisibles su modificación por una norma posterior sin agraviar el derecho constitucional de propiedad.”³⁷

Por otra parte, no sólo el principio de derechos adquiridos se encontraría vulnerado al aceptar estas modificaciones en el régimen de concesiones, por su parte también existiría una transgresión al principio de confianza legítima.

A saber, el principio de confianza legítima se deduce desde los artículos 5, 6 y 7 de la Constitución Política de la República y de la seguridad jurídica (consagrado en el art. 19 N° 26 de nuestra Constitución). En razón de este principio se entiende que existirá una permanencia en la regulación y aplicación del ordenamiento jurídico.³⁸

Al respecto, la Excma. Corte Suprema, señaló:

“La confianza o fe pública que merezca un Estado, debe ser una de las bases en que ha de cimentarse la existencia y evolución del derecho público de todos los tiempos, sin la cual se vería imposibilitada la gestión del mismo y la de sus diferentes órganos de ejecución. Por esto, la generación de los poderes públicos debe estar revertida de insospechable honestidad, mediante la observancia de normas sólidamente arraigados en la conciencia ciudadana. No es extraño, entonces que, en general, el otorgamiento de concesiones por la

36 Boneecase, Julián, (1946) Elementos de derecho Civil, tomo 1. (Trad. de J.M. Cajicá). México, p. 194.

37 Nogueira Alcalá, Humberto (2010). Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, t. IV, Librotecnia, Santiago, p. 197.

38 Cfr. Bermudez Soto, Jorge (2005). El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria. *Rev. derecho (Valdivia)* [en línea]. vol.18, n.2 [fecha de consulta 5 de Marzo de 2012], pp. 83-105. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. doi: 10.4067/S0718-09502005000200004.

*autoridad pública, suelo no tener otra garantía que la confianza legítima depositada en el respectivo gobierno*³⁹.

Se ha dicho a propósito del principio de confianza legítima que, “la Administración no podrá perjudicar la buena fe del concesionario que ha realizado quizá cuantiosos desembolsos al amparo de la confianza que la concesión le otorga y de acuerdo con las convicciones sociales sobre el esperable mantenimiento de los derechos concesionales durante el plazo estipulado”⁴⁰.

Siguiendo la doctrina española, el administrativista Parejo Alfonso, nos recuerda que tal principio de confianza legítima impide al legislador alterar las “reglas del juego”, sea modificando o sea legislando retroactivamente, cuando habiéndose auto limitado para hacerlo, existen relaciones jurídicas articuladas entre sujetos públicos y privados y, con mayor razón, cuando existen “derechos adquiridos”, so pena de incurrir en responsabilidad por el daño patrimonial injusto causado⁴¹.

De este modo, el principio de confianza legítima es una exigencia para la efectividad del orden institucional y un mecanismo moderador de la innovación legislativa frente a la existencia de relaciones jurídicas entre sujetos públicos y privados ya articuladas y, por supuesto, frente a derechos adquiridos por los particulares.

En nuestro medio el administrativista Santiago Montt presenta un concepto de confianza legítima condicionado al tipo de actuaciones del Estado, así sostiene que las expectativas son legítimas y reciben la protección del derecho sólo cuando surgen de actos particularizados emanados de la Administración, y no de regulaciones generales, tal como se recoge en el dictamen N° 6210-2000 de la Contraloría General de la República que transcribimos en lo pertinente:

Por otra parte, no puede dejar de considerarse que la empresa Aguas Cordillera S.A. ha seguido, cabalmente y de buena fe, un procedimiento administrativo regulado, realizando inversiones y contratando obligaciones con terceros, para concretar el ejercicio de su derecho a la ampliación, en la confianza legítima de que no existiría alteración de las normas preestablecidas y en la continuidad de dicho procedimiento válidamente iniciado y proseguido, confianza que ha sido reforzada por la propia acción de las autoridades, que le

39 CS 4.5.1964, RDJ, T.LXI (1964), 2da Parte, secc. 1º, 10.

40 Martín, Mateo (1968). La cláusula de precario en las concesiones de dominio público, en Revista de Administración Pública N° 56, Madrid, p. 111-112.

