



Derechos Adquiridos, Retroactividad de la Ley y (Des)Confianza Legítima

La sentencia materia de este comentario es de suma relevancia, ya que plantea razonables dudas sobre la verdadera “fuerza” de los contratos de concesión y la certeza respecto de la mantención de sus condiciones durante su vigencia.

El Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado en STC Rol N° 1993-11, de 24 de julio de 2012, sobre el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso final del artículo 41 del DFL 850 de 1997 del MOP (“Ley de Caminos”), que incide en cinco causas, resueltas conjuntamente, sobre cobro de pesos en juicio de hacienda, entre el Fisco y Entel. En la misma fecha fueron rechazados requerimientos entablados por otras empresas: Metrogas, Chilectra y otros, sobre la base de similares razonamientos.

La norma impugnada dispone que si por cualquier motivo es necesario cambiar la ubicación de las instalaciones de los servicios de agua, electricidad, telecomunicaciones, etc. autorizadas en las fajas de dominio fiscal, el traslado de éstas será hecho por cuenta exclusiva del propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo.

Se trata entonces de un precedente de la mayor importancia, dado que siembra una duda razonable sobre la estabilidad económica de los contratos entre el Fisco y las empresas reguladas y, aún más, permite cuestionar la validez de los derechos adquiridos bajo la ley vigente al tiempo del contrato, permitiendo de algún modo su aplicación retroactiva, lo que constituye una vulneración a los principios de certeza jurídica y confianza legítima, esenciales en una sociedad libre.

La requirente sostiene que el precepto cuestionado no puede afectar instalaciones emplazadas durante la vigencia de otra norma y al amparo de concesiones de servicio público otorgadas con anterioridad, ya que lesiona sus derechos adquiridos.

1. Antecedentes principales del requerimiento

La requirente sostiene que el precepto cuestionado no puede afectar instalaciones emplazadas durante la vigencia de otra norma y al amparo de concesiones de servicio público otorgadas con anterioridad. La ley anterior- señalaba que “este traslado será hecho por cuenta exclusiva del interesado”. A partir de 1996¹ el costo del traslado pasó a ser de cargo del propietario². Uno de sus principales derechos es usar los bienes nacionales que le permiten tender o cruzar líneas. Esto es inherente a la concesión y se incorpora a su patrimonio. No es una mera expectativa, sino un derecho adquirido. Su afectación no está amparada en la función social del dominio. Además, los efectos del contrato se rigen por la ley vigente a la fecha de su celebración, que es la salvaguarda del principio de derechos adquiridos, base de la garantía de dominio y de la seguridad jurídica.

En otro orden de ideas, la actividad de la concesionaria está regida por reglas especiales y fue considerado al adoptar decisiones de inversión. El cambio normativo afecta el balance económico de la empresa y conculca el principio de confianza legítima, garantía de permanencia y estabilidad en la regulación en función de la cual los particulares ejercen sus actividades. La retroactividad atenta contra este principio. Por otro lado, se vulnerarían las garantías de igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria en materia económica, al ser un cambio particularizado que sólo afecta a los concesionarios que operan un determinado bien nacional a quienes se les impone la carga de asumir exclusivamente los costos del cambio de instalaciones.

El Fisco, a su vez, señala que se modificó el artículo 41 estableciendo el pago de derechos por parte de las concesionarias y disponiendo que el traslado de instalaciones sea de costo del propietario. La decisión del traslado estaría motivada en el interés general y la utilidad pública.

Sostiene que la confianza legítima no está consagrada en la Constitución como garantía. El dueño de los bienes es el Estado y es improcedente sostener que la facultad conferida por la concesión atribuya un derecho de propiedad privada. La existencia de autorización administrativa no constituye una concesión. La ley usa el término como autorización para usar,



que no otorga un derecho real, no es contrato, es gratuito, es precario, y admite cambio en sus condiciones, al no generar derechos adquiridos.

2. Contenido de la sentencia

El TC señala que en el marco de las potestades de la administración de los caminos se inserta la de disponer el cambio de ubicación de las instalaciones autorizadas en la faja de un camino público.

La sentencia comienza identificando los aspectos en que se ha centrado la discusión, por una parte, sobre su retroactividad y por otro, su especialidad.

El TC señala que en el marco de las potestades de la administración de los caminos se inserta la de disponer el cambio de ubicación de las instalaciones autorizadas en la faja de un camino público. Así, para que un particular pueda utilizar en forma permanente dicha faja necesita su autorización. El TC concluye que lo que se entrega es un permiso que concede el uso privativo de una porción de un bien nacional de uso público, por un tiempo. El permiso es discrecional, unilateral y precario³.

Agrega que la Ley General de Telecomunicaciones⁴ concede a los concesionarios el derecho a cruzar líneas en bienes nacionales, lo que estaría condicionado al permiso de Vialidad por lo que “*lo hace muy cercano a una autorización*” y agrega que “*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*” (Considerando 18).

El principal cambio es que el texto previo hacía de cargo del interesado el costo del traslado y el vigente al “respectivo propietario”. Además, se eliminó la gratuidad por el uso de la faja⁵ y se privilegió el uso de los caminos. Destaca la prevención sobre retroactividad se realizó respecto al cobro por el uso y no sobre el traslado. Las concesiones son otorgadas con el deber de respetar la legislación presente y los cambios que se le introduzcan en el futuro, concluyendo que asumir el costo del traslado no afecta la esencia de los derechos del concesionario.

El TC no considera que se hayan vulnerado presuntos derechos adquiridos porque supondría un juicio de legalidad, porque no hay propiedad sobre la legislación existente al momento de iniciar una actividad económica y ya que la ocupación de la faja de los caminos nació condicionada a eventuales traslados.

Por otro lado, el TC no considera que se hayan vulnerado presuntos derechos adquiridos. Primero, porque supondría un juicio de legalidad. Segundo, porque no hay propiedad sobre la legislación existente al momento de iniciar una actividad económica. En tercer lugar, la ocupación de la faja de los caminos nació condicionada a eventuales traslados.

Lo mismo señala respecto de la confianza legítima, porque *“no se fundamenta adecuadamente la manera en que ésta es recogida constitucionalmente y cuáles serían las condiciones bajo las cuales operaría”* y porque lo objetado es una ley, no un acto administrativo, lo que es relevante porque las leyes gozan de una presunción de constitucionalidad cuya contravención debe manifestarse clara y categóricamente (considerando 32).

Posteriormente, el TC se refiere a las limitaciones al dominio, ya descartadas las demás alegaciones. Al respecto, el Tribunal 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”* (considerando 33).

Respecto de ello, el TC ha fijado criterios de legitimidad: a) que sean de carácter de mesurado, razonable y proporcionado; b) que no desnaturalicen otros bienes jurídicos; c) la función pública que cumple la actividad sujeta a la limitación; d) si la actividad que soporta la limitación tiene privilegios e) si la actividad recibe beneficios y f) que no importen privaciones o afecten el núcleo del derecho.

Así, la Constitución establece los mismos criterios limitativos y es al TC a quien le corresponde precisar hasta dónde la ley puede limitar el derecho de propiedad o imponerle obligaciones.

Finalmente, destaca el que la facultad de la autoridad de trasladar instalaciones en fajas de caminos públicos es, a juicio del TC, una limitación al dominio porque establece una obligación de hacer y porque la ocupación del bien nace de un permiso que excluye del uso común un bien que podrían utilizar todos. Es una limitación que se funda en una de las causales justificadoras de la función social de la propiedad y que el traslado de instalaciones se funda en el beneficio que para la sociedad tiene el mejoramiento de los caminos.