41 Zúñiga U. Francisco (2005). “La Responsabilidad patrimonial del estado legislador”. Lexis nexis.

solicitaron aumentar el territorio que cubría la ampliación en trámite, y que por todo ello es valorable como digna de protección.

Concluye Montt que, en ausencia de expectativas legítimas, las firmas sujetas a regulación asumen todos los riesgos de los retornos que obtendrán de sus inversiones, incluyendo los riesgos políticos correspondientes a cambios regulatorios. Y, sin actos particularizados de la autoridad, las expectativas que se puedan haber formado los particulares no son legítimas. De la falta de “propiedad susceptible de ser expropiada” y/o confianza legítima, se sigue que el Congreso Nacional goza de plena discreción para determinar las distintas dimensiones de la reforma regulatoria que se pretenda implementar en una cierta industria o mercado⁴².

Un criterio de equilibrio de intereses

Atendiendo a los principios constitucionales y las normas legales rectoras de la realización de actividades económicas y de la protección de los bienes públicos que corresponde al Estado, una propuesta concordante con estas directrices debe necesariamente expresar un punto de equilibrio entre los intereses particulares y el interés general concurrente en el uso de los bienes públicos.

En esta propuesta se debería mantener el principio general de gratuidad en el uso de los bienes nacionales por parte de las empresas concesionarias de servicios públicos de red, dado que la opción alternativa afecta el interés general de contar con servicios públicos de calidad y a mínimo costo. Esta gratuidad es un aporte que la nación hace a la satisfacción de los costos de sus propias necesidades.

El derogado principio de asunción de costos a cargo de cada interesado que los provoca o genera, es sin embargo consistente con el reparto de costos por el uso de un activo común y con la legislación especial que regula cada servicio.

Allí donde exista un área de incertidumbre de cobertura de costos por no resultar claramente definido el responsable de los mismos, no se debe descartar la responsabilidad del propio fisco para asumirlos, especialmente cuando sea el Estado legislador o administrador el que fomente las actividades económicas de la cual se derivan mayores y nuevos costos.

42 Centro de Regulación y Competencia. Universidad de Chile. Santiago Montt O. *Expropiaciones directas y derregulatorias y reforma regulatoria pesquera*. Informe en derecho.29.julio 2010. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Causa rol ERN 12-10.

En el caso en conflicto que ha surgido por el cambio introducido por la Ley 19.474 se puede apreciar que siendo el Estado interesado en la promoción de la construcción de carreteras en régimen de concesiones para atender el interés general vinculado al desarrollo del país, debía aplicar este criterio de asumir el fisco los costos y no las concesionarias o los usuarios de los servicios públicos de red.

En virtud de lo expuesto, es que no parece razonable ni acorde con el sistema jurídico en su conjunto, establecer un sistema de cobros de traslados de instalaciones por parte del propietario de instalaciones que ocupen bienes nacionales. Por el contrario, el sistema apropiado es aquél que determina como responsable de estos gastos a la Administración en tanto el traslado es en beneficio del interés general. Esto porque, como ya se expuso, se trata de concesiones de carácter público cuya finalidad es la entrega de un servicio público. A su vez éstas crean derechos al concesionario, los que no pueden vulnerarse ni limitarse en virtud de lo dispuesto en principios y normas constitucionales (artículo 19 n° 24, principios de confianza legítima, y de derechos adquiridos).

VIII. Conclusiones

1. En torno al régimen de uso de los bienes demaniales se cuenta con una profusa legislación ordenadora, así como de abundante jurisprudencia administrativa y judicial en torno a los conflictos relacionados con este uso. A pesar de este marco normativo y doctrinal, subsiste una importante área de indefiniciones e incertidumbres respecto de las responsabilidades económicas que se derivan de la utilización de los bienes.
2. La prestación de servicios públicos basados en estructuras de red como los servicios de telecomunicaciones, gas, electricidad, o sanitarios, requieren frecuentemente de la utilización de terrenos privados o públicos. Ello explica la existencia de instalaciones de postaciones, torres y tendidos de cables, aéreos o subterráneos, en bienes como los caminos públicos, con el objeto de extender las redes de estos servicios.
3. En los caminos públicos (demanio) concurre la circunstancia del uso común normal y especial entre diferentes empresas prestadoras de servicios públicos y concesionarios de obras públicas cuyo régimen de

prorrata de costos para el supuesto de traslado de instalaciones presenta inconsistencias entre cuerpos legales reguladores de cada sector.