Para determinar su legitimidad el TC analiza si cumple los



La facultad de la autoridad de trasladar instalaciones en fajas de caminos públicos es a juicio del TC una limitación al dominio porque establece una obligación de hacer.

criterios establecidos.

a) Cumple el criterio de medida y razonabilidad porque no se expulsa del uso de la faja a las instalaciones. Hay un beneficio para el requirente, ya que puede usar gratuitamente la faja. 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, agregando que *“No hay que olvidar que el permiso de ocupación tiene un grado de precariedad mayor que el de una concesión”* (considerando 51).

b) Cumple el criterio de que no se debe desnaturalizar el uso principal de la faja, esto es, un bien nacional de uso público, destinado al libre tránsito.

c) El pago del traslado de instalaciones no es la única obligación que el concesionario debe soportar.

d) La actividad tiene privilegios, ya que puede usar gratuitamente y de modo exclusivo, un pedazo de un bien nacional de uso público

e) La limitación es privación del dominio ya que en la obligación de traslado no hay desplazamiento patrimonial ni hay daño. El eventual perjuicio se compensa con el uso gratuito de la faja, que la empresa ha usado pacífica y tranquilamente por prácticamente diez años.

3. Prevención

El Presidente, Ministro Raúl Bertelsen, y los ministros Marcelo Venegas y Enrique Navarro dejan constancia de que concurren a la sentencia, pero no comparten ciertos enfoques doctrinarios.

a) Si bien hay doctrina que sostiene que la utilización preferente de un bien público por parte de un particular no puede ejercitarse sino en virtud de un permiso la legislación se inclina por consagrar también, como fuente de ese derecho el contrato de concesión. El mismo TC ha señalado que la concesión *“importa un acto esencialmente creador de derechos”*.



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

El Presidente, Ministro Raúl Bertelsen, y los ministros Marcelo Venegas y Enrique Navarro dejan constancia de que concurren a la sentencia, pero no comparten ciertos enfoques doctrinarios.

b) Que deba otorgarse una autorización para hacer uso material de este derecho legal de uso no es contradictorio con lo anterior, pues ella no es constitutiva del derecho -ya conferido por ley- sino que vela por el cumplimiento de las normas relativas a la seguridad vial y el uso público de los caminos.

c) La ley otorga directamente el derecho de uso al concesionario, lo que le da mayor estabilidad y firmeza que un permiso o un contrato de concesión, pero no significa que pueda ejercitarse libremente.

d) La innovación normativa que demanda el progreso no puede sino considerarse parte integrante del estatuto legal de la concesión.

e) En relación al efecto retroactivo, en la discusión de la ley queda claro para los concurrentes que la disposición no tenía tal carácter.

f) La aplicación retroactiva de la norma no ocurre, pues consta que el traslado se dispuso con posterioridad a su entrada en vigor.

g) Son elementos propios del Estado de Derecho, 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 la retroactividad de una ley atenta en contra de los valores esenciales en un Estado de Derecho.



Esta limitación al dominio sería legítima porque cumple los criterios establecidos por el propio TC para determinarla.

4. Conclusiones

La sentencia materia de este comentario es de suma relevancia, ya que plantea razonables dudas sobre la verdadera “fuerza” de los contratos de concesión y la certeza de la mantención de sus condiciones durante su vigencia, asunto que presenta el mayor interés, dada su incidencia en las decisiones de inversión y el desarrollo del país.

Si bien los cambios normativos son necesarios y muchas veces inevitables, las cargas asociadas a ellos deben ser correctamente distribuidas.

En este caso, los traslados fueron necesarios para la ejecución de una obra pública concesionada, regida por la Ley de Concesiones cuyos artículos 15 y 22 disponen que durante la etapa de ejecución, todos los desembolsos y gastos son de cargo de los concesionarios, quienes luego, en la etapa de explotación, cobran una tarifa por el uso de la autopista, rentabilizando de ese modo la inversión efectuada.

En este caso, se estaría privilegiando al concesionario de la obra vial (que cobra una tarifa por concepto de peaje, a usuarios de dicha vía, probablemente de mayores ingresos) por sobre el de los servicios de telecomunicaciones o eléctricos, cuyas tarifas por costo de traslado se traspasarán eventualmente a quienes no se benefician de la obra del camino, alterando además el régimen económico de las concesiones.

Asimismo, ante la colisión de derechos de dos concesionarios sería aconsejable privilegiar al de mayor antigüedad, dado que el nuevo actor puede incorporar en forma previa al desarrollo del negocio el costo de las obras de traslado.

Esta limitación al dominio sería legítima porque cumple los criterios establecidos por el propio TC para determinarla. Sin embargo, es discutible ya que, por ejemplo en cuanto a la medida y razonabilidad, los beneficios de “traslado a costa del interesado” y “uso gratuito de la faja” estaban ya incorporados en la evaluación económica de la empresa al tiempo de celebrar el contrato de concesión.



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

Resulta criticable el criterio del TC cuando afirma en forma absoluta que lo concerniente a la afectación de derechos adquiridos y a la eficacia retroactiva serían simples cuestiones de legalidad, planteamiento que resulta bastante discutible de acuerdo a nuestra tradición jurídica.

Es discutible asimismo, la opinión del Tribunal en cuanto a que no derivaría de este contrato el derecho de uso de los bienes nacionales de uso público.

La limitación para el TC no importa tampoco privación del dominio ya que a su juicio “no hay daño”. El eventual perjuicio económico del traslado, se compensaría 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”. Este argumento cae por su propio peso, ya que el concesionario tenía incorporado el derecho de uso gratuito en su patrimonio desde la fecha del contrato de concesión, por lo que el costo del traslado si produce un daño patrimonial que no es susceptible de compensar por la vía argumentada. No tiene presente el fallo en este punto que el “traslado” de las instalaciones no importa un simple desplazamiento de éstas, sino que la mayoría de las veces una la destrucción o desmantelamiento de las existentes para ser reemplazadas por otras nuevas, a costo del concesionario.

Por otra parte resulta criticable el criterio del TC cuando afirma en forma absoluta que lo concerniente a la afectación de derechos adquiridos (Considerando 29) y a la eficacia retroactiva (Considerando 8) serían simples cuestiones de legalidad, planteamiento que resulta bastante discutible de acuerdo a nuestra tradición jurídica.

Si bien en la prevención del fallo se realiza una especie de declaración de principios sobre que la concesión importaría un acto esencialmente creador de derechos, de carácter contractual y se reafirma en ella la doctrina del TC sobre la seguridad jurídica, la certeza del derecho, la protección de la confianza y la irretroactividad de la ley, esa expresión no se plasmó a través de un voto disidente limitándose a plantear que la norma impugnada no tenía, en este caso, carácter retroactivo.



Los argumentos presentados en el grupo de sentencias del TC que se notificaron, en la misma fecha zanja este conflicto a favor del Estado de Chile y nos dejan la duda -más que razonable- de si podemos confiar en que las condiciones otorgadas en un momento dado y consideradas para la toma de decisiones económicas relevantes serán respetadas.

FICHA*:

Rol N° 1993-11-INA, 2078-11-INA y 2079-11-INA: Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnacke, Marisol Peña Torres, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander y la prevención, el Ministro señor Marcelo Venegas Palacios.

¹ Ley N° 19.474, de 30 de septiembre de 1996.

² Esta postura se reafirmaría en la historia de la ley, ya que a través de veto presidencial, se estableció que el costo del traslado sería del propietario. En la discusión parlamentaria el entonces Ministro don Ricardo Lagos E., manifestó que ello operaría hacia el futuro y no con efecto retroactivo. Así, el Congreso aprobó el veto en el entendido que no se afectarían situaciones ya consolidadas. En la misma línea, se citan dictámenes de Contraloría en que se reafirma que todo retiro o cambio de instalaciones autorizadas antes de 1996 se rige por la norma antigua. Este precepto tampoco constituye una norma de orden público o de orden público económico, por lo que no puede regir *in actum*.

³ Al respecto el TC cita a Reyes R., Jorge; ob. cit., págs. 176 y siguientes; y Montt O., Santiago; ob. cit., págs. 317-318.

⁴ Artículo 18, Ley N° 18.168.

⁵ Salvo para quienes tuvieran concesiones o permisos previos a su entrada en vigencia.