4. La ley 19. 474 ha dado una solución insatisfactoria a los costos por traslado de instalaciones en la medida que hace recaer el costo en quien no ha incidido en su producción.
5. Los costos por traslado de instalaciones en bienes nacionales de uso público pueden tener origen en el interés general o particular que el propio legislador debe definir.
6. Un principio de equilibrio en la explotación de los bienes públicos posibilita que tanto los particulares directamente beneficiados o la Administración del Estado, si hay beneficio para el interés general, asuman los costos correspondientes a la movilidad de instalaciones en bienes públicos.

IX. Bibliografía

- Bermudez Soto, Jorge. (2005) EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN COMO LÍMITE A LA POTESTAD INVALIDATORIA. *Rev. derecho (Valdivia)* [en línea]. vol.18, n.2 [fecha de consulta 5 de Marzo de 2011]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. doi: 10.4067/S0718-09502005000200004.
- Bobbio, Norberto. (1993). *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid.
- Boneecase, Julián, (1946). *Elementos de derecho Civil*, tomo 1. (Trad. de J.M. Cajicá). México.
- García Pérez, Marta (1997), “La naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público”, en *Anuario da Facultade de Dereito, Universidade da Coruña*.
- Garrido Falla, Fernando. (1975) *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II: (Parte general: Conclusión). Reimpresión de la 5ª Edición 1974, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- Martín Mateo, Ramón. (1968) “La cláusula de precario en las concesiones de dominio público”, *Revista de Administración Pública* N° 56, Madrid.
- Montt, Santiago. (2009) *El Dominio Público. Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización*. Editorial Legal Publishing. Santiago.
- Nogueira Alcalá, Humberto. (2010) *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, t. IV, Librotecnia, Santiago.
- Parejo, Alfonso et al. (1998) *Manual de Derecho Administrativo. Parte Especial*. V.2. 5ª Edición. Editorial Ariel Derecho. Barcelona.
- Sánchez Morón, Miguel. (1997) *Los Bienes Públicos (Régimen Jurídico)*, Editorial Tecnos, Madrid.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. (1998) *Principios de Derecho Administrativo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid.T. II.
- Vergara, Alejandro. (1989) “Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras”, en: *Revista Chilena de Derecho* Vol. 16, N° 3, Santiago.

_____(2004) “El novísimo derecho de bienes públicos y recursos naturales en Chile. *publicatio* y derechos reales administrativos”, en *Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*.

____ (1999) “Naturaleza Jurídica de los “bienes nacionales de uso público””, en *Ius Publicum* N° 3, Universidad Santo Tomás, Santiago.

____(2004) “La summa divisio de los bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980.”, en *Ius Publicum* N° 12. p. 105-122.

- Zuñiga Urbina, Francisco.

_____ (2005) Constitución y Dominio Público: Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres. *Ius et Praxis* [online]., vol.11, n.2 [Fecha de consulta 10 de abril de 2012]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122005000200003.

_____ (2005) “La Responsabilidad patrimonial del estado legislador” .Lexis Nexis.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Código Civil de Chile.
- Constitución Política de la República de Chile.
- D.F.L. N° 850 de 1997, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n° 15.840 de 1964, y del D.F.L. N° 206 de 1960, sobre construcción y conservación de caminos, actual Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas.
- Decreto N° 2.190 de 1930, Reglamento de la Ley General de Caminos.
- Decreto Ley N° 1.939 de 1977 sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado
- Decreto con fuerza de Ley N° 340 de 1960 sobre Concesiones Marítimas
- Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes.
- Ley N° 18.574 de Bases Generales de la Administración del Estado
- Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades

DICTÁMENES DE CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

- Dictámen N° 12.351 de 2000
- Dictámen N° 33.481 de 2000
- Dictámen N° 20.108 de 2002
- Dictámen N° 35.182 de 2003
- Dictámen N° 10.056 de 2005

- Dictámen N° 62.503 de 2006
- Dictámen N° 2.344 de 2008